ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

18 juli 2013*

„Hogere voorziening — Aanvraag voor gemeenschapswoordmerk FISHBONE — Oppositieprocedure — Ouder nationaal beeldmerk FISHBONE BEACHWEAR — Normaal gebruik van ouder merk — Inaanmerkingneming van bijkomende bewijzen die niet binnen gestelde termijn zijn overgelegd — Verordening (EG) nr. 207/2009 — Artikelen 42, leden 2 en 3, en 76, lid 2 — Verordening (EG) nr. 2868/95 — Regel 22, lid 2”

In zaak C-621/11 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, ingesteld op 2 december 2011,

New Yorker SHK Jeans GmbH & Co. KG, voorheen New Yorker SHK Jeans GmbH, gevestigd te Kiel (Duitsland), vertegenwoordigd door V. Spitz, Rechtsanwalt,

rekwirante,

andere partijen in de procedure:

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

verweerder in eerste aanleg,

Vallis K.-Vallis A. & Co. OE, gevestigd te Athene (Griekenland),

interveniënte in eerste aanleg,

wijst

HET HOF (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: L. Bay Larsen, kamerpresident, J. Malenovský, U. Lõhmus, M. Safjan en A. Prechal (rapporteur), rechters,

advocaat-generaal: E. Sharpston,

griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 16 mei 2013,

* Procestaal: Engels.

het navolgende

Arrest

1 New Yorker SHK Jeans GmbH & Co. KG, voorheen New Yorker SHK Jeans GmbH (hierna: „New Yorker Jeans"), verzoekt het Hof om vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 29 september 2011, New Yorker SHK Jeans/BHIM – Vallis K.-Vallis A. (FISHBONE) (T-415/09; hierna: „bestreden arrest"), waarbij is verworpen haar beroep tot vernietiging van de beslissing van de eerste kamer van beroep van het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM) van 30 juli 2009 (zaak R 1051/2008-1) (hierna: „litigieuze beslissing") inzake een oppositieprocedure ingesteld door Vallis K.-Vallis A. & Co OE (hierna: „Vallis K.-Vallis A.") tegen de aanvraag van New Yorker Jeans tot inschrijving van het woordmerk FISHBONE.

Toepasselijke bepalingen

Verordening (EG) nr. 207/2009

2 Verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad van 26 februari 2009 inzake het gemeenschapsmerk (PB L 78, blz. 1) is een codificatie van verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1), die is ingetrokken.

3 Artikel 15 van verordening nr. 207/2009, met als titel „Gebruik van het gemeenschapsmerk", bepaalt:

„1. Een gemeenschapsmerk waarvan de houder vijf jaar na de inschrijving binnen de Gemeenschap geen normaal gebruik heeft gemaakt voor de waren of diensten waarvoor het ingeschreven is, of waarvan gedurende een ononderbroken tijdvak van vijf jaar geen normaal gebruik is gemaakt, is vatbaar voor de sancties van deze verordening, tenzij er geldige redenen zijn voor het niet gebruiken.

[...]"

4 Onder afdeling 4, „Opmerkingen van derden en oppositie", van titel IV, „Inschrijvingsprocedure", van verordening nr. 207/2009 bepaalt artikel 42, „Onderzoek van de oppositie":

„1. Bij het onderzoek van de oppositie verzoekt het [BHIM], zo dikwijls als nodig, de partijen binnen een door het [BHIM] te stellen termijn te antwoorden op mededelingen van de andere partijen of van het [BHIM] zelf.

2. Op verzoek van de aanvrager levert de houder van een ouder gemeenschapsmerk die oppositie heeft ingesteld, het bewijs dat in de vijf jaar vóór de publicatie van de aanvrage om een gemeenschapsmerk het oudere gemeenschapsmerk in de Gemeenschap normaal is gebruikt voor de waren of diensten waarvoor het ingeschreven is en waarop de oppositie gebaseerd is, of dat er een geldige reden is voor het niet gebruiken, voor zover het oudere merk op die datum sinds ten minste vijf jaar ingeschreven was. Kan dat bewijs niet worden geleverd, dan wordt de oppositie afgewezen. Wordt het oudere gemeenschapsmerk slechts gebruikt voor een deel van de waren of diensten waarvoor het ingeschreven is, dan wordt het voor het onderzoek van de oppositie geacht alleen voor dat deel van de waren of diensten ingeschreven te zijn.

3. Lid 2 is van toepassing op de in artikel 8, lid 2, sub a, bedoelde oudere nationale merken, met dien verstande dat het gebruik in de Gemeenschap wordt vervangen door het gebruik in de lidstaat waar het oudere nationale merk beschermd wordt.

[...]"

5 Onder afdeling 1, „Algemene bepalingen", van titel IX „Procedureregels", bepaalt artikel 76 van verordening nr. 207/2009, „Ambtshalve onderzoek van de feiten":

„1. Tijdens de procedure onderzoekt het [BHIM] ambtshalve de feiten; in procedures inzake relatieve afwijzingsgronden blijft dit onderzoek echter beperkt tot de door de partijen aangevoerde feiten, bewijsmiddelen en argumenten en tot de door hen ingestelde vordering.

2. Het [BHIM] hoeft geen rekening te houden met feiten en bewijsmiddelen die de partijen niet tijdig hebben aangevoerd."

Verordening (EG) nr. 2868/95

6 Regel 22, lid 2, 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), zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1041/2005 van de Commissie van 29 juni 2005 (PB L 172, blz. 4; hierna: „verordening nr. 2868/95"), luidt als volgt:

„Indien de opposant het bewijs moet leveren van gebruik van het merk of van het bestaan van geldige redenen voor het niet gebruiken ervan, verzoekt het [BHIM] hem het vereiste bewijs binnen een door het [BHIM] te stellen termijn over te leggen. Het [BHIM] wijst de oppositie af, indien de opposant dit bewijs niet binnen de gestelde termijn overlegt."

Voorgeschiedenis van het geding

7 De voorgeschiedenis van het geding is door het Gerecht in de punten 1 tot en met 12 van het bestreden arrest uiteengezet als volgt:

„1 Op 31 oktober 2003 heeft [New Yorker Jeans] bij het [BHIM] een gemeenschapsmerkaanvraag ingediend krachtens verordening (EG) nr. 40/94 [...].

2 De inschrijvingsaanvraag betreft het woordteken FISHBONE.

3 De waren waarvoor inschrijving is aangevraagd, behoren met name tot de klassen 18 en 25 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 [...].

[...]

5 Op 28 januari 2005 [...] heeft Vallis K.-Vallis A. [...] 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 alle in punt 3 hierboven bedoelde waren, op basis van:

— het Griekse beeldmerk nr. 121579, waarvoor de aanvraag was ingediend op 24 januari 1994 en dat is ingeschreven op 17 mei 1996, voor de waren ‚T-shirts, strandkleding' van klasse 25 [...]

7 Bij brief van 5 april 2006 heeft het BHIM ingevolge het verzoek van [New Yorker Jeans] [Vallis K.-Vallis A.] gevraagd overeenkomstig artikel 43 van verordening nr. 40/94 (thans artikel 42 van verordening nr. 207/2009) uiterlijk tegen 6 juni 2006 het bewijs te leveren van het gebruik van het oudere beeldmerk. Bij brief van 6 juni 2006 heeft [Vallis K.-Vallis A.] bewijzen overgelegd, namelijk een verklaring onder ede van 1 juni 2006, facturen en verschillende foto's.

8 Bij brief van 25 september 2006 heeft [New Yorker Jeans] met name gesteld dat de overgelegde bewijzen niet voldoende waren om een normaal gebruik van het oudere recht aan te tonen. Bij brief van 14 november 2006 heeft het BHIM [Vallis K.-Vallis A.] verzocht haar opmerkingen daarover te maken tegen 14 januari 2007.

9 Bij op 15 januari 2007 bij het BHIM neergelegde brief heeft [Vallis K.-Vallis A.] met name bijkomende bewijzen van het gebruik overgelegd, namelijk catalogi van 2000, 2001 en 2003.

10 Op 26 mei 2008 heeft de oppositieafdeling op grond van artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 207/2009 de oppositie toegewezen voor een deel van de betwiste waren, namelijk ‚tassen, rugzakken' van klasse 18, en voor alle waren van klasse 25. Haar conclusie dat verwarringsgevaar bestond, was mede gebaseerd op een van voornoemde catalogi, die van zomer 2001.

11 Op 16 juli 2008 heeft [rekwirante] krachtens de artikelen 57 tot en met 62 van verordening nr. 40/94 (thans de artikelen 58 tot en met 64 van verordening nr. 207/2009) bij het BHIM beroep ingesteld tegen de beslissing van de oppositieafdeling.

12 Bij [de litigieuze beslissing] heeft de eerste kamer van beroep van het BHIM het beroep ten dele toegewezen door afwijzing van de oppositie voor ‚tassen, rugzakken' van klasse 18 en de beslissing van de oppositieafdeling bevestigd voor de waren van klasse 25. De kamer van beroep was van oordeel dat de oppositieafdeling terecht rekening had gehouden met de op 15 januari 2007 toegezonden bijkomende bewijsstukken en bovendien dat in casu het gebruik van het oudere Griekse merk afdoende was aangetoond. [...]"

Bestreden arrest

8 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 14 oktober 2009, heeft New Yorker Jeans beroep ingesteld, ertoe strekkende dat het Gerecht de litigieuze beslissing aldus herziet dat het beroep voor de kamer van beroep gegrond wordt verklaard en de oppositie wordt afgewezen voor de waren van klasse 25. Subsidiair heeft New Yorker Jeans verzocht om vernietiging van deze beslissing voor zover daarbij haar beroep is verworpen en de afwijzing van de inschrijvingsaanvraag voor deze waren is bevestigd.

9 Ter onderbouwing van dat beroep heeft New Yorker Jeans met name één middel aangevoerd, schending van de artikelen 42, leden 2 en 3, en 76, lid 2, van verordening nr. 207/2009 en van regel 22, lid 2, tweede volzin, van verordening nr. 2868/95. Volgens haar had de kamer van beroep ten onrechte geoordeeld dat de oppositieafdeling rechtmatig rekening kon houden met bijkomende bewijzen van het gebruik van het oudere merk die waren overgelegd na de door het BHIM krachtens deze bepaling gestelde termijn.

10 Na in de punten 23 en 24 van het bestreden arrest, onder verwijzing naar het arrest van 13 maart 2007, BHIM/Kaul (C-29/05 P, Jurispr. blz. I-2213, punt 42), eraan te hebben herinnerd dat uit artikel 76, lid 2, van verordening nr. 207/2009 voortvloeit dat de partijen in de regel en behoudens andersluidende bepaling nog feiten en bewijselementen kunnen aanvoeren na afloop van de termijn waarbinnen deze feiten en bewijzen volgens de bepalingen van deze verordening moeten worden

aangedragen, en dat het het BHIM geenszins verboden is rekening te houden met niet tijdig aangevoerde feiten of overgelegde bewijzen, heeft het Gerecht in de punten 25 tot en met 34 van dat arrest het door New Yorker Jeans aangevoerde middel afgewezen in wezen op grond van wat volgt:

„25 [...] [R]egel 22, lid 2, van verordening nr. 2868/95 bepaalt dat, indien de opposant ingevolge artikel 42, leden 2 en 3, van verordening nr. 207/2009 het bewijs moet leveren van het normale gebruik van het oudere merk, het BHIM hem verzoekt het vereiste bewijs binnen een door het BHIM te stellen termijn over te leggen. De tweede volzin van regel 22, lid 2, vervolgt dat het BHIM de oppositie afwijst indien de opposant dit bewijs niet binnen de gestelde termijn levert.

26 Uit de tweede volzin van deze bepaling volgt dat een overlegging van bewijzen van gebruik van het oudere merk na het verstrijken van de daartoe gestelde termijn in beginsel leidt tot de afwijzing van de oppositie, zonder dat het BHIM op dit punt een beoordelingsmarge heeft. [...]

[...]

30 [...] [Vallis K.-Vallis A.] [heeft] binnen de gestelde termijn, namelijk op 6 juni 2006, relevant bewijs overgelegd zoals een beëdigde verklaring, facturen en foto's, en [zij heeft] daarmee voldaan aan de in de tweede volzin van regel 22, lid 2, van verordening nr. 2868/95 bedoelde termijn. Voorts staat niet ter discussie dat het BHIM, naar aanleiding van [rekwirantes] opmerkingen dat dit bewijs onvoldoende was, [Vallis K.-Vallis A.] de gelegenheid heeft geboden haar opmerkingen in te dienen tegen 14 januari 2007. In die context mocht de oppositieafdeling rekening houden met het bij die opmerkingen binnen de gestelde termijn ingediende bewijs.

31 Regel 22, lid 2, van verordening nr. 2868/95 moet aldus worden uitgelegd dat niets eraan in de weg staat rekening te houden met aanvullende bewijzen, die louter een aanvulling vormen op binnen de gestelde termijn overgelegde bewijzen, wanneer het aanvankelijke bewijsmateriaal niet irrelevant is, maar door de andere partij is betwist als zijnde ontoereikend. Dit maakt voornoemde regel geenszins overbodig, en geldt temeer daar [Vallis K.-Vallis A.] de gestelde termijnen niet heeft misbruikt door bewust gebruik te maken van dilatoire technieken of door kennelijk blijk te geven van nalatigheid.

[...]

33 Aangezien het door [Vallis K.-Vallis A.] buiten de door de oppositieafdeling gestelde termijn overgelegde bewijsmateriaal in casu niet het eerste en enige bewijs inzake het gebruik vormde, maar veeleer bewijs ter aanvulling op relevant bewijsmateriaal dat binnen de termijn was overgelegd, was het feit dat [rekwirante] dat bewijs betwistte afdoende rechtvaardiging voor de overlegging van aanvullend bewijs door [Vallis K.-Vallis A.] bij het indienen van haar opmerkingen. Door dat bewijs in aanmerking te nemen, konden de oppositieafdeling en nadien de kamer van beroep een beslissing over het normale gebruik van het oudere merk nemen aan de hand van alle relevante feiten en bewijzen.

34 [...] [D]e conclusie dat de oppositieafdeling volstrekt terecht rekening heeft gehouden met de haar op 15 januari 2007 voorgelegde catalogi [strookt] eveneens met de meer algemene doelstelling van de oppositieprocedure, in de context waarvan artikel 76, lid 2, van verordening nr. 207/2009 aldus is uitgelegd dat zelfs met niet tijdig aangevoerde bewijzen rekening moet worden gehouden, mits deze relevant zijn en het stadium van de procedure en de omstandigheden waarin deze niet tijdig zijn aangevoerd, zich niet tegen de overlegging ervan verzetten."

11 Daar het Gerecht ook de overige middelen van New Yorker Jeans heeft afgewezen, heeft het het beroep verworpen.

Conclusies van partijen voor het Hof

12 New Yorker Jeans verzoekt het Hof om vernietiging van het bestreden arrest en toewijzing van haar beroep in eerste aanleg of, subsidiair, terugverwijzing van de zaak naar het Gerecht voor definitieve afdoening. Bovendien vordert zij verwijzing van het BHIM in alle kosten.

13 Het BHIM concludeert tot afwijzing van de hogere voorziening en tot verwijzing van New Yorker Jeans in de kosten.

Hogere voorziening

Argumenten van partijen

14 Ter ondersteuning van haar hogere voorziening voert New Yorker Jeans één middel aan, schending van de artikelen 42, leden 2 en 3, en 76, lid 2, van verordening nr. 207/2009 alsmede van regel 22, lid 2, van verordening nr. 2868/95.

15 Primair stelt zij dat het Gerecht deze bepalingen naast zich heeft neergelegd door te oordelen dat het BHIM terecht rekening heeft gehouden met de door Vallis K.-Vallis A. op 15 januari 2007 overgelegde bijkomende bewijzen van het gebruik van het oudere merk.

16 Volgens New Yorker Jeans moest het BHIM, doordat het bewijs dat was overgelegd binnen de door het BHIM aanvankelijk gestelde termijn niet voldeed om het normale gebruik van het oudere merk aan te tonen, de oppositie afwijzen op grond van regel 22, lid 2, tweede volzin, van verordening nr. 2868/95, daar deze bepaling op dit punt een uitzondering invoert op de regel van artikel 76, lid 2, van verordening nr. 207/2009.

17 Deze uitlegging leidt niet tot enig onrechtmatig nadeel voor de opposant, daar hij, alvorens oppositie in te stellen, zich ervan bewust was dat van hem het bewijs van het normale gebruik van zijn oudere merk kon worden verlangd of dat anders zijn oppositie zou worden afgewezen, hij daartoe een voldoende termijn heeft gekregen en bovendien om een verlenging van deze termijn kon verzoeken. Daarenboven behoudt de opposant het recht om, ook al wordt zijn oppositie afgewezen, naderhand nietigverklaring van het nieuw ingeschreven merk te vorderen.

18 Subsidiair voert New Yorker Jeans, onder verwijzing naar punt 44 van het reeds aangehaalde arrest BHIM/Kaul, aan dat, ook al zou moeten worden aangenomen dat het toegestaan blijft bijkomende bewijzen over te leggen, het Gerecht de uit van artikel 76, lid 2, van verordening nr. 207/2009 voortvloeiende regel heeft geschonden, die inhoudt dat het BHIM moet onderzoeken of de te laat overgelegde bewijzen relevant zijn en of het stadium van de procedure waarin deze bewijzen zijn overgelegd, niet belet dat zij in aanmerking worden genomen. Het BHIM heeft zijn beoordelingsbevoegdheid misbruikt en is zijn verplichting om het doeltreffende procesverloop te waarborgen niet nagekomen doordat het heeft verzuimd te onderzoeken of nieuwe factoren deze te late overlegging van bewijzen rechtvaardigden, waarbij de betwisting zonder meer door de andere partij van door de opposant overgelegde bewijzen niet als een dergelijke nieuwe factor kan gelden.

19 Het BHIM stelt dat het Gerecht in het bestreden arrest regel 22, lid 2, van verordening nr. 2868/95 juist heeft uitgelegd door te oordelen dat, wanneer relevante bewijzen van het gebruik van het merk zoals in casu binnen de krachtens deze bepaling gestelde termijn zijn overgelegd, deze bepaling zich niet ertegen verzet dat naderhand bijkomende bewijzen van dat gebruik worden overgelegd.

20 Deze uitlegging van regel 22, lid 2, is bovendien in overeenstemming met de beginselen die het Hof in het reeds aangehaalde arrest BHIM/Kaul heeft geformuleerd, en aanvaarding van dergelijke louter bijkomende bewijzen beantwoordt in de regel aan de verschillende in dat arrest ontwikkelde criteria.

Beoordeling door het Hof

21 In de eerste plaats zij aangaande het primaire onderdeel van het door New Yorker Jeans aangevoerde middel allereerst eraan herinnerd dat artikel 76, lid 2, van verordening nr. 207/2009 bepaalt dat het BHIM geen rekening hoeft te houden met feiten die de partijen niet tijdig hebben aangedragen of met bewijzen die zij niet tijdig hebben overgelegd.

22 Zoals het Hof heeft geoordeeld, volgt uit de bewoordingen van deze bepaling dat de partijen, in de regel en behoudens andersluidende bepaling, nog feiten en bewijzen kunnen aandragen ná afloop van de termijnen die daarvoor zijn bepaald in verordening nr. 207/2009, en dat het het BHIM niet verboden is om rekening te houden met feiten of bewijzen die niet tijdig zijn aangevoerd of overgelegd (arrest BHIM/Kaul, reeds aangehaald, punt 42).

23 Aangezien deze bepaling preciseert dat het BHIM in een dergelijk geval geen rekening „hoeft" te houden met dergelijke feiten en bewijzen, beschikt het BHIM immers over een ruime beoordelingsvrijheid om te beslissen of het daarmee rekening houdt, op voorwaarde dat het zijn beslissing op dat punt motiveert (arrest BHIM/Kaul, reeds aangehaald, punt 43).

24 Inzonderheid aangaande de overlegging van het bewijs van het normale gebruik van het oudere merk in een oppositieprocedure zij opgemerkt dat, hoewel op grond van artikel 42, lid 2, van verordening nr. 207/2009 op verzoek van de indiener van de merkaanvraag van de houder van een merk die oppositie heeft ingesteld, kan worden verlangd dat hij het bewijs levert van het normale gebruik van dat merk waarbij de oppositie wordt afgewezen zo hij dat nalaat, deze verordening niet nader bepaalt binnen welke termijn dat bewijs moet worden geleverd.

25 Daarentegen schrijft regel 22, lid 2, van verordening nr. 2868/95 voor dat het BHIM, in geval van een dergelijk verzoek, aan de houder van het oudere merk vraagt het bewijs van gebruik van het merk of van het bestaan van geldige redenen voor het niet gebruiken ervan te leveren binnen een termijn die het BHIM stelt.

26 In casu heeft de oppositieafdeling van het BHIM deze regel toegepast en Vallis K.-Vallis A. een termijn gesteld om dat bewijs te leveren. Bovendien staat vast dat Vallis K.-Vallis A. binnen deze termijn verschillende bewijzen van het gebruik van het oudere merk heeft overgelegd.

27 Vervolgens zij eraan herinnerd dat deze regel 22, lid 2, in de tweede volzin eveneens verduidelijkt dat de oppositie wordt afgewezen wanneer het bewijs van het gebruik van het merk niet binnen de door het BHIM gestelde termijn wordt geleverd.

28 Uit de bewoordingen van deze bepaling volgt weliswaar dat het BHIM de oppositie ambtshalve moet afwijzen wanneer geen enkel bewijs van het gebruik van het betrokken merk binnen de door het BHIM gestelde termijn wordt overgelegd, maar deze conclusie geldt evenwel niet wanneer binnen deze termijn wel bewijselementen van dat gebruik zijn aangedragen.

29 In dat geval moet de procedure immers haar verloop volgen, tenzij blijkt dat deze bewijzen niet relevant zijn om het normale gebruik van het merk aan te tonen. Zo moet het BHIM, zoals artikel 42, lid 1, van verordening nr. 207/2009 voorschrijft, onder meer de partijen zo dikwijls als nodig verzoeken hun opmerkingen te maken over de betekeningen die zij ontvangen of over de mededelingen die andere partijen doen. Indien de oppositie naderhand wordt afgewezen doordat geen afdoend bewijs van het normale gebruik van het oudere merk is geleverd, is dat in een dergelijke context niet het

gevolg van de toepassing van regel 22, lid 2, van verordening nr. 2868/95, dat in wezen een procedurevoorschrift is, maar uitsluitend van de toepassing van de materieelrechtelijke bepaling van artikel 42, lid 2, van verordening nr. 207/2009.

30 Uit hetgeen voorafgaat volgt dat, zoals het Gerecht in het bestreden arrest terecht heeft geoordeeld, wanneer zoals in casu bewijzen die relevant worden geacht om het gebruik van het betrokken merk aan te tonen zijn overgelegd binnen de termijn die het BHIM krachtens regel 22, lid 2, van verordening nr. 2868/95 heeft gesteld, het na verloop van deze termijn nog mogelijk blijft bijkomende bewijzen van dat gebruik aan te dragen. In dat geval is het voor het BHIM geenszins verboden, zoals het Gerecht ook terecht heeft geoordeeld en in de punten 22 en 23 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, om dergelijke te laat overgelegde bewijzen in aanmerking te nemen op grond van de krachtens artikel 76, lid 2, van verordening nr. 207/2009 hem toegekende beoordelingsbevoegdheid.

31 Derhalve moet het primaire onderdeel van het enige middel worden afgewezen.

32 In de tweede plaats voert New Yorker Jeans met het subsidiaire onderdeel van dat middel aan dat het Gerecht ten onrechte heeft verzuimd een sanctie te verbinden aan het misbruik dat het BHIM in casu van zijn beoordelingsbevoegdheid heeft gemaakt door niet te controleren of de te laat overgelegde bewijzen relevant waren en of het stadium van de procedure waarin deze bewijzen zijn overgelegd, zich niet ertegen verzette dat deze bewijzen in aanmerking werden genomen.

33 Aangaande de uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid waarover het BHIM beschikt om te laat overgelegde bewijzen eventueel in overweging te nemen, zij eraan herinnerd dat het Hof reeds heeft geoordeeld dat wanneer het BHIM in een oppositieprocedure uitspraak moet doen, er met name gegronde reden kan zijn om met niet tijdig aangevoerde gegevens rekening te houden wanneer het BHIM van oordeel is dat deze gegevens prima facie werkelijk relevant kunnen zijn voor de uitkomst van de bij hem ingestelde oppositieprocedure en het stadium van de procedure en de omstandigheden waarin deze gegevens niet tijdig zijn aangevoerd, bovendien niet eraan in de weg staan dat ermee rekening wordt gehouden (arrest BHIM/Kaul, reeds aangehaald, punt 44).

34 Uit de feitelijke vaststellingen die het Gerecht met name in de punten 33 en 34 van het bestreden arrest heeft gedaan, blijkt evenwel dat, doordat rekening is gehouden met de bewijzen die Vallis K.-Vallis A. te laat heeft overgelegd ter aanvulling op de relevante bewijsstukken die zij aanvankelijk had aangedragen, de oppositieafdeling en vervolgens de kamer van beroep op basis van alle relevante feitelijke gegevens en bewijzen tot de conclusie hebben kunnen komen dat van het oudere merk normaal gebruik is gemaakt, en dat het stadium van de procedure en de omstandigheden waarin deze bijkomende bewijzen zijn overgelegd, zich niet ertegen verzetten dat deze bewijzen werden aangedragen.

35 Aangezien dus vaststaat dat, doordat te laat overgelegde bijkomende bewijzen in aanmerking zijn genomen, het BHIM heeft kunnen besluiten dat sprake was van een normaal gebruik van het oudere merk, moet het argument van New Yorker Jeans waarmee zij deze instantie verwijt niet te hebben gecontroleerd of deze bewijzen relevant waren, uiteraard van de hand worden gewezen.

36 Bovendien heeft het Gerecht in punt 31 van het bestreden arrest vastgesteld dat Vallis K.-Vallis A. de gestelde termijnen niet had misbruikt door bewust gebruik te maken van dilatoire tactieken of door kennelijk blijk te geven van nalatigheid, maar dat deze partij enkel bijkomende bewijzen had overgelegd nadat de aanvankelijk door haar overgelegde bewijselementen door New Yorker Jeans waren betwist.

37 Het Gerecht heeft geenszins blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting in zijn diverse vaststellingen, die – zoals blijkt uit punt 28 van het bestreden arrest – tot de overwegingen behoren op basis waarvan deze rechter niet heeft ingestemd met het betoog van New Yorker Jeans dat de kamer van beroep ten onrechte had geconcludeerd dat de oppositieafdeling in casu rekening kon houden met de te laat overgelegde catalogi.

38 Uit een en ander volgt dat het subsidiaire onderdeel van het enige middel, waarmee rekwirante het Gerecht verwijt geen sanctie te hebben verbonden aan het misbruik dat het BHIM zou hebben gemaakt van de beoordelingsbevoegdheid waarover het krachtens artikel 76, lid 2, van verordening nr. 207/2009 beschikt, niet kan slagen.

39 Aangezien dus geen van beide onderdelen van het enige middel in hogere voorziening gegrond is, moet de hogere voorziening worden afgewezen.

Kosten

40 Ingevolge artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering beslist het Hof ten aanzien van de proceskosten wanneer de hogere voorziening ongegrond is.

41 Volgens artikel 138, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering, dat krachtens artikel 184, lid 1, van dit Reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd. Aangezien New Yorker Jeans in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van het BHIM te worden verwezen in de kosten.

Het Hof (Vierde kamer) verklaart:

1) De hogere voorziening wordt afgewezen.

2) New Yorker SHK Jeans GmbH & Co. KG wordt verwezen in de kosten.

ondertekeningen