ARREST VAN HET GERECHT (Tweede kamer)

15 maart 2011 *

In zaak T-50/09,

Ifemy's Holding GmbH, gevestigd te München (Duitsland), vertegenwoordigd door H.-G. Augustinowski, advocaat,

verzoekster,

tegen

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

verweerder,

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

Dada & Co. Kids Srl, gevestigd te Prato (Italië),

* Procestaal: Engels.

betreffende een beroep tegen de beslissing van de vierde kamer van beroep van het BHIM van 27 november 2008 (zaak R 911/2008-4) inzake een oppositieprocedure tussen Ifemy's Holding GmbH en Dada & Co. Kids Srl,

wijst

HET GERECHT (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: N. J. Forwood (rapporteur), kamerpresident, J. Schwarcz en A. Popescu, rechters,

griffier: E. Coulon,

gezien het op 3 februari 2009 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 18 mei 2009 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord van het BHIM,

gezien de weigering van 26 juni 2009 van toelating tot indiening van een memorie van repliek,

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 om uitspraak te doen zonder mondelinge behandeling,

het navolgende

Arrest

Voorgeschiedenis van het geding

1 Op 24 mei 2006 heeft Dada & Co. Kids Srl (hierna: „aanvrager van het gemeenschapsmerk") 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 [vervangen door verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad van 26 februari 2009 inzake het gemeenschapsmerk (PB L 78, blz. 1)].

2 De inschrijvingsaanvraag betreft het beeldmerk Dada & Co. kids.

3 De waren waarvoor de inschrijving is aangevraagd, behoren tot klasse 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. Zij zijn omschreven als volgt: „Kledingstukken, schoeisel, hoofddeksels".

4 De gemeenschapsmerkaanvraag is gepubliceerd in het *Blad van gemeenschapsmerken* nr. 2006/043 van 23 oktober 2006.

5 Op 1 december 2006 heeft verzoekster, Ifemy's Holding GmbH, krachtens artikel 42 van verordening nr. 40/94 (thans artikel 41 van verordening nr. 207/2009) oppositie ingesteld tegen inschrijving van het aangevraagde merk voor alle in punt 3 supra genoemde waren.

6 De oppositie was gesteund op het Duitse woordmerk DADA, dat op 10 april 2001 onder nummer 30114449 is ingeschreven voor waren van klasse 25 die omschreven zijn als volgt: „Kledingstukken, schoeisel, hoofddeksels".

7 De oppositie was gebaseerd op het bestaan van verwarringsgevaar in de zin van artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 207/2009).

8 Op 24 juli 2007 heeft de aanvrager van het gemeenschapsmerk verzocht dat verzoekster bewijs overlegt van het normale gebruik van het oudere merk overeenkomstig artikel 43, leden 2 en 3, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 42, leden 2 en 3, van verordening nr. 207/2009).

9 Bij brief van 30 augustus 2007 heeft het BHIM verzoekster gevraagd dit bewijs over te leggen binnen een termijn van twee maanden, of uiterlijk op 31 oktober 2007.

10 Op 31 oktober 2007 heeft verzoekster het BHIM een brief per telefax toegezonden, met onder meer een lijst van documenten die het normale gebruik van het oudere merk zouden bewijzen. Die documenten waren evenwel niet bij dit faxbericht gevoegd.

11 Op 9 november 2007 heeft het BHIM het origineel van deze brief per post ontvangen, alsmede de 202 pagina's documenten waarnaar daarin werd verwezen.

12 Bij brief van 23 november 2007 heeft de oppositieafdeling verzoekster erop gewezen dat de documenten die haar op deze wijze op 9 november 2007 waren meegedeeld, niet in overweging zouden worden genomen omdat zij niet binnen de termijn waren neergelegd.

13 Bij brief van 20 december 2007 heeft verzoekster het BHIM meegedeeld dat het in geval van een onvolledige toezending de afzender hiervan moest verwittigen en hem moest verzoeken de documenten opnieuw door te sturen. Zij heeft dus aangegeven dat zij een dergelijk verzoek verwachtte, terwijl zij stelde dat de mededeling per telefax van 31 oktober 2007 „klaarblijkelijk onvolledig" was.

14 Bij brief van 19 maart 2008 heeft verzoekster bij het BHIM erop aangedrongen dat het bewijs van het gebruik van het oudere merk in overweging werd genomen, met name op grond van regel 80, 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).

15 Bij beslissing van 16 april 2008 heeft de oppositieafdeling de oppositie afgewezen op grond dat verzoekster het bewijs van het normale gebruik van het oudere merk niet binnen de gestelde termijn had geleverd.

16 Op 16 juni 2008 heeft verzoekster bij het BHIM tegen de beslissing van de oppositieafdeling beroep ingesteld krachtens de artikelen 57 tot en met 62 van verordening nr. 40/94 (thans de artikelen 58-64 van verordening nr. 207/2009). Zij verweet de oppositieafdeling in haar beslissing de aanvrager van het gemeenschapsmerk onjuist te hebben geïdentificeerd en bovendien stelde zij schending van regel 80, lid 2, van verordening nr. 2868/95 en van het gelijkheidsbeginsel.

17 Bij beslissing van 27 november 2008 (hierna: „bestreden beslissing") heeft de vierde kamer van beroep van het BHIM dit beroep verworpen. In punt 15 van haar beslissing heeft de kamer van beroep met name opgemerkt dat het geen verschil uitmaakte of in de beslissing van de oppositieafdeling „DADA & CO. MEN SRL" in plaats van „DADA & CO. KIDS SRL" als zijnde de aanvrager van het gemeenschapsmerk werd vermeld. Het ging om een doodgewone schrijffout en deze beslissing is overeenkomstig regel 77 van verordening nr. 2868/95 rechtsgeldig betekend aan de vertegenwoordigers van verzoekster en van de aanvrager van het gemeenschapsmerk. In punt 21 van deze beslissing heeft zij er ook op gewezen dat het BHIM in casu slechts toepassing had gemaakt van regel 22 van verordening nr. 2868/95 en, in de punten 23 tot en met 25, dat de praktijk van het BHIM geen discriminatie opleverde aangezien die in overeenstemming was met de wetsbepalingen en er andere rechtsmiddelen bestonden. Ten slotte heeft zij in punt 26 van de bestreden beslissing geoordeeld dat de mededeling per telefax niet onvolledig was in de zin van regel 80, lid 2, van verordening nr. 2868/95 aangezien verzoekster op 31 oktober 2007 niet de bedoeling had en geen poging had ondernomen om de in haar brief vermelde 202 pagina's met het bewijs van het gebruik van het oudere merk te versturen.

Conclusies van de partijen

18 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beslissing alsmede de beslissing van de oppositieafdeling te vernietigen;

— het BHIM te verwijzen in de kosten.

19 Het BHIM concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

20 Ter ondersteuning van haar beroep tot vernietiging van de bestreden beslissing voert verzoekster in wezen drie middelen aan. Het eerste middel betreft niet-naleving van de „wezenlijke vormvoorschriften", schending van artikel 77 bis, lid 1, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 80, lid 1, van verordening nr. 207/2009), van regel 50, lid 2, van verordening nr. 2868/95 en van het beginsel van de rechtsstaat. Het tweede

middel betreft schending van regel 80, lid 2, van verordening nr. 2868/95. Als derde middel stelt verzoekster schending van het gelijkheidsbeginsel en van het beginsel van eerlijke mededinging, zoals vastgelegd in de artikelen 2 EG en 3 EG, en van artikel 43 van verordening nr. 40/94.

Eerste middel: niet-naleving van de „wezenlijke vormvoorschriften", schending van artikel 77 bis, lid 1, van verordening nr. 40/94, van regel 50, lid 2, van verordening nr. 2868/95 en van het beginsel van de rechtsstaat

Argumenten van de partijen

21 Verzoekster verwijt de kamer van beroep de beslissing van de oppositieafdeling niet te hebben vernietigd hoewel daarin verkeerdelijk een derde, namelijk Dada & Co. Men Srl, houder van een ander gemeenschapsmerk, werd vermeld als zijnde de aanvrager van het gemeenschapsmerk.

22 Doordat deze beslissing niet is vernietigd, bestaan er thans twee beslissingen in het voordeel van twee afzonderlijke personen, met elk een uitvoerbare titel jegens verzoekster wat de kosten betreft, naast elkaar, te weten de beslissing van de oppositieafdeling en de bestreden beslissing.

23 Het BHIM betwist verzoeksters betoog.

Beoordeling door het Gerecht

24 Overeenkomstig regel 50, lid 2, van verordening nr. 2868/95, zoals van toepassing ten tijde van de feiten van het geding, behelst de beslissing van de kamer van beroep onder meer de namen van de partijen en van hun vertegenwoordigers.

25 In casu kan verzoekster zich kennelijk niet op goede grond beroepen op schending van deze bepaling, aangezien de kamer van beroep de namen van de partijen en van hun vertegenwoordigers correct heeft vermeld.

26 Trouwens, ingevolge artikel 77 bis, lid 1, van verordening nr. 40/94 ziet het BHIM, indien het een inschrijving in het register heeft gedaan of een beslissing heeft genomen waarbij het een kennelijke procedurefout heeft gemaakt, toe op doorhaling van deze inschrijving of herroeping van de beslissing.

27 Overeenkomstig artikel 77 bis, lid 3, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 80, lid 3, van verordening nr. 207/2009) laat dit artikel het recht van de partijen om beroep in te stellen uit hoofde van de artikelen 57 en 63 (thans de artikelen 58 en 65 van verordening nr. 207/2009) onverlet, evenals de mogelijkheid om op de wijze en onder de voorwaarden zoals vastgesteld in verordening nr. 2868/95 taal- en schrijffouten te corrigeren en kennelijke vergissingen in de beslissingen van het BHIM recht te zetten.

28 Ingevolge regel 53 van verordening nr. 2868/95 zorgt het BHIM, indien het 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, ervoor dat de fout of vergissing door de verantwoordelijke dienst of afdeling wordt rechtgezet.

29 In casu blijkt uit het dossier van het BHIM dat de oppositieafdeling in haar beslissing de firmanaam van de aanvrager van het gemeenschapsmerk onjuist heeft vermeld als zijnde „DADA & CO. MEN SRL". In deze beslissing zijn het adres en de wettelijke vertegenwoordiger van de aanvrager, alsmede het refertenummer van de zaak daarentegen wel juist vermeld. In de kennisgeving van deze beslissing is de aanvrager van het gemeenschapsmerk trouwens juist vermeld en deze kennisgeving werd gedaan aan de door hem naar behoren aangeduide wettelijke vertegenwoordiger. Van het beroep dat verzoekster tegen de beslissing van de oppositieafdeling heeft ingesteld, werd door het BHIM eveneens aan deze wettelijke vertegenwoordiger kennisgeving gedaan.

30 Daaruit volgt dat, anders dan het BHIM aanvoert, de gestelde fout in de beslissing van de oppositieafdeling zelf is gemaakt, en niet in de kennisgeving ervan, zodat de rechtspraak volgens welke onregelmatigheden in de wijze van kennisgeving van een beslissing deze beslissing overigens niet zelf raken en deze dus niet ongeldig kunnen maken, hier niet relevant is [arrest Hof van 14 juli 1972, Imperial Chemical Industries/Commissie, 48/69, Jurispr. blz. 619, punt 39; arresten Gerecht van 28 mei 1998, W/Commissie, T-78/96 en T-170/96, JurAmbt. blz. I-A-239 en II-745, punt 183, en 2 juli 2002, SAT.1/BHIM (SAT.2), T-323/00, Jurispr. blz. II-2839, punt 12].

31 Toch heeft de door de oppositieafdeling bij de identificatie gemaakte fout geen procedurele gevolgen en kan zij niet als een procedurefout in de zin van artikel 77 bis, lid 1, van verordening nr. 40/94 worden aangemerkt. Bijgevolg is deze bepaling niet van toepassing op de omstandigheden van het onderhavige geding.

32 Uit de voorgaande overwegingen, inzonderheid in punt 29 supra, volgt veeleer dat de identificatiefout van de oppositieafdeling moet worden aangemerkt als een schrijffout of een kennelijke vergissing in de zin van artikel 77 bis, lid 3, van verordening nr. 40/94 en regel 53 van verordening nr. 2868/95. Een dergelijke fout kon overeenkomstig deze bepalingen dus ambtshalve of op verzoek van een belanghebbende door

de verantwoordelijke dienst of afdeling van het BHIM worden rechtgezet zonder dat het BHIM de betrokken beslissing behoefde te vernietigen of in te trekken.

33 Uit artikel 62, lid 1, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 64, lid 1, van verordening nr. 207/2009) volgt dat de kamer van beroep, wanneer zij over het beroep beslist, met name de bevoegdheden kan uitoefenen van de instantie die de bestreden beslissing heeft genomen.

34 De kamer van beroep heeft dus geen blijk van een onjuiste opvatting gegeven en de in dit middel aangevoerde bepalingen niet geschonden door in het kader van de uitoefening van de bevoegdheden van de oppositieafdeling de schrijffout of de kennelijke vergissing van de oppositieafdeling vast te stellen en op rechtzetting ervan toe te zien overeenkomstig artikel 77 bis, lid 3, van verordening nr. 40/94 en regel 53 van verordening nr. 2868/95. De vaststelling en de rechtzetting van deze fout of deze vergissing, in punt 9 respectievelijk punt 15 van de bestreden beslissing, impliceerden overigens niet dat de beslissing van de oppositieafdeling werd vernietigd of ingetrokken.

35 Verzoeksters argument dat in punt 22 supra is samengevat, heeft het BHIM terecht weerlegd met de opmerking dat verzoekster geen schade ondervindt door het bestaan van twee beslissingen die jegens haar een titel vormen. De bestreden beslissing is immers in de plaats van de beslissing van de oppositieafdeling gekomen wat de verwijzing in de kosten betreft, zoals blijkt uit punt 3 van het dictum en overeenkomstig de in punt 32 van de motivering aangehaalde bepalingen. De vennootschap Dada & Co. Men Srl, verkeerdelijk vermeld in de beslissing van de oppositieafdeling, kan derhalve geen titel jegens verzoekster doen gelden.

36 Voor het overige heeft verzoekster geen andere middelen of argumenten aangevoerd in verband met de niet-naleving van de „wezenlijke vormvoorschriften" en de schending van het beginsel van de rechtsstaat. Bijgevolg is er geen bewijs voor haar betoog dat de „wezenlijke vormvoorschriften" niet zijn nageleefd en het beginsel van de rechtstaat is geschonden.

37 Uit al het voorgaande volgt dat het eerste middel ongegrond moet worden verklaard.

Tweede middel: schending van regel 80, lid 2, van verordening nr. 2868/95

Argumenten van de partijen

38 Verzoekster stelt dat een mededeling per telefax die begint met de woorden „wij wensen de volgende bewijsstukken over te leggen" maar geen enkel bewijsstuk bevat, kennelijk onvolledig is in de zin van regel 80, lid 2, van verordening nr. 2868/95. Volgens haar was het BHIM overeenkomstig deze bepaling derhalve ertoe gehouden haar hiervan in kennis te stellen en haar te verzoeken haar mededeling opnieuw toe te zenden.

39 De verklaring van de kamer van beroep dat verzoekster nooit de bedoeling heeft gehad een volledige mededeling per telefax toe te zenden, is niets meer dan speculatie omtrent haar bedoelingen. Verzoekster heeft ter ondersteuning van haar beroep enkel verklaard dat een faxverzending van meer dan 200 bladzijden niet mogelijk is zonder storingen.

40 De verklaring van de kamer van beroep die is gebaseerd op het briefhoofd van de telefax van 31 oktober 2007, is eveneens speculatief en ongegrond.

41 Het BHIM betwist verzoeksters betoog.

Beoordeling door het Gerecht

42 Artikel 80, lid 2, van verordening nr. 2868/95 bepaalt:

„Indien een op het faxapparaat ontvangen mededeling onvolledig of onleesbaar is, of indien het [BHIM] redenen heeft om aan de nauwkeurigheid van de faxverzending te twijfelen, stelt het [BHIM] de afzender daarvan in kennis en verzoekt het hem, binnen een door het [BHIM] te stellen termijn, het origineel opnieuw per telefax of op de in regel 79, sub a, beschreven wijze te doen toekomen. Indien binnen de gestelde termijn aan dit verzoek wordt voldaan, wordt de datum van ontvangst van de herhaalde telefax of van het origineel beschouwd als de datum van ontvangst van de originele mededeling [...]. Indien binnen de gestelde termijn niet aan het verzoek wordt voldaan, wordt de mededeling als niet-ontvangen beschouwd."

43 Deze bepaling strekt ertoe de afzender van een mededeling die per telefax aan het BHIM is toegezonden, de mogelijkheid te bieden zijn documenten nogmaals door te sturen of het BHIM de originelen toe te zenden na het verstrijken van de oppositietermijn wanneer een van de in deze regel bedoelde situaties zich voordoet, opdat hij de uit deze situaties ontstane onregelmatigheden kan rechtzetten [arrest Gerecht van 15 mei 2007, Black & Decker/BHIM — Atlas Copco (Driedimensionale afbeelding

van zwart-geel elektrisch gereedschap e.a.), T-239/05, T-240/05, T-245/05–T-247/05, T-255/05 en T-274/05–T-280/05, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 60].

44 Zoals het BHIM terecht opmerkt, ziet deze bepaling dus op gevallen waarin een objectieve factor die verband houdt met bijzondere of abnormale technische omstandigheden die zich buiten de wil van de betrokkene voordoen, hem beletten de documenten op een correcte wijze per telefax mee te delen.

45 Regel 80, lid 2, van verordening nr. 2868/95 ziet echter niet op de gevallen waarin de onvolledigheid of de onleesbaarheid van de mededeling per telefax uitsluitend het gevolg is van de wil van de afzender, die welbewust ervoor kiest geen volledige en leesbare mededeling toe te zenden hoewel hij daartoe technisch gezien in staat is.

46 Voorts volgt daaruit dat, zoals wordt bevestigd door het gebruik van het bijwoord „opnieuw", regel 80, lid 2, van verordening nr. 2868/95 ervan uitgaat dat de documenten die onvolledig of onleesbaar per telefax zijn ontvangen, en de documenten die op verzoek van het BHIM naderhand in origineel of per telefax worden toegezonden, in principe dezelfde zijn, en zich dus ertegen verzet dat alsnog een correctie of wijziging wordt aangebracht of nieuwe elementen worden toegevoegd. Elke andere uitlegging zou de partijen in een procedure voor het BHIM de mogelijkheid bieden de hun opgelegde termijnen te omzeilen, hetgeen kennelijk niet de met regel 80, lid 2, van verordening nr. 2868/95 nagestreefde doelstelling is.

47 Overeenkomstig deze beginselen dient te worden nagegaan of de op 31 oktober 2007 op het faxapparaat ontvangen mededeling in casu moet worden beschouwd als onvolledig in de zin van regel 80, lid 2, van verordening nr. 2868/95.

48 Van meet af aan kan niet worden ingestemd met verzoeksters argument dat een mededeling per telefax die begint met de woorden „wij wensen de volgende bewijsstukken over te leggen" maar geen enkel bewijsstuk bevat, kennelijk onvolledig is in de zin van regel 80, lid 2, van verordening nr. 2868/95. Een dergelijke mededeling kan overeenkomstig de in de punten 44 en 45 supra uiteengezette beginselen slechts als onvolledig worden beschouwd wanneer de afzender daadwerkelijk de bedoeling heeft gehad en ook heeft geprobeerd de betrokken bewijsstukken per telefax toe te zenden. Wanneer de afzender daarentegen enkel de bedoeling had een brief met een opsomming van alle bewijsstukken waarop hij zich wou beroepen, per telefax mee te delen en vervolgens deze bewijsstukken als bijlage bij het origineel van deze brief per post heeft verstuurd, kan hij zich overeenkomstig het in punt 46 supra uiteengezette beginsel niet met succes beroepen op regel 80, lid 2, van verordening nr. 2868/95.

49 In casu blijkt uit het dossier van het BHIM dat de brief die per telefax werd meegedeeld op de laatste dag van de door de oppositieafdeling gestelde termijn, zijnde 31 oktober 2007, vijf bladzijden telde, een volledig, coherent en door de opsteller ervan naar behoren ondertekend document bleek te zijn en geen verwijzing naar een bijlage of bijgevoegd document bevatte. Uit het dossier blijkt tevens dat elk van de vijf bladzijden van deze aan het BHIM per telefax toegezonden brief, na ontvangst ervan door het BHIM, de vermelding „Seite: [cijfer van 001 tot 005] von 005" bevatte.

50 Bovendien heeft verzoekster voor de oppositieafdeling en vervolgens voor de kamer van beroep niet formeel betwist dat zij enkel deze brief per telefax heeft verstuurd op 31 oktober 2007 en dat de bewijsstukken van het normale gebruik, die samen met het origineel van deze brief per post zijn verstuurd, op 9 november 2007 bij het BHIM zijn ingekomen, zijnde negen dagen na het verstrijken van de gestelde termijn. Verzoekster heeft zelfs niet beweerd dat zij ook zou hebben geprobeerd deze bewijsstukken per telefax toe te zenden en zij heeft evenmin uitleg gegeven over de juiste omstandigheden waarin de mededeling per telefax op 31 oktober 2007 is toegezonden. Zij heeft alleen verklaard dat een faxverzending van meer dan 200 bladzijden

niet mogelijk is zonder storingen. Verzoekster heeft evenmin het telefaxtransmissierapport van 31 oktober 2007 overgelegd, of enig ander rapport of overzicht waarmee eventueel kan worden aangetoond dat op 31 oktober 2007 wel degelijk een — vergeefse — poging is ondernomen om de bewijsstukken per telefax mee te delen.

51 Gelet op deze voldoende nauwkeurige en onderling overeenstemmende aanwijzingen en het ontbreken van een aannemelijke andersluidende toelichting van verzoekster, kon de kamer van beroep niet alleen terecht concluderen dat enkel de brief van vijf bladzijden per telefax was toegezonden en dat de 202 overige bladzijden later, op een onbepaalde datum, enkel per post waren toegezonden, maar ook dat het nooit verzoeksters bedoeling was geweest om deze 202 bladzijden per telefax mee te delen.

52 Gelet op diezelfde aanwijzingen kan verzoekster voor het Gerecht niet alleen maar verklaren dat deze conclusie van de kamer van beroep niets meer is dan speculatie omtrent haar bedoelingen. Om het Gerecht in staat te stellen tot een bepaalde overtuiging te geraken moet verzoekster een verklaring of een rechtvaardiging aanreiken op basis waarvan het gestelde feit waarschijnlijk blijkt te zijn (zie in die zin arrest Hof van 7 januari 2004, Aalborg Portland e.a./Commissie, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, Jurispr. blz. I-123, punt 79).

53 De conclusie luidt aldus dat verzoekster niet kan aantonen dat zij op 31 oktober 2007 heeft geprobeerd de bewijsstukken betreffende het normale gebruik van het oudere merk per telefax mee te delen.

54 De mededeling die het BHIM op 31 oktober 2007 op het faxapparaat heeft ontvangen, kan bijgevolg niet worden beschouwd als onvolledig in de zin van regel 80, lid 2, van verordening nr. 2868/95 zodat deze bepaling in geen geval van toepassing is op de omstandigheden van het onderhavige geval.

55 Derhalve moet het tweede middel worden afgewezen.

Derde middel: schending van het gelijkheidsbeginsel en van het beginsel van eerlijke mededinging, zoals vastgelegd in de artikelen 2 EG en 3 EG, en van artikel 43 van verordening nr. 40/94

Argumenten van de partijen

56 Verzoekster stelt dat de praktijk van het BHIM een met het Verdrag strijdige discriminatie oplevert ten aanzien van personen die in „verafgelegen gebieden van Europa" gevestigd zijn doordat zij duidelijk over minder tijd beschikken dan in Spanje gevestigde personen om hun mededelingen binnen de door het BHIM opgelegde gebruikelijke termijn van twee maanden toe te zenden. Om zeker te zijn dat een brief op tijd wordt ontvangen en zo niet voor herstel in de vorige toestand in aanmerking komt, moet een persoon die niet in de nabijheid van de zetel van het BHIM woont, de brief immers ongeveer twee weken vóór het verstrijken van de termijn versturen, terwijl inwoners van Spanje over de volledige termijn beschikken. Bovendien kan deze praktijk de betrokkenen ertoe aanzetten zich in de nabijheid van de zetel van het BHIM te vestigen of een beroep op nabijgelegen advocatenkantoren te doen, hetgeen een belemmering van de vrijheid van ondernemen vormt.

57 Het argument van het BHIM dat eenieder vrij is om zijn mededelingen per telefax te versturen, is onjuist. Bepaalde documenten, met name die in kleur, kunnen niet per telefax worden meegedeeld. Bovendien zijn, zoals in casu, bepaalde documenten te omvangrijk om zonder storingen per telefax te worden toegezonden.

58 Verzoekster benadrukt dat er voor de praktijk van het BHIM een aantal alternatieven op basis van objectieve en niet-discriminatoire criteria bestaan. Zo zou het BHIM, zoals het Gerecht, mededelingen per e-mail kunnen toestaan of wel degelijk rekening houden met de datum van verzending van de telefax en bewijsstukken betreffende het normale gebruik aanvaarden wanneer zij binnen de gestelde termijn zijn verstuurd doch na het verstrijken ervan zijn ontvangen.

59 Op het argument van de kamer van beroep dat verzoekster over rechtsmiddelen beschikte waarvan zij geen gebruik heeft gemaakt, stelt verzoekster ten eerste dat een verzoek tot verlenging van de termijn op grond van artikel 71, lid 1, van verordening nr. 2868/95 volgens de praktijk van het BHIM niet noodzakelijk ontvankelijk zou zijn geweest. Ten tweede zou voortzetting van de procedure tegen betaling van een taks op grond van artikel 78 bis van verordening nr. 40/94 (thans artikel 82 van verordening nr. 207/2009) onmogelijk zijn geweest, omdat dit artikel niet geldt voor de termijn van artikel 43 van deze verordening. Ten slotte wordt het herstel in de vorige toestand op grond van artikel 78 van verordening nr. 40/94 (thans artikel 81 van verordening nr. 207/2009) slechts in een zeer beperkt aantal gevallen toegekend en kan het dus geen valabel alternatief zijn. Bovendien is er geen reden waarom een verzoekende partij aan haar rechten zou verzaken en een bijkomende taks zou betalen wegens een „discriminatoire praktijk" van het BHIM.

60 Ten slotte betoogt verzoekster dat regel 22, lid 2, van verordening nr. 2868/95 bepaalt dat een opposant het bewijs van het gebruik moet leveren vóór het verstrijken van de gestelde termijn, maar niet dat deze bewijsstukken vóór deze datum bij het BHIM moeten inkomen. Zij benadrukt dat deze regel moet worden uitgelegd op basis van

de algemene rechtsbeginselen, met name het gelijkheidsbeginsel, en met deze beginselen in overeenstemming moet zijn.

61 Het BHIM betwist verzoeksters betoog.

Beoordeling door het Gerecht

62 Regel 22, lid 2, van verordening nr. 2868/95 bepaalt:

„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."

63 Uit de bewoordingen van deze bepaling volgt dat de daarin voorziene termijn een vervaltermijn is, zodat het BHIM geen rekening mag houden met enig te laat overgelegd bewijs [zie arrest Gerecht van 23 oktober 2002, Institut für Lernsysteme/BHIM — Educational Services (ELS), T-388/00, Jurispr. blz. II-4301, punt 28].

64 Net als klacht- en beroepstermijnen is deze termijn van openbare orde en kan er niet naar believen over worden beschikt door de partijen en door de rechter, die, zelfs ambtshalve, moet nagaan of deze termijn in acht is genomen. Deze termijn beantwoordt aan het vereiste van rechtszekerheid en de noodzaak om elke discriminatie of willekeurige behandeling bij de rechtsbedeling te vermijden (zie naar analogie

arresten Hof van 7 juli 1971, Müllers/ESC, 79/70, Jurispr. blz. 689, punt 18; 4 februari 1987, Cladakis/Commissie, 276/85, Jurispr. blz. 495, punt 11, en 29 juni 2000, Politi/Europese Stichting voor opleiding, C-154/99 P, Jurispr. blz. I-5019, punt 15).

65 Om na te gaan of deze termijn in acht is genomen, is het Gerecht, zoals het BHIM, van oordeel dat regel 22, lid 2, van verordening nr. 2868/95 aldus moet worden uitgelegd dat het bewijs is „geleverd" niet wanneer het bewijs aan het BHIM wordt toegezonden, maar wanneer het bewijs bij het BHIM inkomt.

66 Ten eerste vindt deze uitlegging immers letterlijk steun in het gebruik van de twee werkwoorden „leveren" en „overleggen" van het bewijs aan het BHIM in regel 22, lid 2, van verordening nr. 2868/95. Beide werkwoorden geven uitdrukking aan de idee dat het bewijs wordt verplaatst of overgebracht naar de plaats van vestiging van het BHIM, waarbij de nadruk komt te liggen op het resultaat en niet op het ontstaan van deze actie.

67 Ten tweede is deze uitlegging, hoewel verordening nr. 40/94 noch verordening nr. 2868/95 een bepaling bevat die gelijkwaardig is aan artikel 43, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht, dat bepaalt dat voor de berekening van de procestermijnen slechts de dag van neerlegging ter griffie geldt, in overeenstemming met de algemene opzet van deze twee verordeningen, waarvan talrijke specifieke bepalingen voorschrijven dat voor de procestermijnen de aan een akte toe te kennen datum de datum van ontvangst is, en niet de datum van verzending. In regel 70, lid 2, van verordening nr. 2868/95, bijvoorbeeld, wordt bepaald dat ingeval kennisgeving van een procedurele handeling de termijn doet ingaan, de „ontvangst" van het document waarvan kennisgeving is gedaan, de termijn doet ingaan. Hetzelfde geldt voor regel 72 van verordening nr. 2868/95, die bepaalt dat indien een termijn verstrijkt op een dag waarop het niet mogelijk is bij het BHIM documenten „neer te leggen", de termijn wordt verlengd tot de eerstvolgende dag waarop de documenten kunnen worden „neergelegd", en voor regel 80, lid 2, van verordening nr. 2868/95, die bepaalt dat de datum van „ontvangst" van de herhaalde telefax of van het origineel

van een document wordt beschouwd als de datum van „ontvangst" van de originele mededeling wanneer die niet naar behoren is gebeurd.

68 Ten derde merkt het BHIM terecht op dat in vaste rechtspraak voor een soortgelijke oplossing is gekozen in het communautaire ambtenarenrecht, waarbij artikel 90, lid 2, van het Statuut van de ambtenaren van de Europese Gemeenschappen aldus wordt uitgelegd dat een klacht niet wordt „ingediend" wanneer hij wordt gepost, maar wanneer hij ter bestemming „aankomt" (arrest Hof van 26 november 1981, Michel/Parlement, 195/80, Jurispr. blz. 2861, punten 8 en 13; arrest Gerecht van 25 september 1991, Lacroix/Commissie, T-54/90, Jurispr. blz. II-749, punten 28 en 29; beschikking Ambtenarengerecht van 15 mei 2006, Schmit/Commissie, F-3/05, JurAmbt. blz. I-A-1-9 en II-A-1-33, punt 28).

69 Ten vierde kan met deze uitlegging het best worden tegemoetgekomen aan het vereiste van rechtszekerheid. Deze uitlegging waarborgt immers dat het tijdstip waarop de in regel 22, lid 2, van verordening nr. 2868/95 bedoelde termijn ingaat en verstrijkt, duidelijk wordt vastgesteld en strikt wordt nageleefd.

70 Ten vijfde wordt met deze uitlegging, anders dan verzoekster stelt, ook tegemoetgekomen aan de noodzaak om elke discriminatie of willekeurige behandeling bij de rechtsbedeling te voorkomen doordat de termijnen voor alle partijen, ongeacht hun woon- of vestigingsplaats of hun nationaliteit op dezelfde wijze kunnen worden berekend.

71 Volgens vaste rechtspraak vereist het beginsel van gelijke behandeling of non-discriminatie dat, behoudens objectieve rechtvaardiging, vergelijkbare situaties niet

verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld (arrest Hof van 17 juli 2008, Campoli/Commissie, C-71/07 P, Jurispr. blz. I-5887, punt 50).

72 In casu is het weliswaar mogelijk, zoals het BHIM toegeeft, dat partijen die op grote afstand van Alicante (Spanje) wonen of gevestigd zijn, worden benadeeld vergeleken met anderen die in de nabijheid van deze stad wonen of gevestigd zijn wanneer zij mededelingen per post aan het BHIM toezenden.

73 Op basis van het feit alleen dat de voor de postbestelling van een brief noodzakelijke tijd verschilt naargelang van het land van verzending, kan echter niet worden geoordeeld dat doordat rekening wordt gehouden met de datum van ontvangst van de op grond van regel 22, lid 2, van verordening nr. 2868/95 overgelegde bewijsstukken, een discriminatie tussen de betrokkenen ontstaat naargelang van het land waar zij zich bevinden op het tijdstip van verzending van deze bewijsstukken (zie in die zin en naar analogie arrest Gerecht van 18 december 2008, Lofaro/Commissie, T-293/07 P, JurAmbt. blz. I-B-1-85 en II-B-1-531, punt 49).

74 In de eerste plaats bedragen de door het BHIM gestelde termijnen, overeenkomstig punt 1.2 van de in november 2005 goedgekeurde richtsnoeren betreffende de procedures voor het BHIM, immers in de regel twee maanden. Voor de overlegging van het bewijs van het normale gebruik van het oudere merk is deze termijn doorgaans ruim voldoende om een opposant die blijk geeft van de van een normaal oplettende persoon vereiste voortvarendheid, waar hij zich ook op het grondgebied van de Unie bevindt, in staat te stellen zijn bewijselementen bijeen te brengen en mee te delen, temeer daar de betrokkene moet verwachten dat de wederpartij overeenkomstig artikel 43, leden 2 en 3, van verordening nr. 40/94 hem om deze mededeling verzoekt.

75 In de tweede plaats wordt de omstandigheid dat de voor postbestelling van een brief te Alicante noodzakelijke tijd verschilt naargelang van het land van verzending, tot op

zekere hoogte gecompenseerd door de mogelijkheid voor elke betrokkene, wanneer omstandigheden dat rechtvaardigen, om overeenkomstig regel 71, lid 1, van verordening nr. 2868/95 om een verlenging van de termijn te verzoeken. Bovendien bepaalt regel 72, lid 4, van deze verordening dat indien de communicatie tussen de partijen bij de procedure en het BHIM door buitengewone omstandigheden zoals een natuurramp of een staking wordt onderbroken of verstoord, de voorzitter van het BHIM kan bepalen dat voor de partijen bij de procedure die hun woonplaats of zetel in de betrokken lidstaat hebben of die een vertegenwoordiger hebben aangewezen die in die lidstaat zijn kantoor heeft, alle termijnen die anders op of na de datum van intreding van een dergelijk door hem vast te stellen voorval zouden verstrijken, worden verlengd tot een door hem vast te stellen datum.

76 In de derde plaats wordt de gestelde discriminatie in elk geval ongedaan gemaakt door de mogelijkheid die eenieder heeft om met het BHIM per telefax te communiceren overeenkomstig regel 80 van verordening nr. 2868/95. Doordat deze wijze van verzending onmiddellijk is, kan dit, doordat rekening wordt gehouden met de datum van ontvangst van de bewijsstukken, niet in het nadeel zijn van bepaalde personen, naargelang van de plaats waar zij zich bevinden op het tijdstip van mededeling van deze bewijsstukken (zie in die zin en naar analogie arrest Lofaro/Commissie, reeds aangehaald, punt 50).

77 Verzoekster kan niet alleen maar stellen dat omvangrijke mededelingen niet zonder storing per telefax kunnen worden verzonden. Deze stelling steunt niet alleen op losse gronden maar wordt bovendien in de feiten weerlegd door de gegevens die het BHIM heeft aangedragen, met name in de zaak die heeft geleid tot het arrest van het Gerecht van 25 maart 2009, Anheuser-Busch/BHIM — Budějovický Budvar (BUDWEISER) (T-191/07, Jurispr. blz. II-691).

78 Bovendien is de mogelijkheid van een storing tijdens de mededeling per telefax, met als gevolg dat de ontvangst op het telefaxapparaat onvolledig of onleesbaar is, precies

in regel 80, lid 2, van verordening nr. 2868/95 aan de orde, waardoor het slachtoffer van deze storing een nieuwe termijn kan krijgen. In het arrest Driedimensionale afbeelding van zwart-geel elektrisch gereedschap e.a., reeds aangehaald, heeft het Gerecht voorts geoordeeld dat ook mededelingen per telefax van documenten in kleur binnen de werkingssfeer van deze bepaling vallen.

79 Bijgevolg kan verzoekster niet op goede grond stellen dat de kamer van beroep het beginsel van gelijke behandeling heeft geschonden door zich te baseren op de datum van ontvangst van haar mededeling teneinde na te gaan of de overeenkomstig regel 22, lid 2, van verordening nr. 2868/95 gestelde termijn in acht is genomen.

80 Aangezien de gestelde schending van het beginsel van eerlijke mededinging is gebaseerd op de veronderstelling dat het beginsel van gelijke behandeling is geschonden, is zij evenmin aangetoond.

81 Voor het overige heeft verzoekster geen andere middelen of argumenten in verband met de gestelde schending van artikel 43 van verordening nr. 40/94 aangevoerd. Ook deze schending is bijgevolg niet aangetoond.

82 Uit al het voorgaande volgt dat het derde middel moet worden afgewezen en dat het beroep dus in zijn geheel dient te worden verworpen, zonder dat uitspraak behoeft te worden gedaan over de ontvankelijkheid van de conclusie in het verzoekschrift tot vernietiging van de beslissing van de oppositieafdeling.

Kosten

83 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd.

84 Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van het BHIM te worden verwezen in de kosten.

HET GERECHT (Tweede kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) Het beroep wordt verworpen.

2) Ifemy's Holding GmbH wordt verwezen in de kosten.

Forwood Schwarcz Popescu

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 15 maart 2011.

ondertekeningen