RETTENS DOM (Første Afdeling)

10. juli 2006 *

I sag T-323/03,

La Baronia de Turis, Cooperativa Valenciana, Turís (Spanien), ved avocat J. Carreño Moreno,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved S. Petrequin og A. Folliard-Monguiral, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

* Processprog: fransk.

den anden part i sagen for appelkammeret ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) og intervenient ved Retten:

Baron Philippe de Rothschild SA, Pauillac (Frankrig), ved avocat K. Manhaeve,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 9. juli 2003 af Andet Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 57/2003-2) vedrørende en indsigelsessag mellem La Baronia de Turis, Cooperativa Valenciana og Baron Philippe de Rothschild SA,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Første Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J.D. Cooke, og dommerne R. García-Valdecasas og V. Trstenjak,

justitssekretær: fuldmægtig J. Plingers,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 17. november 2005,

afsagt følgende

Dom

Retsforskrifter

1 Artikel 59, artikel 62, stk. 1, og artikel 74 i Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret, bestemmer:

»*Artikel 59*

Klagefrist og klagens form

Klagen [for appelkammeret] skal indgives skriftligt til [Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design)] inden to måneder efter den dato, på hvilken der er givet meddelelse om den afgørelse, der påklages. Klagen anses først for indgivet, når klagegebyret er betalt. Inden fire måneder efter den dato, på hvilken der er givet meddelelse om afgørelsen, skal der indgives en skriftlig begrundelse for klagen.

[...]

Artikel 62

Afgørelse af klagen

1. Efter at have realitetsbehandlet sagen træffer appelkammeret afgørelse om klagen. Appelkammeret kan enten omgøre den af afdelingen trufne afgørelse eller hjemvise sagen til videre behandling i den pågældende afdeling.

[...]

Artikel 74

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.«

Sagens baggrund

2 Den 26. januar 2001 indgav Baron Philippe de Rothschild SA (herefter »intervenienten«) i medfør af forordning nr. 40/94 en EF-varemærkeansøgning til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«).

3 Varemærket, der er søgt registreret, er ordmærket LA BARONNIE. Den 23. juli 2001 blev varemærkeansøgningen offentliggjort i *EF-varemærketidende*.

4 De varer, som registreringsansøgningen vedrører, henhører under klasse 33 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: »alkoholholdige drikke (dog ikke øl)«.

5 Den 2. oktober 2001 rejste La Baronia de Turis, Cooperativa Valenciana indsigelse mod registreringen af det ansøgte EF-varemærke. Indsigelsen vedrørte alle de varer, der var omfattet af EF-varemærkeansøgningen.

6 Den begrundelse, der var anført til støtte for indsigelsen, var risikoen for forveksling i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 mellem det ansøgte varemærke og et ældre varemærke, som sagsøgeren er indehaver af. Det pågældende ældre varemærke er ordmærket BARONIA, der er registreret i Spanien den 3. november 1976 under nummer 699.163/7. De varer, for hvilke det ældre varemærke er registreret, henhører under klasse 33 og svarer til følgende beskrivelse: »alle former for vin«.

7 Indsigelsen var ligeledes støttet på artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94. I denne henseende påberåbte sagsøgeren sig under indsigelsesformularens rubrik 99 med overskriften »Forklaring af begrundelsen« ligeledes de enerettigheder, der er knyttet til selskabets firmanavn La Baronia de Turis, Coop. V. Sagsøgeren havde derimod ikke udfyldt indsigelsesformularens rubrik 82-85 og 97, hvori indsigeren i overensstemmelse med artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 har mulighed for som retligt grundlag for indsigelsen at påberåbe sig, at der foreligger et ældre tegn, der er gjort til genstand for erhvervsmæssig brug.

8 Den 28. januar 2002 fremlagde sagsøgeren dokumenter, der havde til formål at bevise, at der var gjort brug af det ældre varemærke, nemlig følgende: et diplom for tildeling af guldmedaljen ved den internationale udstilling i Barcelona i 1929, en kopi af en lotteriseddel fra 1946, fire kopier af udaterede etiketter, fem etiketprøver, hvoraf én var dateret i 2000, to kopier af etiketter fra 1929, en brochure over BARONIA-vin, to kopier af et reklamefotografi, der blev anvendt på busserne i Spanien i 1984, en udateret kopi af et fotografi af vinflasker, en udateret kopi af en artikel om vin og en udateret kopi af etiketter til vinflasker.

9 Ved skrivelse af 5. juli 2002 rettede intervenienten henvendelse til Indsigelsesafdelingen ved Harmoniseringskontoret for i overensstemmelse med artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 at anmode om, at sagsøgeren godtgjorde, at der var gjort brug af det ældre varemærke, som indsigelsen var støttet på. I skrivelsen præciserede intervenienten følgende:

»Vi anmoder om, at indsigeren godtgør, at der er gjort brug af det varemærke, der er påberåbt til støtte for indsigelsen, i løbet af de sidste fem år. De dokumenter, som sagsøgeren fremsendte den 4. april 2002, beviser ikke, at der er gjort en faktisk brug af varemærket, og hidrører ikke fra den pågældende periode.«

10 Den 9. juli 2002 anmodede Harmoniseringskontoret sagsøgeren om at føre dette bevis inden den 10. september 2002, idet Harmoniseringskontoret præciserede, at sagsøgerens indsigelse ville blive forkastet for alle de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det ikke blev godtgjort, at der var gjort brug af det ældre varemærke. Sagsøgeren fremlagde ikke nye dokumenter.

11 Den 19. november 2002 forkastede Indsigelsesafdelingen indsigelsen med den begrundelse, at beviserne var utilstrækkelige til at godtgøre, at der var gjort reel brug af varemærket BARONIA inden for de seneste fem år forud for EF-varemærkeansøgningen. Indsigelsesafdelingen anførte, at det var åbenbart, at diplomet, lotterisedlen og etiketterne fra 1929 ikke vedrørte referenceperioden fra den 23. juli 1996 til den 23. juli 2001, og at de øvrige dokumenter ikke indeholdt tidsmæssige oplysninger eller oplysninger om, i hvilket omfang der var gjort brug af det ældre varemærke for de registrerede varer. For så vidt angik referenceperioden var der ifølge Indsigelsesafdelingen kun en enkelt etiket dateret i 2000. Med hensyn til brugens omfang konstaterede afdelingen, at der ikke kunne udledes nogen kvantitetsmæssige oplysninger af de fremlagte dokumenter. Hvad angik det anbringende, der var støttet på artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, forkastede Indsigelsesafdelingen indsigelsen med den begrundelse, at sagsøgeren ikke i tilstrækkelig grad havde godtgjort, at der var gjort reel brug — hvis rækkevidde ikke blot var lokal — af firmanavnet La Baronia de Turis, Coop. V. i erhvervsmæssig henseende på tidspunktet for indgivelsen af EF-varemærkeansøgningen. Indsigelsesafdelingen anførte, at der på samme måde ikke kunne udledes nogen oplysninger om omfanget af, tidspunktet for og varigheden af brugen af dette tegn af de dokumenter, der var blevet fremlagt.

12 Den 8. januar 2003 påklagede sagsøgeren Indsigelsesafdelingens afgørelse. Til støtte for klagen fremlagde sagsøgeren nye beviser i form af et officielt bekræftet dokument, der attesterer, at sagsøgeren er kendt under navnet »La Baronia de Turis, Coop. V.«, et officielt bekræftet dokument, der attesterer, at der bliver markedsført vinflasker under varemærket BARONIA, fakturaer, der er dateret fra 1993 til 2002 og udstedt for varer under varemærket BARONIA af sagsøgerens leverandører, fakturaer udstedt af sagsøgeren til flere kunder for salget af vin markedsført under varemærket BARONIA i perioden fra 1996 til 2002 samt en lang række fakturaer

udstedt af sagsøgeren og dateret fra 1999 til 2002, som henviser til salget af vin påført varemærket BARONIA.

13 Ved afgørelse af 9. juli 2003 (sag R 57/2003-2, herefter »den anfægtede afgørelse«) afslog Andet Appelkammer ved Harmoniseringskontoret klagen. Appelkammeret stadfæstede den bevisvurdering, Indsigelsesafdelingen havde foretaget, samt de konsekvenser, som sidstnævnte havde draget heraf med hensyn til de utilstrækkelige beviser for brug. Med hensyn til indsigelsen, der var støttet på firmanavnet, fandt appelkammeret, at indsigelsen kunne antages til realitetsbehandling, men gav ikke medhold heri med den begrundelse, at indsigeren ikke i tilstrækkelig grad havde godtgjort, at der var gjort brug af firmanavnet, og ikke havde redegjort for de nationale lovbestemmelser, der fandt anvendelse. For så vidt angik de beviser, der var blevet fremlagt for første gang i klagesagen, afviste appelkammeret at tage hensyn til dem, da de var blevet fremlagt efter udløbet af den af Indsigelsesafdelingen fastsatte frist.

Retsforhandlinger og parternes påstande

14 Ved stævning modtaget af Rettens Justitskontor den 12. september 2003 har sagsøgeren anlagt nærværende sag.

15 Harmoniseringskontoret og intervenienten har indleveret deres svarskrifter til Rettens Justitskontor henholdsvis den 19. marts 2004 og den 8. marts 2004.

16 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Første Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling.

17 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret Rettens spørgsmål under retsmødet den 17. november 2005.

18 Sagsøgeren har i det væsentlige nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Ansøgningen om registrering af EF-varemærket LA BARONNIE afslås.

19 I retsmødet har sagsøgeren givet afkald på de begæringer om bevisoptagelse, der fremgår af stævningen, bortset fra begæringen om, at det pålægges Oficina Española de Patentes y Marcas (det spanske patent- og varemærkekontor, herefter »OEPM«) at præcisere varemærket BARONIA's nuværende status og at oplyse, hvilken dokumentation der blev fremlagt for kontoret til støtte for ansøgningen om fornyelse af registrering nr. 699.163/7.

20 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

21 Intervenienten har i det væsentlige nedlagt følgende påstande:

— Harmoniseringskontoret frifindes.

— Appelkammerets afgørelse annulleres, for så vidt som det herved blev fastslået, at sagsøgerens indsigelse på grundlag af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 kunne antages til realitetsbehandling, og det fastslås følgelig, at indsigelsen ikke kan antages til realitetsbehandling, i det omfang den er støttet på denne bestemmelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

Påstanden om, at registrering af det ansøgte EF-varemærke afslås

22 Med sin anden påstand har sagsøgeren i det væsentlige anmodet Retten om at give afslag på registrering af det ansøgte varemærke.

23 I den forbindelse bemærkes, at Harmoniseringskontoret ifølge artikel 63, stk. 6, i forordning nr. 40/94 skal træffe de foranstaltninger, der er nødvendige til opfyldelse

af Fællesskabets retsinstansers afgørelse. Det tilkommer derfor ikke Retten at give Harmoniseringskontoret et pålæg. Det påhviler nemlig dette at drage konsekvenserne af konklusionen og præmisserne i Rettens domme (Rettens dom af 31.1.2001, sag T-331/99, Mitsubishi HiTec Paper Bielefeld mod KHIM (Giroform), Sml. II, s. 433, præmis 33, af 27.2.2002, sag T-34/00, Eurocool Logistik mod KHIM (EUROCOOL), Sml. II, s. 683, præmis 12, og af 3.7.2003, sag T-129/01, Alejandro mod KHIM — Anheuser-Busch (BUDMEN), Sml. II, s. 2251, præmis 22).

24 Sagsøgerens påstand om, at Retten afslår ansøgningen om registrering af EF-varemærket LA BARONNIE, skal følgelig afvises.

Intervenientens påstand om delvis annullation af den anfægtede afgørelse

25 Med sit andet anbringende har intervenienten anmodet Retten om at annullere appelkammerets afgørelse, for så vidt som det herved blev fastslået, at sagsøgerens indsigelse på grundlag af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 kunne antages til realitetsbehandling, og følgelig om at fastslå, at indsigelsen ikke kan antages til realitetsbehandling, i det omfang den er støttet på denne bestemmelse.

26 Det bemærkes, at det følger af artikel 134, stk. 3, i Rettens procesreglement, at en intervenient, der har været part i sagen for appelkammeret, i sit svarskrift kan nedlægge påstand om ophævelse eller omgørelse af appelkammerets afgørelse på et punkt, der ikke er nævnt i stævningen, og fremkomme med anbringender, der ikke er nævnt i stævningen. Intervenientens anden påstand kan derfor antages til realitetsbehandling.

27 Intervenienten har gjort gældende, at sagsøgeren har udfyldt indsigelsesformularen forkert, navnlig de dele af formularen, der vedrører den retlige begrundelse, som indsigelsen er støttet på. Nærmere bestemt har intervenienten anført, at sagsøgeren har undladt at sætte kryds i rubrik 82-85 og 97 vedrørende den omstændighed, at der foreligger et firmanavn, der skal betragtes som et ældre tegn, som er gjort til genstand for erhvervsmæssig brug. Intervenienten har tilføjet, at selv om sagsøgeren henviste til tilstedeværelsen af selskabets firmanavn La Baronia de Turis, Coop. V. i indsigelsesformularens rubrik 99 med overskriften »Forklaring af begrundelsen«, fremgår det af sagsøgerens oplysninger, at retsgrundlaget for indsigelsen var artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Intervenienten er af den opfattelse, at indsigelsen, i det omfang den er støttet på artikel 8, stk. 4, litra b), i forordning nr. 40/94, ikke opfylder betingelserne i henhold til reglerne om formalitetskravene til indsigelsesskrivelser. Intervenienten har på dette grundlag konkluderet, at appelkammeret burde have afvist at realitetsbehandle indsigelsen, for så vidt som den var støttet på firmanavnet La Baronia de Turis, Coop. V.

28 Retten bemærker, at det følger af regel 18, stk. 1, i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 40/94 (EFT L 303, s. 1), at Harmoniseringskontoret afviser indsigelsen, hvis det ikke »fremgår [...] entydigt af indsigelsesskrivelsen [...], hvilken ældre ret indsigelsen rejses på grundlag af«.

29 Selv om det i det foreliggende tilfælde er ubestridt, at sagsøgeren undlod at sætte kryds i indsigelsesformularens rubrik 82-85 og 97, hvori indsigeren har mulighed for som retligt grundlag for indsigelsen at påberåbe sig, at der foreligger et ældre tegn, der er gjort til genstand for erhvervsmæssig brug, er det ligeledes ubestridt, at sagsøgeren i rubrik 99 påberåbte sig den beskyttelse, der er knyttet til brugen af selskabets firmanavn La Baronia de Turis, Coop. V.

30 Desuden ligger det fast, at Harmoniseringskontoret aldrig har fastslået, at indsigelsesskrivelsen var uprecis med hensyn til påberåbelsen af firmanavnet La Baronia de Turis, Coop. V. som grundlag for indsigelsen, og dette uanset de argumenter, intervenienten gjorde gældende i denne henseende i sin skrivelse af

5. juli 2002. Harmoniseringskontorets skrivelse af 9. juli 2002, der havde til formål at give sagsøgeren meddelelse om intervenientens anmodning, hvorved der blev krævet bevis for, at der var gjort reel brug af varemærket BARONIA, indeholdt således ikke nogen anmodning om en forklaring vedrørende dette punkt.

31 Følgelig var det med rette, at det i den anfægtede afgørelse blev fastslået, at indsigelsen kunne antages til realitetsbehandling, for så vidt som den i henhold til artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 var støttet på brugen af firmanavnet La Baronia de Turis, Coop. V.

32 Intervenientens anden påstand skal derfor forkastes som ugrundet.

Påstanden om annullation af den anfægtede afgørelse

33 Sagsøgeren har i det væsentlige gjort tre anbringender om annullation gældende. Det første anbringende vedrører tilsidesættelse af bestemmelserne i artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 og af regel 22, stk. 1, i forordning nr. 2868/95. Med sit andet og tredje anbringende har sagsøgeren påberåbt sig tilsidesættelse af henholdsvis artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 og artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

34 Med det første anbringende har sagsøgeren for det første i det væsentlige gjort gældende, at de beviser, selskabet fremlagde for Indsigelsesafdelingen, var tilstrækkelige til at godtgøre, at der var gjort reel brug af selskabets ældre varemærke, og at der var gjort brug af firmanavnet La Baronia de Turis, Coop. V., og har for det andet hævdet, at appelkammeret tilsidesatte sin forpligtelse til at vurdere de beviser, sagsøgeren fremsendte for første gang som bilag til den skriftlige begrundelse for klagen.

1. Spørgsmålet om, hvorvidt de for Indsigelsesafdelingen fremlagte beviser var tilstrækkelige

— Parternes argumenter

35 Sagsøgeren er af den opfattelse, at den anfægtede afgørelse udgør en tilsidesættelse af de bestemmelser, der finder anvendelse på beviset for brugen af det ældre varemærke, og har påberåbt sig artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 samt regel 16, stk. 2, regel 22, stk. 1, og regel 92, stk. 1, i forordning nr. 2868/95. Ifølge sagsøgeren var de beviser, som var vedlagt indsigelsesskrivelsen, tilstrækkelige til at godtgøre, at der var gjort faktisk brug af det varemærke, der er omfattet af den spanske registrering nr. 699.163/7, da de klart viste, at sagsøgeren i mere end 75 år uophørligt har anvendt betegnelsen BARONIA til at markedsføre vin i alle klasser. Desuden udgør de formkrav til fornyelse af registreringen, som sagsøgeren har opfyldt, bevis for, at dette varemærke stadig er gældende.

36 Sagsøgeren har særligt fremhævet det spanske registreringsbevis nr. 699.163/7, der viser, at registreringsansøgningen blev indgivet den 16. januar 1973, og at varemærket BARONIA blev fornyet den 25. oktober 1996. Sagsøgeren har præciseret, at det i medfør af den spanske varemærkelovgivning er absolut nødvendigt for at opnå en fornyelse af et varemærke at godtgøre, at der er gjort brug af det pågældende varemærke i årene umiddelbart forud for tidspunktet for indgivelsen af ansøgningen om fornyelse. Registreringsbevis nr. 699.163/7 godtgør derfor uomtvisteligt, at der er gjort brug af det påberåbte ældre varemærke.

37 Harmoniseringskontoret og intervenienten er af den opfattelse, at appelkammerets vurdering af, at de beviser, der blev fremlagt for Indsigelsesafdelingen, var utilstrækkelige, er velbegrundet.

38 Harmoniseringskontoret er ligeledes af den opfattelse, at det var med rette, at Harmoniseringskontorets instanser afviste alle dokumenter, der var dateret før referenceperioden. For så vidt angik de øvrige dokumenter har Harmoniseringskontoret anført, at de — bortset fra en enkelt etiket dateret i 2000 — ikke var dateret og ikke gjorde det muligt at afgøre, om de vedrørte den relevante periode. Desuden gjorde disse dokumenter det ikke muligt at fastlægge omfanget af brugen af det ældre varemærke, eftersom ingen af dem i det foreliggende tilfælde angav antallet af solgte vinflasker.

39 Med hensyn til bevisværdien af det spanske registreringsbevis nr. 699.163/7 har Harmoniseringskontoret anført, at OEPM ved fornyelsen af en registrering stiller sig tilfreds med en erklæring på tro og love fra den berørte virksomhed og ikke foretager nogen efterprøvelse af, om der er gjort faktisk brug af det varemærke, der er ansøgt fornyet. Registreringsbeviset udgør i bedste fald kun et indicium for faktisk og reel brug, der ikke er underbygget af noget konkret bevis, som kan efterprøves.

40 Intervenienten har tilføjet, at sagsøgeren hverken har godtgjort, at de betingelser, som angiveligt pålægges i medfør af spansk lovgivning for at opnå fornyelse af en registrering, er til stede, eller har ført bevis for, hvilke dokumenter selskabet fremlagde for OEPM. Intervenienten har ligeledes præciseret, at selv hvis der skal tages hensyn til fornyelsen af varemærket, der fandt sted den 25. oktober 1996, kan sagsøgeren kun gøre gældende, at der er gjort reel brug af selskabets varemærke i en periode på tre måneder ud af den samlede periode på fem år, der er relevant.

— Rettens bemærkninger

41 Ifølge fast retspraksis er reel brug af et varemærke en faktisk brug, der ikke alene har til formål at bevare de rettigheder, der er knyttet til varemærket. Brugen skal være i overensstemmelse med varemærkets væsentligste funktion, som er at garantere oprindelsen af en vare eller en tjenesteydelse, således at forbrugeren eller den endelige bruger bliver i stand til uden risiko for forveksling at adskille varen eller tjenesteydelsen fra varer eller tjenesteydelser med en anden oprindelse. Beskyttelsen

af varemærket, og de retsvirkninger, som registreringen af varemærket har i forhold til tredjemand, kan ikke opretholdes, hvis varemærket har mistet sin handelsmæssige begrundelse, som er at skabe eller bevare en afsætningsmulighed for de varer eller tjenesteydelser, som er forsynet med det tegn, som udgør varemærket, i forhold til de varer eller tjenesteydelser, der stammer fra andre virksomheder (Rettens dom af 8.7.2004, sag T-334/01, MFE Marienfelde mod KHIM — Vétoquinol (HIPOVITON), Sml. II, s. 2787, præmis 33; jf. ligeledes analogt Domstolens dom af 11.3.2003, sag C-40/01, Ansul, Sml. I, s. 2439, præmis 36, 37 og 43).

42 En brug af varemærket, der ikke i det væsentlige har til formål at skabe eller bevare markedsandele for de varer og/eller tjenesteydelser, som det beskytter, skal betragtes som brug, der i virkeligheden har til formål at imødegå en eventuel begæring om fortabelse. En sådan brug kan ikke betegnes som »reel« (jf. analogt Domstolens kendelse af 27.1.2004, sag C-259/02, La Mer Technology, Sml. I, s. 1159, præmis 26).

43 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 (HIPOVITON-dommen, præmis 34; jf. ligeledes analogt Ansul-dommen, præmis 43).

44 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. Jo mere det handelsmæssige omfang af brugen af

varemærket er begrænset, jo mere nødvendigt er det således, 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 (HIPOVITON-dommen, præmis 35 og 37).

45 I det foreliggende tilfælde var det med rette, at Harmoniseringskontorets instanser anså de for Indsigelsesafdelingen fremlagte beviser for, at der var gjort brug af varemærket BARONIA inden for perioden på fem år forud for indgivelsen af intervenientens EF-varemærkeansøgning, for utilstrækkelige. Indsigelsesafdelingen anførte korrekt, at det var åbenbart, at diplomet, lotterisedlen og etiketterne fra 1929 ikke vedrørte referenceperioden fra den 23. juli 1996 til den 23. juli 2001, og at de øvrige dokumenter — dvs. de andre etiketter, brochuren over BARONIA-vin, fotografiet af vinflasker og avisartiklen — bortset fra ét ikke indeholdt tidsmæssige oplysninger eller oplysninger om, i hvilket omfang der var gjort brug af det ældre varemærke for de registrerede varer. For så vidt angår den periode, der skal tages i betragtning, er det eneste relevante dokument en etiket til vinflasker, der er dateret i 2000. Med hensyn til omfanget af brugen af det ældre varemærke kunne der, som Indsigelsesafdelingen med rette konstaterede, ikke udledes nogen kvantitetsmæssige oplysninger af de fremlagte dokumenter. En etiket giver således ikke i sig selv nogen oplysninger om salgsmængden.

46 Desuden har sagsøgeren ikke, som appelkammeret konstaterede i den anfægtede afgørelses punkt 19, ved at støtte sig på de fremlagte beviser redegjort for omfanget af brugen af varemærket BARONIA, navnlig med hensyn til salgsmængden, den geografiske udstrækning af salget — herunder navnlig antallet af distributører og distributionskanalerne — samt varigheden og hyppigheden af brugen af varemærket.

47 Fornyelsen af den spanske registrering nr. 699.163/7 og den omstændighed, at det i henhold til spansk lovgivning er påkrævet for at foretage fornyelse af en registrering,

at det godtgøres, at der er gjort brug af varemærket i årene umiddelbart forud for indgivelsen af ansøgningen om fornyelse, er ikke tilstrækkelige til at bevise, at der er gjort reel brug af det ældre varemærke efter den 25. oktober 1996, dvs. datoen for fornyelsen af den spanske registrering. Fornyelsen af den spanske registrering nr. 699.163/7 viser alene, at varemærket BARONIA fortsat var gældende i Spanien på det tidspunkt, hvor intervenienten indgav sin EF-varemærkeansøgning. Desuden har sagsøgeren ikke fremlagt nogen oplysninger om, hvilke dokumenter selskabet fremlagde for OEPM. Endelig og under alle omstændigheder fremlagde sagsøgeren ikke nogen oplysninger for Indsigelsesafdelingen, der kunne godtgøre, at der var gjort brug af selskabets varemærke BARONIA efter den 25. oktober 1996, dvs. datoen for fornyelsen af den spanske registrering.

48 Selv om det i øvrigt antages, at OEPM foretager en efterprøvelse af beviserne for, at der nyligt er gjort brug af det varemærke, der er ansøgt fornyet, kan en sådan omstændighed ikke fritage sagsøgeren fra sin forpligtelse til at føre bevis for, at der er gjort reel brug af de rettigheder, der anføres til støtte for selskabets indsigelse, når intervenienten har indgivet begæring herom. Fremsættelsen af en sådan begæring medfører således, at bevisbyrden for, at reel brug har fundet sted — eller for, at der foreligger rimelig grund til, at brug ikke har fundet sted — pålægges indsigeren, da indsigelsen ellers vil blive forkastet, og beviset skal fremlægges inden for en af Harmoniseringskontoret fastsat frist i overensstemmelse med regel 22 i forordning nr. 2868/95 (Rettens dom af 17.3.2004, forenede sager T-183/02 og T-184/02, El Corte Inglés mod KHIM — Gonzáles Cabello og Iberia Líneas Aéreas de España (MUNDICOR), Sml. II, s. 965, præmis 38).

49 Endelig skal det bemærkes, at lovligheden af appelkamrenes afgørelser udelukkende skal bedømmes på grundlag af forordning nr. 40/94, således som den er fortolket af Fællesskabets retsinstanser, og ikke på grundlag af tidligere afgørelsespraksis i en medlemsstat (Rettens dom af 9.7.2003, sag T-162/01, Laboratorios RTB mod KHIM — Giorgio Beverly Hills (GIORGIO BEVERLY HILLS), Sml. II, s. 2821, præmis 53).

50 Det må konkluderes, at sagsøgeren — henset til de beviser, der blev fremlagt for Indsigelsesafdelingen — hverken for Indsigelsesafdelingen eller for appelkammeret godtgjorde, at der var gjort reel brug af det ældre varemærke. Dette anbringendes første led skal derfor forkastes som ugrundet.

2. Formaliteten vedrørende de beviser, der blev fremlagt for første gang for appelkammeret

— Parternes argumenter

51 Sagsøgeren er af den opfattelse, at appelkammeret burde have godkendt de beviser, der blev fremlagt som bilag til den skriftlige begrundelse for klagen. Ifølge sagsøgeren var der ikke tale om nye dokumenter — som måtte afvises — men derimod om dokumenter, der supplerede de beviser, som rettidigt var blevet fremlagt for Indsigelsesafdelingen.

52 Harmoniseringskontoret har anført, at Rettens dom af 23. september 2003, Henkel mod KHIM — LHS (UK) (KLEENCARE) (sag T-308/01, Sml. II, s. 3253), ikke kan fortolkes således, at det er tilladt for en part at fremlægge oplysninger og beviser til støtte for indsigelsen for første gang — eller i givet fald for anden gang — for appelkammeret, når denne part ikke har overholdt den fastsatte frist for at indgive disse oplysninger og beviser til Indsigelsesafdelingen.

53 Harmoniseringskontoret er ligesom intervenienten af den opfattelse, at appelkammeret med føje fastslog, at beviserne ikke kunne antages til realitetsbehandling med den begrundelse, at de var blevet fremlagt efter udløbet af den frist, som Indsigelsesafdelingen havde givet sagsøgeren på grundlag af regel 22, stk. 1, i forordning nr. 2868/95 til at føre bevis for, at der var gjort brug af varemærket BARONIA. Harmoniseringskontoret har påberåbt sig den retspraksis, der blev fastslået i Rettens dom af 23. oktober 2002, Institut für Lernsysteme mod KHIM — Educational Services (ELS) (sag T-388/00, Sml. II, s. 4301), og har tilføjet, at sagsøgeren valgte ikke at supplere den dokumentation, som selskabet fremlagde den 28. januar 2002, selv om Harmoniseringskontoret udtrykkeligt havde anmodet sagsøgeren herom.

54 Harmoniseringskontoret har anført, at den omstændighed, at der i en inter partes-procedure er fastsat en frist i medfør af regel 22, stk. 1, i forordning nr. 2868/95, er til hinder for anvendelsen af den skønsmæssige beføjelse, som Harmoniseringskontoret i overensstemmelse med artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94 råder over med henblik på at godkende eller afvise beviser, der ikke er fremført rettidigt. Denne vurdering følger af selve ordlyden af bestemmelsen, der kun finder anvendelse, når beviser ikke er fremført »rettidigt«, og ikke når de er fremført »efter den fastsatte frist«. Desuden vil en mulighed for at fremføre beviser efter udløbet af den fastsatte frist medføre, at indsigelsessagerne forlænges, hvilket er uforeneligt med princippet om procesøkonomi. Følgelig er Harmoniseringskontoret af den opfattelse, at indbringelsen af en klage for appelkamrene ikke kan indebære, at de frister, der er fastsat af Indsigelsesafdelingen, begynder at løbe igen efter at være udløbet. Den omstændighed, at der er funktionel kontinuitet mellem Indsigelsesafdelingen og appelkamrene, er uden betydning for denne bedømmelse. Enhver anden fortolkning ville desuden være i strid med princippet om ligestilling af parterne og være til skade for den anden parts interesser.

55 Intervenienten har tilføjet, at selv om det antages, at de nye beviser for appelkammeret kan antages til realitetsbehandling, er de under alle omstændigheder ikke tilstrækkelige til at bevise, at der er gjort reel brug af varemærket BARONIA i den relevante periode. Fakturaerne vedrørende trykning af etiketter beviser ikke, hvor intensivt varer solgt under varemærket BARONIA er blevet markedsført. Der er kun et meget begrænset antal fakturaer, hvori den vin, der er solgt under dette varemærke, er nævnt, og det antal flasker, der er nævnt i disse fakturaer, begrænsede sig altid til højst nogle få dusin.

— Rettens bemærkninger

56 Artikel 62, stk. 1, i forordning nr. 40/94 bestemmer, at appelkammeret enten kan omgøre den af afdelingen trufne afgørelse eller hjemvise sagen til videre behandling i den pågældende afdeling. Det følger af denne bestemmelse samt af opbygningen af

forordning nr. 40/94, at appelkammeret, når det træffer afgørelse i en klagesag, er i besiddelse af de samme kompetencer som den afdeling, der har truffet den anfægtede afgørelse, og at appelkammerets prøvelse omfatter hele tvisten, sådan som den fremstår på tidspunktet for appelkammerets afgørelse.

57 Det fremgår ligeledes af denne bestemmelse samt af fast retspraksis, at der er funktionel kontinuitet mellem Harmoniseringskontorets forskellige instanser, dvs. mellem på den ene side undersøgeren, Indsigelsesafdelingen, afdelingen for administration af varemærker og for juridiske spørgsmål samt annullationsafdelingerne og på den anden side appelkamrene (jf. KLEENCARE-dommen, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis).

58 Det følger af denne funktionelle kontinuitet mellem Harmoniseringskontorets forskellige instanser, at appelkamrene i forbindelse med den fornyede behandling, de skal foretage af afgørelser, der er truffet af Harmoniseringskontorets førsteinstansafdelinger, er forpligtede til at støtte deres afgørelse på alle de faktiske og retlige elementer, som parterne har gjort gældende, dels i sagen for den afdeling, der har truffet afgørelse i første instans, dels i klagesagen (KLEENCARE-dommen, præmis 32, Rettens dom af 1.2.2005, sag T-57/03, SPAG mod KHIM — Dann og Backer (HOOLIGAN), Sml. II, s. 287, præmis 18, og af 9.11.2005, sag T-275/03, Focus Magazin Verlag mod KHIM — ECI Telecom (Hi-FOCuS), Sml. II, s. 4725, 37).

59 Følgelig kan appelkamrene — alene med forbehold for artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94 — tage klagen til følge på grundlag af nye faktiske omstændigheder, der er gjort gældende af den part, som har indgivet klagen, eller på grundlag af nye beviser, der er fremlagt af denne part (Rettens dom af 3.12.2003, sag T-16/02, Audi mod KHIM (TDI), Sml. II, s. 5167, præmis 81, og KLEENCARE-dommen, præmis 26). Den kontrol, som appelkamrene udøver, er ikke begrænset til en efterprøvelse af lovligheden af den anfægtede afgørelse, men indebærer som følge af klagesagens overførende virkning en ny bedømmelse af tvisten som helhed, idet appelkamrene i det hele skal foretage en fornyet behandling af den oprindelige begæring og tage hensyn til de beviser, der er fremført rettidigt.

60 I modsætning til hvad Harmoniseringskontoret har gjort gældende vedrørende inter partes-proceduren, medfører den funktionelle kontinuitet mellem Harmoniseringskontorets forskellige instanser ikke, at en part ikke i henhold til artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94 kan gøre nye faktiske og retlige oplysninger, som ikke blev fremlagt for den afdeling, der traf afgørelse i første instans, gældende for appelkammeret (Hi-FOCuS-dommen, præmis 37). Harmoniseringskontorets opfattelse ville føre til en fornægtelse af appelkammerets almindelige kompetence til at afgøre tvisten.

61 Bestemmelsen i artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94, hvorefter Harmoniseringskontoret ex officio prøver de faktiske omstændigheder, indeholder to begrænsninger. For det første er prøvelsen i sager vedrørende relative registreringshindringer begrænset til de faktiske omstændigheder i forbindelse med de af parterne fremførte kendsgerninger, beviser og argumenter og de af parterne fremsatte anmodninger. For det andet gives der i artiklens stk. 2 fakultativt Harmoniseringskontoret bemyndigelse til at se bort fra beviser, som ikke er fremført »rettidigt« af parterne.

62 Det følger af den funktionelle kontinuitet, der karakteriserer forholdet mellem Harmoniseringskontorets instanser, at begrebet »rettidigt« inden for rammerne af en klagesag for et appelkammer skal fortolkes som en henvisning til den frist, der er gældende for indbringelsen af klagen, samt til de frister, der er fastsat under den pågældende sag. Da dette begreb finder anvendelse i forbindelse med hver enkelt sag, der verserer for Harmoniseringskontoret, er udløbet af de frister for at fremlægge beviser, der er fastsat af den afdeling, som har truffet afgørelse i første instans, derfor uden betydning for spørgsmålet om, hvorvidt beviserne er blevet fremført »rettidigt« for appelkammeret. Appelkammeret er således forpligtet til at tage hensyn til de beviser, der fremlægges for det, uafhængigt af, om de har været fremlagt for Indsigelsesafdelingen.

63 I det foreliggende tilfælde fremlagde sagsøgeren for det første to notarattester og for det andet en række fakturaer vedrørende vin solgt under varemærket BARONIA i perioden fra 1996 til 2002, som var udstedt af dels sagsøgeren selv, dels selskabets leverandør af etiketter til vin, for appelkammeret. Disse dokumenter blev fremlagt til støtte for den argumentation, der allerede var gjort gældende for Indsigelsesafdelingen, ifølge hvilken dette varemærke havde været gjort til genstand for reel brug.

64 Da de omtvistede dokumenter således blev fremlagt af sagsøgeren som bilag til selskabets indlæg for appelkammeret inden for den i artikel 59 i forordning nr. 40/94 fastsatte frist på fire måneder, kan de ikke anses for at være blevet fremlagt for sent i henhold til artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94. Appelkammeret kunne følgelig ikke afvise at tage dem i betragtning (jf. i denne retning Hi-FOCuS-dommen, præmis 38).

65 Harmoniseringskontorets henvisning til ELS-dommen vedrørende fremlæggelse af bevis for, at der er gjort brug af det ældre varemærke, efter udløbet af den af Harmoniseringskontoret fastsatte frist for Indsigelsesafdelingen kan ikke tillægges betydning, eftersom appelkammeret — såfremt beviser for appelkammeret er blevet fremlagt inden for fristerne — er forpligtet til at tage disse i betragtning i forbindelse med dets prøvelse af sagen (KLEENCARE-dommen, præmis 32, og Hi-FOCuS-dommen, præmis 40). I det foreliggende tilfælde havde Indsigelsesafdelingen desuden ikke anmodet sagsøgeren om at fremlægge bestemte dokumenter, men alle former for dokumenter, der kunne bevise, at der var gjort brug af det ældre varemærke. Da sagsøgeren havde fremlagt visse dokumenter, som Indsigelsesafdelingen ikke anså for egnede til at bevise, at der var gjort brug af det ældre varemærke, var der intet til hinder for, at selskabet fremlagde nye dokumenter for appelkammeret.

66 I modsætning til hvad Harmoniseringskontoret har gjort gældende, vil det at tillade nye beviser for appelkammeret på ingen måde udgøre en tilsidesættelse af registreringsansøgerens ret til kontradiktion, når denne ansøger er i stand til at få

sikkerhed for tilstedeværelsen og den præcise rækkevidde af beskyttelsen i henhold til den ældre rettighed, der er gjort gældende til støtte for indsigelsen. Selv om disse dokumenter — som i det foreliggende tilfælde — først indgår i forhandlingerne under klagesagen, er registreringsansøgerens ret til kontradiktion ikke tilsidesat, såfremt ansøgeren i medfør af artikel 61, stk. 2, i forordning nr. 40/94 kan bestride tilstedeværelsen eller rækkevidden af de ældre rettigheder for appelkammeret. I det foreliggende tilfælde havde intervenienten mulighed for at fremkomme med alle relevante bemærkninger til disse dokumenter under sagen for appelkammeret. Henset til det ovenfor anførte kan Harmoniseringskontoret ikke gøre gældende, at intervenienten ikke var i stand til at få sikkerhed for tilstedeværelsen og den præcise rækkevidde af beskyttelsen i henhold til de ældre rettigheder, der var gjort gældende til støtte for indsigelsen. Det må konkluderes, at det ikke var til skade for intervenientens ret til kontradiktion eller i strid med princippet om ligestilling af parterne at antage de omtvistede dokumenter til realitetsbehandling under klagesagen.

67 Endvidere bemærkes, at Harmoniseringskontorets argument om, at registreringsproceduren for EF-varemærker ville blive væsentligt forlænget, hvis parterne også kunne fremlægge kendsgerninger eller beviser for første gang for appelkammeret, ikke kan tages til følge. I øvrigt har den omstændighed, at de supplerende beviser, som blev fremlagt for appelkammeret, blev afvist, tværtimod betydet, at denne procedure er blevet forlænget (jf. i denne retning Hi-FOCuS-dommen, præmis 42).

68 Det følger heraf, at appelkammeret ved at undlade at tage hensyn til de oplysninger, som sagsøgeren fremlagde for det inden for den frist, der er fastsat i artikel 59 i forordning nr. 40/94, har tilsidesat artikel 74 i forordning nr. 40/94 (jf. i denne retning Hi-FOCuS-dommen, præmis 43).

69 De konsekvenser, der bør drages af denne retlige fejl, skal imidlertid vurderes. Ifølge fast retspraksis kan en fejlagtig fremgangsmåde således kun medføre hel eller delvis annullation af en afgørelse, hvis det godtgøres, at den anfægtede afgørelse kunne have fået et andet indhold, hvis fejlen ikke var begået (Domstolens dom af

29.10.1980, forenede sager 209/78-215/78 og 218/78, Van Landewyck m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3125, præmis 47, og af 23.4.1986, sag 150/84, Bernardi mod Parlamentet, Sml. s. 1375, præmis 28, samt Rettens dom af 6.7.2000, sag T-62/98, Volkswagen mod Kommissionen, Sml. II, s. 2707, præmis 283, og af 5.4.2006, sag T-279/02, Degussa mod Kommissionen, Sml. II, s. 897, præmis 416). Desuden fremgår det af artikel 63, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94, sammenholdt, at det kun er muligt at annullere eller omgøre en afgørelse fra appelkamrene, hvis afgørelsen er ulovlig med hensyn til substansen eller formaliteten (Rettens dom af 12.12.2002, sag T-247/01, eCopy mod KHIM (ECOPY), Sml. II, s. 5301, præmis 46).

70 I det foreliggende tilfælde kan det ikke udelukkes, at de beviser, som appelkammeret urigtigt afviste at tage i betragtning, kunne være egnede til at ændre den anfægtede afgørelses indhold. De vedrører nemlig referenceperioden fra den 23. juli 1996 til den 23. juli 2001, og Indsigelsesafdelingen forkastede navnlig indsigelsen, fordi der blandt de fremlagte beviser kun var en enkelt etiket dateret i 2000, der vedrørte referenceperioden. Det tilkommer imidlertid ikke Retten i denne henseende at sætte sin vurdering i stedet for Harmoniseringskontorets ved bedømmelsen af de omhandlede beviser.

71 I lyset af samtlige ovennævnte betragtninger skal den anfægtede afgørelse annulleres, uden at det er fornødent at efterprøve de øvrige anbringender eller imødekomme sagsøgerens begæring om bevisoptagelse. I øvrigt bemærker Retten, at sagsøgeren ikke har angivet grunden til, at selskabet var forhindret i at fremlægge de omhandlede beviser og har haft behov for Rettens mellemkomst.

Sagens omkostninger

72 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, 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.

73 I det foreliggende tilfælde har Harmoniseringskontoret og intervenienten tabt sagen. Imidlertid har sagsøgeren ikke nedlagt påstand om, at Harmoniseringskontoret og intervenienten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

74 Følgelig tilpligtes hver part at bære sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Første Afdeling)

1) Afgørelsen truffet den 9. juli 2003 af Andet Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 57/2003-2) annulleres.

2) **Den af sagsøgeren, La Baronia de Turis, Cooperativa Valenciana, nedlagte påstand om, at registrering af det ansøgte EF-varemærke afslås, afvises.**

3) **Den af intervenienten, Baron Philippe de Rothschild SA, nedlagte påstand om, at det fastslås, at indsigelsen ikke kan antages til realitetsbehandling, i det omfang den er støttet på artikel 8, stk. 4, i Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker, forkastes.**

4) **I øvrigt frifindes Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design).**

5) **Hver part bærer sine egne omkostninger.**

Cooke García-Valdecasas Trstenjak

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 10. juli 2006.

E. Coulon R. García-Valdecasas

Justitssekretær Afdelingsformand