FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (andra avdelningen)
den 8 juli 2004 *

I mål T-334/01

MFE Marienfelde GmbH, Hamburg (Tyskland), företrätt av advokaterna S. Rojahn och S. Freytag,

sökande,

mot

Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (harmoniseringsbyrån), företrädd av E. Joly och G. Schneider, båda i egenskap av ombud,

svarande,

med stöd av andra parten i förfarandet inför överklagandenämnden vid harmoniseringsbyrån, intervenient vid förstainstansrätten,

Vétoquinol AG, tidigare Chassot AG, Berne (Schweiz), företrätt av A. Kockläuner, avocat,

angående en talan om ogiltigförklaring av det beslut som fattats av fjärde överklagandenämnden vid harmoniseringsbyrån den 26 september 2001 (ärende R 578/2000-4), avseende ett invändningsförfarande mellan MFE Marienfelde GmbH och Vétoquinol AG,

* Rättegångsspråk: tyska.

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (andra avdelningen)

sammansatt av ordföranden N.J. Forwood samt domarna J. Pirrung och A.W. H. Meij,

justitiesekreterare: byrådirektören D. Christensen,

med beaktande av den ansökan och den replik som inkom till förstainstansrättens kansli den 24 december 2001 respektive den 29 juli 2002,

med beaktande av den svarsinlaga och den duplik från harmoniseringsbyrån som inkom till förstainstansrättens kansli den 24 april respektive den 30 oktober 2002,

med beaktande av den svarsinlaga och den duplik från intervenienten som inkom till förstainstansrättens kansli den 22 april respektive den 29 oktober 2002,

efter förhandlingen den 11 november 2003,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

1 Intervenienten ingav den 30 december 1996, i sitt tidigare firmanamn Chassot AG, med stöd av rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om

gemenskapsvarumärken (EGT L 11, 1994, s. 1; svensk specialutgåva, område 17, volym 2, s. 3), i ändrad lydelse, en ansökan om registrering av ett gemenskapsvarumärke till Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (nedan kallad harmoniseringsbyrån).

2 Det varumärke som avsågs med registreringsansökan var ordkännetecknet HIPOVITON.

3 De varor som avsågs med registreringsansökan ingår i klas. 31 enligt Niceöverenskommelsen om internationell klassificering av varor och tjänster vid registrering av varumärken av den 15 juni 1957, med ändringar och tillägg, och motsvarar följande beskrivning: "Djurfoder".

4 Registreringsansökan offentliggjordes den 11 maj 1998 i *Bulletinen för gemenskapsvarumärken.*

5 Den 11 augusti 1998 framställde sökanden, med stöd av artikel 42.1 i förordning nr 40/94, en invändning mot att varumärket skulle registreras för samtliga varor som avsågs med ansökan. Invändningen grundades på att det fanns ett varumärke registrerat i Tyskland den 17 maj 1972, med den 16 maj 1969 som prioritetsdatum. Detta varumärke (nedan kallat det äldre varumärket) utgörs av ordkännetecknet HIPPOVIT och har registrerats för varor som ingår i klas. 31 enligt Niceöverenskommelsen och som motsvarar följande beskrivning: "Djurfoder".

6 Till stöd för sin invändning åberopade sökanden det relativa registreringshinder som avses i artikel 8.1 b i förordning nr 40/94.

7 Intervenienten begärde i skrivelse av den 15 mars 1999 att sökanden i enlighet med artikel 43.2 och 43.3 i förordning nr 40/94 skulle lägga fram bevis för att det under en tid av fem år före dagen för offentliggörandet av ansökan om gemenskapsvarumärke hade gjorts verkligt bruk av det äldre varumärket i den medlemsstat i vilken detta varumärke skyddas. Invändningsenheten vid harmoniseringsbyrån (nedan kallad invändningsenheten) anmodade, i meddelande av den 8 april 1999, sökanden att lägga fram sådan bevisning inom två månader.

8 Den 4 maj 1999 tillställde sökanden harmoniseringsbyrån fyra reklamblad på vilka det äldre varumärket förekom. Bokstaven O i varumärket var emellertid dekorerad med huvudet och den främre delen av en hästkropp. Sökanden gav dessutom in ett försättsblad med rubriken "Marienfelder Tierfutter-Programm" (Marienfelder — Djurfoderprogrammet), tillsammans med en broschyr med rubriken "Ich liebe Pferde von A–Z" (Jag älskar hästar från A till Ö). Sökanden gav slutligen in en försäkran med rubriken "Eidesstattliche Versicherung" (med ed likställd försäkran) av dess företagsledare Bode, som däri förklarade att den omsättning som hade uppnåtts genom försäljning under det äldre varumärket uppgick till 12 500 tyska mark (DEM) för perioden januari–juni 1998 och till 21 100 DEM för perioden januari–december 1998.

9 Efter en omfattande skriftväxling mellan sökanden och intervenienten tillställde harmoniseringsbyrån dessa parter en skriftlig underrättelse, daterad den 24 januari 2000, med följande lydelse:

"[Harmoniseringsbyrån] upplyser Er härvid om att inga ytterligare yttranden får inges."

10 I en skrivelse av den 8 februari 2000 uppgav intervenienten bland annat dels att den omsättning som sökanden hade uppnått genom försäljning av varor under det äldre varumärket avsåg försäljning av 459 enheter, dels att sökandens sammanlagda årsomsättning uppgick till 2.8 miljoner DEM år 1998.

11 I en skrivelse av den 8 mars 2000 upplyste harmoniseringsbyrån sökanden och intervenienten, med hänvisning till dess skriftliga meddelande av den 24 januari 2000, om att den i sitt beslut inte skulle ta någon hänsyn till innehållet i intervenientens skrivelse av den 8 februari 2000.

12 Genom beslut av den 28 mars 2000 (beslut nr 601/2000) avslog invändningsenheten invändningen med stöd av artikel 43.2 och 43.3 i förordning nr 40/94 med motiveringen att sökanden inte hade styrkt att det hade gjorts verkligt bruk av det äldre varumärket i den mening som avses i denna bestämmelse. Härvid ansåg invändningsenheten att det krävdes andra bevis till stöd för den med ed likställda försäkran som hade getts in av sökanden, eftersom nämnda försäkran inte hade avgetts av en neutral person eller instans. Invändningsenheten ansåg vidare att den övriga bevisning som hade lagts fram av sökanden inte innehöll någon uppgift om var, under hur lång tid och i vilken omfattning det äldre varumärket hade använts.

13 Den 23 maj 2000 gav sökanden in ett överklagande av invändningsenhetens beslut till harmoniseringsbyrån i enlighet med artikel 59 i förordning nr 40/94.

14 Som bilagor till inlagan med grunderna för överklagandet, daterad den 28 juli 2000, gav sökanden in flera fakturor som avsåg deltagande vid olika mässor år 1998, hyra av utställningsstånd samt köp av etiketter och reklammaterial. Sökanden gav dessutom in 15 fakturor som avsåg försäljning av varor under det äldre varumärket, vilken ägde rum mellan den 6 mars 1998 och den 19 maj 1998. I fakturorna hade namnen på dem som hade köpt varor dolts. Den omsättning som hade uppnåtts före den 11 maj 1998 uppgick enligt dessa fakturor till 2 753,84 DEM.

15 I en inlaga daterad den 9 oktober 2000 upprepade intervenienten, med hänvisning till sin skrivelse av den 8 februari 2000, de däri anförda påståendena om sökandens omsättning. Harmoniseringsbyrån tillställde sökanden inlagan genom sin skrivelse av den 24 oktober 2000, i vilken den uppgav att detta endast skedde för kännedom.

16 Fjärde överklagandenämnden vid harmoniseringsbyrån avslog överklagandet genom beslut av den 26 september 2001 (nedan kallat det ifrågasatta beslutet), som sökanden delgavs den 15 oktober 2001. Överklagandenämnden anförde i huvudsak att den relevanta perioden, vid bedömningen av om det hade gjorts verkligt bruk av det äldre varumärket, omfattade perioden den 12 maj 1993–11 maj 1998 och att sökanden inte hade gjort gällande att den hade använt varumärket innan år 1998. Vad beträffar den med ed likställda försäkran från sökanden bedömde överklagandenämnden att det inte var nödvändigt att uttala sig om dess bevisvärde. Den ansåg nämligen att även om det gick att fastställa den omsättning som hade uppnåtts år 1998 genom försäljningarna av varor under det äldre varumärket, såsom den hade angetts i försäkran, det härav inte följde att det hade gjorts verkligt bruk av varumärket under den relevanta perioden. Enligt överklagandenämnden förhöll det sig så att omsättningen på 12 500 DEM, om en sådan hade uppnåtts under den relevanta perioden, dels endast avsåg försäljningen av cirka 450 enheter av varorna i fråga, dels var minimal i jämförelse med sökandens sammanlagda årsomsättning, som uppgick till 2,8 miljoner DEM år 1998. Överklagandenämnden ansåg att det under dessa omständigheter inte var nödvändigt att pröva huruvida sökanden, genom att dra nytta av det äldre varumärket i en annan form än den för vilken det har registrerats, hade använt varumärket på ett sådant sätt att dess rättigheter bibehållits.

Parternas yrkanden

17 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara det ifrågasatta beslutet och invändningsenhetens beslut av den 28 mars 2000, och

— förplikta harmoniseringsbyrån att ersätta rättegångskostnaderna.

18 Harmoniseringsbyrån har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

Huruvida yrkandet om ogiltigförklaring av invändningsenhetens beslut kan tas upp till sakprövning

19 I förevarande mål har sökanden yrkat att såväl det ifrågasatta beslutet som invändningsenhetens beslut skall ogiltigförklaras. Förstainstansrätten anser att detta yrkande kan tas upp till sakprövning. Syftet med yrkandet är att rätten skall fatta det beslut som, enligt sökandens uppfattning, överklagandenämnden lagenligt borde ha fattat vid prövningen av det överklagande som hade getts in till harmoniseringsbyrån. Av artikel 62.1 andra meningen i förordning nr 40/94 följer att överklagandenämnden kan ogiltigförklara beslutet av den enhet vid harmoniseringsbyrån som har avgjort ärendet i första instans. En sådan ogiltigförklaring ingår därmed bland de åtgärder som förstainstansrätten kan vidta med stöd av sin befogenhet att ändra ett beslut i enlighet med artikel 63.3 i förordning nr 40/94 (se, för ett liknande resonemang, i fråga om en återförvisning av ett ärende till granskaren, förstainstansrättens dom av den 27 februari 2002 i mål T-106/00, Streamserve mot harmoniseringsbyrån (STREAMSERVE), REG 2002, s. II-723, punkt 19, fastställd genom domstolens beslut av den 5 februari 2004 i mål C-150/02 P, Streamserve mot harmoniseringsbyrån, REG 2004, s. I-1461).

Prövning i sak

20 Till stöd för sin talan har sökanden åberopat fem grunder. Den första grunden avser åsidosättande av artikel 43.2 och 43.3, jämförd med artikel 15 i förordning nr 40/94. Sökanden har genom sin andra grund klandrat överklagandenämnden för att ha bortsett från den bevisning som sökanden lade fram i överklagandeförfarandet. Den tredje grunden avser åsidosättande av artikel 8.1 b i förordning nr 40/94. Den fjärde och den femte grunden avser kränkning av rätten att yttra sig respektive åsidosättande av motiveringsskyldigheten.

Den grund som avser åsidosättande av artikel 43.2 och 43.3, jämförd med artikel 15 i förordning nr 40/94, och den grund som avser kränkning av rätten att yttra sig

— Parternas argument

21 Sökanden har mer allmänt anfört att uttrycket verkligt bruk skall tolkas så, att det omfattar varje handling som, på grund av sin typ, omfattning och tid, objektivt sett utgör normal användning av varumärket på marknaden i fråga. När det gäller den omfattning som en sådan användning skall ha har sökanden understrukit att detta beror på omständigheterna i det enskilda fallet, i synnerhet storleken på företaget i fråga och diversifieringen av företagets verksamheter.

22 Sökanden har hävdat att överklagandenämnden, om den hade tillämpat de bedömningskriterier som sökanden har angett, i detta fall borde ha dragit slutsatsen att det gjorts verkligt bruk av det äldre varumärket. I detta hänseende har sökanden gjort gällande att den under den relevanta perioden sålde varor under detta

varumärke i hela Tyskland. Enligt sökanden framgår det av den med ed likställda försäkran som avgetts av dess företagsledare att den omsättning som uppnåddes genom dessa försäljningar, även om den är relativt liten med anledning av lanseringen av varorna i fråga, styrker att det skett en normal användning av varumärket vars syfte var att säkerställa varornas avsättningsmöjligheter.

23 Sökanden har dessutom gjort gällande att uppgiften att omsättningen uppgick till 2,8 miljoner DEM, som godtogs i det ifrågasatta beslutet för år 1998, inte är riktig.

24 När det gäller den grund som avser rätten att yttra sig har sökanden förebrått överklagandenämnden för att inte, innan den fattade det ifrågasatta beslutet, ha informerat sökanden om sin avsikt att lägga den omständigheten att sökanden under den relevanta perioden endast hade sålt cirka 450 enheter av varan under det äldre varumärket till grund för beslutet. Sökanden har i sin replik angett att överklagandenämnden i det ifrågasatta beslutet beaktade innehållet i intervenientens inlaga av den 8 februari 2000, trots att invändningsenheten hade förklarat att det inte skulle tas någon hänsyn till inlagan.

25 Harmoniseringsbyrån har påpekat att det av de olika språkversionerna av artikel 43.2 och artikel 15 i förordning nr 40/94 framgår att verkligt bruk förutsätter en användning som är veritabel, autentisk, faktisk eller reell. Enligt harmoniseringsbyrån skall en sådan användning följaktligen kunna särskilja de varor eller tjänster som avses och inte bara syfta till att bibehålla en gällande varumärkesrätt.

26 Enligt harmoniseringsbyrån skall man, vid bedömningen i ett enskilt fall av huruvida det har gjorts verkligt bruk av ett varumärke, göra en helhetsbedömning med hänsyn till marknaden i fråga, det sätt på vilket varorna eller tjänsterna i fråga normalt saluförs, varumärkesinnehavarens produktions- och saluföringskapacitet samt dennes marknadsandel.

27 När det gäller förevarande fall har harmoniseringsbyrån för det första påpekat att det av sökandens bevisning framgår att det äldre varumärket började användas först i början av år 1998, det vill säga något mer än fyra månader innan registreringsansökan offentliggjordes. Harmoniseringsbyrån har för det andra hävdat att det var en extremt liten omsättning som uppnåddes genom försäljning av varor under det äldre varumärket under den relevanta perioden. Att så var fallet kan inte förklaras av att det var först i början av år 1998 som varorna i fråga började saluföras. Omfattningen av försäljningen under den andra halvan av detta år var nämligen mindre än den som ägde rum vid årets början. Harmoniseringsbyrån har för det tredje påstått att den omsättning som sökanden uppnådde genom försäljning av varor under det äldre varumärket var av liten betydelse jämfört med sökandens sammanlagda årsomsättning.

28 Harmoniseringsbyrån anser dessutom att överklagandenämnden har iakttagit sökandens rätt att yttra sig.

29 Intervenienten har anfört att sökanden inte har gjort verkligt bruk av det äldre varumärket. Den har i detta hänseende angett att den omsättning som sökanden uppnådde genom försäljning av varor under detta varumärke som mest utgjorde 0,75 procent av dess sammanlagda årsomsättning. Intervenienten uppgav vid förhandlingen att även om den omsättning som uppnåddes genom försäljning av de varor som avsågs med det äldre varumärket, som sökandens företagsledare hade angett i försäkran, var riktig, uppgick försäljningen av dessa varor endast till cirka 38 enheter per månad under den relevanta perioden.

— Förstainstansrättens bedömning

30 Såsom framgår av nionde skälet i förordning nr 40/94 anser gemenskapslagstiftaren att det endast är motiverat att skydda äldre varumärken i den utsträckning dessa faktiskt används. I enlighet med detta skäl föreskrivs i artikel 43.2 och 43.3 i

förordning nr 40/94 att den som ansöker om registrering av ett gemenskapsvarumärke kan kräva bevis för att det under en tid av fem år före dagen för offentliggörandet av den registreringsansökan mot vilken det har framställts en invändning har gjorts verkligt bruk av det äldre varumärket inom det område inom vilket det skyddas (förstainstansrättens dom av den 12 december 2002 i mål T-39/01, Kabushiki Kaisha Fernandes mot harmoniseringsbyrån — Harrison (HIWATT), REG 2002, s. II-5233, punkt 34).

31 Enligt regel 22.2 i kommissionens förordning (EG) nr 2868/95 av den 13 december 1995 om genomförande av förordning nr 40/94 (EGT L 303, s. 1) skall bevis om användning utgöras av information om plats, tid, omfattning och typ av användning av det äldre varumärket.

32 Det skall vid tolkningen av uttrycket verkligt bruk tas hänsyn till att syftet med kravet på att det har gjorts verkligt bruk av det äldre varumärket för att det skall kunna åberopas som hinder mot en ansökan om gemenskapsvarumärke är att begränsa antalet konflikter mellan två varumärken, om det inte finns några giltiga ekonomiska skäl som följer av en faktisk funktion som varumärket fyller på marknaden (förstainstansrättens dom av den 12 mars 2003 i mål T-174/01, Goulbourn mot harmoniseringsbyrån — Redcats (Silk Cocoon), REG 2003, s. II-789, punkt 38). Syftet med nämnda bestämmelse är emellertid varken att uppskatta hur framgångsrikt ett företag är eller att kontrollera dess ekonomiska strategi eller ens att uteslutande ge varumärkesskydd åt kommersiellt utnyttjande som sker i stor omfattning.

33 Såsom framgår av domstolens dom av den 11 mars 2003 i mål C-40/01, Ansul (REG 2003, s. I-2439), angående tolkningen av artikel 12.1 i rådets direktiv 89/104/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar (EGT L 40, 1989, s. 1; svensk specialutgåva, område 13, volym 17, s. 178), vars normativa innehåll i sak motsvarar innehållet i artikel 43 i förordning nr 40/94, är det fråga om verkligt bruk av ett varumärke när detta används i enlighet med dess grundläggande funktion, som är att garantera ursprungsidentiteten hos de varor och tjänster för vilka det har registrerats, i syfte att skapa eller bibehålla avsättningsmöjligheter för dessa varor och tjänster. Detta gäller inte fiktiv användning som

enbart har till syfte att bibehålla varumärkesrätten (domen i det ovannämnda målet Ansul, punkt 43). Villkoret om verkligt bruk av varumärket förutsätter härvid att märket, såsom det är skyddat inom det relevanta området, används offentligt och utåt (domarna i de ovannämnda målen Ansul, punkt 37, och Silk Cocoon, punkt 39).

34 Bedömningen av huruvida det har gjorts verkligt bruk av varumärket skall göras på grundval av samtliga omständigheter och förhållanden som kan styrka att märket faktiskt utnyttjas kommersiellt. Sådana omständigheter är i synnerhet användning som anses motiverad i den berörda ekonomiska sektorn för att bibehålla eller skapa marknadsandelar för de varor och tjänster som skyddas av varumärket, dessa varors eller tjänsters art, marknadens egenskaper samt i vilken omfattning och hur ofta varumärket har använts (domen i det ovannämnda målet Ansul, punkt 43).

35 När det gäller frågan i vilken omfattning det äldre varumärket har använts, skall det särskilt tas hänsyn till dels den försäljningsvolym som all användning motsvarar, dels hur länge och hur ofta nämnda varumärke har använts.

36 Vid prövningen, i ett enskilt fall, av huruvida det har gjorts verkligt bruk av ett äldre varumärke, skall det göras en helhetsbedömning med hänsyn till samtliga relevanta omständigheter i fallet. Vid bedömningen skall det utgås från att de omständigheter som beaktas i viss utsträckning påverkar varandra. Således kan en mindre kvantitet av de varor som har saluförts under nämnda varumärke kompenseras av att varumärket tidigare har använts mycket intensivt eller regelbundet och vice versa. Den omsättning som uppnåtts och den kvantitet varor som har sålts under det äldre varumärket kan inte heller bedömas utan att de jämförs med andra relevanta omständigheter, såsom försäljningsvolymen, produktions- och saluföringskapaciteten eller diversifieringen hos det företag som utnyttjar varumärket samt de egenskaper som varorna eller tjänsterna har på marknaden i fråga. Domstolen har på grund härav klargjort att det inte är nödvändigt att användningen av det äldre varumärket alltid är kvantitativt betydande för att den skall kunna anses utgöra verkligt bruk (domen i det ovannämnda målet Ansul, punkt 39).

37 Ju mer begränsad den försäljningsvolym är som följer av utnyttjandet av varumärket, desto nödvändigare blir det att den part som har framställt invändningen lämnar ytterligare uppgifter som gör det möjligt att skingra eventuella tvivel i frågan huruvida det har gjorts verkligt bruk av varumärket i fråga.

38 Det är mot bakgrund av dessa överväganden som det ifrågasatta beslutet skall undersökas.

39 Förstainstansrätten erinrar inledningsvis om att eftersom ansökan om gemenskapsvarumärke offentliggjordes den 11 maj 1998, sträcker sig den femårsperiod som avses i artikel 43.2 och 43.3 i förordning nr 40/94 från och med den 11 maj 1993 till och med den 10 maj 1998 (nedan kallad den relevanta perioden).

40 Såsom framgår av artikel 15.1 i samma förordning är det endast sådana varumärken av vilka det inte har gjorts verkligt bruk under fem år i följd som skall bli föremål för sanktionsåtgärder enligt förordningen. Det räcker följaktligen att det har gjorts verkligt bruk av ett varumärke under en del av den relevanta perioden för att sådana sanktionsåtgärder inte skall vidtas.

41 Det är ostridigt mellan parterna att sökanden har påstått att det är först från och med januari 1998 som den har använt det äldre varumärket. Överklagandenämnden gjorde följaktligen rätt när den grundade det ifrågasatta beslutet på bedömningen att den av sökanden åberopade användningen ägde rum under perioden början av år 1998–den 10 maj 1998.

42 Även om det inte uttryckligen anges i det ifrågasatta beslutet, tog överklagandenämnden vid sin bedömning endast hänsyn till de trycksaker och den med ed likställda försäkran som avgetts av sökanden under invändningsförfarandet samt de yttranden som hade getts in av intervenienten i dess inlagor av den 8 februari och den 9 oktober 2000.

43 När det gäller den med ed likställda försäkran konstaterar förstainstansrätten att överklagandenämnden uttryckligen lämnade frågan om dess bevisvärde obesvarad. Den grundade emellertid sin bedömning på antagandet att innehållet i försäkran var riktigt. Förstainstansrätten anser att det vid prövningen av detta mål är lämpligt att utgå från samma antagande.

44 Vad slutligen avser de av sökanden ingivna trycksakerna hade överklagandenämnden rätt när den konstaterade att det av dem inte framkom någon uppgift om hur länge eller när det äldre varumärket hade använts. Överklagandenämnden ansåg emellertid att man av trycksakerna kunde sluta sig till typen av och platsen för användningen, varvid det var uppenbart att den beställningssedel som fanns bland trycksakerna var avsedd för den tyska marknaden.

45 Överklagandenämnden lade i sak två olika uppgifter till grund för fastställandet av huruvida användningen kunde kvalificeras som verkligt bruk. Den ansåg för det första att omsättningen på 12 500 DEM, även om den hade uppnåtts under perioden den 1 januari–11 maj 1998, och inte under perioden den 1 januari–30 juni 1998, och antalet genomförda försäljningar, som uppskattades till cirka 450 enheter, var alldeles för liten med hänsyn till att det rörde sig om en vara som betingade ett medelpris. Överklagandenämnden konstaterade därefter att den omsättning som uppnåddes genom försäljningen av varor under det äldre varumärket, som motsvarade cirka 0,75 procent av sökandens sammanlagda årsomsättning, beräknad till 2,8 miljoner DEM, var otillräcklig.

46 Det framgår av de uppgifter om de faktiska förhållanden som överklagandenämnden har beaktat att sökanden uppnådde en viss omsättning genom försäljning av varor under det äldre varumärket. Användningen av det äldre varumärket var följaktligen, med hänsyn till situationen inom den ekonomiska sektorn i fråga, objektivt sett ägnad att skapa eller bibehålla avsättningsmöjligheter för de varor för vilka varumärket hade registrerats.

47 Förstainstansrätten konstaterar att det rör sig om en liten omsättning, som uppnåddes under en relativt kort period på fyra och en halv månad, en period som direkt föregick den dag då ansökan om gemenskapsvarumärke offentliggjordes.

48 Det skall följaktligen prövas huruvida tvivlen i frågan huruvida denna användning kan anses utgöra verkligt bruk, eftersom användningen var måttlig eller eftersom den återupptogs strax innan registreringsansökan offentliggjordes, var befogade mot bakgrund av de faktiska omständigheter och den bevisning som åberopats av parterna.

49 Vad beträffar förhållandet mellan den omsättning som uppnåddes genom försäljning av varor under det äldre varumärket och sökandens årsomsättning, skall det noteras att diversifieringen av verksamheterna hos de företag som verkar på en och samma marknad är föränderlig. Dessutom är syftet med skyldigheten att lägga fram bevis för att det har gjorts verkligt bruk av ett äldre varumärke inte att kontrollera ett företags handelsstrategi. Det är inte uteslutet att det är ekonomiskt och objektivt sett försvarbart att ett företag saluför en vara eller ett varusortiment, även om deras andelar av det aktuella företagets årsomsättning är minimala. I ett litet företag motsvarar en liten procentandel av årsomsättningen dessutom ett mindre belopp i absoluta tal.

50 Av detta följer i förevarande mål att förhållandet mellan sökandens sammanlagda årsomsättning och den omsättning som uppnåtts genom försäljning av varor under det äldre varumärket i sig endast är vägledande. Detta förhållande kan följaktligen inte ha någon avgörande betydelse vid bedömningen av huruvida det har gjorts verkligt bruk av varumärket.

51 När det gäller volymen av försäljning av varor under det äldre varumärket och den omsättning som uppnåddes genom försäljningarna, uttryckta i absoluta tal, förklarade harmoniseringsbyrån vid förhandlingen att överklagandenämnden ansåg att varor som betingar ett medelpris i regel kommer att kunna säljas i större kvantitet än varor som betingar ett mycket högt pris. Således anges i det ifrågasatta beslutet att liten omsättning och försäljning, uttryckt i absoluta tal, av en vara som betingar ett medelpris eller ett lågt pris gör det möjligt att dra slutsatsen att det inte har gjorts verkligt bruk av varumärket i fråga. Om denna bedömning inte är felaktig i sig, är den likväl ofullständig i den mån den aktuella marknadens egenskaper inte har beaktats.

52 I detta hänseende hävdade sökanden, i förfarandet vid överklagandenämnden, att endast en liten kvantitet av de varor som säljs under det äldre varumärket används. Påståendet bestreds inte av intervenienten i nämnda förfarande. Det stöds dessutom av de reklambroschyrer som hade getts in av sökanden och som innehåller uppgifter om doseringen av varorna i fråga. Denna uppgift förekommer inte heller i det ifrågasatta beslutet, trots att den hade kunnat utgöra en förklaring till varför volymen av försäljningen under det äldre varumärket var så liten.

53 Överklagandenämnden beaktade inte heller sökandens påstående att bolaget hade återupptagit saluföringen av varorna i fråga och att deras handelsvolym följaktligen var liten, ett påstående som förekom såväl i motiveringen i sökandens inlaga med invändningen som i den inlaga som sökanden hade gett in till överklagandenämnden. Denna uppgift kunde ha varit relevant vid bedömningen av huruvida det hade gjorts verkligt bruk av det äldre varumärket, oavsett det förhållandet att den påstådda omsättningen under den andra halvan av år 1998 var mindre än omsättningen för det första halvåret. Det är nämligen möjligt att den inledande fasen i saluföringen av en vara är längre än några månader.

54 Sökanden underlät emellertid att lägga fram bevis för att de varor som hade saluförts under det äldre varumärket befann sig i ett lanseringsskede, även om det var först i sin svarsinlaga till överklagandenämnden av den 9 oktober 2000 som intervenienten bestred detta påstående. Det är emellertid bara om sökanden på vederbörligt sätt hade beretts tillfälle att yttra sig över intervenientens inlaga av den 9 oktober 2000 som sökanden skulle ha kunnat klandras för denna underlåtenhet. I detta hänseende konstaterar förstainstansrätten att det av handlingarna i målet framgår att harmoniseringsbyrån tillställde sökanden nämnda inlaga genom skrivelse av den 24 oktober 2000, i vilken den uppgav att detta endast skedde för kännedom. När det gäller intervenientens inlaga av den 8 februari 2000, till vilken intervenienten hänvisade i sin inlaga av den 9 oktober 2000, hade harmoniseringsbyrån dessutom underrättat sökanden, genom meddelande av den 8 mars 2000, om att det inte skulle tas någon hänsyn till denna inlaga av den 8 februari 2000. Av detta följer att sökanden inte gavs möjlighet att bedöma lämpligheten av att lägga fram ytterligare bevisning, eftersom den inte hade beretts tillfälle att ange sitt ställningstagande till inlagan av den 9 oktober 2000.

55 Detta konstaterande äger giltighet även för uppgifterna om antalet sålda varor, uttryckt i absoluta tal, och om den sammanlagda årsomsättning som sökanden påstås ha haft och som förekommer i intervenientens inlaga av den 8 februari 2000 (ovan punkt 10), uppgifter som intervenienten har hänvisat till i sin inlaga av den 9 oktober 2000 och som överklagandenämnden har beaktat i det ifrågasatta beslutet.

56 Det skall tilläggas att regel 22.1 i förordning nr 2868/95, enligt vilken den part som har framställt invändningen skall lägga fram bevis på användning av det äldre varumärket inom den av harmoniseringsbyrån utsatta fristen, varvid invändningen skall avvisas om sådant bevis inte läggs fram inom fristen, inte kan tolkas på så sätt att den utgör hinder för att ta hänsyn till ytterligare bevisning, när det finns nya omständigheter, även om den läggs fram efter fristens utgång.

57 Eftersom kommissionen antog förordning nr 2868/95 med stöd av artikel 140.1 i förordning nr 40/94 skall dess bestämmelser nämligen tolkas i enlighet med bestämmelserna i sistnämnda förordning. I detta hänseende skall särskilt artikel 43.1 och artikel 74.2 i förordning nr 40/94 beaktas. Å ena sidan föreskrivs i artikel 43.1 i förordning nr 40/94 att harmoniseringsbyrån vid prövningen av invändningen vid behov skall anmoda parterna att inom viss tid och så ofta som det är nödvändigt avge yttrande över skrivelser som övriga parter givit in eller som harmoniseringsbyrån upprättat. Å andra sidan innebär artikel 74.2 i förordning nr 40/94, enligt vilken harmoniseringsbyrån inte behöver beakta omständigheter eller bevis som en part inte har åberopat eller gett in i rätt tid, att organen vid harmoniseringsbyrån har ett utrymme för skönsmässig bedömning vad gäller beaktandet av uppgifter som har lämnats efter en frists utgång.

58 Förstainstansrätten konstaterar, mot bakgrund av alla dessa överväganden, att överklagandenämnden inte tog hänsyn till samtliga relevanta omständigheter vid bedömningen av huruvida användningen av det äldre varumärket kunde kvalificeras som verkligt bruk. Det underlag avseende faktiska omständigheter som den

grundade sig på var dessutom ofullständigt, eftersom sökanden inte hade beretts tillfälle att ange sitt ställningstagande till de nya omständigheter och argument som hade åberopats i intervenientens inlaga av den 9 oktober 2000, det vill säga den sammanlagda årsomsättning som sökanden påstods ha uppnått, argumenten avseende kvantiteten sålda varor och intervenientens bestridande av sökandens påstående att de varor som avsågs med det äldre varumärket befann sig i ett lanseringsskede.

59 Av detta följer att det ifrågasatta beslutet skall ogiltigförklaras, utan att det är nödvändigt att förstainstansrätten prövar de övriga grunder som sökanden har åberopat.

Yrkandet om att det ifrågasatta beslutet skall ändras

60 Sökanden har inom ramen för detta yrkande klandrat överklagandenämnden för att inte ha ogiltigförklarat invändningsenhetens beslut, eftersom invändningsenheten bedömde att en med ed likställd försäkran från företagsledaren för innehavaren av det äldre varumärket inte kan anses utgöra tillräcklig bevisning.

61 Det skall härvid påpekas att den ändamålsenliga kontinuiteten inom harmoniseringsbyrån innebär att överklagandenämnden är skyldig att göra en ny bedömning av de bevis som har lagts fram av sökanden. Om denna prövning leder till ett annat resultat än det som den enhet som avgjorde ärendet i första instans kom fram till, kan överklagandenämnden, med stöd av artikel 62.1 i förordning nr 40/94, antingen avgöra ärendet genom att pröva invändningen eller återförvisa ärendet till invändningsenheten.

62 Av detta följer att även om sökandens argumentation, såsom den framgår ovan i punkt 60, godtas kunde överklagandenämnden antingen själv ha avgjort ärendet genom att pröva invändningen eller ha återförvisat ärendet till invändningsenheten.

63 Genom att ogiltigförklara invändningsenhetens beslut skulle förstainstansrätten företa en ändring av det ifrågasatta beslutet. Denna möjlighet, som föreskrivs i artikel 63.3 i förordning nr 40/94, är i princip begränsad till situationer där målet är klart för avgörande (förstainstansrättens dom av den 2 juli 2002 i mål T-323/00, SAT.1 mot harmoniseringsbyrån (SAT.2), REG 2002, s. II-2839, som är föremål för överklagande, punkt 18). Det förutsätter att rätten, på grundval av den bevisning som har lagts fram för den, kan fatta det beslut som överklagandenämnden var skyldig att fatta, i enlighet med de bestämmelser som är tillämpliga i fallet. Det framgår av föregående punkt att detta villkor inte är uppfyllt i detta fall.

64 Mot bakgrund av det ovan anförda skall förstainstansrätten inte ändra det ifrågasatta beslutet.

Rättegångskostnader

65 Enligt artikel 87.2 i förstainstansrättens rättegångsregler skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Enligt artikel 87.4 tredje stycket i rättegångsreglerna kan förstainstansrätten besluta att en intervenient skall bära sin rättegångskostnad.

66 I detta fall har intervenienten tappat målet på samma sätt som harmoniseringsbyrån. Sökanden har emellertid inte yrkat att intervenienten skall ersätta rättegångskostnaderna och harmoniseringsbyrån har inte heller bestridit yrkandet att den ensam skall ersätta sökandens rättegångskostnad.

67 Det finns följaktligen anledning att besluta att harmoniseringsbyrån skall bära sin rättegångskostnad och ersätta sökandens rättegångskostnad och att intervenienten skall bära sin rättegångskostnad.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (andra avdelningen)

följande dom:

1) **Det beslut som fattats av fjärde överklagandenämnden vid byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) den 26 september 2001 (ärende R 578/2000-4) ogiltigförklaras.**

2) **Talan ogillas i övrigt.**

3) **Harmoniseringsbyrån skall bära sin rättegångskostnad och ersätta sökandens rättegångskostnad.**

4) **Intervenienten skall bära sin rättegångskostnad.**

Forwood Pirrung Meij

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 8 juli 2004.

H. Jung J. Pirrung

Justitiesekreterare Ordförande