Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Fjerde Afdeling)

18. juli 2013 *

»Appel — ansøgning om registrering af EF-ordmærket FISHBONE — indsigelsessag — det ældre nationale figurmærke FISHBONE BEACHWEAR — reel brug af det ældre varemærke — hensyntagen til yderligere beviser, som ikke er fremlagt inden for den fastsatte frist — forordning (EF) nr. 207/2009 — artikel 42, stk. 2 og 3, og artikel 76, stk. 2 — forordning (EF) nr. 2868/95 — regel 22, stk. 2«

I sag C-621/11 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i statutten for Den Europæiske Unions Domstol, iværksat den 2. december 2011,

New Yorker SHK Jeans GmbH & Co. KG, tidligere New Yorker SHK Jeans GmbH, Kiel (Tyskland), ved Rechtsanwalt V. Spitz,

appellant,

de andre parter i appelsagen:

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved P. Geroulakos, som befuldmægtiget,

sagsøgt i første instans,

Vallis K.-Vallis A. & Co. OE, Athen (Grækenland),

intervenient i første instans,

har

DOMSTOLEN (Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, L. Bay Larsen, og dommerne J. Malenovský, U. Lõhmus, M. Safjan og A. Prechal (refererende dommer),

generaladvokat: E. Sharpston

justitssekretær: A. Calot Escobar,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 16. maj 2013,

* Processprog: engelsk.

afsagt følgende

Dom

1 I appelskriftet har New Yorker SHK Jeans GmbH & Co. KG, tidligere New Yorker SHK Jeans GmbH (herefter »New Yorker Jeans«), nedlagt påstand om ophævelse af den dom, der blev afsagt den 29. september 2011 af Den Europæiske Unions Ret, New Yorker SHK Jeans mod KHIM – Vallis K.-Vallis A. (FISHBONE) (sag T-415/09, herefter »den appellerede dom«), hvorved Retten frifandt Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) i en sag, hvori der var nedlagt påstand om annullation af den afgørelse, der var blevet truffet den 30. juli 2009 af Første Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«) (sag R 1051/2008-1) (herefter »den omtvistede afgørelse«) i forbindelse med en indsigelse rejst af Vallis K.-Vallis A. & Co OE (herefter »Vallis K.-Vallis A.«) mod New Yorker Jeans' ansøgning om registrering af ordmærket FISHBONE.

Retsforskrifter

Forordning (EF) nr. 207/2009

2 Med Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26. februar 2009 om EF-varemærker (EUT L 78, s. 1) blev der foretaget en kodificering af Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), hvorved sidstnævnte blev ophævet.

3 Artikel 15 i forordning nr. 207/2009 med overskriften »Brug af EF-varemærket« bestemmer:

»1. Hvis indehaveren ikke inden fem år regnet fra registreringen har gjort reel brug af EF-varemærket inden for Fællesskabet for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, eller hvis sådan brug har været suspenderet uden afbrydelse i fem år, underkastes varemærket de i denne forordning omhandlede sanktioner, medmindre der foreligger rimelig grund til, at brug ikke har fundet sted.

[…]«

4 Artikel 42 med overskriften »Behandling af indsigelsen« i afdeling 4 med overskriften »Bemærkninger fra tredjemand og indsigelse« i afsnit IV med overskriften »Registreringsprocedure« i forordning nr. 207/2009 bestemmer:

»1. Under behandlingen af indsigelsen opfordrer Harmoniseringskontoret om fornødent parterne til inden for en af Harmoniseringskontoret fastsat frist at udtale sig om meddelelser fra de øvrige parter eller fra Harmoniseringskontoret selv.

2. På begæring af ansøgeren skal indehaveren af et ældre EF-varemærke, der har rejst indsigelse, godtgøre, at der inden for de seneste fem år forud for offentliggørelsen af EF-varemærkeansøgningen er gjort reel brug af det ældre EF-varemærke i Fællesskabet for de varer og tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, og som lægges til grund for indsigelsen, eller at der foreligger rimelig grund til, at brug ikke har fundet sted, forudsat at det ældre EF-varemærke på dette tidspunkt har været registreret i mindst fem år. Godtgøres dette ikke, forkastes indsigelsen. Har det ældre EF-varemærke kun været anvendt for en del af de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, anses det ved behandlingen af indsigelsen kun som registreret for denne del af varerne eller tjenesteydelserne.

3. Stk. 2 finder anvendelse på de i artikel 8, stk. 2, litra a), omhandlede ældre nationale varemærker, dog således at brug i den medlemsstat, hvor det ældre nationale varemærke er beskyttet, træder i stedet for brug i Fællesskabet.

[…]«

5 Under afdeling 1 med overskriften »Almindelige bestemmelser« i afsnit IX med overskriften »Bestemmelser om sagsbehandlingen« i forordning nr. 207/2009 bestemmer artikel 76 med overskriften »Harmoniseringskontorets ex officio-prøvelse af de faktiske omstændigheder«:

»1. Under sagsbehandlingen ved Harmoniseringskontoret prøver dette ex officio de faktiske omstændigheder; i sager vedrørende relative registreringshindringer begrænser Harmoniseringskontoret sig imidlertid til at prøve de af parterne fremførte kendsgerninger, beviser og argumenter og de af parterne fremsatte anmodninger.

2. Harmoniseringskontoret kan se bort fra kendsgerninger og beviser, som ikke er påberåbt eller fremført rettidigt af de pågældende parter.«

Forordning (EF) nr. 2868/95

6 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), som ændret ved Kommissionens forordning (EF) nr. 1041/2005 af 29. juni 2005 (EUT L 172, s. 4, herefter »forordning nr. 2868/95«), har følgende ordlyd:

»Skal den indsigende part godtgøre, at brug har fundet sted, eller at der foreligger rimelig grund til manglende brug, opfordrer [Harmoniseringskontoret] vedkommende til inden for en af [Harmoniseringskontoret] fastsat frist at fremlægge fornødent bevis. Fremlægger den indsigende part ikke sådant bevis inden for den fastsatte frist, afviser [Harmoniseringskontoret] indsigelsen.«

Sagens baggrund

7 Sagens baggrund blev i den appellerede doms præmis 1-12 fremstillet som følger:

»1 Den 31. oktober 2003 indgav [New Yorker Jeans] en EF-varemærkeansøgning til Harmoniseringskontoret i henhold til forordning (EF) nr. 40/94 […].

2 Det varemærke, der er søgt registreret, er ordmærket FISHBONE.

3 De varer, som registreringsansøgningen vedrører, henhører bl.a. under klasse 18 og 25 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret […]

[…]

5 Den 28. januar 2005 […] rejste Vallis K.-Vallis A. […] indsigelse i henhold til artikel 42 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 41 i forordning nr. 207/2009) mod registreringen af det ansøgte varemærke for de ovenfor i præmis 3 nævnte varer på grundlag af:

— den græske registrering af figurmærket nr. 121579, der blev ansøgt om den 24. januar 1994 og registreret den 17. maj 1996 for varerne »T-shirts, badetøj« i Nice-arrangementets klasse 25 […]

[…]

7 Ved skrivelse af 5. april 2006 og på grundlag af den af [New Yorker Jeans] fremsatte ansøgning opfordrede Harmoniseringskontoret [Vallis K.-Vallis A.] til at fremlægge bevis for brug af det ældre nationale figurmærke i henhold til artikel 43 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 42 i forordning nr. 207/2009) senest den 6. juni 2006. Ved skrivelse af 6. juni 2006 fremlagde [Vallis K.-Vallis A.] beviser bestående af en erklæring på tro og love af 1. juni 2006, fakturaer og en række fotografier.

8 Ved skrivelse af 25. september 2006 gjorde [New Yorker Jeans] bl.a. gældende, at de fremlagte beviser ikke var tilstrækkelige til at godtgøre reel brug af det ældre varemærke. Ved skrivelse af 14. november 2006 opfordrede Harmoniseringskontoret [Vallis K.-Vallis A.] til at fremsætte bemærkninger hertil inden den 14. januar 2007.

9 Ved skrivelse indleveret til Harmoniseringskontoret den 15. januar 2007 fremsatte [Vallis K.-Vallis A.] bl.a. yderligere beviser bestående af kataloger fra 2000, 2001 og 2003.

10 Den 26. maj 2008 tog indsigelsesafdelingen i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009 indsigelsen til følge vedrørende en del af de omtvistede varer, nemlig »tasker, rygsække« i klasse 18 og alle varer i klasse 25. Med henblik på at fastslå, at der forelå en risiko for forveksling mellem de omtvistede varemærker, tog den navnlig hensyn til et af de ovenfor nævnte kataloger fra sommeren 2001.

11 Den 16. juli 2008 indgav [appellanten] en klage til Harmoniseringskontoret i henhold til artikel 57-62 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 58-64 i forordning nr. 207/2009) over indsigelsesafdelingens afgørelse.

12 Med [den omtvistede afgørelse] gav Første Appelkammer ved Harmoniseringskontoret delvist [appellanten] medhold i dennes klage, idet det forkastede indsigelsen for »tasker, rygsække« i klasse 18, og stadfæstede indsigelsesafdelingens afgørelse vedrørende varerne i klasse 25. Appelkammeret var af den opfattelse, dels at indsigelsesafdelingen med rette tog hensyn til de yderligere beviser, som blev fremlagt den 15. januar 2007, dels at der i sagen var tilstrækkeligt bevis for brugen af det ældre græske varemærke. […]«

Den appellerede dom

8 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 14. oktober 2009 anlagde New Yorker Jeans sag med påstand om omgørelse af den omtvistede afgørelse, idet klagen til appelkammeret tages til følge, og indsigelsen forkastes for så vidt angår varer i klasse 25. New Yorker Jeans nedlagde subsidiært påstand om, at appelkammerets afgørelse annulleres, for så vidt som den afslog klagen og stadfæstede afslaget på registreringsansøgningen for disse varer.

9 Til støtte for sin påstand gjorde New Yorker Jeans bl.a. et anbringende gældende, hvorefter der er sket tilsidesættelse af artikel 42, stk. 2 og 3, og artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 samt regel 22, stk. 2, andet punktum, i forordning nr. 2868/95. I denne forbindelse gjorde det gældende, at appelkammeret fejlagtigt havde fastslået, at indsigelsesafdelingen med rette kunne tage hensyn til de yderligere beviser for brug af det ældre varemærke, der var blevet fremlagt efter udløbet af den frist, som Harmoniseringskontoret havde fastsat i henhold til sidstnævnte bestemmelse.

10 Efter i den appellerede doms præmis 23 og 24 under henvisning til dom af 13. marts 2007, KHIM mod Kaul (sag C-29/05 P, Sml. I, s. 2213, præmis 42), at have bemærket, at det følger af artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009, at parternes fremlæggelse af kendsgerninger og beviser som udgangspunkt, og medmindre andet er fastsat, fortsat er mulig efter udløbet af de frister, som en sådan fremlæggelse er underlagt ved anvendelse af bestemmelserne i denne forordning, og at det på ingen måde er forbudt

for Harmoniseringskontoret at tage hensyn til kendsgerninger og beviser, som således er påberåbt eller fremført for sent, forkastede Retten New Yorker Jeans' anbringende, idet den i det væsentlige fastlog følgende i den appellerede doms præmis 25-34:

»25 […] regel 22, stk. 2, i forordning nr. 2868/95 bestemmer, at når den indsigende part i henhold til artikel 42, stk. 2 og 3, i forordning nr. 207/2009 skal fremlægge bevis for reel brug af det ældre varemærke, opfordrer Harmoniseringskontoret parten til at fremlægge beviset inden en af det fastsat frist. Regel 22, stk. 2, andet punktum, tilføjer, at fremlægger den indsigende part ikke sådant bevis inden for den fastsatte frist, afviser Harmoniseringskontoret indsigelsen.

26 Det følger af denne bestemmelses andet punktum, at en fremlæggelse af beviser for, at der er gjort brug af det ældre varemærke, efter udløbet af den frist, der er fastsat herfor, i princippet medfører, at indsigelsen forkastes, uden at Harmoniseringskontoret har en skønsmargen i denne henseende. […]

[…]

30 […][D]et må lægges til grund, at [Vallis K.-Vallis A.] ved inden for fristen, nemlig den 6. juni 2006, at have fremlagt relevante beviser, såsom en skriftlig erklæring på tro og love, fakturaer og fotografier, skal anses for at have overholdt fristen i henhold til regel 22, stk. 2, andet punktum, i forordning nr. 2868/95. Endvidere er det ikke omtvistet, at Harmoniseringskontoret efter [appellantens] bemærkninger om, at disse beviser ikke var tilstrækkelige, gav [Vallis K.-Vallis A.] mulighed for at fremsætte bemærkninger senest den 14. januar 2007. I denne forbindelse kunne indsigelsesafdelingen tage hensyn til de beviser, der blev fremlagt sammen med [Vallis K.-Vallis A.s] bemærkninger inden for denne frist.

31 Regel 22, stk. 2, i forordning nr. 2868/95 skal nemlig forstås således, at intet er til hinder for, at der tages hensyn til yderligere beviser, som blot supplerer andre beviser, der er fremlagt inden for fristen, eftersom de oprindelige beviser ikke er irrelevante, men blev anfægtet af den anden part som utilstrækkelige. En sådan betragtning, som på ingen måde gør ovennævnte regel overflødig, gælder så meget desto mere, eftersom [Vallis K.-Vallis A.] ikke misbrugte de fastsatte frister ved bevidst at anvende forhalende taktikker eller ved at udvise åbenbar forsømmelighed.

[…]

33 I denne sag, hvor de beviser, som [Vallis K.-Vallis A.] fremlagde efter den af indsigelsesafdelingen fastsatte frist, ikke var de oprindelige og eneste beviser for brug, men snarere beviser, der supplerede de relevante beviser, som var fremlagt inden for fristen, var det forhold, at ansøgeren anfægtede disse beviser, tilstrækkeligt til at begrunde [Vallis K.-Vallis A.s] fremlæggelse af yderligere beviser, da virksomheden fremsatte sine bemærkninger. Det forhold, at der blev taget hensyn til disse beviser, gjorde det muligt for indsigelsesafdelingen og efterfølgende appelkammeret at tage stilling til den reelle brug af det ældre varemærke på grundlag af alle relevante kendsgerninger og beviser.

34 […] [K]onklusionen, hvorefter indsigelsesafdelingen med rette tog hensyn til katalogerne, der blev fremlagt for den den 15. januar 2007, [forekommer] også at være i overensstemmelse med det mere generelle formål, der ligger bag indsigelsesproceduren, i forbindelse med hvilket artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 er blevet fortolket således, at der endog skal tages hensyn til beviser, der er blevet fremlagt for sent, forudsat at de forekommer at være relevante, og at det tidspunkt under proceduren, hvor de fremlægges, og omstændighederne i øvrigt ikke udelukker fremlæggelsen heraf.«

11 Eftersom Retten ligeledes forkastede de andre anbringender, som New Yorker Jeans havde påberåbt til støtte for søgsmålet, frifandt den Harmoniseringskontoret.

Parternes påstande for Domstolen

12 New Yorker Jeans har ved appellen nedlagt påstand om, at Domstolen ophæver den appellerede dom, og at selskabet gives medhold i de påstande, det har nedlagt i første instans. Det har desuden nedlagt påstand om, at Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale alle sagens omkostninger.

13 Harmoniseringskontoret har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og at New Yorker Jeans tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Appellen

Parternes argumenter

14 New Yorker Jeans har til støtte for appellen fremsat et eneste anbringende om tilsidesættelse af artikel 42, stk. 2 og 3, og artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 samt regel 22, stk. 2, i forordning nr. 2868/95.

15 Det har principalt gjort gældende, at Retten har tilsidesat disse bestemmelser ved at fastslå, at Harmoniseringskontoret med rette kunne tage hensyn til de yderligere beviser for brugen af det ældre varemærke, der var blevet fremlagt af Vallis K.-Vallis A. den 15. januar 2007.

16 New Yorker Jeans er af den opfattelse, at eftersom de beviser, der blev fremlagt inden for den af Harmoniseringskontoret oprindeligt fastsatte frit, ikke gjorde det muligt at godtgøre, at der forelå reel brug af det ældre varemærke, var Harmoniseringskontoret forpligtet til at afvise indsigelsen i henhold til regel 22, stk. 2, andet punktum, i forordning nr. 2868/95, idet der med denne bestemmelse er indført en undtagelse til reglen i artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009.

17 En sådan fortolkning stiller ikke indsigeren uretmæssigt ringere, eftersom den pågældende, inden indsigelsen blev rejst, vidste, at vedkommende efter anmodning eventuelt skulle bevise, at der var gjort reelt brug af den pågældendes ældre varemærke, da indsigelsen ellers vil blive forkastet, og idet vedkommende havde fået en tilstrækkelig lang frist med henblik herpå samt desuden havde andre muligheder for at søge om fristforlængelse. Denne part bevarede desuden retten til at fremsætte ugyldighedsbegæring vedrørende det nyregistrerede varemærke, såfremt den pågældendes indsigelse ville blive afvist.

18 New Yorker Jeans har med henvisning til præmis 44 i dommen i sagen KHIM mod Kaul subsidiært gjort gældende, at selv om det antages, at fremlæggelsen af yderligere beviser er berettiget, har Retten tilsidesat reglen i artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009, hvorefter Harmoniseringskontoret er forpligtet til at undersøge, om de for sent fremførte elementer er relevante, og om tidspunktet for proceduren, hvorpå denne sene fremsættelse sker, ikke er til hinder for en sådan hensyntagen. Harmoniseringskontoret har i denne henseende overskredet sin skønsmæssige beføjelse og tilsidesat sin forpligtelse til at sikre, at sagen forløber tilfredsstillende, ved ikke at have undersøgt, om der forligger nye oplysninger, som kan berettige den sene fremlæggelse, idet den anden parts anfægtelse af de af indsigeren fremlagte beviser ikke udgør en sådan ny oplysning.

19 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at Retten i den appellerede dom har foretaget en korrekt fortolkning af regel 22, stk. 2, i forordning nr. 2868/95, idet den anså, at når de relevante beviser for den reelle brug af varemærket er blevet fremlagt inden for den frist, der er fastsat i denne bestemmelse, således som det er tilfældet i den foreliggende sag, er denne bestemmelse ikke til hinder for, at der fremlægges yderligere beviser for denne brug.

20 En sådan fortolkning af regel 22, stk. 2, er desuden i overensstemmelse med de principper, som Domstolen har fastslået i dommen i sagen KHIM mod Kaul, og godkendelsen af disse yderligere beviser opfylder i almindelighed de i denne dom fastsatte kriterier.

Domstolens bemærkninger

21 Hvad for det første angår det principale led i New Yorker Jeans' anbringende skal det indledningsvis bemærkes, at artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 bestemmer, at Harmoniseringskontoret kan se bort fra kendsgerninger og beviser, som ikke er påberåbt eller fremført rettidigt af de pågældende parter.

22 Som fastslået af Domstolen følger det af denne bestemmelses ordlyd, at parternes fremlæggelse af kendsgerninger og beviser som udgangspunkt, og medmindre andet er fastsat, fortsat er mulig efter udløbet af de frister, som en sådan fremlæggelse er underlagt ved anvendelse af bestemmelserne i forordning nr. 207/2009, og at det på ingen måde er forbudt for Harmoniseringskontoret at tage hensyn til kendsgerninger og beviser, som således er påberåbt eller fremført for sent (dommen i sagen KHIM mod Kaul, præmis 42).

23 Ved at præcisere, at Harmoniseringskontoret i sådanne tilfælde »kan« beslutte at se bort fra sådanne kendsgerninger og beviser, giver denne bestemmelse således Harmoniseringskontoret en vid skønsmargen med hensyn til at afgøre – med en begrundelse herfor – om der skal tages hensyn til disse (dommen i sagen Kaul mod KHIM, præmis 43).

24 Hvad nærmere bestemt angår fremlæggelsen af beviser for den reelle brug af det ældre varemærke inden for rammerne af indsigelsessager skal det bemærkes, at selv om artikel 42, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 bestemmer, at på begæring af ansøgeren skal indehaveren af et varemærke, der har rejst indsigelse, godtgøre, at der er gjort reel brug heraf, da indsigelsen i mangel på en sådan godtgørelse ellers forkastes, indeholder forordningen ikke nogen bestemmelse, der præciserer fristen for, hvornår sådanne beviser skal fremlægges.

25 Regel 22, stk. 2, i forordning nr. 2868/95 bestemmer derimod, at såfremt der er indgivet en sådan begæring, opfordrer Harmoniseringskontoret indehaveren af det ældre varemærke til at godtgøre, at brug af varemærket har fundet sted, eller at der foreligger rimelig grund til manglende brug inden for en af Harmoniseringskontoret fastsat frist.

26 I det foreliggende tilfælde har indsigelsesafdelingen ved Harmoniseringskontoret anvendt sidstnævnte bestemmelser og pålagt Vallis K.-Vallis A. en frist med henblik på fremlæggelse af et sådant bevis. Det er desuden ubestridt, at Vallis K.-Vallis A. har fremlagt diverse beviser for brug af det ældre varemærke inden for denne frist.

27 Det skal dernæst bemærkes, at regel 22, stk. 2, ligeledes i andet punktum, præciserer, at såfremt et sådant bevis ikke fremlægges inden for den af Harmoniseringskontoret fastsatte frist, afvises indsigelsen.

28 Selv om det er korrekt, at det i denne forbindelse fremgår af bestemmelsens ordlyd, at når der ikke er fremlagt noget bevis for brugen af det omhandlede varemærke inden for den af Harmoniseringskontoret fremsatte frist, afviser Harmoniseringskontoret indsigelsen ex-officio, kan den samme konklusion ikke drages, når der er fremlagt beviser for en sådan brug inden for denne frist.

29 I sådanne tilfælde, og såfremt det ikke fremgår, at beviserne er irrelevante med henblik på at godtgøre, at der er gjort reel brug af varemærket, må sagen fortsætte. Harmoniseringskontoret skal således, som det fremgår af artikel 42, stk. 1, i forordning nr. 207/2009, opfordre parterne til at udtale sig om meddelelser fra de øvrige parter eller fra Harmoniseringskontoret selv. Hvis indsigelsen endnu engang

afvises, idet der ikke er fremlagt tilstrækkeligt bevis på brug af det ældre varemærke, afvises indsigelsen ikke i henhold til regel 22, stk. 2, i forordning nr. 2868/95, der er af ren formel karakter, men udelukkende ved anvendelse af den materielle bestemmelse i artikel 42, stk. 2, i forordning nr. 207/2009.

30 Det fremgår af det anførte, som Retten korrekt fastslog i den appellerede dom, at når der som i det foreliggende tilfælde er fremlagt beviser, der anses for relevante med henblik på at godtgøre reel brug af det omhandlede varemærke inden for den frist, der er fastsat af Harmoniseringskontoret i medfør af regel 22, stk. 2, i forordning nr. 2868/95, kan der fremlægges yderligere beviser for en sådan brug efter udløbet af denne frist. I et sådant tilfælde og som korrekt fastslået af Retten er det på ingen måde forbudt for Harmoniseringskontoret i medfør af den skønsbeføjelse, det er tillagt ved artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009, at tage hensyn til beviser, som er fremført for sent, således som anført i denne doms præmis 22 og 23.

31 Heraf følger, at det principale led i det eneste påberåbte anbringende skal forkastes.

32 New Yorker Jeans har for det andet med anbringendets subsidiære led gjort gældende, at Retten undlod at sanktionere Harmoniseringskontorets misbrug af sin skønsbeføjelse i det foreliggende tilfælde, henset til, at det undlod at efterprøve, om de for sent fremførte elementer var relevante, og om tidspunktet for proceduren, hvorpå denne sene fremsættelse skete, ikke var til hinder for en sådan hensyntagen.

33 Hvad angår Harmoniseringskontorets udøvelse af denne skønsbeføjelse med henblik på en eventuel hensyntagen til for sent fremlagte beviser skal det bemærkes, at Domstolen allerede har fastslået, at en sådan hensyntagen fra Harmoniseringskontorets side, når det skal træffe afgørelse i forbindelse med en indsigelsessag, navnlig kan være berettiget, når Harmoniseringskontoret er af den opfattelse, at de for sent fremførte elementer for en umiddelbar betragtning kan have en afgørende betydning for udfaldet af indsigelsen og tidspunktet for proceduren, hvorpå denne sene fremførelse sker, og omstændighederne omkring den ikke er til hinder for en sådan hensyntagen (dommen i sagen Kaul mod KHIM, præmis 44).

34 I denne forbindelse fremgår det imidlertid af Rettens bemærkninger, bl.a. i den appellerede som præmis 33 og 34, at denne hensyntagen til de elementer, som Vallis K.-Vallis A. fremførte for sent som tillæg til de relevante beviser, virksomheden indledningsvis fremlagde, gjorde det muligt for indsigelsesafdelingen og efterfølgende appelkammeret at tage stilling til den reelle brug af det ældre varemærke på grundlag af alle relevante kendsgerninger og beviser, og at tidspunktet for proceduren, hvorpå denne sene fremlæggelse af de yderligere beviser skete, og omstændighederne omkring disse ikke var til hinder for en sådan fremlæggelse.

35 Eftersom det er ubestridt, at en hensyntagen til de yderligere beviser, som blev fremlagt for sent, gjorde det muligt for Harmoniseringskontoret at begrunde en reel brug af det omtvistede varemærke, kan der ikke gives medhold i New Yorker Jeans' argument om, at denne instans ikke havde undersøgt, om disse beviser var relevante.

36 Det skal desuden bemærkes, at Retten i den appellerede doms præmis 31 konstaterede, at Vallis K.-Vallis A. ikke havde misbrugt de fastsatte frister ved bevidst at anvende forhalende taktikker eller ved at udvise åbenbar forsømmelighed, men at denne part blot havde fremlagt yderligere beviser, efter at de relevante beviser, som den oprindeligt havde fremlagt, var blevet bestridt af New Yorker Jeans.

37 De forskellige konstateringer, som Retten har foretaget, og som er blandt dem, der ifølge præmis 28 i den appellerede dom bevirkede, at New Yorker Jeans' argumentation, hvorefter appelkammeret med urette havde konkluderet, at indsigelsesafdelingen i den foreliggende sag kunne tage hensyn til de kataloger, som var fremlagt for sent, er således ikke behæftet med nogen retlig fejl.

38 Heraf følger, at det eneste påberåbte anbringendes subsidiære led, hvormed appellanten kritiserer Retten for at have undladt at sanktionere Harmoniseringskontorets påståede misbrug af den skønsbeføjelse, det er tillagt i henhold til artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009, ikke kan tages til følge.

39 Det eneste appelanbringende forkastes således, da ingen af dets to led er velbegrundede.

Sagens omkostninger

40 I henhold til procesreglementets artikel 184, stk. 2, træffer Domstolen afgørelse om sagens omkostninger, såfremt appellen forkastes.

41 I medfør af procesreglementets artikel 138, stk. 1, som i henhold til dets artikel 184, stk. 1, finder anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Harmoniseringskontoret har nedlagt påstand om, at New Yorker Jeans pålægges at betale sagens omkostninger, og da det har tabt sagen, bør det pålægges New Yorker Jeans at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Fjerde Afdeling):

1) Appellen forkastes.

2) New Yorker SHK Jeans GmbH & Co. KG betaler sagens omkostninger.

Underskrifter