RETTENS DOM (Anden Afdeling)

12. marts 2003 *

I sag T-174/01,

Jean M. Goulbourn, Dasmarinas Village, Makati, Metro Manila (Philippines), ved advokat S. Jackermeier,

sagsøger,

mod

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

sagsøgt,

* Processprog: tysk.

støttet af: **Redcats SA**, Roubaix (Frankrig), ved avocats A. Bertrand og T. Reisch,

intervenient,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 25. april 2001 af Tredje Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) i sag R 641/2000-3 vedrørende en indsigelsessag mellem Redcats SA og Jean M. Goulbourn,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, R.M. Moura Ramos, og dommerne J. Pirrung og A.W.H. Meij,

justitssekretær: fuldmægtig D. Christensen,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter mundtlig forhandling den 13. november 2002,

afsagt følgende

Dom

De relevante retsregler

1 Niende betragtning til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret, har følgende ordlyd:

»[D]et er kun berettiget at beskytte EF-varemærkerne og at beskytte ældre registrerede mærker mod EF-varemærker, i det omfang de pågældende mærker rent faktisk bruges.«

2 Artikel 15, 43 og 73 i forordning (EF) nr. 40/94 er affattet som følger:

»*Artikel 15*

Brug af EF-varemærket

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 mærket de i denne forordning omhandlede

sanktioner, medmindre der foreligger rimelig grund til, at brug ikke har fundet sted.

[...]

Artikel 43

Behandling af indsigelsen

[...]

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 [...]. Godtgøres dette ikke, forkastes indsigelsen. [...]

3. Stk. 2 finder anvendelse på [...] ældre nationale varemærker, dog således, at brug i den medlemsstat, hvor det ældre nationale varemærke er beskyttet, træder i stedet for brug i Fællesskabet.

[...]

Artikel 73

Begrundelse af afgørelsen

[...] [Harmoniseringskontorets afgørelser] må kun støttes på grunde, som parterne har haft lejlighed til at udtale sig om.«

3 Ottende betragtning til Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1), som ændret, har følgende ordlyd:

»[F]or at reducere antallet af varemærker, der er registreret og beskyttet i Fællesskabet, og derved også antallet af konflikter imellem disse, må det kræves, at de registrerede mærker rent faktisk bruges, idet mærket i modsat fald fortabes.«

4 Artikel 10 i direktiv 89/104 bestemmer følgende:

»*Artikel 10*

Brugen af varemærket

1. Såfremt indehaveren ikke inden fem år fra datoen for registreringsprocedurens afslutning har gjort reel brug af varemærket i den pågældende medlemsstat for de

varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, eller hvis sådan brug har været ophørt uden afbrydelse i fem år, underkastes mærket de i dette direktiv omhandlede sanktioner, medmindre der foreligger skellig grund til, at brug ikke har fundet sted.

[...]«

Sagens baggrund

5 Den 28. maj 1997 indgav sagsøgeren en EF-varemærkeansøgning på tysk til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«) i medfør af forordning nr. 40/94.

6 Der blev ansøgt om registrering af ordmærket Silk Cocoon.

7 De varer, for hvilke der blev ansøgt om varemærket, henhører under klasse 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, og svarer til følgende beskrivelse: »Beklædningsgenstande«.

8 Den 20. juli 1998 blev varemærkeansøgningen bekendtgjort i *EF-varemærketidende*.

9 Den 20. oktober 1998 rejste intervenienten under sit tidligere navn »La Redoute SA« indsigelse i medfør af artikel 42, stk. 1, i forordning nr. 40/94. Indsigelsen støttedes dels på et varemærke, der blev registreret i Frankrig den 21. februar 1989, dels på et internationalt varemærke, der blev registreret den 16. april 1984 og beskyttet i Benelux-landene, Italien, Monaco og Schweiz. Disse mærker (herefter »de ældre varemærker«) består af ordtegnet COCOON og betegner varer, der henhører under klasse 25 i Nice-arrangementet, og som svarer til følgende beskrivelse: »Beklædningsgenstande, herunder støvler, sko og hjemmesko«. Til støtte for indsigelsen har intervenienten påberåbt sig den relative registreringshindring i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

10 Den 17. maj 1999 indgav sagsøgeren begæring om, at intervenienten i medfør af artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 godtgjorde, at der inden for de seneste fem år forud for bekendtgørelsen af EF-varemærkeansøgningen var gjort reel brug af de ældre EF-varemærker i de medlemsstater, hvor disse mærker var beskyttet. I en meddelelse af 7. juni 1999 opfordrede Harmoniseringskontorets indsigelsesafdeling (herefter »indsigelsesafdelingen«) intervenienten til at godtgøre dette inden to måneder.

11 Den 6. august 1999 fremsendte intervenienten uddrag af sine postordrekataloger for 1997 og 1998 til Harmoniseringskontoret. I disse kataloger frembydes der beklædningsgenstande under mærket COCOON.

12 I en skrivelse af 26. oktober 1999 til Harmoniseringskontoret gjorde sagsøgeren gældende, at de uddrag af kataloger, intervenienten havde fremlagt, ikke opfyldte kravene i artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94 og 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), for så vidt som de ikke indeholdt oplysninger om, hvor, hvor længe samt i hvilket omfang de ældre varemærker var blevet brugt.

13 Den 10. november 1999 meddelte intervenienten Harmoniseringskontoret, at selskabets navn herefter var Redcats SA.

14 Den 8. marts 2000 anførte intervenienten i en skrivelse til Harmoniseringskontoret, at selskabet anses for at være det største europæiske postordrefirma. Intervenienten anførte endvidere, at det katalog, hvoraf selskabet havde fremlagt uddrag, var almindeligt kendt og uddeles i et oplag på flere millioner eksemplarer i forskellige europæiske lande, heriblandt Frankrig og Benelux-landene. Endelig anførte intervenienten, at modtagerne af kataloget foretager indkøb på flere milliarder franske franc.

15 I meddelelse af 30. marts 2000 fremsendte Harmoniseringskontoret denne skrivelse til sagsøgeren. Meddelelsen indeholdt følgende oplysning:

»Det bemærkes, at der ikke kan indgives yderligere bemærkninger.«

(»Please note that no further observations may be submitted«.)

16 Ved afgørelse af 14. april 2000 forkastede indsigelsesafdelingen indsigelsen i medfør af artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 med den begrundelse, at intervenienten ikke havde godtgjort, at der var gjort reel brug af de ældre varemærker i denne artikels forstand. I den forbindelse fandt afdelingen, at det kunne udledes af de uddrag af katalogerne, intervenienten havde fremlagt, at disse varemærker skulle bruges i Frankrig og eventuelt i Belgien. Den fandt derimod, at det ikke på grundlag af disse beviser kunne fastslås, hvilket omfang denne brug havde haft.

17 Den 13. juni 2000 indgav intervenienten i medfør af artikel 59 i forordning nr. 40/94 klage til Harmoniseringskontoret over indsigelsesafdelingens afgørelse. Intervenientens skriftlige begrundelse for klagen af 14. august 2000 har følgende ordlyd:

»[...] La Redoute is a mail order catalogue so well known in several European countries that the opponent did not think it was necessary to submit information about this fact. [... T]he opponent submitted on 8 March 2000 abundant information about the La Redoute mail order catalogue, stating that several million copies thereof are distributed in many European countries, such as France, Belgium [...], and that the sales made as a consequence of mail orders sent by the persons receiving the catalogue amount to several milliards of French Francs.«

(»La Redoute er et postordrekatalog, der er så kendt i flere europæiske lande, at [intervenienten] ikke mente, det var nødvendigt at fremlægge oplysninger herom. [...] [intervenienten] har den 8. marts 2000 fremlagt omfattende oplysninger om La Redoutes postordrekatalog og anført, at det omdeles i flere millioner eksemplarer i mange europæiske lande, såsom Frankrig, Belgien [...], og at salget, der hidrører fra postordrer fra modtagerne af kataloget, beløber sig til flere milliarder franske franc«.)

18 Som bilag til dette skriftlige indlæg fremlagde intervenienten en oversigt over salget af »COCOON«-varer fra selskabets katalog i Frankrig, Det Forenede Kongerige, Belgien, Nederlandene, Portugal, Tyskland, Østrig, Sverige, Spanien og Schweiz. Intervenienten fremlagde endvidere et eksemplar af den engelske version af katalogerne for forår-sommer 1997 og forår-sommer 1998.

19 I sit svar af 23. oktober 2000 på den ovenfor i præmis 17 nævnte skriftlige begrundelse anførte sagsøgeren, at intervenientens oplysninger om udbredelsen af selskabets postordrekatalog og de nye beviser, der var bilagt dette skriftlige indlæg, var indgivet for sent.

20 Ved afgørelse af 25. april 2001 (herefter »den anfægtede afgørelse«), der blev meddelt sagsøgeren den 5. juni 2001, annullerede Tredje Appelkammer ved Harmoniseringskontoret indsigelsesafdelingens afgørelse. Appelkammeret fandt nærmere bestemt, at der generelt ved reel brug i artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94 skal forstås en virkelig brug af varemærket på markedet med henblik på at henlede potentielle kunders opmærksomhed på de varer eller tjenesteydelser, der faktisk udbydes under dette varemærke (punkt 15 i den anfægtede afgørelse). For så vidt angår spørgsmålet om, i hvilket omfang de ældre varemærker var blevet brugt, fandt appelkammeret, at intervenientens beviser og forklaringer var tilstrækkelige til at godtgøre, at der var tale om reel brug (punkt 21 i den anfægtede beslutning). Appelkammeret konstaterede bl.a., at intervenienten havde anført, at der fandtes et åbenbart udbredt kendskab til intervenienten selv og til kataloget inden for postordresalg, at kataloget blev omdelt i flere millioner eksemplarer i mange europæiske lande, såsom Frankrig, og at sagsøgeren ikke havde bestridt disse forhold (punkt 22-24 i den anfægtede afgørelse). Herefter fandt appelkammeret, at det ikke var nødvendigt at inddrage de nye beviser, intervenienten havde fremlagt under sagen ved appelkammeret (punkt 25 i den anfægtede afgørelse).

Retsforhandlinger og parternes påstande

21 Ved stævning skrevet på tysk og indleveret til Rettens Justitskontor den 30. juli 2001 har sagsøgeren anlagt nærværende sag.

22 Ved skrivelse af 11. september 2001 anmodede intervenienten om, at processproget blev engelsk. Ved skrivelse af 1. oktober 2001 gjorde sagsøgeren indsigelse imod denne anmodning. Ved beslutning af 24. oktober 2001 afslog formanden for Anden Afdeling anmodningen.

23 Harmoniseringskontoret indgav sit svarskrift til Rettens Justitskontor den 22. januar 2002. Intervenienten indgav sit svarskrift til Rettens Justitskontor den 10. januar 2002.

24 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

25 Harmoniseringskontoret og intervenienten har nedlagt følgende påstande:

— Harmoniseringskontoret frifindes.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

26 Til støtte for sine påstande har sagsøgeren fremført tre anbringender. Det første anbringende vedrører tilsidesættelse af artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94, sammenholdt med artikel 43, stk. 3, for så vidt angår begrebet »reel brug«. Det andet anbringende angår tilsidesættelse af retten til kontradiktion. For så vidt angår det sidstnævnte anbringende bemærkes det, at anbringendet i modsætning til, hvad Harmoniseringskontoret har gjort gældende under retsmødet, blev fremført — ganske vist indirekte — i stævningen. Anbringendet blev endvidere nævnt i retsmøderapporten, og denne gav ikke anledning til bemærkninger fra Harmoniseringskontorets side. Som det tredje anbringende er det gjort gældende, at appelkammeret med urette lagde til grund for sin afgørelse, at »La Redoutes« salgskatalog i vidt omfang omdeles i de fransktalende medlemsstater, selv om denne omstændighed ikke var blevet fremført forskriftsmæssigt under sagen.

Anbringendet vedrørende tilsidesættelse af artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94, sammenholdt med artikel 43, stk. 3

Parternes argumenter

27 Sagsøgeren har gjort gældende, at appelkammeret anlagde en urigtig fortolkning af begrebet »reel brug«. Sagsøgeren har anført, at appelkammeret med urette ligestillede begrebet »reel brug« med begrebet »faktisk brug«. Efter sagsøgerens opfattelse står begrebet »reel brug« i modsætning til begrebet »fiktiv brug«, og grænsen mellem disse to modsatte begreber skal drages på grundlag af omfanget af brugen.

28 Ved vurderingen af, om der i en konkret sag foreligger reel brug af et varemærke, skal der ifølge sagsøgeren tages hensyn til typen af de pågældende varer eller tjenesteydelser. Dagligvarer skal således have været solgt i stort antal i løbet af et år i det land, hvor varemærket er beskyttet, for at brugen af varemærket kan anses for at være reel.

29 I den forbindelse har sagsøgeren kritiseret, at appelkammeret, for så vidt angår varerne i den konkrete sag, nemlig beklædningsgenstande, ikke præciserede, hvilket omfang brugen af et varemærke skulle antage for at kunne anses for reel.

30 Harmoniseringskontoret har anført, at kravet om brug af varemærket har til formål at begrænse konflikter mellem to varemærker, når der ikke økonomisk er nogen rimelig grund til dem. Begrebet reel brug har herved kun til formål at gøre det muligt at sondre i forhold til rent fiktive former for brug, nemlig de former for anvendelse af et varemærke, der kun har til formål at omgå sanktionerne som følge af, at brug ikke har fundet sted.

31 Generelt har Harmoniseringskontoret under henvisning til en afgørelse truffet den 27. januar 1981 af Benelux-Domstolen i Winston-sagen (CJ Benelux, Jurisprudence 1980-81, s. 34) påpeget, at brugen af et varemærke skal anses for at være reel, når den under hensyn til, hvad der anses for sædvanligt og handelsmæssigt begrundet inden for den pågældende branche, må anses for at skulle skabe eller bevare en afsætningsmulighed for varerne, der er påført varemærket, og ikke kun har til formål at bevare retten til varemærket.

32 Ifølge Harmoniseringskontoret har appelkamrene anlagt en fast praksis vedrørende fortolkningen af begrebet »reel brug«. I den forbindelse har begrebet »virkelig brug« en ganske særlig betydning. Kontoret har henvist til en afgørelse truffet af Andet Appelkammer den 27. september 2000 i sag R 380/1999-2, hvori

det blev fastslået, at »der må sondres mellem reel brug og rent symbolsk brug. Reel brug indebærer en virkelig brug med det formål at markedsføre de pågældende varer eller tjenesteydelser for at skabe en merværdi i modsætning til en kunstig brug, der kun skal sikre, at varemærket forbliver i registret«.

33 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at den måde, hvorpå appelkammeret har fortolket begrebet »reel brug«, er i fuld overensstemmelse med ovennævnte opfattelse og i modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende, ikke behæftet med nogen retlig fejl. Efter Harmoniseringskontorets opfattelse har appelkammeret på ingen måde ligestillet begrebet med begrebet »faktisk brug«, men har tværtimod i punkt 15 i den anfægtede afgørelse defineret reel brug som »real use of the earlier mark on the market place, so as to draw the attention of potential consumers to the goods or services effectively offered under the mark« (»en virkelig brug af varemærket på markedet med henblik på at henlede potentielle kunders opmærksomhed på de varer eller tjenesteydelser, der faktisk udbydes under dette varemærke«).

34 I den forbindelse har Harmoniseringskontoret anført, at det kriterium, som sagsøgeren har foreslået til at drage grænsen mellem reel brug og fiktiv brug, nemlig alene omfanget af brugen, ikke er relevant. Ifølge Harmoniseringskontoret er oplysninger om og beviser for omfanget af brugen dog nødvendige for den konkrete vurdering af, om brugen er reel.

35 Intervenienten har ikke særligt berørt dette i sin argumentation.

Rettens bemærkninger

36 For at kunne fortolke begrebet »reel brug« i artikel 43, stk. 2, og artikel 15, stk. 1, i forordning nr. 40/94 skal der først foretages en sammenlignende undersøgelse af

de forskellige sprogversioner af bestemmelserne. Det konstateres, at den tyske version (»ernsthafte Benutzung«), den franske version (»usage sérieux«), den italienske version (»seriamente utilizzata«) og den portugisiske version (»utilização séria«) peger på et krav om reel brug. Den engelske version (»genuine use«) peger i samme retning. I den spanske version bruges der derimod udtrykket »effektiv brug« (»uso efectivo«), hvilket tillige svarer til ordlyden af niende betragtning til forordning nr. 40/94 i den tyske, engelske, spanske, franske og italienske version. Endelig lægger den nederlandske version (»normaal gebruik«) betoningen et lidt andet sted, nemlig på den betydning, at der kræves normal brug.

37 I modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende, er det derfor ikke muligt at sætte begrebet »reel brug« i modsætning til begrebet »faktisk brug«. Begrebet »reel brug« skal derimod fastlægges under hensyn til de forskellige sprogversioner dels af artikel 15, stk. 1, og artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94, dels af niende betragtning til forordningen.

38 Dernæst har Harmoniseringskontoret med rette i svarskriftet anført, at formålet med kravet om, at der skal være gjort reel brug af det ældre varemærke, for at mærket kan gøres gældende over for en EF-varemærkeansøgning, er at begrænse konflikter mellem to varemærker, når der ikke økonomisk er nogen rimelig grund til dem, der udspringer af varemærkets faktiske funktion på markedet. Denne fortolkning understøttes af ottende betragtning til direktiv 89/104, der udtrykkeligt omhandler dette formål.

39 Det må derfor fastslås, at betingelsen om reel brug af varemærket kun er opfyldt, når varemærket med den beskyttelse, det har inden for det relevante geografiske område, bruges offentligt og i forhold til omverdenen for at sikre en afsætning af de varer eller tjenesteydelser, som det betegner (jf. hertil forslag til afgørelse fremsat af generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer i sag C-40/01, Ansul, Sml. I, 2003, s. 2439, på side 2441, punkt 58).

40 Endvidere fremgik det under retsmødet, at sagsøgeren ikke bestrider denne fortolkning.

41 I den foreliggende sag har appelkammeret støttet sin vurdering på en rigtig fortolkning af begrebet »reel brug«, idet det i den anfægtede afgørelses punkt 15 definerede begrebet som »virkelig brug af varemærket på markedet med henblik på at henlede potentielle kunders opmærksomhed på de varer eller tjenesteydelser, der faktisk udbydes under dette varemærke«.

42 Det første anbringende må derfor forkastes.

Anbringendet vedrørende tilsidesættelse af retten til kontradiktion

Parternes argumenter

43 Sagsøgeren har gjort gældende, at appelkammeret overskred sine beføjelser, idet det overraskende begrundede sin afgørelse med sit eget kendskab til visse faktiske omstændigheder, uden at disse var blevet nævnt af intervenienten under bevisførelsen, som ifølge regel 22 i forordning nr. 2868/95 foregår kontradiktorisk. Endvidere har sagsøgeren anført, at hun ikke havde kendskab til disse faktiske omstændigheder.

44 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at appelkammeret i den konkrete sag lovligt kunne støtte sin afgørelse på det alment kendte faktum, at intervenientens katalog er vidt udbredt, og på, at intervenienten er et af de største postordrefirmaer i Europa.

45 Intervenienten har påpeget, at sagsøgeren allerede i begyndelsen af indsigelsessagen fik kendskab til uddrag af de postordrekataloger, intervenienten havde fremlagt.

Rettens bemærkninger

46 I medfør af artikel 73, andet punktum, i forordning nr. 40/94 må en afgørelse fra Harmoniseringskontoret kun støttes på faktiske omstændigheder, som parterne har haft lejlighed til at udtale sig om.

47 Som det fremgår af punkt 22-24 i den anfægtede afgørelse støttede appelkammeret sin afgørelse på den omstændighed, at intervenientens salgskatalog er vidt udbredt under navnet »La Redoute« i de fransktalende lande (herefter »den omtvistede omstændighed«). Denne omstændighed bruges nemlig til at vise, at de af intervenienten fremlagte kataloguddrag kan benyttes til at bevise, hvor og i hvilket omfang brugen havde fundet sted.

48 Det fremgår endvidere af sagsakterne, at intervenienten har påberåbt sig den omtvistede omstændighed første gang i selskabets skrivelse af 8. marts 2000, dvs. efter udløbet af den frist, Harmoniseringskontoret havde sat herfor. Det konstateres, at Harmoniseringskontoret faktisk i sin meddelelse af 30. marts 2000 udtrykkeligt opfordrede sagsøgeren til ikke at tage stilling til den omtvistede omstændighed. Sagsøgeren var derfor på dette stadium af sagen berettiget til at antage, at Harmoniseringskontoret ikke ville tage hensyn til denne omstændighed.

49 I sin skriftlige begrundelse for klagen af 14. august 2000 påberåbte intervenienten sig igen den omtvistede omstændighed. Sagsøgeren havde således mulighed for at tage stilling hertil under sagen for appelkammeret, men undlod at gøre det. Sagsøgeren anførte kun i sit indlæg af 23. oktober 2000, at intervenienten havde påberåbt sig den omtvistede omstændighed for sent, men fremsatte ingen realitetsbemærkninger, heller ikke subsidiært.

50 Det bemærkes dog, at indsigelsesafdelingen ikke havde taget hensyn til den omtvistede omstændighed i sin afgørelse.

51 I en sådan situation kræver hensynet til en retfærdig sagsbehandling og det almindelige princip om beskyttelse af den berettigede forventning imidlertid, at artikel 73, andet punktum, i forordning nr. 40/94 fortolkes således, at appelkammeret er forpligtet til på forhånd at oplyse den pågældende part om, at det vil tage hensyn til den pågældende omstændighed, således at parten kan bedømme, om det har interesse at indgive realitetsbemærkninger vedrørende denne omstændighed.

52 I den foreliggende sag undlod appelkammeret på forhånd at oplyse sagsøgeren om, at det ville tage hensyn til den omtvistede omstændighed. Det andet anbringende må derfor tages til følge.

53 Det er herefter ikke nødvendigt at tage stilling til spørgsmålet, om appelkammeret, selv om den omtvistede omstændighed blev påberåbt for sent, alligevel i medfør af artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94, uanset om der var indrømmet ret til kontradiktion, kunne støtte sin afgørelse på denne omstændighed, hvilket sagsøgeren har bestridt med sit tredje anbringende. Det er heller ikke nødvendigt at tage stilling til spørgsmålet, om det anbringende, sagsøgeren fremførte under retsmødet, og hvorefter appelkammeret med urette havde anset den omtvistede omstændighed for godtgjort, fordi den var almindeligt kendt, kan antages til realitetsbehandling.

54 Den anfægtede afgørelse må herefter annulleres.

Sagens omkostninger

55 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Harmoniseringskontoret har tabt sagen, bør det pålægges det at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med sagsøgerens påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Anden Afdeling)

1) **Afgørelsen truffet den 25. april 2001 af Tredje Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 641/2000-3) annulleres.**

2) **Harmoniseringskontoret betaler sagens omkostninger.**

Moura Ramos Pirrung Meij

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 12. marts 2003.

H. Jung

Justitssekretær

R. M. Moura Ramos

Afdelingsformand