RETTENS DOM (Anden Afdeling)

8. juli 2004 *

I sag T-334/01,

MFE Marienfelde GmbH, Hamburg (Tyskland), ved Rechtsanwälte S. Rojahn og S. Freytag,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved E. Joly og G. Schneider, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

den anden parti i sagen for appekkammeret ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design), (interveniet ved Retten) var

Vétoquinol Ag, tidligere Chassot AG, Bern (Schweiz) ved advokat A. Kockläuner,

angående en påstand om annullation af den afgørelse, der blev truffet den 26. september 2001 af Fjerde Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 578/2000-4) vedrørende en indsigelsessag mellem MFE Marienfelde GmbH og Vétoquinol AG,

* Processprog: tysk.

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, N.J. Forwood, og dommerne J. Pirrung og A.W. H. Meij,

justitssekretær: fuldmægtig D. Christensen,

under henvisning til stævningen og replikken indleveret til Rettens Justitskontor henholdsvis den 24. december 2001 og den 29. juli 2002,

under henvisning til svarskriftet og Harmoniseringskontorets duplik indleveret til Rettens Justitskontor henholdsvis den 24. april og den 30. oktober 2002,

under henvisning til intervenientens svarskrift og duplik indleveret til Rettens Justitskontor henholdsvis den 22. april og den 29. oktober 2002,

og efter retsmødet den 11. november 2003,

afsagt følgende

Dom

Tvistens baggrund

1 Den 30. december 1996 indgav intervenienten under sit tidligere navn, dvs. Chassot AG, en EF-varemærkeansøgning til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked

(Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«) i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret.

2 Varemærket, der er søgt registreret, er ordmærket HIPOVITON.

3 De varer, som registreringsansøgningen vedrører, henhører under klasse 31 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer til følgende beskrivelse: »Næringsmidler til dyr«.

4 Varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EF-Varemærketidende* den 11. maj 1998.

5 Den 11. august 1998 rejste sagsøgeren indsigelse i medfør af artikel 42, stk. 1, i forordning nr. 40/94 mod registreringen af det ansøgte varemærke for alle varer, der var omfattet af varemærkeansøgningen. Indsigelsen var støttet på et varemærke registreret i Tyskland den 17. maj 1972 med prioritetsvirkning fra den 16. maj 1969. Dette varemærke (herefter »det ældre varemærke«), der består af ordmærket HIPPOVIT, blev registreret for varer i klasse 31 i Nice-arrangementet og svarer til følgende beskrivelse: »Næringsmidler til dyr«.

6 Til støtte for indsigelsen påberåbte sagsøgeren sig den relative registreringshindring i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

7 Den 15. marts 1999 anmodede intervenienten i henhold til artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 om, at sagsøgeren godtgjorde, at der inden for de seneste fem år forud for offentliggørelsen af EF-varemærkeansøgningen, var gjort reel brug af det ældre varemærke i den medlemsstat, hvor varemærket er beskyttet. Ved meddelelse af 8. april 1999 opfordrede Harmoniseringskontorets Indsigelsesafdeling (herefter »Indsigelsesafdelingen«) sagsøgeren til at føre bevis herfor inden for en frist på to måneder.

8 Den 4. maj 1999 fremsendte sagsøgeren for det første fire reklamebrochurer, som var påført det ældre varemærke, til Harmoniseringskontoret. Bogstavet »O« var imidlertid dekoreret med hovedet og forpartiet af en hest. For det andet fremlagde sagsøgeren en forside med overskriften »Marienfelder Tierfutter-Programm« (»Næringsmidler til dyr — Marienfelder-programmet«) sammen med en bestillingskupon med overskriften »Ich liebe Pferde von A-Z« (»Jeg elsker heste fra A-Z«). For det tredje fremlagde sagsøgeren en erklæring med overskriften »Eidesstattliche Versicherung« (»erklæring på tro og love«) fra sagsøgerens virksomhedsleder R. Bode, hvoraf det fremgik, at den omsætning, der var opnået ved salg under det ældre varemærke i perioden fra januar til juni 1998, udgjorde12 500 tyske mark (DEM), og at omsætningen i perioden fra januar til december 1998 udgjorde 21 100 DEM.

9 Efter en omfattende skriftveksling mellem sagsøgeren og intervenienten tilstillede Harmoniseringskontoret parterne en skriftlig meddelelse den 24. januar 2000, som var affattet som følger:

»Harmoniseringskontoret gør Dem opmærksom på, at der ikke kan indgives yderligere bemærkninger.«

10 Ved skrivelse af 8. februar 2000 oplyste intervenienten navnlig dels, at den omsætning, som sagsøgeren havde opnået gennem salg af varer under det ældre varemærke, svarede til et salg på 459 enheder, dels at sagsøgerens totale årlige omsætning udgjorde 2,8 mio. DEM i 1998.

11 Ved skriftlig meddelelse af 8. marts 2000 oplyste Harmoniseringskontoret med henvisning til dets meddelelse af 24. januar 2000 sagsøgeren og intervenienten om, at Harmoniseringskontoret ved sin afgørelse ikke ville tage hensyn til indholdet af intervenientens skrivelse af 8. februar 2000.

12 Ved afgørelse af 28. marts 2000 (afgørelse nr. 601/2000) forkastede Indsigelsesafdelingen indsigelsen i medfør af artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 med den begrundelse, at sagsøgeren ikke havde godtgjort, at der var gjort reel brug af det ældre varemærke i denne artikels forstand. I den forbindelse fandt Indsigelsesafdelingen, at den af sagsøgeren fremlagte erklæring på tro og love, som ikke var afgivet af en neutral person eller instans, burde underbygges af andre beviser. Med hensyn til de øvrige beviser, som sagsøgeren fremlagde, indeholdt disse ikke efter Indsigelsesafdelingens opfattelse, nogen oplysninger om hvor, hvornår og i hvilket omfang det ældre varemærke er blevet brugt.

13 Den 23. maj 2000 indgav sagsøgeren i medfør af artikel 59 i forordning nr. 40/94 en klage til Harmoniseringskontoret over Indsigelsesafdelingens afgørelse.

14 Som bilag til indlægget med begrundelserne for dette søgsmål, dateret den 28. juli 2000, fremlagde sagsøgeren forskellige fakturaer vedrørende deltagelse i forskellige messer i 1998, leje af udstillingsstande samt køb af etiketter og reklamemateriale. Sagsøgeren fremlagde desuden femten fakturaer vedrørende salg af varer under det ældre varemærke, som blev effektueret i perioden fra den 6. marts 1998 til den 19. maj 1998. I disse fakturaer var købernes navne skjulte. Den omsætning, der var opnået inden den 11. maj 1998, ugjorde ifølge disse fakturaer 2 753,84 DEM.

15 I et indlæg, dateret den 9. oktober 2000, gentog intervenienten under henvisning til sin skrivelse af 8. februar 2000 de påstande, der var indeholdt heri, vedrørende sagsøgerens omsætning. Harmoniseringskontoret oplyste i sin skrivelse af 24. oktober 2000, hvorved dette indlæg blev fremsendt til sagsøgeren, at denne meddelelse udelukkende var til orientering.

16 Ved afgørelse af 26. september 2001, som blev meddelt sagsøgeren den 15. oktober 2001 (herefter den »anfægtede afgørelse«), afviste Fjerde Appelkammer ved Harmoniseringskontoret klagen. Appelkammeret anførte i det væsentlige, at den relevante periode for prøvelsen af, om der var gjort reel brug af det ældre varemærke, omfattede perioden fra den 12. maj 1993 til den 11. maj 1998, og at sagsøgeren ikke havde nedlagt påstand om, at dette varemærke var blevet anvendt før 1998. Hvad angår erklæringen på tro og love fra sagsøgerens virksomhedsleder var det efter appelkammerets opfattelse ufornødent at tage stilling til erklæringens beviskraft. Appelkammeret fandt nemlig, at selv om den omsætning, der var opnået i 1998 ved salg af varer under det ældre varemærke, således som den fremgår af denne erklæring, kunne fastslås, følger det ikke heraf, at det pågældende varemærke var genstand for reel brug i den relevante periode. Ifølge appelkammeret omfattede omsætningen på 12 500 DEM, såfremt en sådan omsætning var opnået i den relevante periode, for det første kun ca. 450 enheder af de omhandlede varer, og var for det andet minimal i forhold til sagsøgerens samlede årlige omsætning på 2,8 mio. DEM i 1998. Under disse omstændigheder fandt appelkammeret det ufornødent at tage stilling til spørgsmålet om, hvorvidt sagsøgeren gennem brug af det ældre varemærke i en anden form end den, for hvilken varemærket var blevet registreret, havde anvendt dette varemærke på en sådan måde, at denne bevarede sine rettigheder.

Parternes påstande

17 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse samt Indsigelsesafdelingens afgørelse af 28. marts 2000 annulleres.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

18 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

Hvorvidt påstanden om annullation af Indsigelsesafdelingens afgørelse kan antages til realitetsbehandling

19 I den foreliggende sag har sagsøgeren nedlagt påstand om annullation af såvel den anfægtede afgørelse som af Indsigelsesafdelingens afgørelse. Efter Rettens opfattelse kan denne påstand antages til realitetsbehandling. Formålet med denne påstand er nærmere bestemt, at Retten skal træffe den afgørelse, som appelkammeret ifølge sagsøgeren lovligt kunne have truffet i forbindelse med den klage, der blev indgivet over Harmoniseringskontorets afgørelse. Det fremgår af artikel 62, stk. 1, første punktum, i forordning nr. 40/94, at appelkammeret kan ophæve den afgørelse, som er truffet af Harmoniseringskontorets afdeling i første instans. En sådan ophævelse er således omfattet af de foranstaltninger, som Retten kan træffe i medfør af dens beføjelse til at omgøre en afgørelse i henhold til artikel 63, stk. 3, i forordning nr. 40/94 (jf. i denne retning vedrørende en påstand om hjemvisning af en sag til undersøgeren, Rettens dom af 27.2.2002, sag T-106/00, Streamserve mod KHIM (STREAMSERVE), Sml. II, s. 723, præmis 19, stadfæstet ved Domstolens kendelse af 5.2.2004, sag C-150/02 P, Streamserve mod KHIM, Sml. I, s. 1461).

Realiteten

20 Til støtte for sin påstand har sagsøgeren anført fem anbringender. Det første anbringende vedrører tilsidesættelse af artikel 43, stk. 2 og 3, sammenholdt med artikel 15 i forordning nr. 40/94. Med sit andet anbringende har sagsøgeren kritiseret appelkammeret for ikke at have taget hensyn til de beviser, som sagsøgeren fremlagde under klagesagen. Det tredje anbringende vedrører tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Det fjerde og femte anbringende vedrører tilsidesættelse af henholdsvis retten til at blive hørt og begrundelsespligten.

Anbringendet vedrørende tilsidesættelse af artikel 43, stk. 2 og 3, sammenholdt med artikel 15 i forordning nr. 40/94 og anbringendet vedrørende tilsidesættelse af retten til at blive hørt

— Parternes argumenter

21 Sagsøgeren har generelt anført, at begrebet »reel brug« af et varemærke skal fortolkes således, at det omfatter alle handlinger, der som følge af deres art, omfang og varighed objektivt udgør en almindelig brug af varemærket på det pågældende marked. Med hensyn til omfanget, som en sådan brug skal have, har sagsøgeren understreget, at det afhænger af omstændighederne i det konkrete tilfælde og nærmere bestemt af den pågældende virksomheds størrelse samt spredningsgraden af dennes aktiviteter.

22 I det foreliggende tilfælde har sagsøgeren anført, at appelkammeret ved en korrekt anvendelse af de bedømmelseskriterier, som sagsøgeren har nævnt, burde være nået til den konklusion, at der var sket en reel brug af det ældre varemærke. I denne forbindelse har sagsøgeren gjort gældende, at sagsøgeren i den relevante periode

solgte varer under dette varemærke på hele det tyske område. Ifølge sagsøgeren fremgår det af erklæringen på tro og love fra sagsøgerens virksomhedsleder, at den omsætning, der var opnået på grundlag af dette salg, der — selv om det var relativt lille på grund af lanceringen af de pågældende varer — godtgør, at der er gjort almindelig brug af varemærket, som har haft til formål at sikre en afsætningsmulighed for disse varer.

23 Sagsøgeren har desuden gjort gældende, at omsætningen på 2,8 mio. DEM, som er anført i den anfægtede afgørelse for 1998, ikke er korrekt.

24 I forbindelse med anbringendet vedrørende tilsidesættelse af retten til at blive hørt har sagsøgeren kritiseret appelkammeret for ikke inden den anfægtede afgørelse blev truffet at have meddelt sagsøgeren, at det ville basere afgørelsen på den omstændighed, at sagsøgeren i den relevante periode kun havde solgt ca. 450 vareenheder under det ældre varemærke. I sin replik har sagsøgeren anført, at appelkammeret i den anfægtede afgørelse har taget indholdet af intervenientens indlæg af 8. februar 2000 i betragtning, selv om Indsigelsesafdelingen oplyste, at indlægget ikke ville blive taget i betragtning.

25 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at det af de forskellige sproglige versioner af artikel 43, stk. 2, og af artikel 15 i forordning nr. 40/94 fremgår, at en reel brug forudsætter en virkelig, dokumenteret, effektiv og faktisk brug. Efter Harmoniseringskontorets opfattelse skal en sådan brug kunne adskille de omfattede varer eller tjenesteydelser og ikke blot have til formål at bevare en eksisterende varemærkeret.

26 For i et konkret tilfælde at bedømme, om brugen af et varemærke er reel, skal der ifølge Harmoniseringskontoret anlægges en helhedsvurdering, hvor der tages hensyn til det relevante marked, måden, hvorpå de pågældende varer eller tjenesteydelser almindeligvis markedsføres, varemærkeindehaverens produktionsmæssige og handelsmæssige kapacitet og dennes markedsandel.

27 I den foreliggende sag har Harmoniseringskontoret for det første anført, at brugen af det ældre varemærke ifølge sagsøgerens beviser først indledes i begyndelsen af 1998, dvs. lidt mere end fire måneder inden offentliggørelsen af varemærkeansøgningen. Harmoniseringskontoret har for det andet anført, at den omsætning, der er opnået på grundlag af salget af varer under det ældre varemærke i den relevante periode, var ekstremt lille, hvilket kun kan skyldes den omstændighed, at markedsføringen af de omhandlede varer først indledtes i begyndelsen af 1998. Det salg, der fandt sted i anden halvdel af 1998, var nemlig mindre end salget i begyndelsen af året. For det tredje har Harmoniseringskontoret anført, at sagsøgerens omsætning på grundlag af salget af varer under det ældre varemærke var ubetydelig i forhold til sagsøgerens samlede omsætning.

28 I øvrigt er Harmoniseringskontoret af den opfattelse, at appelkammeret har iagttaget sagsøgerens ret til at blive hørt.

29 Intervenienten har anført, at sagsøgeren ikke har gjort reel brug af det ældre varemærke. I denne forbindelse har intervenienten bekræftet, at den omsætning, som sagsøgeren opnåede på grundlag af salg af varer under dette varemærke, højst udgjorde 0,75% af den samlede årlige omsætning. Under retsmødet præciserede intervenienten, at selv om den omsætning, der var opnået ved salg af de omhandlede varer under det ældre varemærke, og som er nævnt i virksomhedslederens erklæring på tro og love, var korrekt, udgør salget af disse varer kun 38 enheder om måneden i den relevante periode.

— Rettens bemærkninger

30 Som det fremgår af niende betragtning til forordning nr. 40/94, er det fællesskabslovgivers opfattelse, at det kun er berettiget at beskytte et ældre varemærke i det omfang, hvor dette rent faktisk er blevet brugt. I overensstemmelse med denne

betragtning bestemmer artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94, at den, der ansøger om et EF-varemærke, kan begære, at det bevises, at der er gjort reel brug af det ældre varemærke på det område, hvor det er beskyttet, inden for de seneste fem år forud for offentliggørelsen af varemærkeansøgningen, som der er rejst indsigelse imod (Rettens dom af 12.12.2002, sag T-39/01, Kabushiki Kaisha Fernandes mod KHIM — Harrison (HIWATT), Sml. II, s. 5233, præmis 34).

31 I medfør af regel 22, stk. 2, i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 40/94 (EFT L 303, s. 1) skal det af beviset for brug fremgå, hvor, hvornår samt i hvilket omfang og i hvilken form det ældre varemærke er blevet brugt.

32 Ved fortolkningen af begrebet reel brug bør der tages hensyn til den omstændighed, at formålet med kravet om, at der skal være gjort reel brug af det ældre varemærke, for at mærket kan gøres gældende over for en EF-varemærkeansøgning, er at begrænse konflikter mellem to varemærker, når der ikke økonomisk er nogen rimelig grund til dem, der udspringer af varemærkets faktiske funktion på markedet (Rettens dom af 12.3.2003, sag T-174/01, Goulbourn mod KHIM — Redcats (Silk Cocoon), Sml. II, s. 789, præmis 38). Nævnte bestemmelse omhandler derimod hverken vurderingen af den handelsmæssige succes eller kontrollen med en virksomheds økonomiske strategi og bestemmer heller ikke, at beskyttelsen af varemærker kun skal forbeholdes en kvantitativt væsentlig handelsmæssig brug.

33 Som det fremgår af Domstolens dom af 11. marts 2003, Ansul (sag C-40/01, Sml. I, s. 2439), vedrørende fortolkningen af artikel 12, stk. 1, i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1), hvis indhold i det væsentlige svarer til indholdet af artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94, er der gjort »reel brug« af et varemærke, når dette er anvendt i overensstemmelse med varemærkets grundlæggende funktion, som er at garantere oprindelsen af de varer eller tjenesteydelser, som det er blevet registreret for, med henblik på at skabe eller bevare en afsætningsmulighed for disse varer og tjenesteydelser (jf. Ansul-dommen, præmis 43). Dette omfatter ikke symbolske former for brug alene med det formål at bevare

de til varemærket knyttede rettigheder. I denne forbindelse er betingelsen om reel brug af varemærket kun opfyldt, når varemærket med den beskyttelse, det har inden for det relevante geografiske område, bruges offentligt og i forhold til omverdenen (Ansul-dommen, præmis 37, og Silk Cocoon-dommen, præmis 39).

34 Bedømmelsen af, om brugen af varemærket er reel, skal foretages på grundlag af samtlige faktiske omstændigheder, der kan godtgøre, at varemærket virkelig anvendes handelsmæssigt, navnlig de former for brug, der i den pågældende branche anses for begrundet i fastholdelse eller erhvervelse af markedsandele for de varer eller tjenesteydelser, der beskyttes af varemærket, disse varers eller tjenesteydelsers art, de særlige forhold på markedet samt omfanget og hyppigheden af brugen af varemærket (Ansul-dommen, præmis 43).

35 Med hensyn til omfanget af den brug, der er gjort af det ældre varemærke, bør der bl.a. tages hensyn dels til det handelsmæssige omfang af brugen, dels til varigheden og hyppigheden af brugen.

36 For i en konkret sag at undersøge, om der er tale om reel brug af et ældre varemærke, skal der anlægges en helhedsvurdering, under hensyntagen til alle de relevante faktorer i det foreliggende tilfælde. Denne vurdering indebærer en vis indbyrdes afhængighed mellem de faktorer, der kommer i betragtning. Et mindre antal varer, der markedsføres under det omhandlede varemærke, kan således kompenseres ved, at det pågældende varemærke tidligere er anvendt meget intensivt eller meget regelmæssigt og omvendt. Den faktiske omsætning og det kvantitative salg af varer under det ældre varemærke kan således ikke bedømmes isoleret, men skal vurderes i forhold til andre relevante faktorer, såsom omfanget af den handelsmæssige virksomhed, den produktionsmæssige eller handelsmæssige kapacitet, spredningsgraden hos den virksomhed, der bruger varemærket, samt de pågældende varers eller tjenesteydelsers egenskaber på det relevante marked. Domstolen har i denne forbindelse udtalt, at det ikke kræves, at brugen af varemærket altid har et betydeligt kvantitativt omfang, for at den kan betegnes som reel (Ansul-dommen, præmis 39).

37 Jo mere det handelsmæssige omfang af brugen af varemærket er begrænset, jo mere nødvendigt er det, at den part, der har rejst indsigelsen, fremlægger yderligere oplysninger, som gør det muligt at afhjælpe en eventuel tvivl med hensyn til karakteren af den reelle brug, der er gjort af det pågældende varemærke.

38 Det er i lyset af disse betragtninger, at den anfægtede afgørelse skal efterprøves.

39 Indledningsvis bemærkes, at da EF-varemærkeansøgningen blev offentliggjort den 11. maj 1998, løber perioden på fem år i henhold til artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 fra den 11. maj 1993 til den 10. maj 1998 (herefter »den relevante periode«).

40 Som det fremgår af samme forordnings artikel 15, stk. 1, er det kun de varemærker, for hvilke reel brug har været suspenderet uden afbrydelse i fem år, der underkastes de i denne forordning omhandlede sanktioner. Det er derfor tilstrækkeligt til at undgå nævnte sanktioner, at et varemærke har været genstand for reel brug i en del af denne periode.

41 Det er mellem parterne ubestridt, at sagsøgeren har gjort gældende, at der først er gjort brug af det ældre varemærke fra januar 1998. Det er derfor med rette, at appelkammeret har baseret den anfægtede afgørelse på, at den af sagsøgeren påståede brug fandt sted i perioden fra begyndelsen af 1998 til den 10. maj 1998.

42 Selv om det ikke fremgår udtrykkeligt af den anfægtede afgørelse, har appelkammeret ved sin bedømmelse kun taget hensyn til de tryksager og den erklæring på tro og love, som sagsøgeren fremlagde under indsigelsessagen samt til bemærkningerne i intervenientens indlæg af 8. februar 2000 og af 9. oktober 2000.

43 Hvad angår erklæringen på tro og love har Retten bemærket, at appelkammeret udtrykkeligt har ladet spørgsmålet om erklæringens beviskraft stå åbent. Appelkammeret har imidlertid baseret sin vurdering på en formodning om, at indholdet af denne erklæring var korrekt. I den foreliggende sag finder Retten det passende at lægge samme antagelse til grund.

44 Hvad dernæst angår de tryksager, som sagsøgeren har fremlagt, har appelkammeret med rette fastslået, at de ikke indeholder nogen oplysninger med hensyn til varigheden eller datoen for brugen af det ældre varemærke. Appelkammeret har ikke desto mindre udtalt, at det var muligt at udlede, hvordan og hvor denne brug fandt sted, idet den bestillingskupon, som fandtes blandt tryksagerne, klart var rettet mod det tyske marked.

45 For at kunne afgøre, om denne brug kunne betragtes som reel, har appelkammeret i det væsentlige lagt to forskellige oplysninger til grund. For det første fandt appelkammeret, at omsætningen på 12 500 DEM var for lille, selv om den var opnået i perioden fra den 1. januar 1998 til den 11. maj 1998 og ikke fra den 1. januar 1998 til den 30. juni 1998, samt at omfanget af salget, som blev anslået til ca. 450 enheder, var for lille for en vare til en pris i mellemklassen. Appelkammeret fastslog herefter, at den omsætning, der var opnået på grundlag af salg af varer under det ældre varemærke, som udgjorde ca. 0,75% af sagsøgerens samlede årlige omsætning, på anslået 2,8 mio. DEM, var utilstrækkelig.

46 Det fremgår af de faktiske oplysninger, som appelkammeret har lagt til grund, at sagsøgeren som følge af salget af varer under det ældre varemærke har opnået en vis omsætning. Det ældre varemærke har således været genstand for en brug, som i betragtning af situationen i den pågældende økonomiske sektor, objektivt set kunne skabe eller bevare en afsætningsmulighed for de varer, for hvilke det er registreret.

47 Det bemærkes, at der er tale om en lille omsætning, som er opnået over en forholdsvis kort periode på fireogenhalv måned, som gik umiddelbart forud for den dato, hvor EF-varemærkeansøgningen blev offentliggjort.

48 Det skal derfor undersøges, om tvivlen med hensyn til, om denne brug var reel – eftersom denne brug var af begrænset omfang, og den blev genoptaget lige inden offentliggørelsen af varemærkeansøgningen — var begrundet i de faktiske omstændigheder og beviser, som parterne har gjort gældende.

49 Hvad angår forholdet mellem omsætningen som følge af salget af varer under det ældre varemærke og sagsøgerens årlige omsætning bemærkes, at spredningsgraden af aktiviteterne hos de virksomheder, der operer på det samme marked, varierer. Desuden har forpligtelsen til at godtgøre, at der er gjort reel brug af det ældre varemærke, ikke til formål at kontrollere en virksomheds handelsstrategi. Det er ikke udelukket, atdet er økonomisk og objektivt begrundet, at en virksomhed markedsfører en vare eller et varesortiment, selv om andelen heraf i den omhandlede virksomheds årlige omsætning er minimal. I en mindre virksomhed svarer en lille procentdel af den årlige omsætning desuden til et mindre beløb i absolutte tal.

50 Heraf følger i det foreliggende tilfælde, at forholdet mellem sagsøgerens samlede omsætning og den omsætning, der er opnået på grundlag af salg af varer under det ældre varemærke, isoleret set kun er vejledende og derfor ikke kan være afgørende i bedømmelsen af, hvorvidt der er gjort reel brug af dette varemærke.

51 Hvad angår omfanget af salget af varer under det ældre varemærke og den omsætning, der blev opnået på grundlag af disse salg, udtrykt i absolutte tal, har Harmoniseringskontoret under retsmødet forklaret, at det er appelkammerets opfattelse, at varer til en pris i mellemklassen almindeligvis vil blive solgt i større mængder end varer til meget høje priser. Det anføres således i den anfægtede afgørelse, at en lille omsætning og små salgstal, udtrykt i absolutte tal, af en vare til en pris i mellemklassen eller til en lav pris gør det muligt at slutte, at der ikke er gjort reel brug af det omhandlede varemærke. Selv om denne betragtning ikke i sig selv er ukorrekt, er den ufuldstændig, idet der ikke er taget hensyn til forholdene på det pågældende marked.

52 I den forbindelse har sagsøgeren under sagen for appelkammeret gjort gældende, at de varer, der er solgt under det ældre varemærke, kun anvendes i små mængder. Intervenienten har ikke under denne sag bestridt denne påstand. Påstanden støttes endvidere af de af sagsøgeren fremlagte reklamebrochurer, som indeholder oplysninger om doseringen af de omhandlede varer. Denne oplysning er i øvrigt ikke anført i den anfægtede afgørelse, selv om den kunne forklare, hvorfor omfanget af salget under det ældre varemærke var så lille.

53 Appelkammeret har heller ikke taget hensyn til sagsøgerens påstand, som både var indeholdt i begrundelsen til sagsøgerens indlæg i indsigelsesagen og i indlægget for appelkammeret, om, at virksomheden havde genoptaget salget af de omhandlede varer, og at det handelsmæssige omfang, som disse udgjorde, følgelig var lavt. Denne oplysning kunne imidlertid være relevant ved bedømmelsen af, om den brug, der er gjort af det ældre varemærke, er reel, uanset om den omsætning, der angiveligt er opnået i anden halvdel af 1998, var lavere end omsætningen i første halvår. Det er nemlig muligt, at den indledende fase af markedsføringen af en vare er længere end nogle måneder.

54 Sagsøgeren har imidlertid undladt at fremlægge bevis for, at de varer, der er markedsført under det ældre varemærke, var i en lanceringsfase, selv om intervenienten bestred denne påstand — for første gang — i sit svarskrift for appelkammeret af 9. oktober 2000. Denne undladelse kunne dog kun bebrejdes sagsøgeren, såfremt sagsøgeren på korrekt vis havde fået mulighed for at reagere på intervenientens indlæg af 9. oktober 2000. Det bemærkes i denne forbindelse, at det af sagen fremgår, at Harmoniseringskontoret underrettede sagsøgeren om nævnte indlæg ved skrivelse af 24. oktober 2000, idet det oplyste sagsøgeren om, at denne meddelelse udelukkende var til orientering. Med hensyn til intervenientens indlæg af 8. februar 2000, som denne har henvist til i sit indlæg af 9. oktober 2000, havde Harmoniseringskontorets Indsigelsesafdeling ved skrivelse af 8. marts 2000 meddelt sagsøgeren, at der ikke ville blive taget hensyn til indholdet af indlægget af 8. februar 2000. Heraf følger, at sagsøgeren, der ikke blev opfordret til at fremsætte sine bemærkninger til indlægget af 9. oktober 2000, ikke fik mulighed for at vurdere fordelen ved at fremlægge yderligere beviser.

55 Denne konstatering gælder også for oplysninger vedrørende antallet af solgte varer, udtrykt i absolutte tal, og for sagsøgerens angivelige samlede årlige omsætning, som er anført i intervenientens indlæg af 8. februar 2000 (præmis 10 ovenfor). Det er oplysninger, som intervenienten har henvist til i sit indlæg af 9. oktober 2000, og som appelkammeret har anført i den anfægtede afgørelse.

56 Det bør tilføjes, at regel 22, stk. 1, i forordning nr. 2868/95, der bestemmer, at indsigeren skal fremlægge bevis for, at brug har fundet sted, inden for en af Harmoniseringskontoret fastsat frist, og at indsigelsen afvises, såfremt sådant bevis ikke fremlægges inden for den fastsatte frist, ikke kan fortolkes således, at den er til hinder for, at der tages hensyn til yderligere beviser, når der foreligger nye oplysninger, selv om de fremlægges efter fristens udløb.

57 Da Kommissionen har vedtaget forordning nr. 2868/95 i medfør af artikel 140, stk. 1, i forordning nr. 40/94, skal dens bestemmelser fortolkes i overensstemmelse med bestemmelserne i sidstnævnte forordning. I denne forbindelse skal der navnlig tages hensyn til artikel 43, stk. 1, og artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94. For det første bestemmer artikel 43, stk. 1, i forordning nr. 40/94, at Harmoniseringskontoret under behandlingen af indsigelsen om fornødent opfordrer parterne til inden for en af Harmoniseringskontoret fastsat frist at udtale sig om meddelelser fra de øvrige parter eller fra Harmoniseringskontoret selv. Artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94, som bestemmer, at Harmoniseringskontoret kan se bort fra kendsgerninger og beviser, som ikke er påberåbt eller fremført rettidigt af de pågældende parter, tillægger for det andet Harmoniseringskontorets afdelinger et skøn i forhold til bedømmelsen af de oplysninger, der fremlægges efter udløbet af en frist.

58 I lyset af de her anførte betragtninger fastslås, at appelkammeret ikke har taget hensyn til alle relevante faktorer ved vurderingen af, om den brug, der er gjort af det ældre varemærke, kunne betragtes som reel. Endvidere er de faktiske omstændigheder, som appelkammeret har lagt til grund, ufuldstændige, idet appelkammeret har

undladt at opfordre sagsøgeren til at fremsætte sine bemærkninger til de nye omstændigheder og argumenter, som var gjort gældende i intervenientens indlæg af 9. oktober 2000, nemlig sagsøgerens påståede samlede årlige omsætning, argumenterne vedrørende mængden af solgte varer og intervenientens anfægtelse af sagsøgerens påstand om, at de varer, der er omfattet af det ældre varemærke, var i en lanceringsfase.

59 Heraf følger, at den anfægtede afgørelse skal annulleres, og at det er ufornødent at tage stilling til de øvrige anbringender, som sagsøgeren har gjort gældende.

Påstanden om omgørelse af den anfægtede afgørelse

60 Sagsøgeren har til støtte for denne påstand kritiseret appelkammeret for ikke at have ophævet Indsigelsesafdelingens afgørelse for så vidt som Indsigelsesafdelingen fandt, at en erklæring på tro og love afgivet af virksomhedslederen for indehaveren af det ældre varemærke, ikke udgjorde et tilstrækkeligt bevis.

61 I denne forbindelse bemærkes, at den funktionelle kontinuitet i Harmoniseringskontoret indebærer, at appelkammeret er forpligtet til at foretage en fornyet prøvelse af de beviser, som sagsøgeren har fremlagt. Såfremt denne prøvelse fører til et andet resultat end det, som den afdeling, der traf afgørelse i første instans, nåede frem til, kan appelkammeret i henhold til artikel 62, stk. 1, i forordning nr. 40/94 enten træffe afgørelse vedrørende indsigelsen eller hjemvise sagen til Indsigelsesafdelingen.

62 Heraf følger, at selv om sagsøgerens argumentation, som den fremgår af denne doms præmis 60, tiltrædes, kunne appelkammeret selv enten have truffet afgørelse vedrørende indsigelsen eller have hjemvist sagen til Indsigelsesafdelingen.

63 Såfremt Retten annullerer Indsigelsesafdelingens afgørelse, ville den omgøre den anfægtede afgørelse. Denne mulighed, som er fastsat i artikel 63, stk. 3, i forordning nr. 40/94, er i princippet begrænset til situationer, hvor sagen er moden til afgørelse (Rettens dom af 2.7.2002, sag T-323/00, SAT.1 mod KHIM (SAT.2), Sml. II, s. 2839, sagen er under appel, præmis 18). Dette indebærer, at Retten på grundlag af de beviser, som er forelagt den, kan træffe den afgørelse, som appelkammeret var forpligtet til at træffe i medfør af de bestemmelser, som finder anvendelse i det foreliggende tilfælde. Det fremgår af den foregående præmis, at denne betingelse ikke er opfyldt i det foreliggende tilfælde.

64 I lyset af disse betragtninger er der ikke grundlag for, at Retten omgør den anfægtede afgørelse.

Sagens omkostninger

65 I henhold til artikel 87, stk. 2, i Rettens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. I medfør af procesreglementets artikel 87, stk. 4, tredje afsnit, kan Retten træffe afgørelse om, at intervenienten bærer sine egne omkostninger.

66 I det foreliggende tilfælde har intervenienten tabt sagen på samme måde som Harmoniseringskontoret. Sagsøgeren har imidlertid ikke nedlagt påstand om, at intervenienten tilpligtes at betale sagens omkostninger og Harmoniseringskontoret har ikke bestridt påstanden om, at det alene skulle betale sagsøgerens omkostninger.

67 Derfor pålægges Harmoniseringskontoret at bære sine egne omkostninger, og at betale sagsøgerens omkostninger, og intervenienten pålægges at bære sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Anden Afdeling)

1) Afgørelsen truffet den 26. september 2001 (sag R 578/2000-4) af Fjerde Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) annulleres.

2) I øvrigt frifindes Harmoniseringskontoret.

3) Harmoniseringskontoret bærer sine egne omkostninger og betaler sagsøgerens omkostninger.

4) Intervenienten bærer sine egne omkostninger.

Forwood Pirrung Meij

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 8. juli 2004.

H. Jung J. Pirrung

Justitssekretær Afdelingsformand