

ARREST VAN HET GERECHT (Vierde kamer)

18 oktober 2011 \*

In zaak T-53/10,

**Peter Reisenthel**, wonende te Gilching (Duitsland), vertegenwoordigd door E. A. Busse, advocaat,

verzoeker,

tegen

**Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM)**, aanvankelijk vertegenwoordigd door S. Schöffner, vervolgens door R. Manea en G. Schneider als gemachtigden,

verweerder,

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

**Dynamic Promotion Co. Ltd**, gevestigd te Bangkok (Thailand),

\* Procestaal: Duits.

betreffende een beroep dat is ingesteld tegen de beslissing van de derde kamer van beroep van het BHIM van 6 november 2009, zoals gecorrigeerd bij de beslissing van 10 december 2009 (zaak R 621/2009-3), en tegen de beslissing van de derde kamer van beroep van het BHIM van 22 maart 2010 (zaak R 621/2009-3), inzake een nietigheidsprocedure tussen Peter Reisenthel en Dynamic Promotion Co. Ltd,

wijst HET GERECHT (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: I. Pelikánová (rapporteur), president, K. Jürimäe en M. van der Woude, rechters,

griffier: C. Heeren, administrateur,

gezien het op 5 februari 2010 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 31 mei 2010 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord,

gezien de op 16 juli 2010 ter griffie van het Gerecht neergelegde repliek,

gezien het op 30 augustus 2010 door verzoeker ingediende verzoek om maatregelen van instructie,

gezien de wijziging van de samenstelling van de kamers van het Gerecht,

gezien de op 30 september 2010 ter griffie van het Gerecht neergelegde opmerkingen van het BHIM,

gezien de schriftelijke vraag van het Gerecht aan partijen,

na de terechtzitting op 6 april 2011,

het navolgende

## **Arrest**

### **Voorgeschiedenis van het geding**

- <sup>1</sup> De andere partij in de procedure voor de kamer van beroep van het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen), Dynamic Promotion Co. Ltd, is houdster van het gemeenschapsmodel dat onder het nummer 217955-0001 is ingeschreven (hierna: „bestreden model”).
- <sup>2</sup> Op 22 april 2008 heeft verzoeker, P. Reisenhel, via zijn vertegenwoordiger bij het BHIM een vordering tot nietigverklaring van het bestreden model ingediend krachtens artikel 25, lid 1, sub b, van verordening (EG) nr. 6/2002 van de Raad van 12 december 2001 betreffende gemeenschapsmodellen (PB 2002, L 3, blz. 1).

- 3 Bij beslissing van 20 mei 2009 (hierna: „beslissing van de nietigheidsafdeling”) heeft de nietigheidsafdeling van het BHIM de vordering tot nietigverklaring van het bestreden model afgewezen. De beslissing van de nietigheidsafdeling telt zes bladzijden. Het BHIM heeft deze de dag waarop zij is vastgesteld, per fax en per post verzonden aan de vertegenwoordiger van verzoeker, met een begeleidende brief van één bladzijde. Verzoeker heeft de kennisgeving per post ontvangen op 25 mei 2009.
- 4 Op 3 juni 2009 heeft verzoeker tegen de beslissing van de nietigheidsafdeling beroep ingesteld. De vertegenwoordiger van verzoeker heeft het BHIM de schriftelijke uiteenzetting van de gronden van het beroep toegezonden, eerst per post op 21 september 2009 en vervolgens per fax op 23 september 2009. Het BHIM heeft de fax op 23 september 2009 ontvangen en de postzending op 24 september 2009.
- 5 Op 13 oktober 2009 heeft de griffie van de kamers van beroep van het BHIM verzoeker ervan in kennis gesteld dat de in artikel 57 van verordening nr. 6/2002 gestelde termijn om de schriftelijke uiteenzetting van de gronden van het beroep in te dienen, op 21 september 2009 was verstreken. Bijgevolg kon verzoekers beroep volgens het BHIM niet-ontvankelijk zijn omdat de betrokken schriftelijke uiteenzetting was ontvangen op 23 september 2009, dus te laat. Verzoeker kon daarover tot uiterlijk 13 november 2009 zijn opmerkingen indienen.
- 6 In zijn opmerkingen van 14 oktober 2009 heeft verzoeker betoogd dat hij van de beslissing van de nietigheidsafdeling per post eerst op 25 mei 2009 was kennis gegeven, hetgeen wordt bevestigd door de stempel met datum van ontvangst die is aangebracht op het document dat naar het kantoor van de vertegenwoordiger van verzoeker is verzonden. Bijgevolg is de schriftelijke uiteenzetting van de gronden van het beroep tijdig ingediend.
- 7 Bij beslissing van 6 november 2009 (hierna: „beslissing van 6 november 2009”) heeft de derde kamer van beroep het beroep niet-ontvankelijk verklaard. Onder verwijzing naar het in het administratieve dossier opgenomen faxverzendrapport van de nietigheidsafdeling heeft zij geoordeeld dat op 20 mei 2009 wel degelijk per fax van de

beslissing van de nietigheidsafdeling was kennis gegeven aan de vertegenwoordiger van verzoeker. Zij heeft daaruit afgeleid dat de termijn voor indiening van de schriftelijke uiteenzetting van de gronden van het beroep was verstreken op 21 september 2009, zodat de op 23 september 2009 ontvangen schriftelijke uiteenzetting te laat was ingediend. In die context heeft de kamer van beroep voorts geoordeeld dat de stempel met datum van ontvangst geen bewijskracht had ter zake van het vraagstuk van de kennisgeving van de beslissing van de nietigheidsafdeling.

- 8 Op 12 november 2009 heeft verzoeker nieuwe opmerkingen bij het BHIM ingediend, vergezeld van het faxontvangstrapport van haar vertegenwoordiger voor het tijdvak van 18 tot en met 25 mei 2009. Volgens verzoeker bleek uit het rapport dat haar vertegenwoordiger niet op 20 mei 2009 per fax van de beslissing van de nietigheidsafdeling in kennis was gesteld.
  
- 9 Bij beslissing van 10 december 2009 (hierna: „beslissing van 10 december 2009”) heeft de derde kamer van beroep de beslissing van 6 november 2009 gecorrigeerd in de zin van artikel 39 van verordening (EG) nr. 2245/2002 van de Commissie van 21 oktober 2002 tot uitvoering van verordening nr. 6/2002 (PB L 341, blz. 28). Volgens de kamer van beroep diende rekening te worden gehouden met de opmerkingen van verzoeker van 12 november 2009, die vóór het verstrijken van de door het BHIM aan verzoeker verleende termijn waren ingediend. De kamer van beroep was echter van oordeel dat het door verzoeker verstrekte ontvangstrapport de door het BHIM aangevoerde gegevens over de kennisgeving van de beslissing van de nietigheidsafdeling per fax op 20 mei 2009 niet in twijfel kon trekken. In het bijzonder vermeldde dit ontvangstrapport een fax van zeven bladzijden die door de vertegenwoordiger van verzoeker was ontvangen op 20 mei 2009 om 12.35 uur. Volgens de kamer van beroep stemde dit document overeen met de beslissing van de nietigheidsafdeling, die met de begeleidende brief was verzonden. De kamer van beroep heeft dan ook beslist om het dispositief van de beslissing van 6 november 2009 te handhaven.
  
- 10 Op 23 december 2009 heeft verzoeker verzocht de beslissing van 6 november 2009 opnieuw te corrigeren en te erkennen dat de schriftelijke uiteenzetting van de gronden van het beroep tijdig was ingediend. In dit verband heeft verzoeker nieuwe gegevens

ingediend over het verloop van de arbeid en de behandeling van faxen in het kantoor van haar vertegenwoordiger en over de systematische vermelding van het nummer van de afzender op de faxen van het BHIM. Subsidiair heeft verzoeker om herstel in de vorige toestand verzocht krachtens artikel 67 van verordening nr. 6/2002.

- <sup>11</sup> Bij beslissing van 22 maart 2010 (hierna: „beslissing van 22 maart 2010”) heeft de derde kamer van beroep de op 23 december 2009 ingediende verzoeken van verzoeker afgewezen. Met betrekking tot het verzoek om correctie was zij van oordeel dat niet aan de voorwaarden van artikel 39 van verordening nr. 2245/2002 was voldaan.

### **Conclusies van partijen**

- <sup>12</sup> In zijn verzoekschrift concludeert verzoeker dat het het Gerecht behage:
- primair, de beslissing van 6 november 2009, zoals gecorrigeerd bij de beslissing van 10 december 2009, te corrigeren;
  
  - subsidiair, hem herstel in de vorige toestand te verlenen;
  
  - het BHIM te verwijzen in de kosten.

13 Bij brief van 7 april 2010 heeft verzoeker zijn vorderingen naar aanleiding van de beslissing van 22 maart 2010 aangepast en bovendien geconcludeerd dat het het Gerecht behage:

— de beslissing van 22 maart 2010 te vernietigen;

— vast te stellen dat de schriftelijke uiteenzetting van de gronden van het beroep tijdig bij de kamer van beroep was ingediend.

14 In repliek heeft verzoeker afstand gedaan van het verzoek om herstel in de vorige toestand en van de vordering dat wordt vastgesteld dat de schriftelijke uiteenzetting van de gronden van het beroep tijdig bij de kamer van beroep was ingediend. Bijgevolg concludeert hij thans dat het het Gerecht behage de beslissing van 6 november 2009, zoals gecorrigeerd bij de beslissing van 10 december 2009, te vernietigen, de beslissing van 22 maart 2010 te vernietigen en het BHIM te verwijzen in de kosten.

15 Het BHIM concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoeker te verwijzen in de kosten.

## In rechte

- 16 Verzoeker voert twee middelen aan. Het eerste betreft schending van het recht om te worden gehoord en het tweede een onjuiste beoordeling. Hij verzoekt het Gerecht ook om vaststelling van een maatregel van instructie.
- 17 Het BHIM betwist de gegrondheid van de middelen van verzoeker. Het betoogt bovendien dat de vordering tot vernietiging van de beslissing van 22 maart 2010 niet-ontvankelijk is en dat bepaalde bijlagen bij het verzoekschrift niet door het Gerecht in aanmerking kunnen worden genomen.
- 18 Het Hof is van oordeel dat naast de analyse van de middelen en argumenten van partijen ambtshalve dient te worden onderzocht of het BHIM bevoegd was om de beslissingen van 10 december 2009 en 22 maart 2010 vast te stellen.

### *Ontvankelijkheid van de vordering tot vernietiging van de beslissing van 22 maart 2010*

- 19 Het BHIM betoogt dat de vordering tot vernietiging van de beslissing van 22 maart 2010 niet-ontvankelijk is omdat deze het onderwerp van het geschil voor de kamer van beroep wijzigt. Die beslissing betrof immers twee verzoeken die verzoeker heeft ingediend na de vaststelling van de beslissing van 6 november 2009 en de beslissing van 10 december 2009.
- 20 Verzoeker is van mening dat hij het onderwerp van het geschil niet heeft gewijzigd door de vernietiging van de beslissing van 22 maart 2010 te vorderen, maar dit enkel heeft verruimd. Die verruiming is volgens de rechtspraak toegestaan om redenen van proceseconomie.



- 21 Om te beginnen dient in herinnering te worden gebracht dat de memories van de partijen volgens artikel 135, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht geen wijziging kunnen brengen in het onderwerp van het geschil voor de kamer van beroep.
- 22 In casu is de beslissing van 22 maart 2010 vastgesteld in antwoord op de brief van verzoeker van 23 december 2009. Daarin had deze verzocht om een tweede correctie van de beslissing van 6 november 2009 en subsidiair om herstel in de vorige toestand.
- 23 Die twee verzoeken zijn in de beslissing van 22 maart 2010 afzonderlijk onderzocht en vervolgens allebei afgewezen.
- 24 Blijkens de beslissing van 22 maart 2010 had het in de brief van 23 december 2009 door verzoeker ingediende verzoek om correctie betrekking op de vraag of verzoeker per fax van de beslissing van de nietigheidsafdeling was kennis gegeven op 20 mei 2009. Het had dan ook precies hetzelfde onderwerp als de beslissingen van 6 november en 10 december 2009. Voor zover de beslissing van 22 maart 2010 het verzoek om correctie betreft, is zij dan ook een verlenging van de vorige beslissingen van de kamer van beroep en wijzigt zij het onderwerp van het geschil voor de kamer van beroep dus niet.
- 25 Daarentegen heeft verzoeker het BHIM voor het eerst om herstel in de vorige toestand verzocht in zijn brief van 23 december 2009. Die vraag was dus niet het onderwerp van de beslissing van 6 november 2009 en van de beslissing van 10 december 2009. Voor zover de vordering tot vernietiging van de beslissing van 22 maart 2010 het herstel in de vorige toestand betreft, wijzigt zij dan ook het onderwerp van het geschil voor de kamer van beroep in de zin van artikel 135, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering.

- 26 In die omstandigheden dient de vordering tot vernietiging van de beslissing van 22 maart 2010 ontvankelijk te worden verklaard voor zover deze beslissing het verzoek om correctie betreft, en niet-ontvankelijk te worden verklaard voor zover deze beslissing op het verzoek om herstel in de vorige toestand betrekking heeft.

*Bevoegdheid van het BHIM om de beslissingen van 10 december 2009 en 22 maart 2010 vast te stellen*

- 27 Om te beginnen moet worden opgemerkt dat het onderzoek naar de bevoegdheid van de auteur van de handeling een vraagstuk van openbare orde is, dat als zodanig ambtshalve moeten worden onderzocht (zie in die zin arrest Gerecht van 27 februari 1992, BASF e.a./Commissie, T-79/89, T-84/89-T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 en T-104/89, Jurispr. blz. II-315, punt 31).

- 28 In casu dient de bevoegdheid van de kamer van beroep van het BHIM om de beslissingen van 10 december 2009 en 22 maart 2010 op grond van artikel 39 van verordening nr. 2245/2002 vast te stellen, te worden onderzocht.

- 29 Artikel 39 van verordening nr. 2245/2002 luidt:

„In beslissingen van het [BHIM] mogen alleen taal- en schrijffouten en andere kennelijke vergissingen worden gecorrigeerd. Correcties worden door de dienst die de beslissing heeft genomen ambtshalve of op verzoek van een belanghebbende partij aangebracht.”

- 30 In casu hebben de wijzigingen die bij de beslissing van 10 december 2009 zijn aangebracht en de wijzigingen waarom verzoeker op 23 december 2009 heeft verzocht, geen betrekking op taal- en schrijffouten. Partijen betwisten dit overigens niet.
- 31 Verzoeker betoogt in antwoord op een schriftelijke vraag van het Gerecht in het kader van maatregelen tot organisatie van de procesgang dat de betrokken wijzigingen evenmin de correctie van kennelijke vergissingen betreffen. Hij is dan ook van mening dat de beslissingen van 10 december 2009 en 22 maart 2010 moeten worden vernietigd op grond dat het BHIM onbevoegd is.
- 32 Met betrekking tot de beslissing van 10 december 2009 is het BHIM van mening dat de niet-inaanmerkingneming van de opmerkingen die verzoeker binnen de gestelde termijn had ingediend, een kennelijke vergissing in de zin van artikel 39 van verordening nr. 2245/2002 vormde. Subsidiair betoogt het dat die beslissing van de kamer van beroep een andere rechtsgrondslag kon hebben, met name het algemene rechtsbeginsel dat de intrekking van een onrechtmatige bestuurshandeling toestaat.
- 33 Met betrekking tot de beslissing van 22 maart 2010 betoogt het BHIM dat de kamer van beroep bevoegd was om op grond van artikel 39 van verordening nr. 2245/2002 uitspraak te doen over verzoekers verzoek om correctie van 23 december 2009.
- 34 Gelet op het betoog van partijen dient te worden nagegaan of met de wijzigingen die bij de beslissing van 10 december 2009 zijn aangebracht en de wijzigingen waarom verzoeker op 23 december 2009 heeft verzocht, kennelijke vergissingen in de zin van artikel 39 van verordening nr. 2245/2002 zijn gecorrigeerd.

- 35 In dit verband dient volgens de rechtspraak, gelet op het belang van het bindende karakter van het dispositief van een definitieve beslissing van een bevoegde instantie en om het rechtszekerheidsbeginsel in acht te nemen, de regel op basis waarvan die beslissing bij wijze van uitzondering later kan worden gecorrigeerd, strikt te worden uitgelegd. Bijgevolg betreft het begrip „kennelijke vergissing” enkel formele vergissingen waarvan de onjuistheid duidelijk uit de beslissing zelf blijkt en die geen invloed hebben op de draagwijdte en de inhoud van deze beslissing, zoals deze door het dispositief en de motivering ervan worden gekenmerkt. Het begrip „kennelijke vergissing” kan daarentegen geen betrekking hebben op vergissingen die de inhoud van de bestreden beslissing kunnen raken [zie in die zin arrest Gerecht van 14 december 2006, Gagliardi/BHIM — Norma Lebensmittelfilialbetrieb (MANŪ MANU MANU), T-392/04, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 55].

#### Beslissing van 10 december 2009

- 36 Door de beslissing van 10 december 2009 vast te stellen, heeft de kamer van beroep het correctiemechanisme in wezen gebruikt om een schending van de in artikel 62 van verordening nr. 6/2002 verankerde rechten van verweer van verzoeker, die voortvloeit uit het feit dat de beslissing van 6 november 2009 was vastgesteld vóór het verstrijken van de aan verzoeker verleende termijn om zijn opmerkingen te maken, ongedaan te maken.
- 37 Die schending van de rechten van verweer vormt geen kennelijke vergissing in de zin van artikel 39 van verordening nr. 2245/2002, zoals uitgelegd in punt 35 hierboven. Het gaat immers om een vergissing in de procedure die tot de vaststelling van de beslissing van 6 november 2009 heeft geleid, die dus de inhoud van deze beslissing kan raken. Evenzo heeft de omstandigheid dat de opmerkingen die verzoeker binnen de gestelde termijn heeft ingediend in aanmerking zijn genomen, een invloed gehad op de motivering van de beslissing van 6 november 2009 en dus op de inhoud ervan.

- 38 Artikel 39 van verordening nr. 2245/2002 vormde bijgevolg geen geschikte rechtsgrondslag op basis waarvan het BHIM de schending van de rechten van verweer van verzoeker, die zich in de procedure die tot de vaststelling van de beslissing van 6 november 2009 heeft geleid heeft voorgedaan, ongedaan kon maken. Bijgevolg was de kamer van beroep niet bevoegd om de beslissing van 10 december 2009 op grond van die bepaling vast te stellen.
- 39 Onverminderd de conclusie in het voorgaande punt, kon de kamer van beroep de beslissing van 10 december 2009 in beginsel vaststellen op een andere rechtsgrondslag, zoals het BHIM betoogt.
- 40 In de rechtspraak is immers een algemeen rechtsbeginsel neergelegd dat de intrekking met terugwerkende kracht van een onrechtmatige bestuurshandeling waarbij subjectieve rechten in het leven zijn geroepen, is toegestaan, mits de instelling die de handeling heeft vastgesteld, voldoet aan de voorwaarden inzake de inachtneming van een redelijke termijn en van het gewettigd vertrouwen van de begunstigde van de handeling die op de rechtmatigheid ervan mocht vertrouwen (arresten Hof van 12 juli 1957, *Algera e.a./Gemeenschappelijke Vergadering*, 7/56 en 3/57-7/57, Jurispr. blz. 85, 122, en 3 maart 1982, *Alpha Steel/Commissie*, 14/81, Jurispr. blz. 749, punt 10; arrest Gerecht van 12 september 2007, *González y Díez/Commissie*, T-25/04, Jurispr. blz. II-3121, punt 97).
- 41 Ook al bestaat er een andere rechtsgrondslag, brengt een vergissing bij de keuze van de rechtsgrondslag echter de vernietiging van de betrokken handeling mee wanneer zij gevolgen kan hebben voor de inhoud van deze handeling, met name wanneer daardoor de regelmatigheid van de voor de vaststelling van die handeling toepasselijke procedure is aangetast [zie in die zin arresten Hof van 10 december 2002, *British American Tobacco (Investments) en Imperial Tobacco*, C-491/01, Jurispr. blz. I-11453, punt 98, en 11 september 2003, *Commissie/Raad*, C-211/01, Jurispr. blz. I-8913, punt 52].

- 42 In casu voorziet de in punt 40 hierboven aangehaalde rechtspraak niet in een bijzondere procedure voor de intrekking van een onrechtmatige handeling.
- 43 Wat de inachtneming van de in die rechtspraak gestelde voorwaarden betreft, is de beslissing van 10 december 2009 een maand en vier dagen na die van 6 november 2009 genomen. Dit is een redelijke termijn.
- 44 Bovendien kwam de beslissing van 6 november 2009 ten goede aan de andere partij voor de kamer van beroep omdat daarbij het beroep van verzoeker tegen de beslissing van de nietigheidsafdeling is verworpen. Aangezien de beslissing van 10 december 2009 het dispositief van de beslissing van 6 november 2009 niet heeft gewijzigd, is het gewettigd vertrouwen van de andere partij voor de kamer van beroep niet geschaad.
- 45 Niets suggereert dan ook dat de inhoud van de beslissing van 10 december 2009 kan zijn beïnvloed door de onjuiste keuze van de rechtsgrondslag. In die omstandigheden is het niet nuttig die beslissing wegens die vergissing te vernietigen. De beslissing die de kamer van beroep na de vernietiging zou vaststellen, zou immers onder dezelfde voorwaarden worden vastgesteld en op dezelfde elementen worden gebaseerd als de vernietigde beslissing.
- 46 Bijgevolg moet worden vastgesteld dat de vergissing van de kamer van beroep bij de keuze van de toepasselijke rechtsgrondslag de vernietiging van de beslissing van 10 december 2009 niet rechtvaardigt.

## Beslissing van 22 maart 2010

- 47 Het door verzoeker op 23 december 2009 ingediende verzoek om correctie beoogde te doen erkennen dat de schriftelijke uiteenzetting van de gronden van het beroep tijdig was ingediend. Dat verzoek streeft niet naar de correctie van een formele vergissing in de betrokken beslissing, maar naar een heronderzoek ten gronde van deze beslissing en de vaststelling van een nieuwe beslissing met een andere inhoud.
- 48 Gelet op hetgeen in punt 35 hierboven is uiteengezet, was de vergissing die verzoeker in het verzoek van 23 december 2009 aan de orde heeft gesteld, geen kennelijke vergissing in de zin van artikel 39 van verordening nr. 2245/2002. Dit betekent dat de kamer van beroep niet bevoegd was om dat verzoek op basis van die bepaling ten gronde te behandelen.
- 49 Bovendien was de kamer van beroep evenmin bevoegd om haar vroegere beslissing over het beroep in te trekken, aangezien zij door de afwijzing van het verzoek van 23 december 2009 impliciet van oordeel was dat deze beslissing niet onrechtmatig was.
- 50 Wat de afwijzing ten gronde van het verzoek om correctie van 23 december 2009 betreft, was de kamer van beroep bijgevolg niet bevoegd om de beslissing van 22 maart 2010 vast te stellen.
- 51 In die omstandigheden moet de beslissing van 22 maart 2010 worden vernietigd voor zover zij het op 23 december 2009 door verzoeker ingediende verzoek om correctie betreft.

*Bijlagen bij het verzoekschrift*

- 52 Volgens het BHIM kunnen de bijlagen K 8 en K 13 bij het verzoekschrift niet in aanmerking worden genomen omdat zij pas na de vaststelling van de beslissingen van 6 november en 10 december 2009 zijn ingediend.
- 53 Verzoeker heeft het argument van het BHIM niet specifiek beantwoord.
- 54 Opgemerkt moet worden dat de betrokken documenten, te weten de verklaringen op erewoord van de vertegenwoordiger van verzoeker en van een werknemster van deze vertegenwoordiger, bij het Gerecht zijn ingediend in de vorm van een bijlage bij de brief van verzoeker van 23 december 2009, dat wil zeggen na het verstrijken van de termijn die het BHIM verzoeker had gesteld om zijn opmerkingen over de ontvanke-lijkheid van de schriftelijke uiteenzetting van de gronden van het beroep te maken. Bijgevolg maakten zij geen deel uit van het feitelijk kader van de zaak zoals dit op het tijdstip van de vaststelling van de beslissing van 10 december 2009 bestond.
- 55 Overigens heeft de kamer van beroep de betrokken documenten onderzocht in de beslissing van 22 maart 2010. Ten eerste volgt uit de punten 47 tot en met 51 hierboven dat zij niet hadden mogen worden onderzocht in het kader van verzoekers verzoek om correctie, aangezien de kamer van beroep niet bevoegd was om dit verzoek ten gronde te behandelen. Ten tweede maakt de beslissing van 22 maart 2010, voor zover zij het verzoek om herstel in de vorige toestand betreft, geen deel uit van het onderwerp van het geschil voor het Gerecht, zoals volgt uit de punten 19 tot en met 26 hierboven. Bijgevolg is de inhoud van de bijlagen K 8 en K 13 hoe dan ook irrelevant voor dat onderwerp.



56 Derhalve hoeft het Gerecht de bijlagen K 8 en K 13 bij het verzoekschrift niet in aanmerking te nemen. Deze maakten immers geen deel uit van het feitelijk kader op het tijdstip van de vaststelling van de beslissing van 10 december 2009 en vallen niet onder het onderwerp van het geschil voor het Gerecht zoals dit in de punten 19 tot en met 26 hierboven is verduidelijkt.

### *Ten gronde*

57 Verzoeker voert twee middelen aan. Het eerste betreft schending van het recht om te worden gehoord en het tweede een onjuiste beoordeling. Deze twee middelen hebben echter in wezen hetzelfde voorwerp en overlappen elkaar dus. Zij hebben namelijk allebei betrekking op de vergissing die de kamer van beroep zou hebben begaan door te oordelen dat de schriftelijke uiteenzetting van de gronden van het beroep te laat was ingediend en daardoor niet-ontvankelijk was. Bijgevolg dienen de twee middelen samen te worden onderzocht.

58 Verzoeker betoegt in wezen dat hem van de beslissing van de nietigheidsafdeling per post was kennis gegeven op 25 mei 2009, zodat de schriftelijke uiteenzetting van de gronden van het beroep, die het BHIM op 23 september 2009 heeft ontvangen, binnen de in artikel 57 van verordening nr. 6/2002 gestelde termijn van vier maanden was ingediend.

59 Verzoeker betwist in die context dat van de beslissing van de nietigheidsafdeling op 20 mei 2009 per fax is kennis gegeven aan haar vertegenwoordiger en brengt in herinnering dat de bewijslast in dit verband op het BHIM rust.

60 Het BHIM betwist de gegrondheid van de argumenten van verzoeker.

- 61 Om te beginnen dient eraan te worden herinnerd dat uit artikel 47 van verordening nr. 2245/2002 volgt dat het BHIM per fax van zijn beslissingen kan kennis geven [zie naar analogie arrest Gerecht van 19 april 2005, Success-Marketing/BHIM — Chipita (PAN & CO), T-380/02 en T-128/03, Jurispr. blz. II-1233, punten 54-61].
- 62 Artikel 51 van verordening nr. 2245/2002 preciseert dat de voorzitter van het BHIM de bijzonderheden van de wijze waarop de verzending per fax dient te gebeuren bepaalt.
- 63 In dit verband verduidelijkt artikel 2 van besluit EX-03-04 van de voorzitter van het BHIM van 20 januari 2003 het volgende:

„Elke beslissing, mededeling of kennisgeving die het [BHIM] per fax of door middel van een elektronisch communicatiemiddel verzendt in het kader van procedures inzake ingeschreven gemeenschapsmodellen, vermeldt de verantwoordelijke instantie in het opschrift alsmede de volledige naam van de verantwoordelijke beambte(n) aan het eind van de beslissing, mededeling of kennisgeving. Die vermeldingen komen in de plaats van een zegel of een ondertekening.”

- 64 In casu bevat het verzendrapport van het BHIM betreffende de kennisgeving per fax van de beslissing van de nietigheidsafdeling de volgende gegevens:

— afschrift van de eerste bladzijde van de fax, te weten een begeleidende brief aan de vertegenwoordiger van verzoeker die de verantwoordelijke instantie (HAUPTABTEILUNG GESCHMACKSMUSTER — NICHTIGKEITSABTEILUNG) en de verantwoordelijke beambte aanduidt alsmede vermeldt dat een beslissing van zes bladzijden van de nietigheidsafdeling van 20 mei 2009 was bijgevoegd;

- 20 mei 2009 om 12.22 uur als datum en uur van de mededeling;
  
- „+34965139818” als faxnummer van het BHIM;
  
- „00498982006111” als faxnummer van de geadresseerde;
  
- „7” als aantal verzonden bladzijden;
  
- de vermelding „OK” als resultaat van de verzending;
  
- 20 mei 2009 om 12.27 uur als datum en uur van opstelling van het rapport.

<sup>65</sup> Gelet op het verzendrapport dient dan ook eerst te worden vastgesteld dat het BHIM de voorwaarden van artikel 2 van besluit EX-03-04 inzake de formaliteiten van kennisgeving per fax in acht heeft genomen.

<sup>66</sup> Vervolgens blijkt ook uit het verzendrapport dat het BHIM de vertegenwoordiger van verzoeker op 20 mei 2009 om 12.22 uur een fax van zeven bladzijden heeft gestuurd, die een begeleidende brief van één bladzijde bevatte waarin stond dat de beslissing van de nietigheidsafdeling van zes bladzijden was bijgevoegd.

- 67 Tot slot is de door het BHIM om 12.22 uur verzonden fax volgens het verzendrapport correct door het faxapparaat van de vertegenwoordiger van verzoeker ontvangen.
- 68 De vier argumenten van verzoeker ter betwisting van deze laatste vaststelling moeten worden onderzocht.
- 69 Verzoeker betoogt ten eerste dat uit het — door hem overgelegde — faxontvangstrapport van zijn vertegenwoordiger voor het tijdvak van 18 tot en met 25 mei blijkt dat een fax van zeven bladzijden die van een ongeïdentificeerde afzender afkomstig was, is ontvangen op 20 mei 2009 om 12.35 uur.
- 70 Op zich versterkt dit de bewijskracht van het hierboven onderzochte verzendrapport, aangezien daaruit blijkt dat de vertegenwoordiger van verzoeker kort na de verzending van de fax van het BHIM een fax met hetzelfde aantal bladzijden als de door het BHIM verzonden fax heeft ontvangen.
- 71 Ten tweede voert verzoeker echter aan dat de tijd tussen de verzending van de fax door het BHIM en de ontvangst van een fax door de vertegenwoordiger van verzoeker buitensporig lang was.
- 72 In dit verband dient te worden erkend dat terwijl uit het faxverzendrapport van het BHIM blijkt dat de verzending van de fax om 12.22 uur is begonnen en uiterlijk om 12.27 uur is geëindigd, het faxontvangstrapport van de vertegenwoordiger van verzoeker 12.35 uur als uur van ontvangst vermeldt.
- 73 Zoals het BHIM ter terechtzitting heeft betoogd, kan dat verschil van acht minuten worden verklaard door het feit dat de twee betrokken faxapparaten door manuele instellingen niet op precies hetzelfde uur zijn ingesteld, waardoor er een zeker verschil is in de gegevens die zij laten zien.

- 74 De vastgestelde tijd tussen de verzending en de ontvangst betekent bijgevolg niet dat de fax die de vertegenwoordiger van verzoeker heeft ontvangen, niet dezelfde is als die welke het BHIM heeft verzonden.
- 75 Ten derde stelt verzoeker dat de fax die zijn vertegenwoordiger om 12.35 uur heeft ontvangen, het nummer van de afzender niet vermeldt.
- 76 Gesteld al dat het nummer van de afzender over het algemeen wordt vermeld op de faxen van het BHIM, zoals verzoeker betoogt, sluit dit niet uit dat een bepaald faxapparaat die vermelding niet laat zien, met name om technische redenen. In dit verband heeft het BHIM ter terechtzitting gepreciseerd dat het faxapparaat dat voor de verzending van de betrokken fax was gebruikt, geen deel uitmaakte van zijn IT-systeem, zodat het niet automatisch was ingesteld om het nummer van de afzender te laten zien.
- 77 Bovendien volgt niet uit besluit EX-03-04 dat het BHIM het nummer van de afzender moet vermelden op de faxen die het verzendt en verzoeker betoogt niet dat een dergelijke verplichting op een andere grondslag bestaat.
- 78 Dat het nummer van de afzender van de door de vertegenwoordiger van verzoeker ontvangen fax niet is vermeld, betekent in die omstandigheden evenmin dat het niet gaat om de fax die door het BHIM was verzonden.
- 79 Ten vierde voert verzoeker aan dat hij niet kan gehouden zijn een negatief feit, te weten de omstandigheid dat de door het BHIM verzonden fax niet is ontvangen, aan te tonen om de bewijskracht van het verzendrapport inzake de kennisgeving per fax van de beslissing van de nietigheidsafdeling aan de orde te kunnen stellen.

- 80 Vastgesteld moet echter worden dat de bewijskracht van dat verzendrapport aan de orde had kunnen worden gesteld door positief bewijs. Verzoeker had immers met name de fax die hij werkelijk heeft ontvangen op 20 mei 2009 om 12.35 uur, kunnen overleggen om aan te tonen dat het niet gaat om de fax die het BHIM dezelfde dag om 12.22 uur heeft verzonden.
- 81 Verzoeker stelt echter dat van hem niet kan worden verlangd dat hij dat bewijs overlegt. Doordat het faxnummer van de verzender niet is vermeld, kan niet worden bepaald hoe de betrokken fax is behandeld. Bovendien is veel tijd verstreken sinds de ontvangst ervan.
- 82 Die argumenten kunnen niet worden aanvaard. De behandeling van de door de vertegenwoordiger van verzoeker ontvangen faxen is immers de uitsluitende verantwoordelijkheid van deze vertegenwoordiger. Nu uit het onderzoek van het verzendings- en het ontvangstrapport blijkt dat het BHIM een fax aan de vertegenwoordiger van verzoeker heeft verzonden en dat deze laatste kort daarna een fax met hetzelfde aantal bladzijden heeft ontvangen van een ongeïdentificeerde afzender, moeten de consequenties van het feit dat de werkelijk door deze vertegenwoordiger ontvangen fax niet is overgelegd, bijgevolg door verzoeker worden gedragen.
- 83 Dit is te meer het geval daar het krachtens artikel 28, lid 1, sub c-i, van verordening nr. 2245/2002 juncto artikel 1, lid 1, sub b, van deze verordening degene die een vordering tot nietigverklaring instelt of zijn vertegenwoordiger vrijstaat om al dan niet een faxnummer te vermelden en dus te bepalen of deze wijze van communicatie zal worden gebruikt bij de verzending van de mededelingen tussen het BHIM en hem. In die omstandigheden staat het aan degene die een vordering tot nietigverklaring instelt of aan zijn vertegenwoordiger om passende voorzorgsmaatregelen te nemen om in voorkomend geval de inhoud te kunnen aantonen van de documenten die werkelijk via dit communicatiemiddel zijn ontvangen.

- 84 Gelet op het voorgaande dient te worden vastgesteld dat het verzendrapport rechte afdoende aantoot dat van de beslissing van de nietigheidsafdeling op 20 mei 2009 per fax is kennis gegeven aan de vertegenwoordiger van verzoeker. De kamer van beroep heeft dan ook terecht geoordeeld dat de schriftelijke uiteenzetting van de gronden van het beroep, die op 23 september 2009 was ontvangen, na het verstrijken van de in artikel 57 van verordening nr. 6/2002 gestelde termijn was ontvangen en dus niet in aanmerking kon worden genomen.
- 85 In die omstandigheden was de kamer van beroep, anders dan verzoeker beweert, niet gehouden om rekening te houden met de mogelijkheid van een technisch probleem bij de ontvangst van die fax of van verzending van die fax naar een verkeerd nummer. Overigens verduidelijkt verzoeker niet om welk technisch probleem het eventueel zou gaan en betwist hij niet dat het in het verzendrapport getoonde nummer van de geadresseerde het faxnummer van zijn vertegenwoordiger is.
- 86 Het argument van verzoeker dat de kamer van beroep zijn recht om te worden gehoord heeft geschonden door hem niet in staat te stellen opmerkingen te maken, kan evenmin slagen. Doordat verzoeker geen schriftelijke uiteenzetting van de gronden van beroep heeft ingediend binnen de daartoe gestelde termijn, heeft hij immers zelf geen gebruik van dat recht gemaakt met betrekking tot de gronden van zijn beroep. Bovendien heeft verzoeker, wat de ontvankelijkheid van de schriftelijke uiteenzetting van de gronden van beroep betreft, op 14 oktober en 12 november 2009 bij het BHIM opmerkingen ingediend die de kamer van beroep in de beslissingen van 6 november en 10 december 2009 heeft onderzocht.
- 87 Tot slot betoogt verzoeker dat de kamer van beroep de in geding zijnde belangen niet voldoende heeft afgewogen, met name met betrekking tot een eventueel verzoek om herstel in de vorige toestand teneinde het probleem van de verzending van de litigieuze fax op te lossen.

- 88 Verzoeker verduidelijkt echter niet welke belangen hadden moeten worden afgewogen tegen het feit dat de schriftelijke uiteenzetting van de gronden van het beroep te laat was ingediend.
- 89 Overigens heeft de beslissing van de kamer van beroep inzake de ontvankelijkheid van het beroep verzoeker niet de mogelijkheid ontnomen om herstel in de vorige toestand te vorderen. Hij heeft dit op 23 december 2009 daadwerkelijk gedaan. Uit de punten 25 en 26 hierboven blijkt dat de behandeling van dat verzoek door de kamer van beroep in de beslissing van 22 maart 2010, niet behoort tot het onderwerp van het geschil voor het Gerecht.
- 90 Aangezien alle argumenten van verzoeker zijn afgewezen, dienen de twee door hem aangevoerde middelen te worden afgewezen.

*Verzoek om maatregelen van instructie*

- 91 Verzoeker vraagt het Gerecht om twee getuigen te horen teneinde aan te tonen dat de faxen van het BHIM het nummer van het verzendfaxapparaat vermelden en uiteen te zetten hoe wordt gewerkt in het kantoor van haar vertegenwoordiger, in het bijzonder wat de behandeling van inkomende faxen betreft. Verzoeker stelt dat door middel van die maatregel zal kunnen worden bewezen dat de kennisgeving per fax van de beslissing van de nietigheidsafdeling aan haar vertegenwoordiger op 20 mei 2009 niet heeft plaatsgevonden.
- 92 Gelet op hetgeen in de punten 75 tot en met 78 en 81 tot en met 83 hierboven is uiteengezet, zijn de vraag of de faxen van het BHIM het nummer van het verzendfaxapparaat vermelden, en de wijze waarop de arbeid in het kantoor van de vertegenwoordiger van verzoeker is georganiseerd, irrelevant voor de beslechting van het bij het Gerecht aanhangige geding. Het verzoek om maatregelen van instructie treft dan ook geen doel en dient te worden afgewezen.



- <sup>93</sup> Gelet op al het voorgaande dient de beslissing van 22 maart 2010 te worden vernietigd voor zover zij betrekking heeft op het verzoek om correctie dat verzoeker op 23 december 2009 heeft ingediend, en dient het beroep te worden verworpen voor het overige.

## **Kosten**

- <sup>94</sup> Volgens artikel 87, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering kan het Gerecht de proceskosten over de partijen verdelen of beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld. Gelet op de omstandigheden van de onderhavige zaak moet worden beslist dat elke partij haar eigen kosten zal dragen.

HET GERECHT (Vierde kamer),

rechtdoende, verklaart:

- 1) De beslissing van de derde kamer van beroep van het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM) van 22 maart 2010 (zaak R 621/2009-3) wordt vernietigd voor zover zij betrekking heeft op het verzoek om correctie dat P. Reisen'thel op 23 december 2009 heeft ingediend.**

**2) Het beroep wordt verworpen voor het overige.**

**3) Elke partij zal haar eigen kosten dragen.**

Pelikánová

Jürimäe

Van der Woude

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 18 oktober 2011.

ondertekeningen