ARREST VAN HET GERECHT (Eerste kamer)

31 mei 2005 *

In zaak T-373/03,

Solo Italia Srl, gevestigd te Ossona (Italië), vertegenwoordigd door A. Bensoussan, M.-E. Haas en L. Tellier-Loniewski, advocaten, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM), vertegenwoordigd door I. de Medrano Caballero en A. Folliard-Monguiral als gemachtigden,

verweerder,

* Procestaal: Frans.

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

Nuova Sala Srl, gevestigd te Brescia (Italië), vertegenwoordigd door E. Gavuzzi, S. Hassan en C. Pastore, advocaten,

betreffende een beroep tegen de beslissing van de tweede kamer van beroep van het BHIM van 10 september 2003 (zaak R 208/2003-2), houdende bevestiging van de weigering tot inschrijving van het woordmerk PARMITALIA,

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: J. D. Cooke, kamerpresident, I. Labucka en V. Trstenjak, rechters,

griffier: J. Palacio González, hoofdadministrateur,

gezien het op 12 november 2003 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 18 maart 2004 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord,

gezien de op 8 maart 2004 ter Griffie van het Gerecht neergelegde memorie van interveniënte,

na de terechtzitting op 16 november 2004,

het navolgende

Arrest

De voorgeschiedenis van het geschil

1 Op 14 januari 2000 heeft Solo Italia Srl (hierna: „verzoekster") bij het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM) een gemeenschapsmerkaanvraag ingediend krachtens verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1), zoals gewijzigd.

2 Het merk waarvoor inschrijving wordt aangevraagd, is het woordteken PARMITALIA.

3 De inschrijvingsaanvraag betreft waren van klasse 29 in de zin van de overeenkomst van Nice van 15 juni 1957 betreffende de internationale classificatie van de waren en diensten ten behoeve van de inschrijving van merken, zoals herzien en gewijzigd. Zij zijn omschreven als volgt: „Kazen".

4 De aanvraag is op 26 december 2000 gepubliceerd in het *Blad van gemeenschapsmerken.*

5 Op 16 maart 2001 heeft Nuova Sala Srl (hierna: „interveniënte") oppositie ingesteld tegen de inschrijving van het aangevraagde merk voor alle waren die in de merkaanvraag zijn genoemd, met een beroep op artikel 8, lid 1, sub a en b, van verordening nr. 40/94. De oppositie was gebaseerd op het bestaan van een communautair beeldmerk PARMITAL, ingeschreven op 1 december 1998, voor waren van dezelfde klasse, die beantwoorden aan dezelfde beschrijving als die bedoeld in punt 3.

6 Bij beslissing van 26 november 2002, die diezelfde dag per fax aan partijen ter kennis is gebracht, heeft de oppositieafdeling de oppositie toegewezen. Zij heeft met name overwogen dat de betrokken merken visueel, fonetisch en begripsmatig overeenstemden.

7 Op 4 december 2002 heeft het BHIM op zijn rekening onder vermelding van PARMITALIA 800 EUR ontvangen van een Franse vennootschap genaamd OK SA, waarvan het niet heeft vastgesteld wat de banden met verzoekster waren. De opdracht tot overschrijving was gegeven op 29 november 2002. Voorts heeft verzoekster aan haar gemachtigde een cheque van 1 375 EUR uitgeschreven voor het indienen van de memorie inzake oppositie bij het BHIM. De gemachtigde blijkt deze memorie evenwel niet te hebben ingediend.

8 Op 17 januari 2003 heeft de financiële dienst van het BHIM, in de veronderstelling dat zij zich tot verzoekster richtte, een brief gestuurd aan een Franse vennootschap genaamd Solo Italia France, met een verzoek om inlichtingen over het doel van de op 4 december 2002 ontvangen betaling, onder vermelding dat binnen een maand, dus uiterlijk 17 februari 2003, moest worden verklaard wat het doel van de betaling was. Zo niet, dan zou deze worden beschouwd als niet-verricht en derhalve worden terugbetaald.

9 Op 17 februari 2003 ontving het BHIM van verzoekster een brief volgens welke de betaalde taks verband hield met het beroep tegen de beslissing van 26 november 2002. Bij deze brief was een in het Frans gesteld beroepschrift gevoegd. Een vertaling van dit stuk in de procestaal (Engels) volgde op 20 februari 2003.

10 Op 3 maart 2003 heeft de gemachtigde van verzoekster aan het BHIM een kopie van de overschrijving van 29 november 2002 gestuurd. Op 14 maart 2003 werd het BHIM ervan in kennis gesteld dat er een nieuwe gemachtigde was, die nieuwe stukken heeft ingediend op 21 maart 2003.

11 Op 24 maart 2003 heeft het BHIM verzoekster bericht dat het haar beroep had ontvangen en de zaak verwezen naar de kamer van beroep. Op 14 mei 2003 heeft het BHIM haar de stukken van opposante doen toekomen, gedateerd 9 mei 2003. Verzoekster heeft op deze stukken gereageerd op 10 juni 2003 en het BHIM heeft de ontvangst van haar reactie bevestigd op 17 juni 2003. Op 21 augustus 2003 heeft zij een nieuwe reactie aan het BHIM gericht, waarvan de ontvangst haar is bevestigd op 10 september 2003.

12 Bij beslissing van 10 september 2003, ter kennis van verzoekster gebracht op 17 september 2003, heeft de tweede kamer van beroep op het beroep beslist en dit niet-ontvankelijk verklaard wegens overschrijding van de in artikel 59 van verordening nr. 40/94 neergelegde beroepstermijn. De kamer van beroep heeft namelijk geoordeeld dat deze termijn op 26 januari 2003 was verstreken en dat de correspondentie van na die datum het beroep niet kon regulariseren.

De conclusies van partijen

13 Partijen hebben ter terechtzitting van 16 november 2004 pleidooi gehouden en op de vragen van het Gerecht geantwoord.

14 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— het onderhavige beroep ontvankelijk te verklaren en de beslissing van 10 september 2003 te vernietigen;

— het BHIM te verwijzen in de kosten.

15 Het BHIM concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

16 Interveniënte concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster in de kosten te verwijzen.

17 Aangezien interveniënte niet ter terechtzitting aanwezig kon zijn, heeft zij haar opmerkingen per fax gestuurd; deze zijn met instemming van verzoekster en het BHIM aan het dossier toegevoegd.

In rechte

18 Verzoekster voert drie middelen aan: schending van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), schending van de regels 55, 61 en 65 van verordening (EG) nr. 2868/95 van de Commissie van 13 december 1995 tot uitvoering van verordening (EG) nr. 40/94 (PB L 303, blz. 1), en schending van artikel 59 van verordening nr. 40/94.

De ontvankelijkheid van de eerste twee middelen

Het eerste middel: schending van artikel 6 EVRM

— Argumenten van partijen

19 Volgens verzoekster eist artikel 6 EVRM dat personen tegen wie een zaak aanhangig is gemaakt naar behoren worden ingelicht over de tegen hen aanhangig gemaakte acties. De kennisgeving van de beslissing van 26 november 2002 per fax is in strijd met deze bepaling, daar zij niet voldoet aan de voorwaarde dat zeker moet zijn dat de informatie aankomt. Aangezien zij niet rechtsgeldig is, kon de kennisgeving geen

termijn doen aanvangen; verzoekster leidt hieruit af dat het beroep ontvankelijk moet worden verklaard. Ter terechtzitting heeft verzoekster nogmaals verklaard dat het eerste middel betrekking had op het ontbreken van rechtszekerheid en dat een fax die niet alleen niet was ondertekend, maar waarvoor het BHIM, naar zij verder opmerkt, ook geen ontvangstbevestiging had afgegeven, de rechtszekerheid niet kon waarborgen.

20 Volgens het BHIM is het eerste middel niet-ontvankelijk, omdat het onvoldoende is onderbouwd en in strijd is met artikel 44, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering.

21 Ter terechtzitting heeft het hieraan toegevoegd dat het middel van schending van artikel 6 EVRM hoe dan ook niet-ontvankelijk is, daar het niet is aangevoerd voor de kamer van beroep.

— Beoordeling door het Gerecht

22 Voor de kamer van beroep heeft verzoekster zich er uitsluitend op beroepen dat zij niet bekend was met de procedureregels van het BHIM, dat er geen verwarringsgevaar tussen Parmital en Parmitalia bestond, en dat de betaling van de beroepstaks volstaat om officieel beroep in te stellen, een argument dat hierna in het kader van het derde middel wordt besproken.

23 Derhalve staat vast dat het middel van schending van artikel 6 EVRM door verzoekster niet voor het BHIM is aangevoerd, en dat dit het middel bijgevolg niet heeft onderzocht.

24 Voorts zij in de eerste plaats opgemerkt dat, overeenkomstig artikel 74 van verordening nr. 40/94, „in procedures inzake relatieve afwijzingsgronden [...] dit onderzoek [door het BHIM] beperkt [blijft] tot de door de partijen aangevoerde feiten, bewijsmiddelen en argumenten en tot de door hen ingestelde vordering" [arrest Gerecht van 23 oktober 2003, Éditions Albert René/BHIM — Trucco (Starix), T-311/01, Jurispr. blz. II-4625, punt 69].

25 In de tweede plaats zij eraan herinnerd dat het beroep voor het Gerecht gericht is op toetsing van de rechtmatigheid van beslissingen van de kamers van beroep van het BHIM in de zin van artikel 63 van verordening nr. 40/94 [arresten Gerecht van 5 maart 2003, Alcon/BHIM — Dr. Robert Winzer Pharma (BSS), T-237/01, Jurispr. blz. II-411, punt 61; 6 maart 2003, DaimlerChrysler/BHIM (Calandre), T-128/01, Jurispr. blz. II-701, punt 18; 3 juli 2003, Alejandro/BHIM — Anheuser Busch (BUDMEN), T-129/01, Jurispr. blz. II-2251, punt 67, en arrest Starix, reeds aangehaald, punt 70]. Volgens artikel 63, lid 3, van verordening nr. 40/94 kan het Gerecht immers „de bestreden beslissing vernietigen of herzien", maar moet het bepaalde in dit lid worden gelezen in samenhang met het voorgaande lid, dat bepaalt: „Beroep kan worden ingesteld wegens onbevoegdheid, schending van wezenlijke vormvoorschriften, schending van het Verdrag, van deze verordening of een uitvoeringsregeling daarvan, of wegens misbruik van bevoegdheid", en met inachtneming van de artikelen 229 EG en 230 EG. De rechtmatigheid van een beslissing van de kamer van beroep moet door het Gerecht dus worden getoetst aan de hand van de rechtsvragen die voor de kamer van beroep zijn gebracht (arrest Starix, reeds aangehaald, punt 70).

26 Voorts bepaalt artikel 135, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering uitdrukkelijk: „De memories van de partijen kunnen geen wijziging brengen in het onderwerp van het geschil voor de kamer van beroep" (arrest Starix, reeds aangehaald, punt 71).

27 Bijgevolg kan verzoekster niet verlangen dat het Gerecht uitspraak doet over het onderhavige middel, schending van artikel 6 EVRM, welk middel tijdens de administratieve fase van de procedure voor het BHIM niet is aangevoerd.

28 Het BHIM heeft er weliswaar niet in zijn memorie op gewezen dat het middel een novum was, en zich daarop eerst ter terechtzitting beroepen, maar dit heeft geen gevolgen voor de beslechting van het geschil, aangezien de overeenstemming van het beroep voor de kamer van beroep met het beroep voor het Gerecht een vraag van openbare orde is, die ambtshalve dient te worden onderzocht.

29 Het eerste middel moet derhalve niet-ontvankelijk worden verklaard.

Het tweede middel: schending van de regels 55, 61 en 65 van verordening nr. 2868/95

— Argumenten van partijen

30 Subsidiair stelt verzoekster dat, zo de kennisgeving van de oppositiebeslissing van 26 november 2002 al zou worden beschouwd als conform de beginselen van artikel 6 EVRM, deze toch onrechtmatig is, daar zij niet voldoet aan de voorwaarden van de regels 55, 61 en 65 van verordening nr. 2868/95.

31 Volgens verzoekster blijkt uit deze kennisgeving dat noch de brief noch de beslissing is ondertekend, en dat de beslissing niet is voorzien van de in regel 55 van verordening nr. 2868/95 voorgeschreven stempelafdruk, aangezien het logo op de eerste bladzijde op zich niet kan worden aangemerkt als de stempelafdruk die door de geldende teksten wordt geëist.

32 Volgens het BHIM klaagt verzoekster tevens dat ook de — wel ondertekende — beslissing van de kamer van beroep niet van een stempelafdruk is voorzien.

33 Het BHIM acht het tweede middel niet-ontvankelijk.

34 Volgens het BHIM heeft dit middel betrekking op de beslissing van de oppositie-afdeling, en moet het niet-ontvankelijk worden verklaard omdat het voor het eerst voor het Gerecht is aangevoerd. Artikel 135, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering bepaalt immers dat de memories van de partijen geen wijziging kunnen brengen in het onderwerp van het geschil voor de kamer van beroep.

35 Wat de kennisgeving van de beslissing van de kamer van beroep betreft, kan de enkele vaststelling van een eventuele schending van de procedureregels volgens het BHIM niet leiden tot vernietiging van de bestreden beslissing, aangezien onregelmatigheden in de wijze van kennisgeving van een beslissing niet de beslissing zelf raken en deze dus niet ongeldig kunnen maken (arrest Hof van 14 juli 1972, ICI/Commissie, 48/69, Jurispr. blz. 619, punt 39, en arrest Gerecht van 28 mei 1998, W/Commissie, T-78/96 en T-170/96, JurAmbt. blz. I-A-239 en II-745, punt 183). Hoe dan ook is in casu geen wezenlijk vormvoorschrift geschonden aangezien de beslissing is betekend aan verzoekster en zij niet is verhinderd haar rechten te verdedigen [arrest Gerecht van 2 juli 2002, SAT.1/BHIM (SAT.2), T-323/00, Jurispr. blz. II-2839].

36 Tot slot heeft verzoeker geen rechtmatig belang bij nietigverklaring van een besluit wegens vormfouten ingeval de nietigverklaring van het besluit enkel zou kunnen leiden tot de vaststelling van een nieuw besluit dat ten gronde zou overeenkomen met het nietig verklaarde [zie in die zin arrest Hof van 6 juli 1983, Geist/Commissie, 117/81, Jurispr. blz. 2191, punt 7; arresten Gerecht van 18 december 1992, Díaz García/Parlement, T-43/90, Jurispr. blz. II-2619, punt 54; 20 september 2000, Orthmann/Commissie, T-261/97, JurAmbt. blz. I-A-181 en II-829, punten 33 en 35, en 3 december 2003, Audi/BHIM (TDI), T-16/02, Jurispr. blz. II-5167].

— Beoordeling door het Gerecht

37 In de eerste plaats blijkt uit het tweede middel van verzoekster niet dat het haar bedoeling is, kritiek te leveren op het feit dat de beslissing van de kamer van beroep niet is voorzien van een stempelafdruk. Blijkens haar verzoekschrift betreft het wel degelijk de beslissing van de oppositieafdeling van 26 november 2002. De beslissing van de kamer van beroep wordt door verzoekster juist als een te volgen voorbeeld genoemd. Zij stelt immers: „De vergelijking met de beslissing van de kamer van beroep van 10 september 2003 is interessant omdat daar de ter kennis gebrachte documenten op de eerste bladzijde eenvoudig ter herkenning van hetzelfde logo zijn voorzien, maar zowel de brief over de beslissing als de beslissing zelf zijn ondertekend."

38 Met betrekking tot de kennisgeving van de beslissing van 26 november 2002 staat vast dat verzoekster zich voor het BHIM niet heeft beroepen op het middel dat de regels 55, 61 en 65 van verordening nr. 2868/95 zijn geschonden en dat het BHIM dit middel bijgevolg niet heeft onderzocht.

39 Wegens de in de punten 24 tot en met 26 genoemde redenen en zoals het BHIM terecht heeft opgemerkt, kan verzoekster niet van het Gerecht verlangen dat het zich uitspreekt over het middel dat deze regels zijn geschonden, daar het niet is aangevoerd in de administratieve fase van de procedure voor het BHIM.

40 Ter terechtzitting heeft verzoekster het BHIM op dit punt overigens niet geantwoord.

41 Het tweede middel moet derhalve niet-ontvankelijk worden verklaard.

De gegrondheid van het derde middel: schending van artikel 59 van verordening nr. 40/94

Argumenten van partijen

42 Eveneens subsidiair stelt verzoekster dat haar overschrijving van 29 november 2002 het BHIM duidelijk heeft gemaakt dat zij had besloten om beroep in te stellen. Eerst op 17 januari 2003 heeft het BHIM haar gevraagd om het doel van deze overschrijving toe te lichten. Zij heeft daarop op 17 februari 2003 aan het BHIM geantwoord dat haar gemachtigde een fout had gemaakt en niet had gehandeld zoals zij hem had verzocht.

43 Zoals verzoekster reeds in haar schrijven van 21 augustus 2003 aan het BHIM heeft verklaard, is zij van mening dat geen enkele tekst een vormvereiste stelt voor het instellen van beroep bij het BHIM, en dat de overmaking van een bedrag van 800 EUR op 4 december 2002 onder vermelding van het merk PARMITALIA, door het BHIM duidelijk is begrepen als afkomstig van verzoekster, aangezien deze overmaking aanleiding is geweest voor de brief van 17 januari 2003.

44 Verzoekster meent dus dat de betaling van de taks het beroep officieel maakt. Bovendien erkent het BHIM dat het dit bedrag heeft ontvangen en heeft het begrepen wie de opdrachtgever was.

45 Het beroep is volgens verzoekster derhalve tijdig ingesteld en moet ontvankelijk worden verklaard, aangezien het voorts is gemotiveerd binnen vier maanden, op 17 en 20 februari 2003 en op 21 maart 2003, en de procedure binnen de gestelde termijnen is geregulariseerd.

46 Verzoekster zet ten slotte uiteen dat, zo het BHIM heeft besloten om zijn beslissingen mee te delen via een informele fax en deze losse methode van kennisgeving in de beroepsprocedure heeft geïntroduceerd, dit toch niet de voorwaarden voor het instellen van deze beroepen mag beperken, noch ook die voor de in artikel 78 van verordening nr. 40/94 geregelde procedure voor herstel in de vorige toestand. De enge uitlegging door het BHIM van de in artikel 59 van deze verordening neergelegde voorwaarden en van de wijze van uitvoering van artikel 78 leidt ertoe dat de partij die slachtoffer is van een fout van zijn gemachtigde elke mogelijkheid van beroep wordt ontnomen, zodat verzoekster niet de gelegenheid heeft gekregen voor een eerlijke verdediging.

47 Ter terechtzitting heeft verzoekster uiteengezet dat het BHIM in haar verzoek om toelichting aan Solo Italia France — die volgens haar een „geschikte gesprekspartner" was — had moeten wijzen op de termijn van twee maanden en deze opnieuw had moeten doen ingaan op de datum van dit verzoek. Dat het BHIM het bedrag van 800 EUR niet heeft terugbetaald bewijst overigens dat het het beroep als naar behoren ingesteld heeft beschouwd.

48 Ter terechtzitting heeft verzoekster tevens gepreciseerd dat zij in wezen niet verzocht om toepassing van artikel 78 van verordening nr. 40/94, maar wenste te benadrukken dat de procedure voor herstel in de vorige toestand niet kan worden toegepast in geval van een fout van de gemachtigde.

49 Het BHIM is van mening dat ingevolge regel 48, lid 1, sub c, en regel 49 van verordening nr. 2868/95, alsmede artikel 59 van verordening nr. 40/94, een beroep, wil het ontvankelijk zijn, moet voldoen aan drie cumulatieve voorwaarden. Ten eerste moet het binnen twee maanden na kennisgeving van de bestreden beslissing zijn ingesteld, aanduiden welke beslissing wordt aangevochten en aangeven in hoeverre wijziging of herziening van de beslissing wordt verlangd. Ten tweede moet de beroepstaks binnen deze termijn van twee maanden worden betaald. Ten derde moet een uiteenzetting van de gronden van het beroep worden ingediend binnen vier maanden na de datum waarop de bestreden beslissing is meegedeeld.

50 Bovendien verklaart het BHIM, hoewel verzoekster zich niet over dit punt heeft uitgelaten, dat de termijn om de betaling van de beroepstaks te regulariseren niet tot gevolg kan hebben dat de termijn voor indiening van het stuk wordt verlengd.

51 Ten slotte benadrukt het BHIM dat verzoekster geen verzoek tot herstel in de vorige toestand heeft ingediend.

52 Ter terechtzitting heeft het BHIM uiteengezet dat het onmogelijk de band tussen de vennootschappen OK SA en Solo Italia kon achterhalen, dat het bedrag van 800 EUR op de betaling van meerdere taksen of op verschillende verzoeken betrekking kon hebben, dat de termijn van twee maanden een imperatieve termijn is die niet door haar financiële dienst kon worden verlengd, en dat deze dienst verzoekster er niet aan kon herinneren dat er een termijn van twee maanden liep, daar deze dienst niet kon weten dat het om een beroepstermijn ging. In het algemeen is het niet aan de financiële dienst van het BHIM, die trouwens haar eigen automatiseringssysteem heeft, dergelijke onderzoeken te verrichten. Sterker nog, ook indien die dienst zou hebben begrepen dat het bedrag een beroepstaks was, dan nog was het niet aan haar geweest om verzoekster te waarschuwen dat er een beroepstermijn liep.

53 Wat ten slotte het herstel in de vorige toestand betreft, heeft het BHIM ter terechtzitting uitgelegd dat dit beginsel zeker niet buiten spel wordt gezet indien de fout door een gemachtigde is veroorzaakt; twee arresten van de communautaire rechter houden overigens deze mogelijkheid open.

54 Interveniënte voegt aan de argumenten van het BHIM toe dat op de betalingsopdracht van 29 november 2002 de naam stond van de vennootschap „OK SA",

waaruit geen verband met de vennootschap Solo Italia Srl kon worden afgeleid; het BHIM heeft zijn verzoek om opheldering van 17 januari 2003 overigens, aldus interveniënte, gericht aan een heel andere vennootschap, „Solo Italia France", die niet in Italië maar in Frankrijk is gevestigd.

55 Ten slotte merkt interveniënte op dat, behalve dat ingevolge artikel 78, lid 2, van verordening nr. 40/94 herstel in de vorige toestand slechts mogelijk is indien een schriftelijk verzoek wordt ingediend en tegelijkertijd de bijbehorende taks wordt betaald, een dergelijk verzoek thans niet kan worden gedaan, omdat de termijn van een jaar is verstreken.

Beoordeling door het Gerecht

56 Ingevolge artikel 59 van verordening nr. 40/94 wordt het beroep schriftelijk ingesteld bij het BHIM binnen twee maanden na de dag waarop de beslissing is meegedeeld.

57 In casu moet worden vastgesteld dat binnen deze termijn geen schriftelijk stuk in deze zin aan het BHIM is gericht.

58 Hoewel volgens dit artikel ook het beroep wordt geacht pas te zijn ingesteld nadat de beroepstaks is betaald, kan de enkele overmaking van het desbetreffende bedrag niet worden beschouwd als equivalent van de door dit artikel vereiste handeling.

59 Bovendien blijkt noch uit de wetgeving noch uit de rechtspraak dat op het BHIM, meer in het bijzonder op zijn financiële dienst, de verplichting rust om eventuele verzoekers voor de kamer van beroep te waarschuwen voor de gevolgen van niet-inachtneming van de in verordening nr. 40/94 gestelde vereisten.

60 Wat het herstel in de vorige toestand betreft, de bewoordingen van artikel 78 van verordening nr. 40/94 sluiten de toepassing van dit beginsel niet uit in geval van een fout van een gemachtigde. Dit laat onverlet dat moet worden voldaan aan de voorwaarden hiervoor, met name dat alle in de gegeven omstandigheden noodzakelijke zorgvuldigheid is betracht [zie aangaande de fout van de medewerker van de gemachtigde van een aanvrager, arrest Gerecht van 20 juni 2001, Ruf en Stier/BHIM (afbeelding „DAKOTA"), T-146/00, Jurispr. blz. II-1797, punten 55-61].

61 Aangezien de voorwaarden van artikel 59 van verordening nr. 40/94 in casu niet zijn vervuld, dient ook het derde middel, en daarmee het volledige beroep, te worden verworpen.

Kosten

62 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dit is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vorderingen van het BHIM en van interveniënte te worden verwezen in hun kosten.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Eerste kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) Het beroep wordt verworpen.

2) Verzoekster wordt verwezen in de kosten.

Cooke Labucka Trstenjak

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 31 mei 2005.

De griffier

H. Jung

De president van de Eerste kamer

J. D. Cooke