ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)

24 maart 2011 *

In zaak C-552/09 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, ingesteld op 23 december 2009,

Ferrero SpA, gevestigd te Alba (Italië), vertegenwoordigd door C. Gielen, advocaat,

rekwirante,

andere partijen bij de procedure:

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

verweerder in eerste aanleg,

* Procestaal: Engels.

Tirol Milch reg. Gen.mbH Innsbruck,

partij in de procedure voor de kamer van beroep,

wijst

HET HOF (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: A. Borg Barthet (rapporteur), waarnemend voor de president van de Vijfde kamer, M. Ilešič en E. Levits, rechters,

advocaat-generaal: J. Kokott,
griffier: M. Ferreira, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 30 november 2010,

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

het navolgende

Arrest

1 Met haar hogere voorziening vordert Ferrero SpA (hierna: „Ferrero") vernietiging van het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 14 oktober 2009, Ferrero/BHIM — Tirol Milch (TiMi KiNDERJOGHURT) (T-140/08, Jurispr. blz. II-3941; hierna: „bestreden arrest"), waarbij het Gerecht heeft verworpen haar beroep tegen de beslissing van de tweede kamer van beroep van het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM) van 30 januari 2008 (zaak R 682/2007-2) inzake een nietigheidsprocedure tussen Ferrero en Tirol Milch reg. Gen.mbH Innsbruck (hierna: „litigieuze beslissing").

Rechtskader

2 Verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1) is ingetrokken bij verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad van 26 februari 2009 inzake het gemeenschapsmerk (PB L 78, blz. 1), die op 13 april 2009 in werking is getreden. Toch blijft verordening nr. 40/94 van toepassing op het onderhavige geding, gelet op de datum van de feiten.

3 De zevende overweging van de considerans van verordening nr. 40/94 luidde:

„[o]verwegende dat de door het gemeenschapsmerk verleende bescherming met name ten doel heeft de herkomstaanduidende functie van het merk te waarborgen, en absoluut is wanneer het merk en het teken en de waren of diensten gelijk zijn; dat de

bescherming ook geldt in geval van overeenstemming tussen het merk en het teken en tussen de waren of diensten; dat het begrip overeenstemming in samenhang met het gevaar voor verwarring dient te worden uitgelegd; dat het gevaar voor verwarring, waarvan de afweging afhangt van vele factoren, met name de bekendheid van het merk op de markt, de mogelijkheid van associatie van het merk met het gebruikte of ingeschreven teken, de mate van overeenstemming tussen het merk en het teken en tussen de erdoor geïdentificeerde waren of diensten, de specifieke voorwaarde voor bescherming vormt".

4 Artikel 8, lid 1, van die verordening bepaalde:

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

[...]

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."

5 In artikel 8, lid 5, van verordening nr. 40/94 was bepaald:

„Na oppositie door de houder van een ouder merk in de zin van lid 2 wordt de inschrijving van het aangevraagde merk eveneens geweigerd wanneer het gelijk is aan of overeenstemt met het oudere merk en is aangevraagd voor waren of diensten die

niet soortgelijk zijn aan die waarvoor het oudere merk ingeschreven is, indien het in geval van een ouder gemeenschapsmerk een in de Gemeenschap bekend merk en in geval van een ouder nationaal merk een in de betrokken lidstaat bekend merk betreft, en indien door het gebruik zonder geldige reden van het aangevraagde merk ongerechtvaardigd voordeel getrokken wordt uit of afbreuk gedaan wordt aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het oudere merk."

6 Artikel 49, leden 1 en 2, van die verordening luidde:

„1. Van het gemeenschapsmerk kan afstand worden gedaan voor alle of van een deel van de waren of diensten waarvoor het ingeschreven is.

2. Van de afstand moet door de merkhouder schriftelijk kennis worden gegeven aan het [BHIM]. De afstand wordt eerst van kracht na inschrijving."

7 Artikel 52 van verordening nr. 40/94 („Relatieve nietigheidsgronden") bepaalde in lid 1:

„Het gemeenschapsmerk wordt op vordering bij het [BHIM] of bij reconventionele vordering in een inbreukprocedure nietig verklaard:

a) wanneer er een in artikel 8, lid 2, bedoeld ouder merk bestaat en aan de in lid 1 of lid 5 van dit artikel genoemde voorwaarden voldaan is;

[...]"

8 In artikel 54, lid 2, van die verordening was bepaald:

„In de mate waarin het nietig verklaard is, wordt het gemeenschapsmerk geacht van de aanvang af geen rechtsgevolgen als bedoeld in deze verordening te hebben gehad."

Voorgeschiedenis van het geding

9 Op 8 april 1998 heeft Tirol Milch reg. Gen.mbH Innsbruck (hierna: „Tirol Milch"), die te Innsbruck (Oostenrijk) gevestigd is, bij het BHIM een gemeenschapsmerkaanvraag ingediend voor het volgende beeldmerk:



10 De waren waarvoor inschrijving werd aangevraagd, behoren tot klasse 29 in de zin van de Overeenkomst van Nice van 15 juni 1957 betreffende de internationale classificatie van de waren en diensten ten behoeve van de inschrijving van merken, zoals herzien en gewijzigd (hierna: „Overeenkomst van Nice"), en zijn omschreven als volgt:

„Yoghurt, vruchtenyoghurt, yoghurtdranken, vruchtenyoghurtdranken; halfbereide en kant-en-klare gerechten, hoofdzakelijk op basis van yoghurt respectievelijk yoghurtproducten; yoghurtcrèmes".

11 Op 14 januari 1999 heeft Ferrero oppositie ingesteld tegen de inschrijving van het aangevraagde merk voor alle opgegeven waren op basis van haar oudere woordmerk KINDER, dat sinds 28 januari 1965 in Italië is ingeschreven onder nummer 168843, en sinds de vernieuwing ervan onder nummer 684985, voor waren van klasse 30 in de zin van de Overeenkomst van Nice die zijn omschreven als volgt:

„Koffie, thee, suiker, rijst, tapioca, sago, koffiesurrogaten; brood, koekjes, gebak, deeg voor banketbakkers- en suikerbakkerswaren, roomijs, honing, melassestroop, gist en rijsmiddelen; zout, mosterd; peper, azijn, sausen; specerijen; consumptie-ijs; cacao, cacaoproducten, te weten cacaopasta voor cacaodranken, chocoladepasta; lagen, in het bijzonder chocoladelagen, chocolade, pralines, versieringen van chocolade voor kerstbomen, producten op basis van chocolade gevuld met alcohol, snoepgoed, suikerbakkerswaren, daaronder begrepen hard en zacht deeg voor gebak".

12 Bij beslissing van 29 september 2000 heeft de oppositieafdeling van het BHIM de oppositie afgewezen op grond van artikel 8, lid 1, sub b, en lid 5, van verordening nr. 40/94.

13 Die beslissing is op 3 november 2003 bevestigd door de vierde kamer van beroep van het BHIM.

14 Het merk TiMi KiNDERJOGHURT is op 20 augustus 2004 ingeschreven en is in het *Blad van gemeenschapsmerken* van 11 oktober 2004 gepubliceerd.

15 Op 19 augustus 2005 heeft Ferrero op grond van artikel 52, lid 1, sub a, van verordening nr. 40/94 een vordering tot nietigverklaring van dat gemeenschapsmerk bij het BHIM ingediend. Deze vordering was gericht tegen alle waren waarop het gemeenschapsmerk betrekking had.

16 Bij beslissing van 14 maart 2007 heeft de nietigheidsafdeling van het BHIM het gemeenschapsmerk TiMi KiNDERJOGHURT nietig verklaard overeenkomstig artikel 8, lid 5, van verordening nr. 40/94.

17 Op 4 mei 2007 heeft Tirol Milch op grond van artikel 59 van verordening nr. 40/94 bij het BHIM beroep ingesteld tegen die beslissing van de nietigheidsafdeling.

18 Bij de litigieuze beslissing heeft de tweede kamer van beroep de beslissing van de nietigheidsafdeling vernietigd en de vordering tot nietigverklaring afgewezen.

19 De kamer van beroep was in wezen ten eerste van oordeel dat hoewel de oppositiebeslissingen geen gezag van gewijsde hebben, de nietigheidsafdeling toch gebonden

bleef aan de vaststellingen en conclusies ten gronde in de eerdere beslissingen van het BHIM krachtens de regel nemo potest venire contra factum proprium, volgens welke het bestuur zijn eigen handelingen moet eerbiedigen, in het bijzonder wanneer deze handelingen partijen bij de procedure in staat hebben gesteld, op legitieme wijze rechten op een ingeschreven merk te verkrijgen. Vervolgens heeft de kamer van beroep de vaststellingen in de beslissing van de oppositieafdeling en in de beslissing van de vierde kamer van beroep van 3 november 2003 bevestigd, volgens welke de merken globaal van elkaar verschilden gelet op de sterke verschillen op visueel en fonetisch vlak. Ten slotte heeft zij de vordering tot nietigverklaring afgewezen op grond dat niet was voldaan aan een voorwaarde voor toepassing van artikel 8, lid 1, sub b, en lid 5, van verordening nr. 40/94, te weten dat de tekens gelijk zijn of overeenstemmen.

Procesverloop voor het Gerecht en bestreden arrest

20 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 14 april 2008, heeft Ferrero beroep ingesteld tot vernietiging van de litigieuze beslissing en tot verwijzing van het BHIM in de kosten.

21 Ter onderbouwing van haar beroep voor het Gerecht heeft rekwirante twee middelen aangevoerd, te weten onjuiste toepassing van het beginsel van het gezag van gewijsde en schending van artikel 8, lid 1, sub b, en lid 5, van verordening nr. 40/94.

22 Met betrekking tot het eerste middel heeft het Gerecht in punt 32 van het bestreden arrest opgemerkt dat de kamer van beroep een autonoom en volledig onderzoek van de grond van de zaak had verricht, in het bijzonder van de overeenstemming van de

betrokken tekens, zodat, niettegenstaande de vaststellingen in punt 30 van de litigieuze beslissing, de kamer van beroep het beginsel van het gezag van gewijsde niet had toegepast. Het Gerecht heeft daar in punt 33 van dat arrest uit afgeleid dat het eerste middel op een onjuiste premisse berustte en dus moest worden afgewezen.

23 Toch heeft het Gerecht in punt 36 van het bestreden arrest te kennen gegeven dat de kamer van beroep ten onrechte had geoordeeld dat de instanties van het BHIM in het kader van een nietigheidsprocedure gebonden waren door de vaststellingen in een eindbeslissing die is gewezen in het kader van een oppositieprocedure, krachtens de regel nemo potest venire contra factum proprium, de bescherming van de verworven rechten en de beginselen van rechtszekerheid en van bescherming van het gewettigd vertrouwen.

24 Met betrekking tot Ferrero's tweede middel ter onderbouwing van haar beroep heeft het Gerecht om te beginnen in punt 53 van het bestreden arrest opgemerkt dat het bestaan van overeenstemming tussen het oudere merk en het litigieuze merk een toepassingsvoorwaarde was die artikel 8, lid 1, sub b, en artikel 8, lid 5, van verordening nr. 40/94, waarnaar artikel 52, lid 1, sub a, van deze verordening verwijst, gemeen hebben en dat deze voorwaarde inzonderheid het bestaan van punten van visuele, fonetische of begripsmatige overeenkomst onderstelt.

25 In punt 54 van het bestreden arrest heeft het Gerecht vervolgens verwezen naar de rechtspraak volgens welke de in artikel 8, lid 5, van verordening nr. 40/94 neergelegde voorwaarde van overeenstemming niet inhoudt dat moet worden aangetoond dat bij het relevante publiek verwarring tussen het oudere bekende merk en het litigieuze merk kan ontstaan. Het volstaat dat deze merken zodanig met elkaar overeenstemmen dat het betrokken publiek een verband tussen deze merken legt. Het Gerecht heeft er tot slot aan herinnerd dat het bestaan van een dergelijk verband globaal dient te worden beoordeeld, met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval en dat de vergelijking van de tekens, wat de visuele, fonetische of begripsmatige overeenstemming van de betrokken merken betreft, dient te berusten op de totaalindruk die door deze merken wordt opgeroepen, waarbij in het bijzonder rekening dient te worden gehouden met de onderscheidende en dominerende bestanddelen ervan.

26 Die rechter heeft echter in de punten 55 tot en met 59 van het bestreden arrest geoordeeld dat er niettegenstaande de aanwezigheid van het element „kinder" in de twee betrokken tekens, een aantal visuele en fonetische kenmerken waren waardoor uitgesloten was dat de tekens in casu werden opgevat als overeenstemmende tekens.

27 In punt 61 van het bestreden arrest heeft het Gerecht met betrekking tot Ferrero's argumenten inzake de bekendheid van het oudere merk en inzake de soortgelijkheid van de door de conflicterende merken aangeduide waren geoordeeld dat deze elementen weliswaar in aanmerking konden worden genomen bij de beoordeling van het verwarringsgevaar, maar dat zij geen enkele weerslag hadden op de beoordeling van de overeenstemming van de tekens. Het Gerecht was bovendien in punt 62 van dat arrest van mening dat het ontbreken van overeenstemming tussen de betrokken tekens dermate uitgesproken was dat de bekendheid van het merk KINDER, los van de vraag of deze betwist was, niet in staat was om deze vaststelling op losse schroeven te zetten.

28 Het Gerecht heeft in punt 63 van het bestreden arrest geoordeeld dat het bestaan van een familie of serie van merken niet relevant is in het kader van de beoordeling van de vraag of is voldaan aan de toepassingsvoorwaarde die artikel 8, lid 1, sub b, en artikel 8, lid 5, van verordening nr. 40/94 gemeen hebben, te weten het bestaan van overeenstemming tussen het oudere merk en het litigieuze merk. Die rechter heeft bovendien in punt 64 van dat arrest vastgesteld dat, gesteld dat het bestaan van een familie of serie van merken een relevante factor is bij de beoordeling van het bestaan van een dergelijke overeenstemming, het gevaar dat de consument in casu daadwerkelijk kan denken dat het litigieuze merk deel uitmaakt van deze familie of serie van merken, zeer zwak of zelfs onbestaande is wegens het belang van de verschillen die bestaan tussen het litigieuze merk en de in punt 5 van het verzoekschrift opgesomde tekens, die allemaal het element „kinder" alsook een aanvullend element en/of beeldelementen bevatten.

29 Wat het argument betreft dat de kamer van beroep geen rekening heeft gehouden met het feit dat in het kader van artikel 8, lid 5, van verordening nr. 40/94 de beoordeling

van de mate van overeenstemming niet vereist dat wordt beoordeeld of er verwarringsgevaar bestaat, heeft het Gerecht in punt 67 van het bestreden arrest geoordeeld dat uit de door de kamer van beroep aangevoerde elementen bleek dat er geen sprake was van overeenstemming, los van de vraag of de mate van overeenstemming eventueel verwarringsgevaar kon doen ontstaan.

30 Tot slot heeft het Gerecht in punt 68 van het bestreden arrest geoordeeld dat de kamer van beroep geen blijk had gegeven van een onjuiste opvatting door over te gaan tot een „analytische ontleding" van het litigieuze merk. In het kader van de beoordeling van de mate van overeenstemming dient immers weliswaar rekening te worden gehouden met de totaalindruk die wordt opgeroepen door de combinatie van de bestanddelen van deze merken, maar dit is niet onverenigbaar met een achtereenvolgend onderzoek van deze bestanddelen. Het Gerecht heeft ook opgemerkt dat in casu de kamer van beroep eerst heeft vastgesteld dat de verschillen tussen de aan de orde zijnde tekens opwogen tegen het enige punt van overeenstemming, en vervolgens erop heeft gewezen dat de door de betrokken tekens opgeroepen totaalindrukken verschillend waren wanneer deze tekens in hun totaliteit werden vergeleken, zodat die „analytische ontleding" niet was gebeurd ten koste van de inaanmerkingneming van de totaalindruk die wordt opgeroepen door de combinatie van de bestanddelen van de conflicterende merken.

31 Het Gerecht heeft Ferrero's tweede middel ter onderbouwing van haar beroep bijgevolg ongegrond verklaard en dat beroep derhalve verworpen.

Conclusies van partijen

32 Met haar hogere voorziening verzoekt Ferrero het Hof:

— het bestreden arrest te vernietigen;

— haar beroep tot vernietiging van de litigieuze beslissing toe te wijzen of, subsidiair, de zaak te verwijzen naar het Gerecht voor een nieuwe uitspraak, en

— het BHIM te verwijzen in haar kosten, zowel van de procedure in eerste aanleg als van de hogere voorziening.

33 Het BHIM verzoekt het Hof:

— akte te nemen van het feit dat Tirol Milch afstand van het litigieuze gemeenschapsmerk heeft gedaan en, indien rekwirante zou aanvaarden om de procedure te beëindigen of niet zou aantonen dat zij een juridisch belang bij de voortzetting daarvan heeft, de hogere voorziening zonder voorwerp te verklaren en vast te stellen dat niet meer hoeft te worden beslist en dat elke partij haar eigen kosten moet dragen;

— mocht het Hof oordelen dat rekwirante belang bij de voortzetting van de procedure heeft, het BHIM toe te staan om nieuwe argumenten en middelen tegen de hogere voorziening te formuleren, en

— subsidiair, de hogere voorziening in haar geheel niet-ontvankelijk of kennelijk ongegrond te verklaren en rekwirante te verwijzen in de kosten die het heeft gemaakt.

Hogere voorziening

Procesbelang van rekwirante

Argumenten van partijen

34 In haar memorie van antwoord geeft het BHIM te kennen dat Tirol Milch hem bij brief van 15 februari 2010 heeft ingelicht over haar wens om afstand van het litigieuze gemeenschapsmerk in zijn geheel te doen overeenkomstig artikel 49 van verordening nr. 40/94.

35 Bij brief van 15 maart 2010 heeft het BHIM Tirol Milch bevestigd dat haar afstand was aanvaard en dat het merk waarvoor zij de inschrijving had verkregen, in het register van gemeenschapsmerken was doorgehaald. Bij schrijven van de daaropvolgende dag heeft het BHIM Ferrero van die doorhaling in kennis gesteld.

36 Het BHIM betoogt dan ook dat rekwirante thans niet langer belang heeft bij de vernietiging van het bestreden arrest, zodat niet langer hoeft te worden beslist op de onderhavige hogere voorziening en de procedure zonder voorwerp moet worden verklaard.

37 Ter terechtzitting heeft Ferrero evenwel betoogd dat de litigieuze beslissing en het bestreden arrest voor haar ongunstige rechtsgevolgen hebben gehad.

38 Ferrero voert bovendien aan dat niettegenstaande het feit dat Tirol Milch afstand van het litigieuze merk heeft gedaan, zij belang bij de vernietiging van zowel het bestreden arrest als de litigieuze beslissing blijft hebben omdat de nietigheidsverklaring, anders dan de afstand, gevolgen heeft vanaf de datum waarop de aanvraag voor inschrijving van dat merk is ingediend.

Beoordeling door het Hof

39 Om te beginnen moet eraan worden herinnerd dat het procesbelang een voorwaarde voor ontvankelijkheid is dat moet blijven bestaan totdat de rechter ten gronde beslist. Een procesbelang bestaat zolang de uitslag van de hogere voorziening in het voordeel van de rekwirant kan zijn (arrest van 14 september 2010, Akzo Nobel Chemicals en Akcros Chemicals/Commissie, C-550/07 P, Jurispr. blz. I-8301, punten 22 en 23).

40 In de onderhavige zaak moet in de eerste plaats worden vastgesteld dat het Gerecht bij het bestreden arrest het beroep van Ferrero tot vernietiging van de litigieuze beslissing, waarbij de kamer van beroep van het BHIM de vordering van deze onderneming tot nietigverklaring van het gemeenschapsmerk TiMi KiNDERJOGHURT had afgewezen, heeft verworpen.

41 Indien in casu het middel van Ferrero ter onderbouwing van haar hogere voorziening gegrond was, zou dit kunnen betekenen dat het bestreden arrest en zelfs in voorkomend geval de litigieuze beslissing en dus de beslissing van 20 augustus 2004 houdende inschrijving van dat merk worden vernietigd.

42 In de tweede plaats houdt het feit dat Tirol Milch afstand van het gemeenschapsmerk TiMi KiNDERJOGHURT heeft gedaan, anders dan het BHIM beweert op zich niet in dat de hogere voorziening van Ferrero zonder voorwerp wordt.

43 Ferrero blijft immers belang hebben bij een hogere voorziening tegen het bestreden arrest, aangezien de gevolgen van een afstand en die van een nietigheidsverklaring niet dezelfde zijn, zoals deze onderneming ter terechtzitting heeft betoogd. Terwijl het gemeenschapsmerk waarvan afstand is gedaan, pas ophoudt gevolgen te sorteren vanaf de inschrijving van die afstand, zal een gemeenschapsmerk dat is nietig verklaard, overeenkomstig artikel 54, lid 2, van verordening nr. 40/94 worden geacht vanaf de aanvang af geen gevolgen te hebben gehad, met alle rechtsgevolgen die deze nietigheid inhoudt.

44 Aangezien de onderhavige voorziening in het voordeel van Ferrero kan zijn, blijft deze onderneming dan ook procesbelang hebben.

A — *Ten gronde*

45 Ter onderbouwing van haar hogere voorziening beroept Ferrero zich op één middel, inzake schending van artikel 8 van verordening nr. 40/94. Dat middel bestaat uit vijf onderdelen, respectievelijk:

— ten eerste, schending van de door artikel 8 van verordening nr. 40/94 opgezette regeling;

— ten tweede, geen passende inaanmerkingneming van andere elementen dan de overeenstemming, in het bijzonder de bekendheid;

— ten derde, formulering van onjuiste en ongegronde bewijsregels;

— ten vierde, geen inaanmerkingneming van het feit dat de oudere merken gedeeltelijk woordmerken zijn, terwijl het litigieuze merk een beeldmerk is, en

— ten vijfde, geen passende inaanmerkingneming van het bestaan van een merkenfamilie.

Eerste onderdeel van het enige middel

Argumenten van partijen

46 Met dit eerste onderdeel van het enige middel stelt Ferrero dat het Gerecht de door artikel 8 van verordening nr. 40/94 opgezette regeling heeft geschonden doordat het één feitelijke analyse van de overeenstemming heeft verricht voor artikel 8, lid 1, sub b, en artikel 8, lid 5, van verordening nr. 40/94, terwijl deze twee verschillende bepalingen de toepassing van totaal verschillende series van criteria vereisen.

47 Volgens Ferrero volgt uit de rechtspraak dat in het kader van elk van die bepalingen de overeenstemming in samenhang met een geheel van andere elementen moet worden beoordeeld, welke elementen naargelang van de betrokken bepaling anders zijn.

48 In het bijzonder blijkt uit het arrest van 27 november 2008, Intel Corporation (C-252/07, Jurispr. blz. I-8823), dat in het kader van artikel 8, lid 5, van verordening nr. 40/94 bij de beoordeling van de overeenstemming rekening moet worden gehouden met de bekendheid en met de onderscheidende en dominerende bestanddelen van het betrokken teken.

49 Wat artikel 8, lid 1, sub b, van die verordening betreft, is de inaanmerkingneming van de bekendheid en het onderscheidend vermogen daarentegen relevant bij de globale beoordeling van het verwarringsgevaar.

50 Het BHIM betoogt dat dit eerste onderdeel van het enige middel kennelijk ongegrond is. Het Hof heeft reeds geoordeeld dat wat de twee in punt 46 van het onderhavige arrest vermelde bepalingen betreft de overeenstemming moet worden beoordeeld tegen de achtergrond van de punten van visuele, auditieve en begripsmatige overeenstemming van de tekens (arrest van 23 oktober 2003, Adidas-Salomon en Adidas Benelux, C-408/01, Jurispr. blz. I-12537, punt 28). Indien uit dat onderzoek blijkt dat de tekens globaal gezien niet overeenstemmen, is deze vaststelling zowel in het kader van artikel 8, lid 1, sub b, als in het kader van artikel 8, lid 5, van verordening nr. 40/94 geldig.

Beoordeling door het Hof

51 Om te beginnen dient in herinnering te worden gebracht, zoals het Gerecht in punt 53 van het bestreden arrest heeft gedaan, dat het bestaan van overeenstemming tussen het oudere merk en het litigieuze merk een toepassingsvoorwaarde is die artikel 8, lid 1, sub b, en artikel 8, lid 5, van verordening nr. 40/94 gemeen hebben.

52 Deze voorwaarde van overeenstemming tussen het merk en het teken onderstelt zowel in het kader van artikel 8, lid 1, sub b, als in het kader van artikel 8, lid 5, van verordening nr. 40/94 inzonderheid het bestaan van punten van visuele, auditieve of begripsmatige overeenkomst (zie in die zin arrest Adidas-Salomon en Adidas Benelux, reeds aangehaald, punt 28).

53 Zeker is de mate van overeenstemming die in het kader van de ene bepaling vereist is, niet dezelfde als die welke in het kader van de andere bepaling vereist is. Terwijl de bescherming van artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 pas wordt verleend indien tussen de conflicterende merken een zodanige mate van overeenstemming bestaat dat daardoor bij het betrokken publiek verwarring tussen deze merken kan ontstaan, is het bestaan van verwarringsgevaar immers niet vereist voor de bescherming van artikel 8, lid 5. De inbreuken bedoeld in artikel 8, lid 5, kunnen dan ook het gevolg zijn van een mindere mate van overeenstemming tussen het oudere merk en het jongere merk, mits die mate van overeenstemming dusdanig is dat het betrokken publiek een samenhang ziet tussen beide merken, dat wil zeggen een verband ertussen legt (zie in die zin reeds aangehaalde arresten Adidas-Salomon en Adidas Benelux, punten 27, 29 en 31, en Intel Corporation, punten 57, 58 en 66).

54 Uit de bewoordingen van die bepalingen en uit de rechtspraak volgt daarentegen niet dat de beoordeling van de overeenstemming tussen de conflicterende merken in het kader van de ene bepaling anders moet zijn dan in het kader van de andere bepaling.

55 Ferrero's argument inzake het vermelde arrest Intel Corporation berust op een onjuiste lezing van dat arrest.

56 Het Hof heeft in dat arrest zijn rechtspraak bevestigd dat het bestaan van een verband tussen de conflicterende merken en het bestaan van verwarringsgevaar globaal dienen te worden beoordeeld met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval, waaronder niet alleen de mate van overeenstemming van de conflicterende merken, maar ook de mate van onderscheidend vermogen en de mate van bekendheid van het oudere merk (zie arrest Intel Corporation, reeds aangehaald, punten 41 en 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

57 Wat in het bijzonder die laatste factor betreft heeft het Hof opgemerkt dat bij de beoordeling of tussen de conflicterende merken een verband bestaat, het noodzakelijk kan zijn rekening te houden met de mate van bekendheid van het oudere merk teneinde te bepalen of deze bekendheid verder reikt dan het doelpubliek van dit merk. Het heeft met name in dit verband uiteengezet dat het doelpubliek van de waren of diensten waarvoor het jongere merk is ingeschreven, immers een samenhang tussen de conflicterende merken kan zien hoewel dit publiek totaal onderscheiden is van het doelpubliek van de waren of diensten waarvoor het oudere merk is ingeschreven (zie arrest Intel Corporation, reeds aangehaald, punten 52 en 53).

58 Uit het vermelde arrest Intel Corporation vloeit dus duidelijk voort dat, anders dan Ferrero betoogt, het Hof in dat arrest heeft geoordeeld dat de bekendheid en het onderscheidend vermogen van het oudere merk geen relevante factoren zijn om uit te maken of de conflicterende merken overeenstemmen, maar wel om te beoordelen of het betrokken publiek een verband tussen de conflicterende merken legt.

59 Derhalve is het eerste onderdeel van het middel ongegrond.

Tweede onderdeel van het enige middel

— Argumenten van partijen

60 Met dit tweede onderdeel van het enige middel voert Ferrero aan dat het Gerecht in de punten 55 tot en met 59 van het bestreden arrest blijk van een onjuiste opvatting van het recht heeft gegeven door bij de beoordeling van het verwarringsgevaar in de zin van artikel 8, lid 1, sub b, en artikel 8, lid 5, van verordening nr. 40/94 enkel de overeenstemming van de conflicterende merken in aanmerking te nemen en door te weigeren de andere toepasselijke factoren te onderzoeken die relevant kunnen zijn om een eventuele geringe mate van overeenstemming van de tekens te compenseren, met name de bekendheid van het oudere merk op de betrokken markt.

61 Ferrero betoogt bovendien dat de stelling van het Gerecht in punt 62 van het bestreden arrest dat „[het] ontbreken van overeenstemming tussen de betrokken tekens dermate uitgesproken is dat de bekendheid van het merk KINDER, los van de vraag of deze betwist is, niet in staat is om deze vaststelling op losse schroeven te zetten", onjuist is, aangezien de bekendheid van een merk rechtstreekse gevolgen heeft voor de omvang van de bescherming van dit merk in termen van overeenstemming. Een zeer bekend merk heeft noodzakelijkerwijs ook een zeer sterk onderscheidend vermogen verkregen. Bijgevolg dienen aanzienlijke verschillen te bestaan om het jongere merk te onderscheiden van het bekende oudere merk. Twee merken vergelijken zonder met de respectieve bekendheid ervan rekening te houden, geeft dus blijk van een onjuiste opvatting van het recht.

62 Ferrero betoogt ook dat indien punt 62 van het bestreden arrest aldus moest worden uitgelegd dat het betekent dat zowel artikel 8, lid 1, sub b, als artikel 8, lid 5, van verordening nr. 40/94 het bestaan van een minimale mate van overeenstemming veronderstellen en dat, indien dit minimum niet wordt bereikt, dit niet kan worden

gecompenseerd door het feit dat het merk uitermate bekend is, deze conclusie ook zou moeten worden afgewezen op grond dat zij geen rechtsbasis vindt in artikel 8. Dat de overeenstemming en de bekendheid met elkaar samenhangen in het kader van die twee bepalingen, houdt integendeel in dat zelfs een minimale mate van overeenstemming kan worden gecompenseerd door de bekendheid, waardoor een verband in de zin van artikel 8, lid 5, of zelfs verwarringsgevaar in de zin van artikel 8, lid 1, sub b, ontstaat.

63 Volgens het BHIM is dit tweede onderdeel van het enige middel kennelijk ongegrond. Uit de rechtspraak volgt immers dat indien de aan de orde zijnde tekens verschillend zijn, de eventuele bekendheid van de oudere merken niet kan leiden tot toepassing van die bepalingen, aangezien één van de daarin bepaalde voorwaarden niet is vervuld. Dit geldt zowel voor artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94, krachtens hetwelk de overeenstemming van de tekens of de soortgelijkheid van de waren een onontbeerlijke voorwaarde voor toepassing van deze bepaling is, als voor artikel 8, lid 5, krachtens hetwelk de overeenstemming van de tekens een van de onafhankelijke en cumulatieve voorwaarden is waaraan moet worden voldaan.

— Beoordeling door het Hof

64 Zoals in punt 56 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, dienen het bestaan van een verband tussen het oudere merk en het litigieuze merk in de zin van artikel 8, lid 5, van verordening nr. 40/94 en het bestaan van verwarringsgevaar in de zin van artikel 8, lid 1, sub b, globaal te worden beoordeeld met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval, waaronder de mate van overeenstemming van de conflicterende merken en van soortgelijkheid van de waren die door deze merken worden aangeduid, de mate van bekendheid van het oudere merk en de mate van — intrinsiek of door gebruik verkregen — onderscheidend vermogen van het oudere merk.

65 Die globale beoordeling impliceert weliswaar een zekere wisselwerking tussen de in aanmerking genomen factoren, zodat een geringe mate van overeenstemming van de merken kan worden gecompenseerd door een hoge mate van onderscheidend vermogen van het oudere merk [zie in die zin arrest van 7 mei 2009, Waterford Wedgwood/Assembled Investments (Proprietary), C-398/07 P, punt 33], maar wanneer het oudere merk en het litigieuze merk in geen enkel opzicht overeenstemmen, is de omstandigheid dat het oudere merk algemeen bekend is of een reputatie geniet, of dat de betrokken waren of diensten dezelfde of soortgelijk zijn, geen voldoende grond om vast te stellen dat het betrokken publiek de conflicterende merken met elkaar kan verwarren of een verband tussen deze merken legt (zie in die zin arrest van 2 september 2010, Calvin Klein Trademark Trust/BHIM, C-254/09 P, Jurispr. blz. I-7989, punt 53 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

66 Zoals uit punt 51 van het onderhavige arrest blijkt, is de gelijkheid of de overeenstemming van de conflicterende merken immers een noodzakelijke voorwaarde voor toepassing van artikel 8, lid 1, sub b, en van artikel 8, lid 5, van verordening nr. 40/94. Deze bepalingen vinden dus kennelijk geen toepassing wanneer het Gerecht vaststelt dat de conflicterende merken in geen enkel opzicht overeenstemmen (zie in die zin arrest Calvin Klein Trademark Trust/BHIM, reeds aangehaald, punt 68). Alleen wanneer de conflicterende merken een zekere, zelfs geringe, mate van overeenstemming vertonen, dient die rechter een globale beoordeling te verrichten om uit te maken of, niettegenstaande de geringe mate van overeenstemming van deze merken, het betrokken publiek deze merken met elkaar kan verwarren of een verband tussen deze merken legt, omdat er andere relevante factoren, zoals de algemene bekendheid of de reputatie van het oudere merk bestaan.

67 In de punten 55 tot en met 59 van het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat de aan de orde zijnde tekens gelet op een aantal visuele en fonetische kenmerken ervan niet als overeenstemmende tekens konden worden opgevat.

68 Het Gerecht heeft dan ook in de punten 61 en 62 van het bestreden arrest terecht geconcludeerd dat zelfs indien de bekendheid van het oudere merk en de bestaande soortgelijkheid van de door de litigieuze merken aangeduide waren in aanmerking kunnen worden genomen bij de beoordeling van het verwarringsgevaar, deze factoren irrelevant zijn voor de beoordeling van de bestaande overeenstemming van de aan de orde zijnde tekens, zodat zij de vaststelling dat deze tekens niet overeenstemmen, niet op losse schroeven kunnen zetten (zie in die zin arrest van 11 december 2008, Gateway/BHIM, C-57/08 P, punten 55-57).

69 Derhalve is het tweede onderdeel van het middel gegrond.

Derde onderdeel van het enige middel

— Argumenten van partijen

70 Met dit derde onderdeel van het enige middel betoogt Ferrero dat het Gerecht in de punten 56 tot en met 58 van het bestreden arrest blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting van het recht of de hem voorgelegde feiten verkeerd heeft voorgesteld door bij de beoordeling van de overeenstemming van de aan de orde zijnde tekens onjuiste, ongegronde en ongemotiveerde bewijsregels toe te passen.

71 Volgens Ferrero zijn die regels ten eerste dat wanneer elementen één geheel vormen, elk ervan zijn specifieke autonome bestaan verliest. Indien ten tweede een beeldteken bestaat in de weergave van twee elementen, waarbij het ene in het midden boven het

andere is geplaatst, is het convergentiepunt het hoogst geplaatste element en kan die centrale plaats een kleiner lettertype en een verminderde leesbaarheid ten gevolge van de achtergrond van het in het midden geplaatste element compenseren. Wanneer ten derde een teken twee elementen bevat, is het convergentiepunt daarvan het eerste element. Indien ten vierde een teken drie elementen bevat, is het centrale element verwaarloosbaar.

72 Het BHIM betoogt dat het derde onderdeel van het enige middel kennelijk niet-ontvankelijk is, aangezien het geen rechtsvraag opwerpt en enkel de feitelijke beoordelingen van het Gerecht aan de orde stelt, wat in strijd is met artikel 58, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie.

— Beoordeling door het Hof

73 Om te beginnen moet eraan worden herinnerd dat uit artikel 256, lid 1, tweede alinea, VWEU en artikel 58, eerste alinea, van het Statuut van het Hof blijkt dat hogere voorziening beperkt is tot rechtsvragen. Het Gerecht is dus bij uitsluiting bevoegd om de relevante feiten vast te stellen en te beoordelen, alsmede om de bewijselementen te beoordelen. De beoordeling van deze feiten en bewijselementen levert dus, behoudens het geval van een verkeerde voorstelling daarvan, geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof in hogere voorziening (zie met name arrest Calvin Klein Trademark Trust/BHIM, reeds aangehaald, punt 49 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en arrest van 13 januari 2011, Media-Saturn-Holding/BHIM, C-92/10 P, punt 27).

74 De in eerste aanleg onderzochte rechtspunten kunnen echter in hogere voorziening opnieuw worden behandeld wanneer een rekwirant de uitlegging of de toepassing van het Unierecht door het Gerecht betwist (zie met name arrest van 17 juli 2008, L & D/BHIM, C-488/06 P, Jurispr. blz. I-5725, punt 43).

75 Met het derde onderdeel van haar enige middel stelt Ferrero dat het Gerecht bij de beoordeling van de overeenstemming impliciete bewijsregels heeft ingevoerd waarin verordening nr. 40/94 niet voorziet. Zij wil dan ook juist doen vaststellen dat het Gerecht in het bestreden arrest blijk heeft gegeven van onjuiste opvattingen van het recht.

76 Dit onderdeel is dus ontvankelijk.

77 Dit onderdeel mist echter feitelijke grondslag. Om in punt 59 van het bestreden arrest te concluderen dat de kamer van beroep geen blijk van een onjuiste opvatting had gegeven door vast te stellen dat de aan de orde zijnde tekens niet overeenstemden, heeft het Gerecht immers een concrete beoordeling van de visuele en fonetische kenmerken van die tekens verricht en heeft het daarbij, anders dan Ferrero betoogt, geen algemene bewijsregels ingevoerd.

78 Voor zover Ferrero aanvoert dat het Gerecht de hem ter beoordeling voorgelegde feiten verkeerd heeft voorgesteld, dient overigens eraan te worden herinnerd dat artikel 256, lid 1, tweede alinea, VWEU, artikel 58, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie en artikel 112, lid 1, eerste alinea, sub c, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof bepalen dat de rekwirant precies moet aangeven welke elementen volgens hem door het Gerecht verkeerd zijn voorgesteld en aantonen welke fouten in de analyse het Gerecht tot deze verkeerde voorstelling hebben gebracht (zie met name arrest van 7 januari 2004, Aalborg Portland e.a./Commissie,

C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, Jurispr. blz. I-123, punt 50).

79 Ferrero voert geen elementen aan die deze bewering kunnen onderbouwen.

80 Derhalve is het derde onderdeel van het middel ongegrond.

Vierde onderdeel van het enige middel

— Argumenten van partijen

81 Met dit vierde onderdeel van het enige middel betoogt Ferrero dat uit de rechtspraak volgt dat de overeenstemming in de zin van artikel 8, lid 1, sub b, en artikel 8, lid 5, van verordening nr. 40/94 visueel, fonetisch of begripsmatig kan zijn en dat die aspecten van de overeenstemming globaal moeten worden onderzocht. In de punten 56 tot en met 58 van het bestreden arrest heeft het Gerecht een beoordeling uit voornamelijk visueel en in zekere mate fonetisch oogpunt verricht, waarbij de nadruk grotendeels kwam te liggen op vragen inzake de grafische weergave, zoals de plaats en de lettertypes van de drie elementen van het litigieuze merk en de achtergrond van deze elementen.

82 Daarbij heeft het Gerecht geen rekening gehouden met het feit dat de oudere merken, in het bijzonder het Spaanse, het Franse en het Italiaanse merk betreffende het element „KINDER", woordmerken zijn waarvan de omvang van de bescherming niet wordt beïnvloed door vragen inzake de grafische weergave, zoals de plaats van de elementen, het lettertype of de achtergrond van deze elementen.

83 Het BHIM betoogt dat het vierde onderdeel van het enige middel kennelijk niet-ontvankelijk is, aangezien het geen rechtsvraag opwerpt en enkel de feitelijke beoordelingen van het Gerecht aan de orde stelt.

— Beoordeling door het Hof

84 Om te beginnen dient het betoog van het BHIM dat het vierde onderdeel van het enige middel niet-ontvankelijk is, te worden afgewezen. Anders dan het BHIM stelt, betreft dat onderdeel immers een rechtsvraag, aangezien daarin wordt gesteld dat het Gerecht artikel 8, lid 1, sub b, en artikel 8, lid 5, van verordening nr. 40/94 onjuist heeft toegepast omdat het bij de beoordeling van de overeenstemming van de aan de orde zijnde tekens rekening had moeten houden met het feit dat het oudere merk een woordmerk is.

85 Ten gronde moet in herinnering worden gebracht dat, om de mate van overeenstemming van de betrokken merken te beoordelen, de mate van visuele, auditieve en begripsmatige overeenstemming ervan dient te worden bepaald en in voorkomend geval moet worden beoordeeld welk belang aan deze verschillende elementen moet worden toegekend gelet op de categorie betrokken waren of diensten en de omstandigheden waaronder zij in de handel worden gebracht (arrest van 12 juni 2007, BHIM/Shaker, C-334/05 P, Jurispr. blz. I-4529, punt 36).

86 Bovendien dienen de visuele, de auditieve en de begripsmatige overeenstemming van de aan de orde zijnde tekens globaal te worden beoordeeld. De beoordeling van een eventuele fonetische overeenstemming is slechts één van de relevante factoren in het kader van die globale beoordeling (zie in die zin arrest van 23 maart 2006, Mülhens/BHIM, C-206/04 P, Jurispr. blz. I-2717, punt 21).

87 Het Gerecht heeft dus terecht in de punten 56 tot en met 58 van het bestreden arrest de door de twee aan de orde zijnde tekens opgeroepen totaalindruk onderzocht wat betreft de eventuele visuele en fonetische overeenstemming.

88 Derhalve is het vierde onderdeel van het enige middel ongegrond.

89 Voor het overige is dat onderdeel van het middel, voor zover het tot een nieuwe beoordeling van de feiten zou strekken, overeenkomstig de in punt 73 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte rechtspraak niet-ontvankelijk, aangezien Ferrero zich niet op een verkeerde voorstelling van de aan het Gerecht voorgelegde feiten of bewijsmiddelen heeft beroepen.

Vijfde onderdeel van het enige middel

— Argumenten van partijen

90 Met dit vijfde onderdeel van het enige middel betoogt Ferrero dat het Gerecht blijk van een onjuiste opvatting van het recht heeft gegeven door in casu geen rekening te houden met het bestaan van een merkenfamilie op grond dat dit niet relevant is voor de beoordeling van de overeenstemming.

91 Daardoor heeft het Gerecht de rechtspraak onjuist uitgelegd, aangezien indien, wat artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 betreft, het bestaan van een merkenfamilie het verwarringsgevaar vergroot doordat de consument kan menen dat het litigieuze merk tot deze familie behoort, dit juist komt door de overeenstemming tussen het litigieuze merk en de merkenfamilie of meer specifiek door het element dat deze gemeen hebben (arrest van 13 september 2007, Il Ponte Finanziaria/BHIM, C-234/06 P, Jurispr. blz. I-7333, punt 63).

92 Ferrero betoogt bovendien dat het bestaan zelf van een merkenfamilie het risico vergroot dat de relevante consument het merk van een derde dat het gemeenschappelijke element van de familie bevat, automatisch opvat als vergelijkbaar met dat gemeenschappelijke element.

93 Die regel vindt volledige toepassing in de situatie waarin het litigieuze merk het — zeer bekende — element „KINDER" bevat, aangezien dit merk wordt vergeleken met een familie van 36 merken die allemaal hetzelfde element bevatten, alleen of in combinatie met andere elementen.

94 Het BHIM betoogt dat het vijfde onderdeel van het enige middel zowel niet-ontvankelijk als kennelijk ongegrond is. Dat de vaststelling van het Gerecht dat Ferrero zich niet op het bestaan van een „familie" van vergelijkbare merken kan beroepen, aan de orde wordt gesteld, betekent immers dat een nieuwe feitelijke beoordeling noodzakelijk is, die niet in hogere voorziening kan worden verricht. Voorts is het eventuele bestaan van een merkenfamilie slechts relevant in het kader van artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94, aangezien het een bijzondere vorm van indirecte verwarring kan scheppen doordat het publiek kan menen dat het jongere merk een extra merk is dat zich bij die familie komt voegen. Wat daarentegen artikel 8, lid 5, betreft, mist dat argument juridische grondslag omdat verwarring op zich irrelevant is.

Evenzo volstaat de omstandigheid dat er geen overeenstemming tussen alle merken van de serie en het litigieuze teken is om met zekerheid te stellen dat er geen sprake kan zijn van verwarringsgevaar en van schade of ongerechtvaardigd voordeel.

— Beoordeling door het Hof

95 Om te beginnen dient het betoog van het BHIM dat het vijfde onderdeel van het enige middel niet-ontvankelijk is, te worden afgewezen. Uit het betoog van Ferrero volgt immers dat deze onderneming beoogt aan te voeren dat het Gerecht artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 onjuist heeft toegepast door te oordelen dat het bestaan van een merkenfamilie irrelevant is voor de beoordeling van de overeenstemming.

96 Dat onderdeel betreft dus een rechtsvraag en is derhalve ontvankelijk.

97 Ten gronde moet in herinnering worden gebracht dat volgens vaste rechtspraak het bestaan van een „familie" of „serie" van merken een element is waarmee bij de beoordeling van het verwarringsgevaar rekening moet worden gehouden. In dat geval vloeit het verwarringsgevaar immers voort uit het feit dat de consument zich kan vergissen met betrekking tot de herkomst of oorsprong van de waren of diensten waarop het aangevraagde merk betrekking heeft, en ten onrechte meent dat dit merk deel uitmaakt van die familie of serie van merken (arrest Il Ponte Finanziaria/BHIM, reeds aangehaald, punt 63).

98 Zoals uit punt 52 van het onderhavige arrest blijkt, is dat element echter irrelevant voor de beoordeling van het bestaan van overeenstemming tussen het oudere merk en het litigieuze merk.

99 Bijgevolg dient het Gerecht, zoals uit punt 66 van het onderhavige arrest blijkt, alleen wanneer de conflicterende merken een zekere overeenstemming vertonen, rekening te houden met het bestaan van een „familie" of „serie" merken in het kader van de globale beoordeling van het verwarringsgevaar of van het verband tussen deze merken.

100 Aangezien het Gerecht in de punten 55 tot en met 59 van het bestreden arrest heeft vastgesteld dat de aan de orde zijnde tekens gelet op een bepaald aantal visuele en fonetische kenmerken niet als overeenstemmende tekens konden worden opgevat, kon het, zonder blijk te geven van een onjuiste opvatting van het recht, in de punten 63 tot en met 66 van dat arrest oordelen dat die vaststelling niet op losse schroeven wordt gezet door het bestaan van een „familie" of „serie" van merken.

101 Bijgevolg is het vijfde onderdeel van het enige middel ongegrond en moet dit middel derhalve in zijn geheel worden afgewezen.

102 Gelet op het voorgaande dient de hogere voorziening ongegrond te worden verklaard.

Kosten

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

Het Hof (Vijfde kamer) verklaart:

1) De hogere voorziening wordt afgewezen.

2) Ferrero SpA wordt verwezen in de kosten.

ondertekeningen