ARREST VAN HET GERECHT (Eerste kamer)

9 september 2011 *

In zaak T-36/09,

dm-drogerie markt GmbH & Co. KG, gevestigd te Karlsruhe (Duitsland), vertegenwoordigd door O. Bludovsky en C. Mellein, advocaten,

verzoekster,

tegen

Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM), aanvankelijk vertegenwoordigd door J. Novais Gonçalves, vervolgens door G. Schneider, als gemachtigden,

verweerder,

andere partij in de procedure voor de kamer van beroep van het BHIM:

Distribuciones Mylar, SA, gevestigd te Gelves (Spanje),

* Procestaal: Engels.

betreffende een beroep tegen de beslissing van de eerste kamer van beroep van het BHIM van 30 oktober 2008 (zaak R 228/2008-1) inzake een oppositieprocedure tussen Distribuciones Mylar, SA en dm-drogerie markt GmbH & Co. KG,

wijst

HET GERECHT (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: J. Azizi, kamerpresident, E. Cremona en S. Frimodt Nielsen (rapporteur), rechters,

griffier: E. Coulon,

gezien het op 23 januari 2009 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 19 mei 2009 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord,

gezien de beslissing van 1 juli 2009 om neerlegging van een memorie van repliek niet toe te staan,

gezien de schriftelijke vragen van het Gerecht aan de partijen,

gezien de op 15 april 2011 door de partijen ter griffie van het Gerecht neergelegde opmerkingen,

gelet op het feit dat de partijen geen verzoek tot vaststelling van een terechtzitting hebben ingediend binnen de termijn van een maand nadat de sluiting van de schriftelijke behandeling aan de partijen is betekend en na op rapport van de rechter-rapporteur te hebben besloten op grond van artikel 135 bis van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht uitspraak te doen zonder mondelinge behandeling,

het navolgende

Arrest

Toepasselijke bepalingen

1 Verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1), zoals gewijzigd [vervangen door verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad van 26 februari 2009 inzake het gemeenschapsmerk (PB L 78, blz. 1)], leest in de elfde en twaalfde overweging van de considerans (thans de punten 12 en 13 van de considerans van verordening nr. 207/2009) als volgt:

„Overwegende dat het door deze verordening geschapen merkenrecht voor ieder individueel merk administratieve uitvoering op gemeenschapsniveau vereist; dat het derhalve noodzakelijk is, met handhaving van de bestaande institutionele structuur

en van het evenwicht van de bevoegdheden in de Gemeenschap, een technisch onafhankelijk alsmede juridisch, organisatorisch en financieel voldoende zelfstandig Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) op te richten; dat hiervoor de vorm van een orgaan van de Gemeenschap met eigen rechtspersoonlijkheid vereist en passend is, dat de overeenkomstig deze verordening toegewezen uitvoeringsbevoegdheden uitoefent in het kader van het gemeenschapsrecht en onverminderd de aan de instellingen van de Gemeenschap verleende bevoegdheden;

Overwegende dat aan de partijen die belang hebben bij de beslissingen van het Bureau een rechtsbescherming dient te worden gewaarborgd die past bij de bijzondere kenmerken van het merkenrecht; dat daartoe bepaald wordt dat tegen de beslissingen van de onderzoekers en van de verschillende afdelingen van het Bureau beroep kan worden ingesteld; dat wanneer de instantie waarvan de beslissing bestreden wordt deze niet herziet, zij haar voorlegt aan een kamer van beroep van het Bureau die hierover een uitspraak doet; dat tegen de beslissingen van de kamer van beroep beroep kan worden ingesteld bij het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, dat de bestreden beslissing kan vernietigen of herzien".

2 Bij artikel 60 bis van verordening nr. 40/94 (thans artikel 62 van verordening nr. 207/2009), zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 422/2004 van de Raad van 19 februari 2004 tot wijziging van verordening nr. 40/94 (PB L 70, blz. 1), wordt het in de twaalfde overweging van de considerans van richtlijn 40/94 bedoelde rechtsmiddel ingevoerd; in deze overweging wordt verklaard dat „wanneer de instantie waarvan de beslissing bestreden wordt deze niet herziet, zij haar voorlegt aan een kamer van beroep van het Bureau die hierover een uitspraak doet". Artikel 60 bis van verordening nr. 40/94 luidt:

„1. Wanneer tegenover de appellant een andere partij staat en de instantie waarvan de beslissing wordt betwist, het beroep ontvankelijk en gegrond acht, herziet deze instantie haar beslissing.

2. De beslissing kan alleen worden herzien wanneer de instantie waarvan de beslissing wordt betwist, de andere partij in kennis stelt van haar voornemen om de beslissing te herzien en wanneer deze partij binnen twee maanden na ontvangst van de kennisgeving hiermee instemt.

3. Indien de andere partij er niet binnen twee maanden na de datum van ontvangst van de in lid 2 genoemde kennisgeving mee instemt dat de betwiste beslissing wordt herzien, en zij een verklaring in die zin aflegt of geen verklaring aflegt binnen de gestelde termijn, moet het beroep onverwijld worden voorgelegd aan de kamer van beroep, zonder oordeel over de gronden daarvan.

4. Indien echter de instantie waarvan de beslissing wordt betwist, binnen een maand na ontvangst van de uiteenzetting van de gronden het beroep niet ontvankelijk en ongegrond acht, neemt zij niet de in de leden 2 en 3 bedoelde maatregelen, maar legt zij het beroep onverwijld voor aan de kamer van beroep, zonder oordeel over de gronden daarvan."

3 Artikel 77 bis van verordening nr. 40/94 (thans artikel 80 van verordening nr. 207/2009), eveneens bij verordening nr. 422/2004 ingevoegd, bepaalt:

„1. Indien het Bureau een inschrijving in het register heeft gedaan of een beslissing heeft genomen waarbij het een kennelijke procedurefout heeft gemaakt, ziet het toe op de doorhaling van deze inschrijving, casu quo de herroeping van deze beslissing. Indien er slechts één partij in de procedure is en de inschrijving of handeling van invloed is op haar rechten, wordt de doorhaling of herroeping ook uitgevoerd wanneer de partij de fout niet had ontdekt.

2. De in lid 1 bedoelde doorhaling of herroeping wordt, ambtshalve of op verzoek van een der partijen in de procedure, uitgevoerd door de instantie die de inschrijving heeft gedaan of de beslissing heeft genomen. De doorhaling of herroeping wordt uitgevoerd binnen zes maanden na de datum van inschrijving in het register of de aanneming van de beslissing, na raadpleging van de partijen in de procedure alsmede de eventuele, in het register vermelde houders van rechten op het betrokken gemeenschapsmerk.

3. Dit artikel laat het recht van de partijen om beroep in te stellen uit hoofde van de artikelen 57 en 63 onverlet, evenals de mogelijkheid om op de wijze en onder de voorwaarden zoals vastgesteld bij de in artikel 157, lid 1, genoemde uitvoeringsverordening taal- en schrijffouten te corrigeren en kennelijke vergissingen in de beslissingen van het Bureau en vergissingen van het Bureau bij de inschrijving van het merk of de publicatie van de inschrijving recht te zetten."

4 Regel 53 van verordening (EG) nr. 2868/95 van de Commissie van 13 december 1995 tot uitvoering van verordening nr. 40/94 (PB L 303, blz. 1), waarnaar wordt verwezen in artikel 77 bis, lid 3, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 80, lid 3, van verordening nr. 207/2009), bepaalt:

„Indien het Bureau zelf of op aanwijzing van een partij bij de procedure kennis komt te dragen van een taal- of schrijffout of van een kennelijke vergissing in een beslissing, zorgt het ervoor dat de fout of vergissing door de verantwoordelijke dienst of afdeling wordt rechtgezet."

Aan het geding ten grondslag liggende feiten

5 Op 13 augustus 2004 heeft verzoekster, dm-drogerie markt GmbH & Co. KG, bij het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM) een gemeenschapsmerkaanvraag ingediend krachtens verordening nr. 40/94.

6 De inschrijvingsaanvraag betrof het woordteken dm.

7 De waren waarvoor inschrijving was aangevraagd, behoorden tot onder meer de klassen 9 en 16 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, en waren voor elke klasse omschreven als volgt:

— klasse 9: „Batterijen, brillen, belichte films, fotoapparaten, audio- en videocassettes, geheugens voor digitale camera's en gegevensverwerkende apparatuur, meetapparaten, thermometers, beschermingen voor stopcontacten, dragers voor elektrische registratie, camera's, cd-branders, apparatuur voor het opnemen, het overbrengen en het weergeven van geluid en beeld; computerprinters";

— klasse 16: „Papier, karton; schrijfbehoeften, doekjes van papier of cellulose, luiers van papier of cellulose, kleefstoffen voor papier en schrijfbehoeften of huishoudelijke doeleinden, fotohoekjes, fotoalbums, folie van plastic voor verpakking, vuilniszakken van papier of plastic, verpakkingszakken, hoezen, zakken van papier of plastic, metaalfolie voor verpakking, papieren handdoeken".

8 De gemeenschapsmerkaanvraag is in het *Blad van gemeenschapsmerken* nr. 19/2005 van 9 mei 2005 gepubliceerd.

9 Op 26 juli 2005 heeft opposante, Distribuciones Mylar, SA, krachtens artikel 42 van verordening nr. 40/94 (thans artikel 41 van verordening nr. 207/2009) oppositie ingesteld tegen de inschrijving van het aangevraagde merk voor de in punt 7 hierboven omschreven waren.

10 De oppositie was gegrond op het hieronder weergegeven oudere Spaanse beeldmerk, waarvan de inschrijvingsaanvraag op 13 oktober 2003 is ingediend en dat op 19 augustus 2004 onder nr. 2561742 is ingeschreven:



11 De oppositie was gebaseerd op alle waren en diensten waarvoor het oudere merk was ingeschreven en die behoren tot de klassen 9 en 39. Deze waren zijn omschreven als volgt:

— klasse 9: „Kasregisters, rekenmachines, gegevensverwerkende apparatuur en computers”;

— klasse 39: „Transport, verpakking, opslag en distributie van computeronderdelen, drukwaren en schrijfbehoeften”.

12 De oppositie was gesteund op artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 207/2009).

13 Verzoekster heeft geen opmerkingen ingediend bij de oppositieafdeling.

14 Bij beslissing van 16 mei 2007, die op dezelfde datum aan verzoekster is meegedeeld, heeft de oppositieafdeling de oppositie toegewezen voor de in punt 7 hierboven omschreven waren van klasse 9, met uitzondering van brillen en thermometers. De oppositie is daarentegen afgewezen voor brillen en thermometers van klasse 9 alsmede voor alle waren van klasse 16.

15 Met betrekking tot belichte films en audio- en videocassettes heeft de oppositieafdeling geoordeeld (blz. 4, eerste en derde alinea):

„[...] Die mate van soortgelijkheid is ook vastgesteld voor audio- en videocassettes, aangezien deze digitale cassettes omvatten en in digitale videocamera's kunnen worden gebruikt. Bovendien kunnen met sommige apparaten analoge cassettebanden in digitale dvd's worden omgezet.

[...]

Voornoemde punten van gelijkenis zijn echter niet voldoende om belichte films en audio- en videocassettes enerzijds en om het even welke waar van opposante anderzijds als soortgelijk te beschouwen. Gelet op dit alles waren als belichte films, die

worden gebruikt met apparaten die traditioneel analoge camera's of klassieke apparatuur zoals audio- en videocassettes vervangen, [sic]."

16 Voorts heeft de oppositieafdeling geoordeeld dat er gevaar voor verwarring van het aangevraagde merk met opposantes merk bestond voor alle waren die als soortgelijk kunnen worden beschouwd, daaronder begrepen die waren die slechts in geringe mate soortgelijk zijn. Bijgevolg werd inschrijving van het aangevraagde merk geweigerd voor deze waren, waaronder belichte films en audio- en videocassettes.

17 Bij brief van 8 juni 2007 heeft de oppositieafdeling aan de partijen gemeld dat zij voornemens was op grond van artikel 77 bis van verordening nr. 40/94 de beslissing van 16 mei 2007 te herroepen wegens een kennelijke procedurefout, aangezien geen volledige vergelijking van de lijsten van waren en diensten was gemaakt. De partijen werd verzocht, binnen een termijn van twee maanden hun opmerkingen in te dienen over de vraag of deze herroeping opportuun was.

18 Verzoekster heeft opmerkingen ingediend bij brief van 23 juli 2007, die het BHIM op 24 juli 2007 heeft ontvangen. Daarin stelde zij dat opposante het bestaan van haar ouder recht niet afdoende had bewezen en dat de door de betrokken merken aangeduide waren niet soortgelijk waren. Bovendien verklaarde zij:

„Verzoekster is blij te vernemen dat de oppositieafdeling voornemens is haar beslissing van 16 mei 2007 te herroepen, want op deze wijze kan desnoods worden vermeden dat zij beroep moet instellen, hetgeen zij voornemens was te doen."

19 Op 26 november 2007 heeft een lid van de oppositieafdeling de partijen een brief met de volgende verklaring toegezonden:

„Het [BHIM] is tot de slotsom gekomen dat haar beslissing van 16 mei 2007 geen kennelijke procedurefout bevat. Bijgevolg dient in casu geen toepassing van artikel 77 bis te worden gemaakt. Toch bevat bladzijde 4 van deze beslissing een kennelijke vergissing die het [BHIM] heeft rechtgezet overeenkomstig regel 53 van [verordening nr. 2868/95]. Deze rechtzetting wijzigt de uitkomst van de beslissing niet."

20 Bij deze brief was een gewijzigde versie van de beslissing van 16 mei 2007 (hierna: „gewijzigde versie van de beslissing van 16 mei 2007") gevoegd. Deze nieuwe versie van de beslissing heeft dezelfde datum en hetzelfde dictum als de oorspronkelijke versie. In deze nieuwe versie is de derde alinea van bladzijde 4 van de oorspronkelijke versie (zie punt 15 hierboven) vervangen als volgt:

„Opposantes gegevensverwerkende apparatuur omvat een ruim assortiment van waren, waaronder apparaten die de op een belichte film opgeslagen informatie kunnen lezen en omzetten in optische of elektrische digitale informatie (en omgekeerd). Deze apparaten kunnen worden verkocht in gespecialiseerde fotografiewinkels, zowel aan vakmensen als aan amateurs. Gelet op dit alles is het [BHIM] van oordeel dat een geringe mate van soortgelijkheid bestaat tussen belichte films en gegevensverwerkende apparatuur."

21 Bij brief van 26 november 2007 heeft opposante verzocht dat de partijen in de oppositieprocedure een termijn wordt toegekend om beroep in te stellen tegen de rechtgezette beslissing.

22 Op 19 december 2007 heeft een lid van de oppositieafdeling aan de partijen het volgende geschreven:

„Gelieve te noteren dat het [BHIM] van oordeel is dat tegen [de gewijzigde versie van de beslissing van 16 mei 2007] beroep kan worden ingesteld en bijgevolg elke partij in een procedure welke tot een beslissing heeft geleid overeenkomstig artikel 58 van verordening nr. 40/94 tegen deze beslissing beroep kan instellen voor zover zij daarbij in het ongelijk is gesteld. Ingevolge artikel 59 van verordening nr. 40/94 moet het beroep schriftelijk bij het [BHIM] worden ingesteld binnen twee maanden na de dag waarop de beslissing is meegedeeld (zijnde 26 november 2007) en moet een schriftelijke uiteenzetting van de gronden van het beroep worden ingediend binnen vier maanden na de datum waarop de beslissing is meegedeeld. Het beroep wordt pas geacht te zijn ingesteld na betaling van de beroepstaks van 800 EUR."

23 Op 24 januari 2008 heeft verzoekster krachtens de artikelen 57 tot en met 62 van verordening nr. 40/94 (thans de artikelen 58-64 van verordening nr. 207/2009) bij het BHIM beroep ingesteld tot vernietiging van de „gewijzigde versie van de beslissing [van de oppositieafdeling] van 16 mei 2007" alsmede tot afwijzing van de oppositie in haar geheel.

24 Op 17 maart 2008 heeft verzoekster een schriftelijke uiteenzetting van de gronden van haar beroep ingediend. Daarin voert zij de volgende middelen aan. Ten eerste vormen de in de oorspronkelijke beslissing aangebrachte wijzigingen geen rechtzetting van kennelijke vergissingen. Met deze wijzigingen is immers een tegenstrijdige en ten dele onbegrijpelijke motivering vervangen door nieuwe argumenten. Ten tweede zijn de door de conflicterende merken aangeduide waren niet soortgelijk. Ten derde heeft opposante niet bewezen dat zij houder is van het merk waarop de oppositie was gebaseerd.

25 Opposante heeft geen opmerkingen naar aanleiding van dit beroep ingediend.

26 Bij beslissing van 30 oktober 2008 (hierna: „bestreden beslissing"), die op 14 november 2008 aan verzoekster is meegedeeld, heeft de eerste kamer van beroep van het BHIM het beroep niet-ontvankelijk verklaard.

27 In de eerste plaats heeft deze kamer geoordeeld dat niet binnen de termijn van artikel 59 van verordening nr. 40/94 (thans artikel 60 van verordening nr. 207/2009) beroep was ingesteld tegen de beslissing van de oppositieafdeling, in de versie die op 16 mei 2007 was meegedeeld, en dat deze beslissing daardoor definitief was geworden.

28 De brief van de oppositieafdeling van 8 juni 2007 waarbij de partijen werd verzocht opmerkingen over de herroeping van deze beslissing in te dienen, heeft niet tot schorsing van de beroepstermijn geleid.

29 Verzoeksters antwoord op deze brief kan niet worden beschouwd als een beroep tegen deze beslissing. Dat antwoord, dat op 24 juli 2007 bij het BHIM is ingekomen, is in elk geval ingediend na het verstrijken van de beroepstermijn van twee maanden na de datum waarop de beslissing is meegedeeld.

30 De kamer van beroep heeft voorts geoordeeld dat het feit dat de oorspronkelijke versie van de beslissing moeilijk te begrijpen was, verzoekster niet heeft belet beroep in te stellen, maar integendeel haar daartoe had moeten aanzetten.

31 Verzoekster heeft dus te laat, op 24 januari 2008, beroep ingesteld tegen de beslissing van 16 mei 2007 in haar oorspronkelijke versie en dit beroep moest dus niet-ontvankelijk worden verklaard.

32 In de tweede plaats heeft de kamer van beroep erkend dat door de rechtzetting van de beslissing van 16 mei 2007 verzoeksters belangen konden worden geschaad doordat haar rechtspositie merkelijk werd gewijzigd.

33 Toch heeft de betrokken rechtzetting geen afbreuk gedaan aan verzoeksters belangen in de zin van artikel 58 van verordening nr. 40/94 (thans artikel 59 van verordening nr. 207/2009). De gewijzigde versie van de beslissing van 16 mei 2007 heeft hetzelfde dictum als de oorspronkelijke versie. De betrokken rechtzetting is dus niet bezwarend voor verzoekster, doordat het dictum van de oorspronkelijke versie enkel wordt gerechtvaardigd. Bijgevolg kan geen beroep worden ingesteld tegen de gewijzigde versie van de beslissing van 16 mei 2007.

34 Bovendien heeft de oppositieafdeling, door kennelijke vergissingen recht te zetten overeenkomstig regel 53 van verordening nr. 2868/95 in plaats van deze beslissing te herroepen overeenkomstig artikel 77 bis van verordening nr. 40/94 of te herzien overeenkomstig artikel 60 bis van deze verordening, de oorspronkelijke beslissing niet vervangen door een nieuwe beslissing.

35 Derhalve is het beroep ook niet-ontvankelijk verklaard voor zover het tegen de gewijzigde versie van de beslissing van 16 mei 2007 was gericht.

Conclusies van de partijen

36 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beslissing te vernietigen;

— primair de oppositie in haar geheel af te wijzen en subsidiair de zaak naar het BHIM terug te wijzen;

— opposante te verwijzen in de kosten.

37 Het BHIM concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

38 Verzoekster stelt dat de kamer van beroep haar beroep ten onrechte niet-ontvankelijk heeft verklaard en vordert ten eerste vernietiging van de bestreden beslissing en ten tweede afwijzing van de oppositie in haar geheel of subsidiair terugwijzing van de zaak naar het BHIM.

Vordering tot vernietiging van de bestreden beslissing

Argumenten van partijen

39 Verzoekster stelt dat de kamer van beroep haar beroep ten onrechte niet-ontvankelijk heeft verklaard.

40 Ten eerste hadden de opmerkingen die zij op 23 juli 2007 heeft ingediend in antwoord op de brief van 8 juni 2007, waarbij de oppositieafdeling de partijen heeft gemeld dat zij voornemens was de beslissing van 16 mei 2007 te herroepen, moeten leiden tot schorsing van de beroepstermijn voor deze beslissing.

41 Volgens verzoeksters is het immers onlogisch en onrechtvaardig dat een door een beslissing benadeelde partij beroep tegen deze beslissing zou moeten instellen wanneer gelijktijdig voor deze beslissing een procedure tot herroeping loopt. Anders zou dit tot gevolg hebben dat twee afzonderlijke procedures voor twee afzonderlijke instanties van het BHIM naast elkaar bestaan, zodat dit kan leiden tot uiteenlopende resultaten. Bovendien kan herroeping van de beslissing in voorkomend geval het beroep elk nut ontnemen.

42 Dus dient te worden aangenomen dat wanneer een procedure tot herroeping van een beslissing wordt ingesteld binnen de beroepstermijn voor deze beslissing, deze termijn wordt geschorst.

43 Ten tweede vereist, wanneer de beroepstermijn in casu niet zou zijn geschorst doordat een procedure tot herroeping is ingesteld, het vertrouwensbeginsel dat de partijen hiervan op de hoogte worden gebracht en erop attent worden gemaakt dat het noodzakelijk is een afzonderlijk beroep in te stellen bij de kamer van beroep.

44 Ten derde kon de kamer van beroep niet op goede gronden oordelen dat mededeling van de gewijzigde versie van de beslissing van 16 mei 2007 geen handeling was waartegen beroep kon worden ingesteld, op grond dat deze gewijzigde versie niet tot een ander resultaat leidde dan de oorspronkelijke versie van deze beslissing. In casu moet rekening worden gehouden met het feit dat met de gewijzigde versie van de beslissing van 16 mei 2007 nieuwe overwegingen in de plaats worden gesteld van tegenstrijdige en ten dele onbegrijpelijke overwegingen in de oorspronkelijke versie. Het is echter onmogelijk beroep in te stellen tegen een ontoereikend gemotiveerde beslissing. Bovendien moet het mogelijk zijn beroep in te stellen tegen de passages van de beslissing waarin de wijzigingen zijn aangebracht. Het BHIM is het trouwens eens met verzoeksters standpunt, zoals blijkt uit zowel de vermelding van de beroepstermijn in de gewijzigde versie van de beslissing van 16 mei 2007 als de inhoud van de brief van 19 december 2007 (zie punt 22 hierboven).

45 Ten vierde vereist het vertrouwensbeginsel in casu dat het beroep door de kamer van beroep ontvankelijk wordt verklaard. Het BHIM heeft immers tot tweemaal toe duidelijk en uitdrukkelijk verklaard dat de gewijzigde versie van de beslissing van 16 mei 2007 een handeling was waartegen beroep kon worden ingesteld. Het BHIM had zich dus moeten houden aan zijn eigen verklaringen.

46 Het BHIM, dat niettemin van mening is dat de kamer van beroep het beroep terecht niet-ontvankelijk heeft verklaard, herinnert eerst aan de onregelmatigheden die de oppositieafdeling in casu heeft begaan.

47 Ten eerste loopt de motivering van de beslissing van 16 mei 2007 mank wegens een tegenstrijdige redenering en een onafgemaakte zin.

48 Ten tweede heeft de oppositieafdeling de in artikel 77 bis van verordening nr. 40/94 bedoelde procedure tot herroeping ingesteld hoewel er geen sprake was van een kennelijke procedurefout.

49 Ten derde heeft de oppositieafdeling toepassing gemaakt van regel 53 van verordening nr. 2868/95, die rechtzetting van materiële vergissingen mogelijk maakt, hoewel de in de oorspronkelijke versie van de beslissing van 16 mei 2007 aangebrachte wijzigingen geen rechtzetting van kennelijke vergissingen zoals taal-, schrijffouten of andere evident te corrigeren vergissingen vormen, in die zin dat geen andere tekst dan de rechtgezette tekst denkbaar was. Zoals de kamer van beroep terecht heeft aangegeven, is de oppositieafdeling de krachtens artikel 73 van verordening nr. 40/94 (thans artikel 75 van verordening nr. 207/2009) op haar rustende motiveringsplicht niet nagekomen in de brief van 26 november 2007 door niet te preciseren waaruit de recht te zetten materiële vergissingen bestonden.

50 Ten vierde is de brief van 26 november 2007, zoals ook de kamer van beroep heeft opgemerkt, ondertekend door één enkel lid van deze afdeling, in strijd met regel 100 van verordening nr. 2868/95.

51 Toch heeft de kamer van beroep het door verzoekster tegen de gewijzigde versie van de beslissing van 16 mei 2007 ingestelde beroep terecht niet-ontvankelijk verklaard aangezien de kennisgeving aan verzoekster van de brief van 8 juni 2007 met verzoek

aan de partijen om opmerkingen in te dienen over een eventuele herroeping van de beslissing van 16 mei 2007 niet heeft geleid tot schorsing van de beroepstermijn voor deze beslissing, verzoekster zich in casu niet met succes kan beroepen op het vertrouwensbeginsel en de gewijzigde versie van de beslissing van 16 mei 2007 verzoeksters rechtspositie niet ongunstig raakt en dus geen handeling uitmaakt waartegen beroep kan worden ingesteld.

52 Het BHIM stelt in de eerste plaats dat uit artikel 77 bis, lid 3, van verordening nr. 40/94 volgt dat instelling van de in dit artikel voorziene procedure tot herroeping niet tot gevolg heeft dat de beroepstermijn voor een beslissing krachtens artikel 59 van deze verordening wordt geschorst.

53 Bovendien is het BHIM niet verplicht om de partijen te melden dat de beroepstermijn niet wordt geschorst wanneer een procedure tot herroeping wordt ingesteld.

54 Verzoekster heeft echter geen beroep tegen de beslissing van 16 mei 2007 ingesteld binnen de termijn van twee maanden na mededeling ervan. Het beroep dat verzoekster bij de kamer van beroep heeft ingesteld, zou dus strekken tot heronderzoek van een definitief geworden beslissing, hetgeen de kamer van beroep niet kan.

55 In de tweede plaats kan verzoekster zich in casu niet met succes beroepen op het vertrouwensbeginsel.

56 Ten eerste is aan verzoekster met de mededeling van de beslissing van 16 mei 2007, op dezelfde dag, gemeld dat zij over een termijn van twee maanden beschikte om tegen deze beslissing beroep in te stellen.

57 Ten tweede leidt instelling van een procedure tot herroeping niet noodzakelijk tot herroeping. In casu bestond er voor verzoekster des te meer reden om te twijfelen aan herroeping van de beslissing van 16 mei 2007 daar de gebreken van deze beslissing geen kennelijke procedurefouten uitmaakten. Zij kon dus niet rechtmatig met zoveel zekerheid verwachten dat de betrokken beslissing zou worden herroepen dat zij met een gerust gemoed kon afzien van beroep tegen de gedeeltelijke afwijzing van haar inschrijvingsaanvraag.

58 In de derde plaats is de rechtzetting door de oppositieafdeling in casu zonder gevolg voor verzoeksters rechtspositie, aangezien de omvang van de afwijzing van de door verzoekster ingediende inschrijvingsaanvraag ongewijzigd is gebleven.

59 Volgens het BHIM was de kamer van beroep dus verplicht verzoeksters beroep niet-ontvankelijk te verklaren, hetgeen de kamer van beroep ook heeft gedaan.

60 Het BHIM besluit dat de kamer van beroep geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting heeft gegeven en het onderhavige beroep moet worden verworpen. Toch verzet het BHIM zich niet ertegen dat het Gerecht naar billijkheid oordeelt, gelet op de procedurefouten die de oppositieafdeling heeft gemaakt.

Beoordeling door het Gerecht

— Mogelijkheid om beroep in te stellen tegen de gewijzigde versie van de beslissing van 16 mei 2007

61 Uit de artikelen 57 en 58 van verordening nr. 40/94, in hun onderlinge samenhang gelezen, volgt dat tegen de beslissingen van de oppositieafdelingen waarbij een oppositieprocedure wordt afgesloten, beroep bij de kamers van beroep van het BHIM kan worden ingesteld door de partijen die door een dergelijke beslissing in het ongelijk zijn gesteld.

62 Met het beroep dat verzoekster bij de kamer van beroep heeft ingesteld, vordert zij vernietiging van de „gewijzigde versie van de beslissing [van de oppositieafdeling] van 16 mei 2007" alsmede afwijzing van de oppositie in haar geheel.

63 Aangezien dat beroep in de bestreden beslissing niet-ontvankelijk is verklaard, vraagt verzoekster het Gerecht vernietiging van deze beslissing.

64 De kamer van beroep beredeneert haar conclusie in de bestreden beslissing in wezen als volgt. Doordat verzoekster geen beroep had ingesteld binnen de termijn na mededeling van de oorspronkelijke versie van de beslissing van 16 mei 2007, kon zij niet langer tegen deze beslissing opkomen en doordat de rechtzetting van de

oppositieafdeling de omvang van de inschrijvingsrechten van het door verzoekster aangevraagde merk niet heeft gewijzigd, vormde de gewijzigde versie van de beslissing van 16 mei 2007 geen handeling waartegen beroep kon worden ingesteld.

65 Met het onderhavige beroep komt verzoekster op tegen deze twee oordelen.

66 Eerst moet dus worden onderzocht of tegen de gewijzigde versie van de beslissing van 16 mei 2007 beroep kon worden ingesteld bij de kamer van beroep. Het is bijgevolg noodzakelijk vooraf te bepalen wat de draagwijdte is van de wijzigingen die de oppositieafdeling in de oorspronkelijke versie van de beslissing van 16 mei 2007 heeft aangebracht.

67 De oorspronkelijke versie van de beslissing van 16 mei 2007 bevat op bladzijde 4 de volgende alinea:

„[...] Die mate van soortgelijkheid is ook vastgesteld voor audio- en videocassettes, aangezien deze digitale cassettes omvatten en in digitale videocamera's kunnen worden gebruikt. Bovendien kunnen met sommige apparaten analoge cassettebanden in digitale dvd's worden omgezet."

68 Op dezelfde bladzijde staat evenwel ook de volgende alinea te lezen:

„Voornoemde punten van gelijkenis zijn echter niet voldoende om belichte films en audio- en videocassettes enerzijds en om het even welke waar van opposante anderzijds als soortgelijk te beschouwen. Gelet op dit alles waren als belichte films, die

worden gebruikt met apparaten die traditioneel analoge camera's of klassieke apparatuur zoals audio- en videocassettes vervangen, [sic]."

69 De oorspronkelijke versie van de beslissing van 16 mei 2007 bevat aldus een tegenstrijdig oordeel over de vraag of audio- en videocassettes en de door het merk van opposante aangeduide waren soortgelijk waren. Bovendien was de oppositieafdeling van oordeel dat belichte films en de waren waarvoor opposantes merk was ingeschreven, niet soortgelijk waren. Toch werd de oppositie toegewezen en werd verzoeksters inschrijvingsaanvraag bijgevolg afgewezen zowel voor audio- en videocassettes als voor belichte films.

70 Ten gevolge van de rechtzetting door de oppositieafdeling van de beslissing van 16 mei 2007 werd de in punt 68 hierboven weergegeven alinea vervangen door de volgende:

„Opposantes gegevensverwerkende apparatuur omvat een ruim assortiment van waren, waaronder apparaten die de op een belichte film opgeslagen informatie kunnen lezen en omzetten in optische of elektrische digitale informatie (en omgekeerd). Deze apparaten kunnen worden verkocht in gespecialiseerde fotografiewinkels, zowel aan vakmensen als aan amateurs. Gelet op dit alles is het [BHIM] van oordeel dat een geringe mate van soortgelijkheid bestaat tussen belichte films en gegevensverwerkende apparatuur."

71 Door deze rechtzetting is de oorspronkelijke tegenstrijdigheid in verband met de audio- en videocassettes dus ongedaan gemaakt en is de oorspronkelijke bevinding dat belichte films en de door opposantes merk aangeduide waren niet soortgelijk waren, weerlegd. Het dictum is echter ongewijzigd gebleven.

72 Na in eerste instantie herroeping van de beslissing van 16 mei 2007 te hebben overwogen, heeft de oppositieafdeling erkend dat niet was voldaan aan de voorwaarden van artikel 77 bis van verordening nr. 40/94. In de brief van 26 november 2007, die was gevoegd bij de mededeling van de gewijzigde versie van de beslissing van 16 mei 2007 (zie punt 20 hierboven), heeft een lid van de oppositieafdeling erop gewezen dat de oorspronkelijke versie van deze beslissing een kennelijke vergissing bevatte, die overeenkomstig regel 53 van verordening nr. 2868/95 diende te worden rechtgezet.

73 Ingevolge deze bepaling moet het BHIM, indien het zelf of op aanwijzing van een betrokken partij kennis komt te dragen van een taal- of schrijffout of van een kennelijke vergissing in een beslissing, ervoor zorgen dat deze fout of vergissing door de verantwoordelijke dienst of afdeling wordt rechtgezet. Uit deze bewoordingen volgt dat een rechtzetting krachtens deze bepaling uitsluitend kan zien op spelfouten of grammaticale fouten, schrijffouten — zoals de naam van de partijen of de grafische voorstelling van een teken — of fouten die zo voor de hand liggen dat geen andere tekst dan de rechtgezette tekst denkbaar is.

74 Door de wijzigingen die in casu zijn aangebracht (zie de punten 67-71 hierboven), werd niet alleen een onafgemaakte zin met een onbegrijpelijke betekenis vervolledigd, maar werden bovendien een interne tegenstrijdigheid in de overwegingen voor audio- en videocassettes en een contradictie tussen de overwegingen en het dictum voor deze waren en voor belichte films weggewerkt.

75 Vastgesteld zij dus dat de rechtzetting van de oorspronkelijke versie van de beslissing van 16 mei 2007 op de inhoud zelf van deze beslissing zag en niet louter een materiële vergissing betrof. Een tegenstrijdigheid in de overwegingen van een beslissing betreffende de vraag of bepaalde van de door een aangevraagd merk aangeduide waren en bepaalde waren waarvoor opposantes merk is ingeschreven, al dan niet soortgelijk zijn, kan evengoed in de ene als in de andere zin ongedaan worden gemaakt. Een contradictie tussen de overwegingen en het dictum van een beslissing als gevolg van

het feit dat bepaalde waren van het aangevraagde merk en de waren van opposantes merk niet als soortgelijk worden beschouwd terwijl de oppositie wordt toegewezen voor deze waren, kan evengoed worden weggewerkt door de vaststelling dat de betrokken waren in zekere mate soortgelijk zijn als door afwijzing van de oppositie voor deze waren.

76 Bijgevolg was de tekst die in de plaats is gekomen van de oorspronkelijke tekst van de beslissing van 16 mei 2007 niet voor de hand liggend en kan de wijziging die in casu is aangebracht, niet worden beschouwd als een rechtzetting van een van de in regel 53 van verordening nr. 2868/95 bedoelde vergissingen.

77 Deze wijziging kan evenmin worden aangebracht krachtens een van de andere bepalingen op grond waarvan de oppositieafdelingen op hun beslissingen kunnen terugkomen nadat zij zijn genomen en meegedeeld.

78 Zoals is erkend in de brief van 26 november 2007, die was gevoegd bij de mededeling van de gewijzigde versie van de beslissing van 16 mei 2007, was immers niet voldaan aan de voorwaarden van artikel 77 bis van verordening nr. 40/94, aangezien in casu het BHIM geen enkele kennelijke procedurefout kon worden verweten. De oppositieafdeling kon dus de beslissing van 16 mei 2007 niet herroepen om daarna een andere beslissing te nemen.

79 De oppositieafdeling kon in casu evenmin gebruikmaken van de in artikel 60 bis van verordening nr. 40/94 voorziene mogelijkheid van herziening van haar eigen beslissingen aangezien van deze mogelijkheid slechts gebruik kan worden gemaakt wanneer beroep bij de kamer van beroep is ingesteld en vaststond dat verzoekster geen

beroep tegen de oorspronkelijke versie van de beslissing van 16 mei 2007 had ingesteld binnen de termijn van artikel 59 van verordening nr. 40/94.

80 Zoals wordt verklaard in de elfde en twaalfde overweging van de considerans van verordening nr. 40/94, heeft de wetgever door deze verordening vast te stellen de bevoegdheden van het BHIM en van elke instantie van het BHIM willen vastleggen. Normaliter wordt tegen beslissingen van de oppositieafdelingen opgekomen door middel van een van de in titel VII van verordening nr. 40/94 (thans titel VII van verordening nr. 207/2009) voorziene beroepsprocedures die openstaan voor de partijen wier belangen door deze beslissingen worden geschaad. Overigens voorziet verordening nr. 40/94 in drie gevallen waarin de oppositieafdelingen zelf op hun eigen beslissingen kunnen terugkomen, namelijk de gevallen die in de punten 72 tot en met 79 hierboven zijn besproken. Deze gevallen zijn limitatief opgesomd. Uit de algemene systematiek van de bij verordening nr. 40/94 ingevoerde administratieve procedureregels volgt immers dat de oppositieafdelingen in beginsel hun bevoegdheid uitputten wanneer zij een beslissing nemen krachtens artikel 43 van deze verordening (thans artikel 42 van verordening nr. 207/2009) en dat zij niet de bevoegdheid hebben om hun eigen beslissingen in te trekken of te wijzigen behalve in de gevallen waarin deze regeling voorziet.

81 Zoals hierboven is uiteengezet, vormt de rechtzetting van de beslissing van 16 mei 2007 overduidelijk geen rechtzetting van een kennelijke vergissing en valt zij niet onder een van de andere in verordening nr. 40/94 bedoelde gevallen.

82 De wijziging die in de oorspronkelijke versie van de beslissing van 16 mei 2007 is aangebracht, valt dus niet onder de in verordening nr. 40/94 voorziene gevallen waarin de oppositieafdelingen op hun beslissingen kunnen terugkomen. Deze wijziging is dus zonder rechtsgrondslag aangebracht, zoals verzoekster in haar bij de kamer van beroep ingediende beroepschrift, de kamer van beroep in de bestreden beslissing en

ook het BHIM in zijn memorie van antwoord in de onderhavige procedure trouwens hebben erkend.

83 Volgens vaste rechtspraak worden handelingen van de instellingen, organen en agentschappen van de Europese Unie, zelfs indien zij onregelmatig zijn, in beginsel vermoed rechtsgeldig te zijn en, bijgevolg, rechtsgevolgen in het leven te roepen, zolang zij niet nietig zijn verklaard of zijn ingetrokken. Als uitzondering op dit beginsel moeten evenwel handelingen waaraan een onregelmatigheid kleeft die van een zo klaarblijkelijke ernst is dat zij door de rechtsorde van de Unie niet kan worden getolereerd, zelfs ambtshalve worden geacht geen enkel rechtsgevolg in het leven te hebben geroepen, dat wil zeggen zij moeten als juridisch non-existent worden beschouwd. Deze uitzondering beoogt een evenwicht te bewaren tussen twee fundamentele, zij het soms tegenstrijdige, vereisten waaraan een rechtsorde moet voldoen, te weten de stabiliteit van de rechtsverhoudingen en de eerbiediging van de legaliteit. Gelet op de ernst van de rechtsgevolgen die zijn verbonden aan de vaststelling dat een handeling non-existent is, moet deze vaststelling om redenen van rechtszekerheid worden voorbehouden voor uiterst extreme gevallen (zie in die zin arresten Hof van 12 juli 1957, Algera e.a./Gemeenschappelijke Vergadering, 7/56 en 3/57–7/57, Jurispr. blz. 85, 128 en 129; 12 mei 1977, Hebrant/Parlement, 31/76, Jurispr. blz. 883, punt 23; 26 februari 1987, Consorzio Cooperative d'Abruzzo/Commissie, 15/85, Jurispr. blz. 1005, punten 10 en 11, en 15 juni 1994, Commissie/BASF e.a., C-137/92 P, Jurispr. blz. I-2555, punten 48-50).

84 Zo heeft het Hof geoordeeld dat een beoordelingsrapport dat de administratie meer dan vijftien maanden nadat het was opgesteld, definitief voor gezien ondertekent, juridisch non-existent is behoudens bijzondere omstandigheden die een dergelijke vertraging aannemelijk maken (arrest Hebrant/Parlement, punt 83 hierboven, punten 22-26).

85 Bovendien heeft het Hof geoordeeld dat het Hof in het kader van een beroep wegens niet-nakoming moest nagaan of de bepaling van afgeleid recht waarvan schending werd gesteld, onder de aan de Gemeenschappen toegekende bevoegdheid viel en daarom rechtens in de communautaire orde geen enkele steun vond, hoewel tegen de betrokken beschikking niet binnen de termijn een beroep tot nietigverklaring was

ingesteld en zij dus definitief was geworden (arrest Hof van 10 december 1969, Commissie/Frankrijk, 6/69 en 11/69, Jurispr. blz. 523, punten 11-13).

86 Deze precedenten tonen aan dat de onregelmatigheden die de Unierechter ertoe kunnen brengen een handeling als juridisch non-existent te beschouwen, verschillen van de onrechtmatigheden waarvan vaststelling in beginsel leidt tot nietigverklaring van de handeling die aan het bij het Verdrag voorziene rechtmatigheidstoezicht is onderworpen, niet wegens de aard, doch wegens de ernst en de klaarblijkelijkheid ervan. Handelingen waaraan onregelmatigheden kleven van een dermate klaarblijkelijke ernst dat de wezenlijke voorwaarden ervan worden geraakt, moeten immers als juridisch non-existent worden beschouwd (zie in die zin arrest Commissie/BASF e.a., punt 83 hierboven, punten 51 en 52).

87 Zoals is vastgesteld in de punten 72 tot en met 82 hierboven, kleefden in casu aan de gewijzigde versie van de beslissing van 16 mei 2007 onregelmatigheden die de wezenlijke voorwaarden van deze handeling raakten en waarvan de ernst en de klaarblijkelijkheid ervan in hun geheel beschouwd voor de partijen in de procedure noch voor de kamer van beroep onopgemerkt konden blijven.

88 De kamer van beroep heeft er immers op gewezen dat het lid van de oppositieafdeling dat alleen de brief met mededeling aan verzoekster van de gewijzigde versie van de beslissing van 16 mei 2007, had ondertekend, had nagelaten toepassing in casu van de regel op grond waarvan kennelijke vergissingen kunnen worden rechtgezet, te rechtvaardigen (punt 11 van de bestreden beslissing).

89 Ten overvloede zij opgemerkt dat het BHIM zelf in de punten 27 tot en met 32 van de memorie van antwoord zelfs ambtshalve heeft gewezen op de ernst van de onregelmatigheden van de gewijzigde versie van de beslissing van 16 mei 2007.

90 Ook verzoekster heeft in het beroepschrift dat zij bij de kamer van beroep heeft ingediend, in verband met de in punt 15 hierboven weergegeven passages van de bestreden beslissing het volgende opgemerkt:

„Met het oordeel van het BHIM dat [de oorspronkelijke versie van de beslissing van 16 mei 2007] een ‚kennelijke vergissing' [bevatte], kan niet worden ingestemd.

Uit het onderzoek van bladzijde 4, waarnaar het BHIM verwijst, blijkt dat een aantal passages nauwelijks te begrijpen zijn:

[...]

De aangehaalde passages zijn tegenstrijdig, maar vormen helemaal geen kennelijke vergissing. Welke van deze twee stellingen is kennelijk onjuist?

Ten slotte eindigt de derde [alinea] midden in een zin [...]. [Deze alinea] is dus onbegrijpelijk.

Wanneer de derde [alinea] van bladzijde 4 van de [oorspronkelijke versie van de beslissing van 16 mei 2007] wordt vergeleken met de derde [alinea] van de [gewijzigde versie van de beslissing van 16 mei 2007], stelt men echter vast dat niet de beginzin moest worden vervolledigd, maar dat totaal verschillende passages, met nieuwe argumenten betreffende de ‚geringe mate van soortgelijkheid [...] tussen belichte films en gegevensverwerkende apparatuur' zijn ingevoegd. Deze nieuwe argumenten [vormen geen rechtzetting van] een kennelijke vergissing en bijgevolg is de wijziging van

de [beslissing van 16 mei 2007] niet in overeenstemming met de regeling inzake het gemeenschapsmerk."

91 Dat de onregelmatigheden die aan de gewijzigde versie van de beslissing van 16 mei 2007 kleven, overduidelijk zijn, is dus zowel door verzoekster als door de kamer van beroep en het BHIM in de procedure voor het Gerecht opgemerkt.

92 Zoals is vastgesteld in punt 82 hierboven, had de oppositieafdeling haar bevoegdheid om uitspraak te doen op de oppositie echter uitgeput op de datum waarop de gewijzigde versie van de beslissing van 16 mei 2007 zonder enige rechtsgrondslag is genomen. In dit verband dient te worden vastgesteld dat dit bevoegdheidsgebrek een onregelmatigheid vormt die de wezenlijke voorwaarden van de betrokken handeling raakt zodat moet worden vastgesteld dat deze handeling non-existent is (zie punt 86 hierboven).

93 Bijgevolg moest de kamer van beroep, waarbij beroep tegen deze handeling was ingesteld, vaststellen dat deze handeling juridisch non-existent was en haar dus nietig verklaren, hetgeen het BHIM trouwens heeft erkend in zijn antwoord op de vragen die het Gerecht in dit verband aan de partijen heeft gesteld.

94 Hieruit volgt dat de kamer van beroep blijk van een onjuiste rechtsopvatting heeft gegeven door na te gaan of de gewijzigde versie van de beslissing van 16 mei 2007 verzoeksters rechtspositie ongunstig raakte en door het beroep tegen deze handeling niet-ontvankelijk te verklaren, en bovendien dat de bestreden beslissing ambtshalve moet worden vernietigd, voor zover de kamer van beroep deze handeling niet nietig en onbestaande heeft verklaard.

95 Uit het voorgaande volgt tevens dat de omvang van de inschrijvingsrechten van het merk waarvan verzoekster inschrijving heeft aangevraagd, is bepaald door de

oorspronkelijke versie van de beslissing van 16 mei 2007. Uit de stukken die verzoekster aan het Gerecht heeft overgelegd, blijkt echter dat deze beslissing haar op dezelfde dag is meegedeeld. Verzoekster had dus overeenkomstig artikel 59 van verordening nr. 40/94 beroep moeten instellen binnen twee maanden vanaf deze datum. Verzoekster betwist evenwel niet dat zij geen beroep tegen deze beslissing heeft ingesteld vóór het verstrijken van deze termijn. Derhalve dient te worden vastgesteld dat verzoekster op de datum waarop zij haar beroep bij de kamer van beroep heeft ingesteld, in beginsel niet langer de gegrondheid van de beslissing van de oppositieafdeling kon betwisten.

96 Toch dienen verzoeksters argumenten betreffende de gevolgen van de kennisgeving door het BHIM, vóór het verstrijken van de beroepstermijn die is ingegaan met de mededeling van de oorspronkelijke versie van de beslissing van 16 mei 2007, van zijn voornemen om deze beslissing te herroepen, alsmede verzoeksters argumenten in verband met het vertrouwensbeginsel te worden onderzocht.

— Gevolgen van de kennisgeving van de brief van 8 juni 2007 voor het verstrijken van de beroepstermijn

97 Bij brief van 8 juni 2007 (zie punt 17 hierboven) is verzoekster op de hoogte gebracht van het voornemen van de oppositieafdeling om de beslissing van 16 mei 2007 te herroepen.

98 Volgens verzoekster moet met de kennisgeving van deze brief, die is geschied binnen de beroepstermijn die is ingegaan met de mededeling van de oorspronkelijke versie van de beslissing van 16 mei 2007, rekening worden gehouden bij de beantwoording van de vraag of haar beroep bij de kamer van beroep ontvankelijk is. Voorts beroept verzoekster zich op het feit dat zij op de brief van 8 juni 2007 heeft geantwoord binnen de daarin gestelde termijn.

99 In de eerste plaats dient te worden vastgesteld dat kennisgeving aan de partijen in een oppositieprocedure van het voornemen om krachtens artikel 77 bis, lid 2, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 80, lid 2, van verordening nr. 207/2009) een beslissing te herroepen voor de oppositieafdeling een verplichte maatregel van raadpleging vormt die ertoe strekt de partijen in staat te stellen hun standpunt te bepalen over de vraag of deze herroeping gerechtvaardigd is, en aldus het oordeel van het BHIM over de vraag of is voldaan aan de voorwaarden van artikel 77 bis, lid 1, van verordening (thans artikel 80, lid 1, van verordening nr. 207/2009) toe te lichten. In deze omstandigheden kon verzoekster, gelet op de brief van 8 juni 2007, geen zekerheid hebben over de beslissing die het BHIM zou nemen betreffende de herroeping van de beslissing van 16 mei 2007.

100 In de tweede plaats moet worden opgemerkt dat uit artikel 77 bis, lid 3, van verordening nr. 40/94 volgt dat de procedure tot herroeping het recht van de partijen om beroep in te stellen tegen de beslissing waarvan herroeping wordt overwogen, onverlet laat.

101 Bij gebreke van een uitdrukkelijke precisering in verordening nr. 40/94 kan raadpleging, overeenkomstig artikel 77 bis, lid 2, van deze verordening, van de belanghebbende partijen vóór de herroeping van een beslissing derhalve niet tot gevolg hebben dat de beroepstermijn van artikel 59 van deze verordening wordt geschorst [zie in die zin arrest Gerecht van 1 juli 2009, Okalux/BHIM — Messe Düsseldorf (OKATECH), T-419/07, Jurispr. blz. II-2477, punt 34].

102 Bovendien moeten verzoeksters argumenten dat het moeilijk rijmt dat een beroepsprocedure en een procedure tot herroeping naast elkaar bestaan, van de hand worden gewezen.

103 Zelfs gesteld dat het niet rijmt dat twee procedures naast elkaar bestaan, kunnen, ten eerste, op grond van deze vaststelling in geen geval de onvoorwaardelijke, precieze en duidelijke bepalingen van de regeling inzake zowel de voorwaarden voor herroeping als de termijnen voor een beroep bij de kamer van beroep worden omzeild.

104 Ten tweede is deze ongerijmdheid niet aangetoond. De procedure tot herroeping kan snel haar beslag krijgen en moet binnen zes maanden na mededeling van de beslissing zijn afgerond. Hoewel het weinig waarschijnlijk is dat de kamer van beroep gelet op de toepasselijke procestermijnen uitspraak doet voordat een procedure tot herroeping is afgerond, ingeval een door de kamer van beroep bevestigde beslissing naderhand wordt herroepen, volgt daaruit zonder meer dat een nieuwe beslissing moet worden genomen en, ingeval de beslissing door de kamer van beroep wordt vernietigd, volgt daaruit dat de procedure tot herroeping van deze beslissing zonder voorwerp geraakt. In de veronderstelling dat een beslissing waartegen beroep is ingesteld wordt herroepen, moet de kamer van beroep bovendien alsdan vaststellen dat er op het beroep geen uitspraak meer behoeft te worden gedaan. Verzoekster kan dus niet met succes stellen dat wanneer beroep wordt ingesteld en tegelijk een procedure tot herroeping wordt aangegaan tegen dezelfde beslissing, dit tot niet te rijmen resultaten leidt.

105 Ten slotte kan het gegeven dat verzoekster de gegrondheid van de beslissing van 16 mei 2007 betwist in het kader van de procedure tot herroeping, die ten aanzien van de beroepsprocedure van de artikelen 57 en volgende van verordening nr. 40/94 een onafhankelijke procedure is, niet worden beschouwd als een beroep dat zij instelt tegen de betrokken beslissing. Voor het instellen van een beroep gelden immers procedurele voorwaarden — waaronder betaling van een taks — en formele voorwaarden, waaraan verzoekster niet heeft voldaan. Zelfs gesteld dat verzoeksters brief met opmerkingen van 23 juli 2007 kan worden beschouwd als een beroep tegen de beslissing van 16 mei 2007, is dat beroep in elk geval te laat ingesteld.

106 Uit het voorgaande volgt dat verzoekster ten onrechte aanvoert dat kennisgeving van de brief van 8 juni 2007 heeft geleid tot schorsing van de beroepstermijn die is ingegaan met de mededeling van de oorspronkelijke beslissing van 16 mei 2007.

— Verzoeksters argumenten in verband met het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen

107 Verzoekster stelt dat zij tegen de gewijzigde versie van de beslissing van 16 mei 2007 beroep kon instellen omdat bij haar een gewettigd vertrouwen was gewekt door de brief van een lid van de oppositieafdeling van 19 december 2007 (zie punt 22 hierboven). Voorts vereist eerbiediging van dit beginsel dat het BHIM haar meldde dat kennisgeving van de brief van 8 juni 2007, waarbij zij op de hoogte werd gebracht van zijn voornemen om de beslissing van 16 mei 2007 te herroepen (zie punt 17 hierboven), niet tot schorsing van de beroepstermijn leidde.

108 Volgens vaste rechtspraak kan, zelfs bij ontbreken van een voorschrift, op het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen een beroep worden gedaan door eenieder bij wie een instelling, door hem nauwkeurige toezeggingen te doen, gegronde verwachtingen heeft gewekt. Nauwkeurige, onvoorwaardelijke, onderling overeenstemmende en van bevoegde en betrouwbare bronnen afkomstige inlichtingen zijn aan te merken als dergelijke toezeggingen, ongeacht de vorm waarin zij worden meegedeeld [zie arrest Gerecht van 5 april 2006, Kachakil Amar/BHIM (Streep in de lengte, uitlopend op een driehoek), T-388/04, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

109 Niemand kan evenwel een beroep op schending van dat beginsel doen, wanneer er geen sprake is van concrete toezeggingen die door de instantie aan hem zijn gedaan (zie arrest Gerecht van 14 februari 2006, TEA-CEGOS en STG/Commissie, T-376/05 en T-383/05, Jurispr. blz. II-205, punt 88 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

110 Volgens de rechtspraak kan een partij dus niet wegens het stilzwijgen van een instantie zich beroepen op schending van het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen. Het feit dat de brief van 8 juni 2007 waarbij een lid van de oppositieafdeling de partijen op de hoogte bracht van het voornemen om de beslissing van 16 mei 2007 te herroepen, niet vermeldde dat wanneer de procedure tot herroeping werd gestart, dit niet leidde tot schorsing of stuiting van de beroepstermijn van artikel 59 van verordening nr. 40/94, kan dus bij verzoekster geen gegronde verwachtingen wekken omtrent stuiting of schorsing van deze — dwingende — termijn, waarop verzoeksters aandacht trouwens nog eens werd gevestigd bij de mededeling van de beslissing van 16 mei 2007.

111 Niettemin staat vast dat een medewerker van het BHIM bij brief van 19 december 2007 de partijen erop heeft gewezen dat tegen de gewijzigde versie van de beslissing van 16 mei 2007 beroep kon worden ingesteld binnen een termijn die inging op het tijdstip van de mededeling van deze gewijzigde versie van de beslissing van 16 mei 2007.

112 In deze brief werd aan de partijen in de procedure voor de oppositieafdeling enkel gemeld dat zij beroep konden instellen tegen de gewijzigde versie van de beslissing van 16 mei 2007, die hun op 26 november 2007 was meegedeeld. Deze vermelding betekende niet op precieze en onvoorwaardelijke wijze dat verzoekster op die datum nog de mogelijkheid had om beroep in te stellen tegen de oorspronkelijke versie van de beslissing van 16 mei 2007, die — zoals hierboven in de punten 93 tot en met 95 is geoordeeld — de enige handeling is die in casu rechtsgevolgen in het leven heeft geroepen.

113 Verzoekster kan zich echter in geen geval beroepen op het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen om te ontsnappen aan het verval van het recht beroep in te stellen als gevolg van het feit dat zij niet binnen de beroepstermijn tegen de oorspronkelijke beslissing van 16 mei 2007 beroep heeft ingesteld.

114 Aangaande de mogelijkheid om zich te beroepen op het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen teneinde het verval van recht te vermijden blijkt immers

uit de rechtspraak dat een verzoeker zich moet kunnen beroepen op verwachtingen die zijn gebaseerd op nauwkeurige toezeggingen vanwege de administratie die bij een rechtszoekende te goeder trouw die alle zorgvuldigheid aan de dag legt die van een marktdeelnemer met normale kennis van zaken kan worden verlangd, een aanvaardbare verwarring kunnen veroorzaken (beschikking Hof van 13 december 2000, Sodima/Commissie, C-44/00 P, Jurispr. blz. I-11231, punt 50).

115 In casu heeft verzoekster, gelet op het feit dat de beroepstermijn een dwingende termijn is en dat deze beroepstermijn nogmaals onder haar aandacht is gebracht bij de mededeling van de oorspronkelijke versie van de beslissing van 16 mei 2007, doordat zij niet binnen deze termijn tegen deze beslissing beroep heeft ingesteld al was het maar uit voorzorg, niet de normaliter vereiste zorgvuldigheid aan de dag gelegd om zich te kunnen beroepen op het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen (zie in die zin arrest OKATECH, punt 101 hierboven, punt 53).

116 Uit het voorgaande volgt dat verzoekster niet met succes kan stellen dat de kamer van beroep ten onrechte het beroep niet-ontvankelijk heeft verklaard voor zover dit strekte tot betwisting van de gegrondheid van de beslissing van de oppositieafdeling.

Vordering tot afwijzing door het Gerecht van de oppositie in haar geheel

Argumenten van het BHIM

117 Het BHIM stelt dat de bevoegdheid van het Gerecht is afgebakend in artikel 63 van verordening nr. 40/94 (thans artikel 65 van verordening nr. 207/2009) en bijgevolg beperkt is tot het toezicht op de wettigheid van de beslissingen van de kamers van

beroep, zodat dit in voorkomend geval enkel kan leiden tot vernietiging of herziening van deze beslissingen. Verzoeksters vordering tot afwijzing door het Gerecht van de oppositie is derhalve niet-ontvankelijk.

Beoordeling door het Gerecht

118 Met haar tweede vordering vraagt verzoekster het Gerecht primair, na vernietiging van de bestreden beslissing, de oppositie die is ingesteld door de houder van het oudere Spaanse beeldmerk dm in haar geheel af te wijzen.

119 Krachtens artikel 63, lid 3, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 65, lid 3, van verordening nr. 207/2009) kan de Unierechter de beslissingen van de kamers van beroep zowel vernietigen als herzien. Een vordering die ertoe strekt dat het Gerecht de beslissing neemt die de kamer van beroep volgens een partij had moeten nemen, valt onder de bevoegdheid tot herziening van de beslissingen van de kamers van beroep zoals voorzien in artikel 63, lid 3, van verordening nr. 40/94 [zie in die zin arresten Gerecht van 12 september 2007, Koipe/BHIM — Aceites del Sur (La Española), T-363/04, Jurispr. blz. II-3355, punten 29 en 30, en 11 februari 2009, Bayern Innovativ/BHIM — Life Sciences Partners Perstock (LifeScience), T-413/07, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punten 14-16].

120 Zoals hierboven is geoordeeld in punt 116 van het onderhavige arrest, heeft de kamer van beroep niettemin de regels betreffende de ontvankelijkheid van een beroep juist toegepast door te oordelen dat verzoekster de gegrondheid van de beslissing van de oppositieafdeling niet kan betwisten. Bijgevolg moet verzoeksters vordering tot afwijzing door het Gerecht van deze oppositie worden afgewezen.

Vordering tot terugwijzing door het Gerecht van de zaak naar het BHIM

Argumenten van het BHIM

121 Het BHIM stelt krachtens artikel 63, lid 6, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 65, lid 6, van verordening nr. 207/2009) de maatregelen te moeten treffen die nodig zijn ter uitvoering van de arresten van het Gerecht. Bijgevolg is een vordering waarbij het Gerecht wordt gevraagd het BHIM een bevel op te leggen niet-ontvankelijk.

Beoordeling door het Gerecht

122 Overeenkomstig artikel 63, lid 6, van verordening nr. 40/94 moet het BHIM alle maatregelen treffen die nodig zijn ter uitvoering van een arrest van de Unierechter. De vordering waarbij verzoekster subsidiair vraagt dat het Gerecht de zaak naar het BHIM terugwijst, is bijgevolg zonder voorwerp en dus niet-ontvankelijk.

Kosten

123 Verzoeksters vordering tot verwijzing van opposante in de kosten moet worden afgewezen, daar opposante niet voor het Gerecht heeft geïntervenieerd.

124 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen voor zover dat is gevorderd. Volgens lid 3 van dit artikel kan het Gerecht een partij, ook wanneer zij in het gelijk wordt gesteld, niettemin veroordelen tot vergoeding van de door haar toedoen aan de wederpartij opgekomen kosten, die naar het oordeel van het Gerecht nodeloos of vexatoir zijn veroorzaakt.

125 In casu moet rekening worden gehouden met, ten eerste, de oorspronkelijke versie van de beslissing van 16 mei 2007, met een onbegrijpelijke motivering, ten tweede de ernst van de onregelmatigheden bij de mededeling van de gewijzigde versie van de beslissing van 16 mei 2007, en ten derde het feit dat verzoekster bij de brief van het BHIM van 19 december 2007 ertoe werd aangespoord beroep in te stellen bij de kamer van beroep. Bijgevolg moeten alle kosten die verzoekster in het kader van het onderhavige beroep zijn opgekomen, worden beschouwd als nodeloze kosten en moet het BHIM om deze reden worden verwezen in alle kosten, ook al is dat door verzoekster niet gevorderd.

HET GERECHT (Eerste kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) De beslissing van de eerste kamer van beroep van het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM) van 30 oktober 2008 (zaak R 228/2008-1) inzake een oppositieprocedure tussen Distribuciones Mylar, SA en dm-drogerie markt GmbH & Co. KG wordt

vernietigd voor zover daarbij de gewijzigde versie van de beslissing van de oppositieafdeling van 16 mei 2007 niet nietig en onbestaande is verklaard.

2) Het beroep wordt verworpen voor het overige.

3) Het BHIM wordt verwezen in de kosten.

Azizi Cremona Frimodt Nielsen

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 9 september 2011.

ondertekeningen