RETTENS DOM (Første Afdeling)

9. september 2011 *

I sag T-36/09,

dm-drogerie markt GmbH & Co. KG, Karlsruhe (Tyskland), ved advokaterne O. Bludovsky og C. Mellein

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) først ved J. Novais Gonçalves, derefter ved G. Schneider, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

den anden part i sagen for appelkammeret ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design):

Distribuciones Mylar, SA, Gelves (Spanien),

* Processprog: engelsk

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 30. oktober 2008 af Første Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 228/2008-1) vedrørende en indsigelsessag mellem Distribuciones Mylar, SA og dm-drogerie markt GmbH & Co. KG,

har

RETTEN (Første Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J. Azizi, og dommerne E. Cremona og S. Frimodt Nielsen (refererende dommer),

justitssekretær: E. Coulon,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 23. januar 2009,

under henvisning til svarskriftet, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 19. maj 2009,

under henvisning til afgørelsen af 1. juli 2009 om ikke at give tilladelse til, at der indgives replik,

under henvisning til Rettens skriftlige spørgsmål til parterne,

under henvisning til de indlæg, der blev indleveret af parterne til Rettens Justitskontor den 15. april 2011,

og under henvisning til, at idet ingen af parterne har fremsat nogen anmodning om fastsættelse af et retsmøde inden for en frist af en måned, efter at det var forkyndt, at den skriftlige forhandling var afsluttet, og Retten derfor på grundlag af den refererende dommers rapport og i henhold til i Rettens procesreglements artikel 135a har besluttet at træffe afgørelse, uden at retsforhandlingerne omfatter et mundtligt stadium,

afsagt følgende

Dom

Retsforskrifter

1 Følgende er fastsat i 11. og 12. betragtning til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), med senere ændringer (erstattet af Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26.2.2009 om EF-varemærker (EUT L 78, s. 1)) (nu 12. og 13. betragtning til forordning nr. 207/2009):

»Den materielle varemærkeret, som indføres ved denne forordning, gør det nødvendigt, at der for hvert enkelt varemærkes vedkommende gennemføres administrative foranstaltninger på fællesskabsplan. Det er derfor nødvendigt, under bevarelse af

Fællesskabets nuværende institutionelle struktur og ligevægten mellem beføjelserne, at oprette et fagligt uafhængigt kontor for harmonisering i det indre marked (varemærker, mønstre og modeller) med den fornødne juridiske, administrative og finansielle selvstændighed. Hertil er det nødvendigt og hensigtsmæssigt at give det form af et fællesskabsorgan med status som juridisk person, der udøver de handlingsbeføjelser, som er tillagt det i denne forordning, inden for rammerne af fællesskabsretten og uden at indskrænke de beføjelser, der er tillagt Fællesskabets institutioner.

Alle, der berøres af Harmoniseringskontorets afgørelser, bør sikres en retsbeskyttelse, som tager hensyn til varemærkerettens særpræg. Med henblik herpå fastsættes det, at afgørelser truffet af Harmoniseringskontorets undersøgere og forskellige afdelinger kan påklages. Såfremt den afdeling, hvis afgørelse anfægtes, ikke korrigerer denne, skal den fremsende afgørelsen til et af Harmoniseringskontorets appelkamre, som træffer afgørelse. Appelkamrenes afgørelser kan indbringes for De Europæiske Fællesskabers Domstol, som har kompetence til at omstøde eller ændre den indklagede afgørelse.«

2 Artikel 60a i forordning nr. 40/94 (nu artikel 62 i forordning nr. 207/2009) i den affattelse, der følger af Rådets forordning (EF) nr. 422/2004 af 19. februar 2004 om ændring af forordning nr. 40/94 (EUT L 70, s. 1), indfører den klageadgang, der nævnes i 12. betragtning til forordning 40/94, hvori er anført, at »såfremt den afdeling, hvis afgørelse anfægtes, ikke korrigerer denne, skal den fremsende afgørelsen til et af Harmoniseringskontorets appelkamre, som træffer afgørelse«. Artikel 60a i forordning nr. 40/94 bestemmer:

»1. Har klageren en modpart i sagen, og finder den afdeling, hvis afgørelse anfægtes, at klagen kan behandles og er begrundet, berigtiger den sin afgørelse i overensstemmelse med klagen.

2. Der kan kun gives klageren medhold, hvis den afdeling, hvis afgørelse anfægtes, meddeler modparten, at den har til hensigt at imødekomme klagen, og denne giver sit samtykke hertil inden to måneder efter modtagelsen af meddelelsen.

3. Hvis modparten ikke inden to måneder efter datoen for modtagelse af den i stk. 2 omhandlede meddelelse giver sit samtykke til, at den anfægtede afgørelse berigtiges og afgiver en erklæring herom, eller hvis modparten ikke afgiver nogen erklæring inden for den fastsatte frist, fremsendes klagen straks til appelkammeret uden bemærkninger til sagens realitet.

4. Hvis den afdeling, hvis afgørelse anfægtes, ikke inden en måned efter, at den begrundede klage er modtaget, finder, at klagen kan behandles og er begrundet, fremsender den dog klagen til appelkammeret uden bemærkninger til sagens realitet, i stedet for at træffe de foranstaltninger, der er omhandlet i stk. 2 og 3.«

3 Artikel 77a i forordning nr. 40/94 (nu artikel 80 i forordning nr. 207/2009), der ligeledes blev indført ved forordning nr. 422/2004, har følgende ordlyd:

»1. Når Harmoniseringskontoret foretager en indførelse i registret eller vedtager en afgørelse, der er behæftet med en åbenlys procedurefejl, der er begået af Harmoniseringskontoret, sørger dette for at ophæve indførelsen eller tilbagekalde afgørelsen. Er der kun én part i sagen, og krænker indførelsen eller handlingen dennes rettigheder, foretages ophævelsen eller tilbagekaldelsen, selv om parten ikke er opmærksom på fejlen.

2. Den afdeling, der har foretaget indførelsen eller vedtaget afgørelsen, foretager ophævelsen eller tilbagekaldelsen i henhold til stk. 1, ex officio eller på anmodning af en af parterne i sagen. Ophævelsen eller tilbagekaldelsen foretages inden seks måneder efter datoen for indførelsen i registret eller vedtagelsen af afgørelsen efter høring af parterne i sagen og eventuelle personer, der er indehavere af rettigheder til det pågældende EF-varemærke, og som er indført i registret.

3. Denne artikel er ikke til hinder for, at parterne kan indgive en klage i henhold til artikel 57 og 63, eller for, at man i den form og på de betingelser, der er fastsat i gennemførelsesforordningens artikel 157, stk. 1, retter sproglige fejl eller indførelsesfejl og åbenlyse fejl i Harmoniseringskontorets afgørelser samt fejl begået af Harmoniseringskontoret ved registreringen af varemærket eller offentliggørelsen af registreringen.«

4 Regel 53 i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 40/94 (EFT L 303, s. 1), hvortil der er henvist i artikel 77a, stk. 3, i forordning nr. 40/94 (nu artikel 80, stk. 3, i forordning nr. 207/2009), bestemmer:

»Hvis [Harmoniseringskontoret] ex officio bliver eller af en part i sagen gøres opmærksom på en sproglig fejl, en skrivefejl eller en åbenbar urigtighed i en afgørelse, påser det, at fejlen eller urigtigheden berigtiges af den ansvarlige afdeling.«

Tvistens baggrund

5 Den 13. august 2004 indgav sagsøgeren, dm-drogerie markt GmbH & Co. KG, i medfør af forordning nr. 40/94 en ansøgning om registrering af et EF-varemærke til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM).

6 Det varemærke, der er søgt registreret, er ordmærket dm.

7 De varer, som registreringsansøgningen vedrører, henhører bl.a. under klasse 9 og 16 i Nicearrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer i hver enkelt af disse klasser til følgende beskrivelse:

— klasse 9: »batterier, briller, eksponerede film, kameraer, kassette- og videobånd, hukommelseskort til digitalkameraer og databehandlingsudstyr, måleapparater, termometre, beskyttelse til stikkontakter, elektriske medier til registrering, videokameraer, CD-brændere, optageudstyr, transmission og gengivelse af lyd og billede; printere til computere«

— klasse 16: »papir, pap; papirhandlervarer, klude af papir eller cellulose, bleer af papir eller cellulose, klæbemidler til papirvarer og til husholdningsbrug, fotohjørner, fotoalbummer, plasticfolie til emballeringsbrug, affaldssække af papir eller plastic, emballeringsposer, hylstre, lommer af papir eller plastic, folie af metal til indpakning, papirhåndklæder«.

8 EF-varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EF-varemærketidende* nr. 19/2005 af 9. maj 2005.

9 Den 26. juli 2005 rejste indsigeren, Distribuciones Mylar, SA, indsigelse i henhold til artikel 42 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 41 i forordning nr. 207/2009) mod registreringen af det ansøgte varemærke for de ovenfor i præmis 7 nævnte varer.

10 Indsigelsen var støttet på det ældre spanske figurmærke nr. 2561742, der blev indgivet den 13. oktober 2003 og registreret den 19. august 2004, og som er gengivet nedenfor:



11 Indsigelsen var støttet på samtlige varer og tjenesteydelser, for hvilke det ældre varemærke var blevet registreret, og som henhørte under klasse 9 og 39 og svarede til følgende beskrivelse:

— klasse 9: »kasseapparater, regnemaskiner og databehandlingsudstyr og computere«

— klasse 39: »transport, pakning, opbevaring og distribution af computerkomponenter, trykt materiale og papirvarer«.

12 Den registreringshindring, der blev påberåbt til støtte for indsigelsen, var den, der var omfattet af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009].

13 Sagsøgeren fremkom ikke med bemærkninger over for indsigelsesafdelingen.

14 I en afgørelse af 16. maj 2007, der blev meddelt sagsøgeren samme dag, tog indsigelsesafdelingen indsigelsen til følge for så vidt angår de varer i klasse 9, der er omtalt i præmis 7, med undtagelse af briller og termometre. Indsigelsen blev derimod afvist for briller og termometre i klasse 9 og for samtlige af varerne i klasse 16.

15 Hvad angår eksponerede film og kassette- og videobånd anførte indsigelsesafdelingen følgende (s. 4, første og tredje afsnit):

»[…] Denne grad af lighed kan ligeledes konstateres vedrørende kassette- og videobåndene, for så vidt som disse omfatter digitale bånd og kan anvendes i digitale videokameraer. Desuden gør visse apparater det muligt at konvertere de analoge bånd til digitale DVD'er.

[…]

De ovenfornævnte ligheder er imidlertid ikke tilstrækkelige til, at de eksponerede film og kassette- og videobåndene kan anses for at ligne nogen af indsigerens varer. Når alt dette tages i betragtning, er sådanne varer som eksponerede film, der anvendes

sammen med apparater, der traditionelt erstattes af digitale kameraer eller udstyr såsom kassette- og videobånd, der er de traditionelle [sic].«

16 Dernæst fandt indsigelsesafdelingen, at der var risiko for forveksling mellem det ansøgte varemærke og indsigerens varemærke for så vidt angår alle de varer, som kunne anses for at være af lignende art, herunder de varer, der ansås for at frembyde en svag grad af lighed. Følgelig blev registreringen af det ansøgte varemærke afslået for disse varer, dvs. de eksponerede film samt kassette- og videobåndene.

17 Ved skrivelse af 8. juni 2007 meddelte indsigelsesafdelingen parterne, at den på grundlag af artikel 77a i forordning nr. 40/94 havde til hensigt at tilbagekalde afgørelsen af 16. maj 2007 som følge af en åbenlys procedurefejl, eftersom sammenligningen af fortegnelsen over varer og tjenesteydelser ikke havde været udtømmende. Parterne blev opfordret til at fremsætte deres bemærkninger vedrørende det hensigtsmæssige i denne tilbagekaldelse inden for en frist på to måneder.

18 Ved skrivelse af 23. juli 2007 fremsatte sagsøgeren en række bemærkninger, som blev modtaget af Harmoniseringskontoret den 24. juli 2007. I denne skrivelse gjorde sagsøgeren gældende, at indsigeren ikke i tilstrækkelig grad havde godtgjort, at hans ældre rettighed bestod, og at de varer, der er omfattet af de omhandlede varemærker, ikke er af lignende art. Sagsøgeren anførte derudover følgende:

»Sagsøgeren udtrykker tilfredshed med, at indsigelsesafdelingen har til hensigt at tilbagekalde afgørelsen af 16. maj 2007, idet den klage, som sagsøgeren havde til hensigt at indgive til prøvelse af denne afgørelse, dermed eventuelt vil kunne undgås.«

19 Den 26. november 2007 fremsendte et medlem af indsigelsesafdelingen en skrivelse til parterne, hvori følgende var anført:

»[Harmoniseringskontoret] har konkluderet, at dets afgørelse af 16. maj 2007 ikke er behæftet med nogen åbenlys procedurefejl. Artikel 77a finder dermed ikke anvendelse i den foreliggende sag. Afgørelsen indeholder imidlertid en åbenlys urigtighed på s. 4, som [Harmoniseringskontoret] i overensstemmelse med regel 53 i [forordning nr. 2868/95] har berigtiget. Denne berigtigelse ændrer ikke på afgørelsens resultat.«

20 Som bilag til skrivelsen var der vedlagt en ændret version af afgørelsen af 16. maj 2007 (herefter »den ændrede version af afgørelsen af 16. maj 2007«). Denne ændrede version af afgørelsen var påført samme dato som den oprindelige version og indeholdt samme konklusion. I den nye version var tredje afsnit på s. 4 i den oprindelige version (jf. præmis 15 ovenfor) erstattet af følgende afsnit:

»Indsigerens databehandlingsudstyr omfatter en bred kategori af varer, der bl.a. omfatter apparater, som med udgangspunkt i en eksponeret film, kan aflæse de billedinformationer, som filmen indeholder, og konvertere dem til optisk eller elektronisk digital information (og omvendt). Apparaterne kan forhandles til professionelle såvel som til amatører i særlige fotobutikker. På den baggrund finder [Harmoniseringskontoret], at der foreligger en svag grad af lighed mellem de eksponerede film og databehandlingsudstyret.«

21 Ved skrivelse af 26. november 2007 anmodede indsigeren om fastsættelse af en frist for parterne i indsigelsessagen til at indgive klage til prøvelse af den berigtigede afgørelse.

22 Den 19. december 2007 skrev et medlem af indsigelsesafdelingen følgende til parterne:

»Bemærk venligst, at [Harmoniseringskontoret] finder, at [den ændrede version af afgørelsen af 16. maj 2007] udgør en afgørelse, der kan påklages, og at enhver part i en sag, der har ført til en afgørelse, som er gået vedkommende part imod, har adgang til at klage i medfør af artikel 58 i forordning nr. 40/94. I henhold til artikel 59 i forordning nr. 40/94 skal klagen indgives skriftligt til [Harmoniseringskontoret] inden to måneder efter den dato, på hvilken der er givet meddelelse om den afgørelse, der påklages (dvs. den 26.11.2007), og inden fire måneder efter samme dato skal der indgives en skriftlig begrundelse for klagen. Klagen anses først for indgivet, når klagegebyret på 800 EUR er betalt.«

23 Den 24. januar 2008 indgav sagsøgeren en klage til Harmoniseringskontoret i henhold til artikel 57-62 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 58-64 i forordning nr. 207/2009) for det første med påstand om annullation af »den ændrede version af indsigelses[afdelingens] afgørelse af 16. maj 2007« og for det andet med påstand om, at indsigelsen forkastes i sin helhed.

24 Sagsøgeren anførte begrundelsen for klagen i et skriftligt indlæg, der blev indgivet den 17. marts 2008. Sagsøgeren angav bl.a. følgende klagepunkter. For det første udgjorde de ændringer, der blev foretaget i den oprindelige afgørelse, ikke en rettelse af åbenlyse urigtigheder. Disse ændringer bestod nemlig i at erstatte en selvmodsigende og delvis uforståelig begrundelse med nye argumenter. For det andet er de varer, der er omfattet af de omtvistede varemærker, ikke af lignende art. For det tredje havde indsigeren ikke bevist, at vedkommende var indehaver af det varemærke, som indsigelsen var støttet på.

25 Indsigeren indgav ikke bemærkninger til klagen.

26 Ved afgørelse af 30. oktober 2008 (herefter »den anfægtede afgørelse«), der blev meddelt sagsøgeren den 14. november 2008, afviste Første Appelkammer ved Harmoniseringskontoret klagen.

27 Appelkammeret fandt for det første, at indsigelsesafdelingens afgørelse — i den affattelse, der blev meddelt den 16. maj 2007 — ikke var blevet påklaget inden for den i artikel 59 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 60 i forordning nr. 207/2009) fastsatte frist, og at den derfor var endelig.

28 Indsigelsesafdelingens skrivelse af 8. juni 2007, hvorved parterne opfordredes til at indgive deres bemærkninger vedrørende tilbagekaldelsen af nævnte afgørelse, har ikke medført en suspension af klagefristen.

29 Sagsøgerens svar på denne skrivelse kan ikke anses for en klage over afgørelsen. Svarskrivelsen, som Harmoniseringskontoret modtog den 24. juli 2007, blev under alle omstændigheder indgivet efter udløbet af den klagefrist på to måneder, som begyndte at løbe med meddelelse om afgørelsen.

30 Appelkammeret fandt ligeledes, at de forståelsesproblemer, som den oprindelige version gav anledning til, ikke afskar sagsøgeren fra at klage, men tværtimod burde have ansporet sagsøgeren til at klage.

31 Sagsøgerens klage over afgørelsen af 16. maj 2007 i sin oprindelige version, indgivet den 24. januar 2008, er således indgivet for sent og skal afvises.

32 For det andet erkendte appelkammeret, at berigtigelsen af afgørelsen af 16. maj 2007 var en retsakt, der påvirkede sagsøgerens interesser ved at ændre dennes retsstilling væsentligt.

33 Den i den foreliggende sag omhandlede berigtigelse har imidlertid ikke påvirket parternes interesser som omhandlet i artikel 58 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 59 i forordning nr. 207/2009). Den ændrede version af afgørelsen af 16. maj 2007 havde samme konklusion som den oprindelige version. Den omhandlede berigtigelse, der begrænser sig til at begrunde den oprindelige afgørelses konklusion, har således ikke været til skade for sagsøgeren. Følgelig er den ændrede version af afgørelsen af 16. maj 2007 ikke en retsakt, der kan påklages.

34 Indsigelsesafdelingen erstattede desuden ikke den oprindelige afgørelse med en ny afgørelse, eftersom den besluttede at foretage en berigtigelse af de materielle fejl i henhold til regel 53 i forordning nr. 2868/95 i stedet for en tilbagekaldelse i henhold til artikel 77a i forordning nr. 40/94 eller en berigtigelse i henhold til sidstnævnte forordnings artikel 60a.

35 Klagen blev følgelig afvist, også i det omfang den var rettet mod den ændrede version af afgørelsen af 16. maj 2007.

Parternes påstande

36 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Principalt forkastes indsigelsen i sin helhed. Subsidiært hjemvises sagen til Harmoniseringskontoret.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

37 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

38 I den foreliggende sag har sagsøgeren gjort gældende, at appelkammeret med urette afviste sagsøgerens klage, og har med det første punkt i sin påstand anmodet om annullation af den anfægtede afgørelse. Sagsøgeren har desuden nedlagt påstand om, at indsigelsen forkastes af Retten i sin helhed, eller at sagen subsidiært hjemvises til Harmoniseringskontoret.

Angående påstanden om annullation af den anfægtede afgørelse

Parternes argumenter

39 Sagsøgeren har anført, at appelkammeret med urette afviste selskabets klage.

40 For det første burde de bemærkninger, som sagsøgeren fremsatte den 23. juli 2007 som svar på skrivelse af 8. juni 2007, og hvori indsigelsesafdelingen meddelte parterne om dens hensigt om at tilbagekalde afgørelsen af 16. maj 2007, have medført en suspension af fristen til at påklage denne afgørelse.

41 Ifølge sagsøgeren ville det nemlig være ulogisk og uretfærdigt, hvis enhver, der berøres af en afgørelse, skal påklage denne afgørelse, når den samtidig er genstand for en tilbagekaldelsesprocedure. Den modsatte løsning ville medføre to forskellige sideløbende procedurer, der ville blive behandlet ved to forskellige organer ved Harmoniseringskontoret, og som ville kunne få forskellige resultater. Desuden kan en eventuel tilbagekaldelse af afgørelsen medføre, at klagen mister sin virkning.

42 Det må derfor antages, at indledningen af en procedure om tilbagekaldelse af en afgørelse inden for klagefristen for prøvelse af denne afgørelse bevirker, at nævnte frist suspenderes.

43 Hvis indledningen af en procedure for berigtigelse i det foreliggende tilfælde ikke har medført, at klagefristen er blevet suspenderet, kræver princippet om beskyttelse af den berettigede forventning for det andet, at parterne underrettes herom, og at de informeres om nødvendigheden af at indgive en særskilt klage ved appelkammeret.

44 For det tredje kunne appelkammeret ikke med rette hævde, at meddelelsen om den ændrede version af afgørelsen af 16. maj 2007 ikke var en retsakt, der kunne påklages, eftersom den ikke havde medført et andet resultat end det, der var anført i den oprindelige afgørelse. I den foreliggende sag skal der tages hensyn til den omstændighed, at den ændrede version af afgørelsen af 16. maj 2007 erstatter den modstridende og delvis uforståelige begrundelse i den oprindelige version med en ny begrundelse. Det er imidlertid for det første ikke muligt at påklage en afgørelse, der er mangelfuldt begrundet. For det andet bør de dele af afgørelsen, som ændringen vedrører, kunne påklages. Harmoniseringskontoret deler desuden sagsøgerens holdning, hvilket fremgår af både angivelsen af klagefristen i den ændrede version af afgørelsen af 16. maj 2007 og af ordlyden af skrivelsen af 19. december 2007 (jf. præmis 22 ovenfor).

45 For det fjerde indebærer princippet om beskyttelse af den berettigede forventning i den foreliggende sag, at det må lægges til grund, at appelkammeret kunne antage klagen til behandling. Harmoniseringskontoret har nemlig to gange klart og udtrykkeligt angivet (jf. præmis 44 ovenfor), at den ændrede version af afgørelsen af 16. maj 2007 var en retsakt, der kunne påklages. Harmoniseringskontoret var derfor forpligtet til at rette sig efter sine egne udtalelser.

46 Selv om Harmoniseringskontoret er af den opfattelse, at appelkammeret med rette kunne afvise klagen, indleder den med henvise til de urigtigheder, som indsigelsesafdelingen har begået i det foreliggende tilfælde.

47 For det første er begrundelsen for afgørelsen af 16. maj 2007 behæftet med urigtigheder, der bl.a. består i en selvmodsigende argumentation og en uafsluttet sætning.

48 For det andet indledte indsigelsesafdelingen tilbagekaldelsesproceduren i henhold til artikel 77a i forordning nr. 40/94, selv om der ikke var begået nogen åbenlys procedurefejl.

49 For det tredje anvendte indsigelsesafdelingen regel 53 i forordning nr. 2868/95, hvorefter materielle fejl kan berigtiges, selv om ændringerne af den oprindelige version af afgørelsen af 16. maj 2007 ikke var behæftet med åbenbare urigtigheder såsom sproglige fejl, skrivefejl eller andre urigtigheder, der åbenlyst kræver, at der foretages en berigtigelse, således forstået, at man ikke ville kunne forestille sig nogen anden tekst end den, der følger af berigtigelsen. Som appelkammeret med rette har angivet, tilsidesatte indsigelsesafdelingen i sin skrivelse af 26. november 2007 den begrundelsespligt, der påhviler den i henhold til artikel 73 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 75 i forordning nr. 207/2009), idet den ikke præciserede, hvad de materielle fejl, der nødvendiggjorde en berigtigelse, bestod i.

50 For det fjerde blev skrivelsen af 26. november 2007 som anført af appelkammeret kun undertegnet af et medlem af denne afdeling, hvilket er i strid med regel 100 i forordning nr. 2868/95.

51 Det var imidlertid med rette, at appelkammeret afviste den klage, som sagsøgeren havde indgivet over den ændrede version af afgørelsen af 16. maj 2007, eftersom meddelelsen af skrivelsen af 8. juni 2007, hvori parterne blev opfordret til at fremsætte

bemærkninger til den eventuelle tilbagekaldelse af afgørelsen af 16. maj 2007, ikke medførte nogen suspension af klagefristen for denne afgørelse, og eftersom sagsøgeren ikke kan påberåbe sig princippet om beskyttelse af den berettigede forventning i den foreliggende sag, samt idet den ændrede version af afgørelsen af 16. maj 2007 ikke påvirker sagsøgerens retsstilling og derfor ikke udgør en retsakt, der kan påklages.

52 Harmoniseringskontoret har for det første gjort gældende, at det fremgår af artikel 77a, stk. 3, i forordning nr. 40/94, at indledningen af den i artiklen omhandlede tilbagekaldelsesprocedure ikke indebærer, at fristen for at klage over en afgørelse i medfør af samme forordnings artikel 59 suspenderes.

53 Harmoniseringskontoret er desuden ikke forpligtet til at underrette parterne om, at klagefristen ikke suspenderes i tilfælde af, at der indledes en tilbagekaldelsesprocedure.

54 Sagsøgeren klagede imidlertid ikke over afgørelsen af 16. maj 2007 senest to måneder efter meddelelsen heraf. Den klage, som sagsøgeren indgav til appelkammeret, tilsigtede dermed en fornyet undersøgelse af en afgørelse, som er blevet endelig, hvilket det ikke kan foretage.

55 For det andet kan sagsøgeren ikke påberåbe sig princippet om beskyttelse af den berettigede forventning i den foreliggende sag.

56 For det første blev sagsøgeren i forbindelse med meddelelsen af afgørelsen af 16. maj 2007 informeret om, at denne rådede over en frist på to måneder til at klage over afgørelsen.

57 For det andet indebærer indledningen af en tilbagekaldelsesprocedure ikke nødvendigvis, at der faktisk foretages en tilbagekaldelse. Under de foreliggende omstændigheder var der således desto mere grund til, at sagsøgeren burde have betvivlet, at afgørelsen af 16. maj 2007 kunne tilbagekaldes, eftersom de fejl, afgørelsen var behæftet med, ikke udgjorde åbenlyse procedurefejl. Sagsøgeren kunne derfor ikke med rette forvente, at den omhandlede afgørelse ville blive tilbagekaldt med en sådan grad af sikkerhed, at selskabet trygt kunne afstå fra at påklage det delvise afslag på registreringsansøgningen.

58 Den berigtigelse, som indsigelsesafdelingen foretog i den foreliggende sag, påvirkede for det tredje ikke sagsøgerens retsstilling, eftersom omfanget af afslaget på sagsøgerens registreringsanmodning forblev uændret.

59 Ifølge Harmoniseringskontoret var appelkammeret derfor berettiget til at afvise sagsøgerens klage, således som det gjorde.

60 Harmoniseringskontoret er således af den opfattelse, at appelkammeret ikke har begået nogen retlig fejl, og at Harmoniseringskontoret følgelig skal frifindes. Henset til de proceduremæssige fejl, som appelkammeret begik, har Harmoniseringskontoret imidlertid ikke nogen indvendinger mod, at Retten træffer afgørelse efter billighed.

Rettens bemærkninger

— Muligheden for at påklage den ændrede version af afgørelsen af 16. maj 2007

61 Det fremgår af artikel 57, sammenholdt med artikel 58 i forordning nr. 40/94, at de afgørelser, som er truffet af indsigelsesafdelingerne, og som afslutter en indsigelsessag, kan påklages til appelkammeret ved Harmoniseringskontoret af parterne i en sag, der har ført til en afgørelse, som er gået vedkommende part imod.

62 I den klage, som sagsøgeren har indgivet til appelkammeret, anmodede sagsøgeren om annullation af »den ændrede version af [indsigelsesafdelingens] afgørelse af 16. maj 2007« og om, at indsigelsen skal forkastes i sin helhed.

63 Idet klagen blev afvist med den anfægtede afgørelse, har sagsøgeren anmodet Retten om at annullere denne afgørelse.

64 For at nå frem til konklusionen i den anfægtede afgørelse lagde appelkammeret i det væsentlige til grund, dels at eftersom sagsøgeren ikke havde indgivet en klage inde for den frist, der begyndt at løbe ved meddelelsen af den oprindelige version af afgørelsen af 16. maj 2007, kunne selskabet ikke anfægte denne afgørelse, dels at eftersom den berigtigelse, som indsigelsesafdelingen havde foretaget, ikke ændrede rækkevidden

af retten til registrering af det af sagsøgeren ansøgte varemærke, udgør den ændrede version af afgørelsen af 16. maj 2007 ikke en retsakt, der kan påklages.

65 Sagsøgeren har til støtte for søgsmålet anfægtet disse to bedømmelser.

66 Det skal derfor for det første undersøges, om den ændrede version af afgørelsen af 16. maj 2007 udgør en retsakt, der kan påklages til appelkammeret. Følgelig er det først og fremmest nødvendigt at fastlægge omfanget af indsigelsesafdelingens ændringer af den oprindelige version af afgørelsen af 16. maj 2007.

67 Den oprindelige version af afgørelsen af 16. maj 2007 indeholder et afsnit på s. 4 med følgende ordlyd:

»[…] Denne grad af lighed kan ligeledes konstateres vedrørende kassette- og videobåndene, for så vidt som disse omfatter digitale bånd og kan anvendes i digitale videokameraer. Desuden gør visse apparater det muligt at konvertere de analoge bånd til digitale DVD'er.«

68 På samme side fremgår imidlertid også følgende afsnit, der er gengivet i sin helhed:

»De ovenfornævnte ligheder er imidlertid ikke tilstrækkelige til, at de eksponerede film og kassette- og videobåndene kan anses for at ligne nogen af indsigerens varer. Når alt dette tages i betragtning, er sådanne varer som eksponerede film, der

anvendes sammen med apparater, der traditionelt erstattes af digitale kameraer eller udstyr såsom kassette- og videobånd, der er de traditionelle [sic].«

69 Den oprindelige affattelse af afgørelsen af 16. maj 2007 indeholdt således en selvmodsigende vurdering vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt kassette- og videobåndene og de varer, som er omfattet af indsigerens varemærke, er af samme art. Indsigelsesafdelingen fandt desuden, at de eksponerede film og de varer, som indsigerens varemærke er blevet registreret for, ikke er af samme art. Der blev imidlertid givet medhold i indsigelsen, og sagsøgerens registreringsanmodning blev dermed afvist både hvad angår kassette- og videobåndene og de eksponerede film.

70 Indsigelsesafdelingens berigtigelse af afgørelsen af 16. maj 2007 bestod i en udskiftning af det i præmis 68 gengivne afsnit med nedenstående afsnit:

»Indsigerens databehandlingsudstyr omfatter en bred kategori af varer, der bl.a. omfatter apparater, som med udgangspunkt i en eksponeret film kan aflæse de billedinformationer, som filmen indeholder, og konvertere dem til optisk eller elektronisk digital information (og omvendt). Apparaterne kan forhandles til professionelle såvel som til amatører i særlige fotobutikker. På den baggrund finder [Harmoniseringskontoret], at der foreligger en svag grad af lighed mellem de eksponerede film og databehandlingsudstyret.«

71 Denne berigtigelse fjernede således den oprindelige selvmodsigelse, som gjaldt kassette- og videobånd, og som var i strid med den oprindelige vurdering, hvorefter der ikke var nogen lighed mellem de eksponerede film og de varer, der er dækket af indsigerens varemærke. Konklusionen blev derimod ikke ændret.

72 Det skal bemærkes, at efter først at have haft til hensigt at tilbagekalde afgørelsen af 16. maj 2007 indså indsigelsesafdelingen, at betingelserne i artikel 77a i forordning nr. 40/94 ikke var opfyldt. I den skrivelse af 26. november 2007, som var vedlagt meddelelsen om den ændrede version af afgørelsen af 16. maj 2007 (jf. præmis 21 ovenfor), angav et af medlemmerne af indsigelsesafdelingen, at den oprindelige version af afgørelsen indeholdt en åbenbart urigtighed, som skulle berigtiges i medfør af regel 53 i forordning nr. 2868/95.

73 I henhold til denne bestemmelse påser Harmoniseringskontoret, hvis det ex officio bliver eller af en part i sagen gøres opmærksom på en sproglig fejl, en skrivefejl eller en åbenbar urigtighed i en afgørelse, at fejlen eller urigtigheden berigtiges af den ansvarlige afdeling. Af denne ordlyd fremgår det, at de berigtigelser, som foretages i medfør af denne bestemmelse, kun kan vedrøre rettelser af stavefejl eller grammatiske fejl, skrivefejl — som f.eks. fejl i parternes navn eller i den skriftlige del af et tegn — eller fejl, som er så åbenlyse, at man ikke kan forestille sig nogen anden tekst end den, der fremgår af rettelsen.

74 De ændringer, som blev foretaget i det foreliggende tilfælde (jf. præmis 67-71 ovenfor), bestod imidlertid ikke alene i at afslutte en ufuldstændig sætning, som var uforståelig, men også i at fjerne en intern modsigelse for så vidt angår kassette- og videobåndene og en modsigelse mellem begrundelsen og konklusionen for så vidt angår både disse varer og de eksponerede film.

75 Det må herefter fastslås, at berigtigelsen af den oprindelige version af afgørelsen af 16. maj 2007 vedrørte selve denne afgørelses materielle indhold, og at der således ikke var tale om en rettelse af en skrivefejl. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at en modsigelse i konklusionen i en afgørelse, der vedrører spørgsmålet om, hvorvidt visse varer, som er omfattet af det ansøgte varemærke, og visse varer, for hvilke indsigerens varemærke er registreret, er af samme art eller ej, kan afgøres til fordel for begge

løsninger. På samme måde kan en modsigelse mellem begrundelsen og konklusionen af en afgørelse — som beror på, at selv om visse af de varer, der er omfattet af det ansøgte varemærke, og de varer, som er omfattet af indsigerens varemærke, ikke anses for at være af samme art, gives der alligevel medhold i indsigelsen — udlignes gennem en konstatering af, at der foreligger en vis grad af lighed mellem de omhandlede varer såvel som ved en forkastelse af indsigelsen for så vidt angår disse varer.

76 Heraf følger, at den tekst, som erstattede den oprindelige tekst i afgørelsen af 16. maj 2007, ikke var det eneste tænkelige valg, og at de ændringer, der blev foretaget i det foreliggende tilfælde, ikke kan anses for en berigtigelse af en af de fejl, som fremgår af regel 53 i forordning nr. 2868/95.

77 Denne ændring ville heller ikke kunne være foretaget i medfør af en af de andre bestemmelser, som gør det muligt for indsigelsesafdelingerne at ændre en af deres afgørelser efter, at den er blevet vedtaget og meddelt.

78 Som det blev anerkendt i den skrivelse af 26. november 2007, som blev fremsendt med meddelelsen af den ændrede version af afgørelsen af 16. maj 2007, var betingelserne i artikel 77a i forordning nr. 40/94 nemlig ikke opfyldt, eftersom Harmoniseringskontoret ikke havde begået nogen åbenlys procedurefejl i den foreliggende sag. Indsigelsesafdelingen kunne derfor ikke tilbagekalde afgørelsen af 16. maj 2007 og vedtage en anden afgørelse.

79 Indsigelsesafdelingen kunne i denne sag heller ikke udnytte sin kompetence til at berigtige sine egne afgørelser i henhold til artikel 60a i forordning nr. 40/94, eftersom en berigtigelse forudsætter, at der er blevet indgivet en klage for appelkammeret, og det er konstateret, at sagsøgeren ikke havde indgivet en klage over den oprindelige

version af afgørelsen af 16. maj 2007 inden for den frist, der er fastsat i artikel 59 i forordning nr. 40/94.

80 Som det fremgår af 11. og 12. betragtning til forordning nr. 40/94, havde lovgiver ved vedtagelsen af denne forordning til hensigt at definere Harmoniseringskontorets og dets instansers kompetence. Den normale metode til anfægtelse af indsigelsesafdelingernes afgørelser består således i, at de parter, hvis interesser berøres af disse afgørelser, anvender de fremgangsmåder, som er foreskrevet i afsnit VII i forordning nr. 40/94 (nu afsnit VII i forordning nr. 207/2009). Derudover foreskriver forordning nr. 40/94 tre tilfælde, hvor indsigelsesafdelingerne selv kan ændre de afgørelser, de har truffet, nemlig de ovenfor i præmis 72-79 nævnte tilfælde. Der er tale om en udtømmende liste. Det fremgår nemlig af den generelle opbygning af de administrative procedureregler, som er indført med forordning nr. 40/94, at indsigelsesafdelingerne i princippet udtømmer deres kompetence, når de træffer en afgørelse i henhold til forordningens artikel 43 (nu artikel 42 i forordning nr. 207/2009), og at de kun kan tilbagekalde eller ændre de afgørelser, de har truffet i de i forordningen nævnte tilfælde.

81 Som anført svarede berigtigelsen af afgørelsen af 16. maj 2007 tydeligvis ikke til en berigtigelse af en åbenbar urigtighed eller til nogen af de andre tilfælde, som fremgår af forordning nr. 40/94.

82 Ændringen af den oprindelige version af afgørelsen af 16. maj 2007 blev således foretaget under andre omstændigheder end dem, der er nævnt i forordning nr. 40/94, hvorunder indsigelsesafdelingerne kan ændre deres afgørelser. Der var således ikke noget hjemmelsgrundlag for denne afgørelse, hvilket både sagsøgeren i sin klage for

appelkammeret og appelkammeret i den anfægtede afgørelse samt Harmoniseringskontoret i svarskriftet i den foreliggende sag i øvrigt er enige om.

83 I denne forbindelse fremgår det af fast retspraksis, at der i princippet for retsakter, der er vedtaget af Den Europæiske Unionens institutioner, organer, kontorer og agenturer, gælder en formodning om lovlighed, og at de derfor afføder retsvirkninger, også selv om de er behæftet med mangler, så længe de ikke er blevet annulleret eller trukket tilbage. Imidlertid bør, som en undtagelse fra dette princip, retsakter, der er behæftet med en mangel, hvis grovhed er så åbenlys, at den ikke kan tolereres af Unionens retsorden, selv ex officio, anses for ikke at have affødt nogen som helst retsvirkning, dvs. at de juridisk bør anses for nulliteter. Denne undtagelse skal sikre en afvejning af to grundlæggende, men undertiden modstridende krav, som en retsorden skal opfylde, nemlig stabiliteten i retsforhold og overholdelsen af lovens bogstav. De retlige konsekvenser, som er forbundet med konstateringen af, at en retsakt er en nullitet, er så alvorlige, at det af retssikkerhedsmæssige grunde må kræves, at denne konstatering forbeholdes fuldstændig ekstreme tilfælde (jf. i denne retning Domstolens dom af 12.7.1957, forenede sager 7/56 og 3/57-7/57, Algera m.fl. mod Den Fælles Forsamling, Sml. 1954-1964, s. 45, org.ref.: Rec. s. 81, på s. 122, af 12.5.1977, sag 31/76, Hebrant mod Parlamentet, Sml. s. 883, præmis 23, af 26.2.1987, sag 15/85, Consorzio Cooperative d'Abruzzo mod Kommissionen, Sml. s. 1005, præmis 10 og 11, og af 15.6.1994, sag C-137/92 P, Kommissionen mod BASF m.fl., Sml. I, s. 2555, præmis 48-50).

84 Domstolen har således udtalt, at en bedømmelsesrapport, som er endeligt vedtaget af administrationen mere end 15 måneder efter udløbet af den periode, i forhold til hvilken den blev udfærdiget, anses for at være retlig uvirksom, såfremt der ikke foreligger særlige omstændigheder, der kan begrunde forsinkelsen (dommen i sagen Hebrant mod Parlamentet, nævnt i præmis 83 ovenfor, præmis 22-26).

85 Domstolen har endvidere fastslået, at det i en traktatbrudssag tilkommer den at kontrollere, om den bestemmelse i afledt ret, som angiveligt er blevet tilsidesat, er omfattet af den kompetence, som er tildelt Fællesskaberne, og at bestemmelsen ikke saver retsgrundlag i fællesskabsretten, heller ikke selv om der ikke er anlagt noget annullationssøgsmål til prøvelse af den omhandlede afgørelse inden for den foreskrevne frist, og afgørelsen således er blevet endelig (Domstolens dom af 10.12.1969, forenede

sager 6/69 og 11/69, Kommissionen mod Frankrig, Sml. 1969, s. 143, org.ref.: Rec. s. 523, præmis 11-13).

86 Disse fortilfælde viser, at fejl, der kan føre til, at Unionens retsinstanser anser en retsakt for en nullitet, adskiller sig fra sådanne retsstridige forhold, som i princippet indebærer, at retsakter, der er underlagt en legalitetsprøvelse i henhold til traktaten, annulleres — ikke på grund af deres art, men på grund af deres grovhed, og fordi de er åbenlyse. Retsakter, som er behæftet med urigtigheder, der er så klart grove, at de påvirker de nødvendige forudsætninger for retsakterne, skal juridisk anses for nulliteter (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod BASF m.fl., nævnt i præmis 83 ovenfor, præmis 51 og 52).

87 Som fastslået ovenfor i præmis 72-82, var den ændrede version af afgørelsen af 16. maj 2007 behæftet med urigtigheder vedrørende de nødvendige forudsætninger for retsakten, der i deres helhed var så grove og åbenlyse, at hverken parterne i indsigelsessagen eller appelkammeret kunne overse dem.

88 Appelkammeret har nemlig angivet, at det medlem af indsigelsesafdelingen, som havde været ene om at underskrive den skrivelse, hvorved sagsøgeren blev underrettet om den ændrede version af afgørelsen af 16. maj 2007, ikke i det foreliggende tilfælde havde begrundet anvendelsen af den regel, som hjemler berigtigelsen af åbenbare urigtigheder (punkt 11 i den anfægtede afgørelse).

89 Det skal for alle tilfældes skyld bemærkes, at Harmoniseringskontoret ex officio i punkt 27-32 i svarskriftet ligeledes har anført, at de retsstridigheder, som den ændrede version af afgørelsen af 16. maj 2007 var behæftet med, var alvorlige.

90 I den klage, der blev indgivet til appelkammeret, angav sagsøgeren følgende vedrørende de afsnit i den anfægtede afgørelse, som er gengivet ovenfor i præmis 15:

»Harmoniseringskontorets vurdering, hvorefter [den oprindelige version af afgørelsen af 16. maj 2007 er behæftet med en] »åbenbar urigtighed« kan ikke godtages.

Ved en gennemgang af s. 4, som Harmoniseringskontoret henviser til, findes visse afsnit, som er nærmest uforståelige:

[…]

De angivne afsnit er indbyrdes modstridende, men de udgør på ingen måde en åbenbar urigtighed. Hvilken en af disse to opfattelser skal anses for at være åbenbart urigtige?

Endelig afsluttes tredje [afsnit] i midten af en sætning […] [Dette afsnit] er dermed uforståeligt.

Ved en sammenligning af tredje [afsnit] på s. 4 i [den oprindelige version af afgørelsen af 16. maj 2007] og tredje [afsnit] i den [ændrede version af afgørelsen af 16. maj 2007] fremgår det imidlertid, at det ikke er denne sætning, der skulle suppleres, men at der er indført fuldstændigt anderledes afsnit, som særligt indeholder nye argumenter vedrørende »en svag grad af lighed mellem de eksponerede film og databehandlingsudstyret«. Disse nye argumenter [udgør ikke en rettelse] af en åbenbar urigtighed, og

ændringen af [afgørelsen af 16. maj 2007] er derfor ikke forenelig med bestemmelserne om EF-varemærker.«

91 Under sagen for Retten har såvel sagsøgeren som appelkammeret og Harmoniseringskontoret påpeget, at den ændrede version af afgørelsen af 16. maj 2007 var behæftet med åbenbare urigtigheder.

92 Som det er fastslået ovenfor i præmis 82, havde indsigelsesafdelingen udtømt sin kompetence til at træffe afgørelse om indsigelsen på det tidspunkt, hvor den uden hjemmel traf den ændrede version af afgørelsen af 16. maj 2007. I denne henseende skal det fastslås, at denne mangel på kompetence udgør en urigtighed, der påvirker de grundlæggende betingelser for den omhandlede retsakt i en sådan grad, at den må anses for en nullitet (jf. præmis 86 ovenfor).

93 Når der indgives en klage over en sådan retsakt, er appelkammeret forpligtet til at anse den for en nullitet og erklære den ugyldig, hvilket Harmoniseringskontoret i øvrigt medgav i sit svar på de spørgsmål, som Retten stillede parterne i denne henseende.

94 Heraf følger for det første, at appelkammeret har begået en retlig fejl ved at undersøge, om den ændrede version af afgørelsen af 16. maj 2007 påvirkede sagsøgerens retsstilling, og ved at afvise klagen over denne retsakt, og for det andet, at den anfægtede afgørelse skal annulleres ex officio, eftersom den ikke erklærede nævnte retsakt ugyldig.

95 Det fremgår ligeledes af det ovenfor anførte, at omfanget af retten til at få registreret det varemærke, som sagsøgeren søgte registreret, blev fastlagt i den oprindelige

version af afgørelsen af 16. maj 2007. Det fremgår af de dokumenter i sagen, som sagsøgeren har forelagt for Retten, at denne version blev meddelt sagsøgeren samme dag. Sagsøgeren burde således i henhold til artikel 59 i forordning nr. 40/94, havde indgivet en klage inden for en frist på to måneder fra denne dato. Sagsøgeren bestrider imidlertid ikke, at der ikke er blevet indgivet en klage over afgørelsen inden udløbet af fristen. Sagsøgeren var derfor i princippet ikke berettiget til at anfægte gyldigheden af indsigelsesafdelingens afgørelse på det tidspunkt, hvor sagsøgeren indledte sin klagesag ved appelkammeret.

96 Der skal imidlertid foretages en prøvelse af sagsøgerens argumenter vedrørende følgerne af, at Harmoniseringskontoret inden fristen for indgivelse af en klage, som startede med at løbe med meddelelsen af den oprindelige version af afgørelsen af 16. maj 2007, udløb, tilkendegav, at det havde til hensigt at tilbagekalde afgørelsen, og sagsøgerens argumenter vedrørende beskyttelsen af den berettigede forventning.

— Følgerne af meddelelsen af skrivelsen af 8. juni 2007 på udløbet af klagefristen

97 Ved skrivelse af 8. juni 2007 (jf. præmis 17 ovenfor) informerede indsigelsesafdelingen sagsøgeren om, at det havde til hensigt at tilbagekalde afgørelsen af 16. maj 2007.

98 Sagsøgeren har gjort gældende, at meddelelsen af denne skrivelse, som blev foretaget inden for den klagefrist, der indledtes med meddelelsen af den oprindelige version af afgørelsen af 16. maj 2007, skal tages i betragtning ved vurderingen af, hvorvidt den klage, sagsøgeren har indgivet til appelkammeret, kan behandles. Sagsøgeren har endvidere gjort gældende, at sagsøgeren besvarede skrivelsen af 8. juni 2007 inden for den i skrivelsen fastsatte frist.

99 Det skal i denne forbindelse først og fremmest bemærkes, at underretningen af parterne i en indsigelsessag om, at en afgørelse agtes tilbagekaldt i henhold til artikel 77a, stk. 2, i forordning nr. 40/94 (nu artikel 80, stk. 2, i forordning nr. 207/2009), udgør en obligatorisk høringsforanstaltning for indsigelsesafdelingen, der har til formål at give parterne mulighed for at give til kende, om de anser tilbagekaldelsen for berettiget eller ej, og som er med til at belyse Harmoniseringskontorets vurdering af, om betingelserne i artikel 77a, stk. 1, i forordning nr. 40/94 (nu artikel 80, stk. 1, i forordning nr. 207/2009) er opfyldt. Sagsøgeren kunne på baggrund af skrivelsen af 8. juni 2007 på ingen måde være sikker på, hvilken afgørelse Harmoniseringskontoret ville træffe for så vidt angår tilbagekaldelsen af afgørelsen af 16. maj 2007.

100 Det skal for det andet bemærkes, at det følger af artikel 77a, stk. 3, i forordning nr. 40/94, at en tilbagekaldelsesprocedure ikke er til hinder for, at parterne kan indgive en klage over den afgørelse, som påtænkes tilbagekaldt.

101 Derfor, og eftersom forordning nr. 40/94 ikke indeholder nogen udtrykkelig bestemmelse, har indledningen af partshøringen i henhold til forordningens artikel 77a, stk. 2, af de berørte parter forud for tilbagekaldelse af en afgørelse ikke opsættende virkning for så vidt angår den i forordningens artikel 59 omhandlede klagefrist (jf. i denne retning Rettens dom af 1.7.2009, sag T-419/7, Okalux mod KHIM - Messe Düsseldorf (OKATECH), Sml. II, s. 2477, præmis 34).

102 Sagsøgerens argumenter om, at afviklingen af en klagesag samtidig med en tilbagekaldelsesprocedure forekommer ulogisk, skal i øvrigt forkastes.

103 Selv om det lægges til grund, at det er usammenhængende, at de to procedurer afvikles samtidigt, indebærer denne konstatering for det første ikke, at der kan ses bort fra de ubetingede, klare og præcise bestemmelser vedrørende tilbagekaldelse og frister for indgivelse af en klage til appelkamrene.

104 For det andet er det ikke godtgjort, at der foreligger en sådan mangel på sammenhæng. Dels kan tilbagekaldelsesproceduren afsluttes hurtigt, og den skal være afsluttet inden for en frist på seks måneder efter meddelelsen af afgørelsen. Selv om det, henset til de fastsatte procedurefrister, er usandsynligt, at appelkammeret træffer afgørelse inden afslutningen af en tilbagekaldelsesprocedure, ville det blot i tilfælde af, at en afgørelse, som appelkammeret har stadfæstet, senere tilbagekaldes, betyde, at en ny afgørelse ville skulle træffes, og såfremt afgørelsen på et senere stadie annulleres af appelkammeret, at tilbagekaldelsesprocedurens genstand bortfalder. Selv om det antages, at en påklaget afgørelse bliver tilbagekaldt, ville appelkammeret skulle fastslå, at det ikke længere er fornødent at træffe afgørelse i sagen. Sagsøgeren kunne således ikke med rette gøre gældende, at afviklingen af en tilbagekaldelsesprocedure sideløbende med indgivelsen af en klage over samme afgørelse kan føre til et usammenhængende resultat.

105 Endelig kan sagsøgerens anfægtelse af berettigelsen af afgørelsen af 16. maj 2007 inden for rammerne af tilbagekaldelsesproceduren, som er en selvstændig procedure i forhold til klageprocedurerne i artikel 57 ff. i forordning nr. 40/94, ikke anses for en påklage af den omhandlede afgørelse. En indgivelse af en klage er nemlig underlagt visse processuelle krav — herunder betaling af et gebyr — og formelle krav, som sagsøgeren ikke har opfyldt. Selv om sagsøgerens skriftlige bemærkninger af 23. juli 2007 ville kunne anses for en klage mod afgørelsen af 16. maj 2007, ville en sådan klage være indgivet efter fristens udløb.

106 Heraf følger, at sagsøgeren ikke med rette kunne gøre gældende, at meddelelsen af skrivelsen af 8. juni 2007 bevirkede, at den klagefrist, som var begyndt at løbe ved meddelelsen af den oprindelige version af afgørelsen af 16. maj 2007, blev suspenderet.

— Sagsøgerens argumenter vedrørende princippet om beskyttelse af den berettigede forventning

107 Sagsøgeren har gjort gældende, at selskabet kunne indgive en klage over den ændrede version af afgørelsen af 16. maj 2007, henset til, at skrivelsen fra et medlem af indsigelsesafdelingen af 19. december 2007 havde givet anledning til en berettiget forventning hos sagsøgeren (jf. præmis 22 ovenfor). Sagsøgeren har ligeledes gjort gældende, at Harmoniseringskontoret for at iagttage dette princip burde have angivet over for selskabet, at meddelelsen af skrivelsen af 8. juni 2007, hvori Harmoniseringskontoret informerede sagsøgeren om, at det havde til hensigt at tilbagekalde afgørelsen af 16. maj 2007 (jf. præmis 17 ovenfor), ikke indebar, at klagefristen blev suspenderet.

108 Det følger af fast retspraksis, at selv i mangel af en hjemmelsbestemmelse står adgangen til at påberåbe sig princippet om beskyttelse af den berettigede forventning åben for enhver privatperson, hos hvem en institution har givet anledning til begrundede forhåbninger ved at afgive præcise løfter. Sådanne løfter skal, uanset under hvilken form de er afgivet, være præcise, ubetingede og samstemmende og stamme fra pålidelige og troværdige kilder (jf. Rettens dom af 5.4.2006, sag T-388/4, Kachakil Amar mod KHIM (langstrakt lineær figur afsluttet med en trekant), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 26 og den deri nævnte retspraksis).

109 Derimod kan ingen påberåbe sig tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, såfremt administrationen ikke har afgivet præcise løfter (Rettens dom af 14.2.2006, forenede sager T-376/05 og T-383/05, TEA-CEGOS og STG mod Kommissionen, Sml. II, s. 205, præmis 88 og den deri nævnte retspraksis).

110 Ifølge retspraksis kan en part således ikke henvise til administrationens passivitet med henblik på at påberåbe sig en tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning. Under disse omstændigheder kan det forhold, at det i den skrivelse, som blev sendt til parterne den 8. juni 2007, og hvori et medlem af indsigelsesafdelingen oplyste, at indsigelsesafdelingen havde til hensigt at tilbagekalde afgørelsen af 16. maj 2007, ikke var angivet, at indledningen af tilbagekaldelsesproceduren ikke indebar, at fristen i artikel 59 i forordning nr. 40/94 ville blive afbrudt eller suspenderet, ikke anses for et forhold, som kan give sagsøgeren forhåbninger om, at denne frist — som sagsøgeren i øvrigt blev oplyst om ved meddelelsen af afgørelsen af 16. maj 2007 — vil blive afbrudt eller suspenderet.

111 Det er imidlertid ubestridt, at en af Harmoniseringskontorets befuldmægtigede i skrivelse af 19. december 2007 havde angivet over for parterne, at den ændrede version af afgørelsen af 16. maj 2007 var en afgørelse, som kunne påklages inden for en frist, som begyndte at løbe med meddelelsen af denne nye version af afgørelsen af 16. maj 2007.

112 Det skal bemærkes, at parterne i sagen for indsigelsesafdelingen i denne skrivelse blev gjort opmærksomme på, at de kunne påklage den ændrede version af afgørelsen af 16. maj 2007, som de blev meddelt den 26. november 2007. Denne oplysning betyder ikke præcist og uvilkårligt, at sagsøgeren på dette tidspunkt fortsat kunne klage over den oprindelige version af afgørelsen af 16. maj 2007, der som fastslået (jf. præmis 93-95 ovenfor) er den eneste retsakt, der har haft retsvirkninger i den foreliggende sag.

113 Sagsøgeren kan under alle omstændigheder ikke påberåbe sig princippet om beskyttelse af den berettigede forventning med henblik på at undgå den fortabelse af retten til at påklage, der var en følge af, at sagsøgeren ikke klagede over den oprindelige version af afgørelsen af 16. maj 2007 inden for den fastsatte klagefrist.

114 Hvad angår muligheden for at påberåbe sig princippet om beskyttelse af den berettigede forventning til støtte for at undgå fortabelse af en ret fremgår det nemlig af

retspraksis, at en sagsøger skal kunne godtgøre at have haft en begrundet forhåbning, der har været baseret på præcise tilsagn fra en institution, som har kunnet fremkalde en undskyldelig vildfarelse hos en borger, der er i god tro, og som har udvist den omhu, der kræves af en normalt påpasselig erhvervsdrivende (Domstolens kendelse af 13.12.2000, sag C-44/00 P, Sodima mod Kommissionen, Sml. I, s. 11231, præmis 50).

115 I det foreliggende tilfælde har sagsøgeren, henset til klagefristens ufravigelige karakter, hvilket sagsøgeren blev gjort opmærksom på ved meddelelsen af den oprindelige version af afgørelsen af 16. maj 2007, og den omstændighed, at sagsøgeren ikke — om ikke andet i retsbevarende øjemed — har indgivet en klage over denne afgørelse, ikke udvist en normal grad af påpasselighed, som kræves for at kunne påberåbe sig princippet om beskyttelse af den berettigede forventning (jf. i denne retning OKATECH-dommen, nævnt ovenfor i præmis 101, præmis 53).

116 Heraf følger, at sagsøgeren ikke kan gøre gældende, at det var med urette, at appelkammeret afviste sagsøgerens klage vedrørende berettigelsen af indsigelsesafdelingens afgørelse.

Påstanden om, at Retten skal forkaste indsigelsen i sin helhed

Harmoniseringskontorets argumenter

117 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at Rettens kompetence er defineret i artikel 63 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 65 i forordning nr. 207/2009), og at den er begrænset til en efterprøvelse af lovligheden af afgørelser truffet af

Harmoniseringskontorets appelkamre, og at denne efterprøvelse i givet fald udelukkende kan føre til en ophævelse eller omgørelse heraf. Der kan derfor ikke gives medhold i sagsøgerens påstand om, at Retten skal forkaste indsigelsen.

Rettens bemærkninger

118 Med sin anden påstand anmoder sagsøgeren principalt Retten om — efter at have annulleret den anfægtede afgørelse — at forkaste den indsigelse, som er rejst af indehaveren af det ældre spanske figurmærke dm, i sin helhed.

119 I henhold til artikel 63, stk. 3, i forordning nr. 40/94 (nu artikel 65, stk. 3, i forordning nr. 207/2009) har Unionens retsinstanser kompetence til at annullere eller ændre appelkamrenes afgørelser. En påstand om, at Retten skal træffe en afgørelse, som appelkammeret ifølge en af parterne burde have truffet, er dermed omfattet af Rettens kompetence til at ændre appelkammerets afgørelser i henhold til artikel 63, stk. 3, i forordning nr. 40/94 (jf. i denne retning Rettens dom af 12.9.2007, sag T-363/04, Koipe mod KHIM - Aceites del Sur (La Española), Sml. II, s. 3355, præmis 29 og 30, og af 11.2.2009, sag T-413/07, Bayern Innovativ mod KHIM — Life Sciences Partners Perstock (LifeScience), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 14-16).

120 Som det er fastslået (jf. præmis 116 ovenfor), anvendte appelkammeret reglerne vedrørende antagelse af klager til behandling korrekt, idet det fastslog, at sagsøgeren ikke var berettiget til at anfægte den afgørelse, hvormed indsigelsesafdelingen tog stilling til indsigelsen. Sagsøgerens påstand om, at Retten skal forkaste indsigelsen, skal dermed forkastes.

Påstanden om, at Retten skal hjemvise sagen til Harmoniseringskontoret

Harmoniseringskontorets argumenter

121 Harmoniseringskontoret har anført, at det i henhold til artikel 63, stk. 6, i forordning nr. 40/94 (nu artikel 65, stk. 6, i forordning nr. 207/2009) træffer de foranstaltninger, der er nødvendige til opfyldelse af Rettens afgørelser. Heraf følger, at påstandene om at meddele Harmoniseringskontoret påbud skal afvises.

Rettens bemærkninger

122 I overensstemmelse med artikel 63, stk. 6, i forordning nr. 40/94 skal Harmoniseringskontoret træffe de foranstaltninger, der er nødvendige til opfyldelse af dommen fra Unionens retsinstanser. Heraf følger, at sagsøgerens subsidiære påstande om hjemvisning af sagen til Harmoniseringskontoret er uden genstand og dermed skal afvises.

Sagens omkostninger

123 Sagsøgerens påstande om, at indsigeren tilpligtes at betale sagens omkostninger, forkastes, eftersom indsigeren ikke er indtrådt som intervenient for Retten.

124 Ifølge artikel 87, stk. 2, i Rettens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, såfremt der er nedlagt påstand herom. Ifølge procesreglements artikel 87, stk. 3, kan Retten imidlertid pålægge endog en vindende part at erstatte den anden part de udgifter, som skønnes at være påført modparten unødvendigt eller af ond vilje.

125 Under de foreliggende omstændigheder vil der for det første blive taget hensyn til den omstændighed, at den oprindelige version af afgørelsen af 16. maj 2007 indeholdt en uforståelig begrundelse, for det andet til de alvorlige retsstridigheder, der blev begået ved meddelelsen af den ændrede version af afgørelsen af 16. maj 2007, og for det tredje til den omstændighed, at sagsøgeren blev opmuntret til at indbringe en klage for appelkammeret i den skrivelse, som Harmoniseringskontoret tilstillede sagsøgeren den 19. december 2007. Alle de udgifter, som sagsøgeren har afholdt i den foreliggende sag, skal derfor anses for unødvendige i henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 3, og Harmoniseringskontoret pålægges derfor at betale alle sagens omkostninger, selv om sagsøgeren ikke har nedlagt påstand herom.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer

RETTEN (Første Afdeling):

1) Afgørelse truffet den 30. oktober 2008 af Første Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (sag R 228/2008-1) vedrørende en indsigelsessag mellem Distribuciones Mylar, SA og dm-drogerie markt GmbH & Co. KG annulleres, for så vidt som den

ikke erklærede den ændrede version af indsigelsesafdelingens afgørelse af 16. maj 2007 for en nullitet.

2) I øvrigt frifindes Harmoniseringskontoret

3) Harmoniseringskontoret betaler sagens omkostninger.

Azizi Cremona Frimodt Nielsen

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 9. september 2011.

Underskrifter