DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

13. marts 2007 *

I sag C-29/05 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i Domstolens statut, iværksat den 25. januar 2005,

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

appellant,

de øvrige parter i appelsagen:

Kaul GmbH, Elmshorn (Tyskland), ved Rechtsanwälte G. Würtenberger og R. Kunze,

sagsøger i første instans,

* Processprog: tysk.

Bayer AG, Leverkusen (Tyskland),

part i sagen for appelkammeret ved Harmoniseringskontoret,

har

DOMSTOLEN (Store Afdeling)

sammensat af præsidenten, V. Skouris, afdelingsformændene P. Jann, C.W.A. Timmermans, A. Rosas, K. Lenaerts og J. Klučka samt dommerne J.N. Cunha Rodrigues, R. Silva de Lapuerta, K. Schiemann (refererende dommer), G. Arestis, A. Borg Barthet, M. Ilešič og J. Malenovský,

generaladvokat: E. Sharpston
justitssekretær: fuldmægtig K. Sztranc-Sławiczek,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 27. juni 2006,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 26. oktober 2006,

afsagt følgende

Dom

1 I appelskriftet har Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«) nedlagt påstand om ophævelse af dommen, der blev afsagt af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans den 10. november 2004, Kaul mod KHIM — Bayer (ARCOL) (sag T-164/02, Sml. II, s. 3807, herefter »den appellerede dom«), hvorved Retten annullerede den afgørelse, der var blevet truffet af Tredje Appelkammer ved Harmoniseringskontoret den 4. marts 2002 (sag R 782/2000-3, herefter »den anfægtede afgørelse«), hvorved indsigelsen fra Kaul GmbH (herefter »Kaul«) mod registrering af ordmærket »ARCOL« som EF-varemærke blev forkastet.

2 I præmis 29 og 30 i den appellerede dom fastslog Retten, at appelkammeret i nævnte afgørelse fejlagtigt havde vurderet, at faktiske omstændigheder, der ikke var fremlagt for Harmoniseringskontorets Indsigelsesafdeling, der traf afgørelse i første instans, ikke kunne fremlægges for første gang af en klager til støtte for en klage ved et appelkammer. I henhold til nævnte dom var appelkammeret derimod forpligtet til at tage sådanne omstændigheder i betragtning ved afgørelsen af den klage, som var forelagt det.

3 I appelskriftet har Harmoniseringskontoret gjort gældende, at Retten herved foretog en fejlagtig fortolkning af bestemmelserne i Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1) og i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 40/94 (EFT L 303, s. 1, herefter »gennemførelsesforordningen«).

Retsforskrifter

Forordning nr. 40/94

4 Artikel 8 i forordning nr. 40/94 med overskriften »Relative hindringer for registrering« bestemmer i stk. 1, litra b):

»Hvis indehaveren af et ældre varemærke rejser indsigelse, er det varemærke, der søges registreret, udelukket fra registrering:

[...]

b) såfremt der i offentlighedens bevidsthed inden for det område, hvor det ældre mærke er beskyttet, er risiko for forveksling, fordi det yngre mærke er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og varerne eller tjenesteydelserne er af samme eller lignende art; risikoen for forveksling indbefatter risikoen for, at der antages at være en forbindelse med det ældre varemærke.«

5 Nævnte forordnings artikel 42, stk. 3, bestemmer:

»Indsigelsen skal fremsættes skriftligt og skal begrundes. Den anses først for fremsat, når indsigelsesgebyret er betalt. Inden for en frist, der fastsættes af Harmonise-

ringskontoret, kan indsigeren fremlægge kendsgerninger, beviser og argumenter til støtte for sin indsigelse.«

6 Artikel 52 i forordning nr. 40/94 med overskriften »Relative ugyldighedsgrunde« bestemmer i stk. 1, litra a):

»EF-varemærket erklæres ugyldigt efter indgivelse af begæring herom til Harmoniseringskontoret eller ved fremsættelse af modkrav under en sag om varemærkekrænkelse:

a) når der findes et af de i artikel 8, stk. 2, omhandlede ældre varemærker, og betingelserne i artikel 8, stk. 1 eller 5, er opfyldt.«

7 Under afsnit VII i forordning nr. 40/94, som vedrører fremgangsmåden ved appel, fremgår det bl.a. af artikel 57, stk. 1, i denne forordning, at »[a]fgørelser truffet af undersøgerne, indsigelsesafdelingerne, afdelingen for administration af varemærker og for juridiske spørgsmål samt annullationsafdelingerne kan påklages«.

8 Det bestemmes i nævnte forordnings artikel 59:

»Klagen skal indgives skriftligt til Harmoniseringskontoret inden to måneder efter den dato, på hvilken der er givet meddelelse om den afgørelse, der påklages [...]

Inden fire måneder efter den dato, på hvilken der er givet meddelelse om afgørelsen, skal der indgives en skriftlig begrundelse for klagen.«

9 Samme forordnings artikel 61 med overskriften »Behandling af klagen« bestemmer:

»1. Kan klagen behandles, undersøger appelkammeret, om der kan gives klageren medhold.

2. Under behandlingen af klagen opfordrer appelkammeret om fornødent parterne til inden for en af kammeret fastsat frist at fremkomme med deres bemærkninger til dets meddelelser eller til indlæg fra de øvrige parter.«

10 Med overskriften »Afgørelse af klagen« bestemmer artikel 62 i forordning nr. 40/94:

»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.

2. Hjemviser appelkammeret sagen til videre behandling i den afdeling, som har truffet den påklagede afgørelse, er denne afdeling bundet af præmisserne og konklusionerne i appelkammerets afgørelse, såfremt de faktiske omstændigheder er uforandrede.

[...]«

11 Nævnte forordnings artikel 63 med overskriften »Indbringelse af klager for Domstolen« bestemmer:

»1. Appelkamrenes afgørelser om klager kan indbringes for Domstolen.

2. Indbringelse af klager kan ske under påberåbelse af inkompetence, væsentlige formmangler eller overtrædelse af traktaten, af denne forordning eller af retsregler vedrørende deres gennemførelse eller under påberåbelse af magtfordrejning.

3. Domstolen har kompetence til at ophæve eller omgøre den indklagede afgørelse.

[...]«

12 Under første afdeling med overskriften »De almindelige bestemmelser« i afsnit IX om bestemmelser om sagsbehandlingen bestemmer artikel 74 i forordning nr. 40/94 under 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.«

13 Det bestemmes i nævnte forordnings artikel 76, stk. 1:

»Under sagsbehandlingen ved Harmoniseringskontoret kan bevisoptagelsen navnlig ske på følgende måder:

a) afhøring af parterne

b) indhentning af oplysninger

c) fremlæggelse af dokumenter og bevismidler

d) afhøring af vidner

e) udtalelser fra sagkyndige

f) skriftlige erklæringer, der er afgivet under ed eller på tro og love, eller som har tilsvarende virkning i henhold til lovgivningen i den stat, hvor de er afgivet.«

Gennemførelsesforordningen

14 Gennemførelsesforordningens regel 16, stk. 3, bestemmer:

»Oplysningerne, beviserne samt argumenter og anden dokumentation, jf. stk. 1, tillige med den i stk. 2 nævnte dokumentation, kan — hvis de ikke fremsendes sammen med indsigelsesskrivelsen eller umiddelbart herefter — fremsendes inden for en af Kontoret fastsat frist efter indsigelsesprocedurens påbegyndelse, jf. regel 20, stk. 2.«

15 Nævnte forordnings regel 20, stk. 2, bestemmer:

»Hvis indsigelsesskrivelsen ikke indeholder de oplysninger, beviser og argumenter, der er nævnt i regel 16, stk. 1 og 2, opfordrer Kontoret den indsigende part til at fremlægge det fornødne inden for en af Kontoret fastsat frist. Beviser og anden dokumentation, der fremlægges af den indsigende part, skal videregives til ansøgeren, der skal have mulighed for at fremkomme med bemærkninger hertil inden for en af Kontoret fastsat frist.«

Sagens baggrund

16 Omstændighederne i den for Retten indbragte tvist, således som de fremgår af den appellerede dom, kan sammenfattes således.

17 Den 3. april 1996 indgav Atlantic Richfield Co. en ansøgning til Harmoniseringskontoret om registrering af ordmærket »ARCOL« som EF-varemærke, bl.a. for »kemiske konserveringsmidler til levnedsmidler«.

18 Den 20. oktober 1998 rejste Kaul en indsigelse mod denne ansøgning, idet selskabet påberåbte sig, at der forelå en risiko for forveksling i den forstand, hvori udtrykket er

anvendt i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Kaul henviste i denne henseende til det ældre varemærke, som selskabet er indehaver af, nemlig ordmærket »CAPOL«, der er registreret for »kemiske produkter til at holde levnedsmidler friske og gøre dem holdbare, nemlig råstoffer til glatning og konservering af levnedsmiddelfærdigvarer, særlig slik«.

19 Harmoniseringskontorets Indsigelsesafdeling fastslog, at der ikke var risiko for forveksling, og forkastede herefter indsigelsen den 30. juni 2000.

20 Til støtte for klagen over denne afgørelse gjorde Kaul bl.a. gældende, som selskabet tidligere havde anført for Indsigelsesafdelingen, at det varemærke, som selskabet var indehaver af, havde en høj grad af særpræg, hvorfor det i overensstemmelse med Domstolens praksis skulle nyde en forhøjet beskyttelse. I denne forbindelse bekræftede Kaul imidlertid, at en sådan grad af særpræg ikke alene fulgte af den manglende beskrivende karakter af ordet «CAPOL» for de omhandlede varer, som selskabet allerede havde gjort gældende for Indsigelsesafdelingen, men endvidere af den omstændighed, at nævnte varemærke ved brug var blevet almindelig kendt. Med henblik på at støtte argumentet om, at varemærket var almindelig kendt, vedlagde Kaul som bilag til selskabets skriftlige begrundelse, der blev indgivet til appelkammeret, en erklæring på tro og love afgivet af selskabets administrerende direktør samt en liste over selskabets kunder.

21 I den anfægtede afgørelse var Harmoniseringskontorets appelkammer bl.a. af den opfattelse, at det ikke kunne tage hensyn til, om det ældre varemærke eventuelt havde en høj grad af særpræg, der var forbundet med, at det var almindelig kendt, idet en sådan omstændighed og de ovennævnte beviser, som var anført til støtte herfor, var blevet påberåbt for første gang til støtte for klagen indgivet til appelkammeret.

Den appellerede dom

22 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 24. maj 2002 anlagde Kaul sag med påstand om annullation af den anfægtede afgørelse. Fire anbringender blev fremsat til støtte for søgsmålet, hvorefter der henholdsvis forelå en tilsidesættelse af, for det første, forpligtelsen til at undersøge de af Kaul fremlagte oplysninger for appelkammeret, for det andet af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, for det tredje af de procesretlige principper, der er anerkendt i medlemsstaterne, og af de processuelle regler, der finder anvendelse ved Harmoniseringskontoret, og for det fjerde af begrundelsespligten.

23 Retten tog det første anbringende til følge og annullerede af den grund den anfægtede afgørelse uden at træffe afgørelse om søgsmålets øvrige anbringender. I denne forbindelse fastslog Retten navnlig følgende i præmis 25-30 i den appellerede dom:

»25 Det bemærkes indledningsvis, at beviserne, som sagsøgeren har fremlagt for appelkammeret, består af en erklæring på tro og love afgivet af det sagsøgende selskabs administrerende direktør og en liste over sagsøgerens kunder.

26 Disse dokumenter, der vedrører intensiteten af udnyttelsen af sagsøgerens varemærke, er blevet fremlagt af sagsøgeren til støtte for de argumenter, der allerede var blevet fremført for Indsigelsesafdelingen — og som [dengang] alene hvilede på betragtninger om, at sagsøgerens varemærke [ikke har beskrivende karakter] — hvorefter dette varemærke har en høj grad af særpræg og derfor i kraft heraf skal nyde en højere beskyttelse.

27 Appelkammeret har i den anfægtede afgørelses punkt 10-12 og Harmoniseringskontoret har i svarskriftets punkt 30 anført, at denne nye redegørelse for de faktiske omstændigheder ikke kunne tages i betragtning, da den først var blevet fremlagt efter udløbet af de af Indsigelsesafdelingen fastsatte tidsfrister.

28 Det skal imidlertid fastslås, at denne holdning ikke er forenelig med den funktionelle kontinuitet mellem Harmoniseringskontorets instanser, som Retten har godtaget med hensyn til såvel ex parte-sager (Rettens dom af 8.7.1999, sag T-163/98, Procter & Gamble mod KHIM (BABY DRY), Sml. II, s. 2383, præmis 38-44, der på dette punkt ikke er blevet ophævet ved Domstolens dom af 20.9.2001, sag C-383/99 P, Procter & Gamble mod KHIM [...], Sml. I, s. 6251, og Rettens dom af 12.12.2002, sag T-63/01, Procter & Gamble mod KHIM (formen på en sæbe), Sml. II, s. 5255, præmis 21) som inter partes-sager (Rettens dom af 23.9.2003, sag T-308/01, Henkel mod KHIM — LHS (UK) (KLEENCARE), Sml. II, s. 3253, præmis 24-32).

29 Det er nemlig blevet fastslået, at det af den funktionelle kontinuitet mellem Harmoniseringskontorets instanser følger, at appelkammeret inden for anvendelsesområdet for artikel 74, stk. 1, in fine, i forordning nr. 40/94 er forpligtet til at støtte sin afgørelse på alle de faktiske og retlige elementer, som den berørte part har fremlagt, dels i sagen for den afdeling, der har truffet afgørelse i første instans, dels — med den ene undtagelse, der nævnes i samme bestemmelses stk. 2 — i klagesagen (KLEENCARE-dommen, præmis 32). I modsætning til hvad Harmoniseringskontoret har gjort gældende vedrørende inter partes-sagen, medfører den funktionelle kontinuitet mellem Harmoniseringskontorets forskellige instanser ikke, at en part, som i sagen for den afdeling, der har truffet afgørelse i første instans, ikke har fremlagt bestemte faktiske eller retlige oplysninger inden for den tidsfrist, der er fastlagt for denne afdeling, ikke i henhold til artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94 kan gøre disse gældende for appelkammeret. Den funktionelle kontinuitet medfører tværtimod, at en sådan part kan påberåbe sig disse oplysninger for appelkammeret under forbehold af, at forordningens artikel 74, stk. 2, bliver iagttaget for denne instans.

30 Da de omtvistede faktiske omstændigheder i den foreliggende sag ikke blev fremført for sent i henhold til artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94, men blev fremlagt som bilag til den skriftlige begrundelse, som sagsøgeren indgav til appelkammeret den 30. oktober 2000, dvs. inden for den i artikel 59 i forordning nr. 40/94 fastsatte frist på fire måneder, kunne appelkammeret ikke afvise at tage disse faktiske omstændigheder i betragtning.«

24 I dommens præmis 34 konkluderede Retten, »at appelkammeret ikke uden at tilsidesætte artikel 74 i forordning nr. 40/94 kunne afvise at undersøge de faktiske omstændigheder, der blev forelagt af sagsøgeren i den skriftlige begrundelse af 30. oktober 2000 med henblik på at bevise det ældre varemærkes høje grad af særpræg som følge af den brug, der ifølge sagsøgeren blev gjort af dette varemærke på markedet«.

Om appellen

25 Under appellen har Harmoniseringskontoret nedlagt påstand om, at Domstolen ophæver den appellerede dom og hjemviser sagen til Retten, med henblik på at Retten kan træffe afgørelse vedrørende søgsmålets øvrige anbringender. Harmoniseringskontoret har ligeledes anmodet om, at sagens øvrige parter tilpligtes at betale sagens omkostninger.

26 Kaul har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og at Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Parternes argumenter

27 Med sit eneste anbringende, der består af to led, har Harmoniseringskontoret gjort gældende, at Retten ved at fastslå i præmis 29 og 30 i den appellerede dom, at Harmoniseringskontorets appelkammer i forbindelse med en indsigelsessag var forpligtet til at tage hensyn til de kendsgerninger og beviser, som for første gang blev fremlagt til støtte for den skriftlige begrundelse, som er nævnt i artikel 59 i forordning nr. 40/94, har tilsidesat flere af bestemmelserne i nævnte forordning og i gennemførelsesforordningen.

28 Med det første led i dette anbringende har Harmoniseringskontoret gjort gældende, at Retten ved at fastslå i nævnte præmisser, at princippet om funktionel kontinuitet tvinger appelkammeret til en sådan hensyntagen, begik en fejl ved fortolkningen og anvendelsen af artikel 42, stk. 3, i forordning nr. 40/94, sammenholdt med regel 16, stk. 3, og regel 20, stk. 2, i gennemførelsesforordningen, samt artikel 62, stk. 1, i forordning nr. 40/94.

29 Den frist, som Harmoniseringskontoret på grundlag af de tre første af disse bestemmelser fastsatte for indsigeren til at fremlægge kendsgerninger og beviser til støtte for indsigelsen, er således en ufravigelig frist, ved hvis udløb en sådan fremlæggelse for Indsigelsesafdelingen er udelukket, medmindre Harmoniseringskontoret forlænger fristen.

30 Kendsgerninger og beviser, som ikke er fremlagt inden for fristen, kan heller ikke fremlægges for appelkammeret og kan ikke føre til, at Indsigelsesafdelingens

afgørelse ophæves. I modsætning til hvad Retten fastslog, vedrører den funktionelle kontinuitet mellem indsigelsesafdelingerne og appelkamrene, som fremgår af artikel 62, stk. 1, i forordning nr. 40/94, de nævnte instansers beslutningskompetence, men vil ikke kunne ophæve virkningen af præcise frister, som fællesskabslovgivningen foreskriver med henblik på at skabe rammer for forløbet af indsigelsesproceduren.

31 En sådan fortolkning er ligeledes bestemt af hensynene bag indsigelsesproceduren, som skal give mulighed for tidligt at identificere konflikter mellem varemærker og hurtigt at træffe en administrativ afgørelse i denne henseende. En afgørelse, hvorved indsigelsen forkastes, er i øvrigt ikke endelig, idet den i overensstemmelse med artikel 52, stk. 1, i forordning nr. 40/94 ikke er til hinder for, at der efterfølgende anlægges et annullationssøgsmål eller fremsættes modkrav i forbindelse med et krænkelsessøgsmål på grundlag af begrundelser, som er identiske med dem, der er fremlagt til støtte for indsigelsen.

32 Med anbringendets andet led har Harmoniseringskontoret gjort gældende, at Retten har tilsidesat artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94 ved i præmis 29 og 30 i den appellerede dom at fastslå, at fremlæggelsen af kendsgerninger eller beviser under klagestadiet anses som værende sket »rettidigt« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i den nævnte bestemmelse, forudsat at den finder sted inden for fristen på fire måneder i henhold til artikel 59 i forordning nr. 40/94, hvorfor appelkammeret skal tage disse omstændigheder i betragtning.

33 I denne forbindelse har Harmoniseringskontoret principalt gjort gældende, at artikel 74, stk. 2, ikke er beregnet på at skulle finde anvendelse, når fremlæggelsen af kendsgerninger eller beviser, som det er tilfældet i denne sag, er underlagt en ufravigelig frist ved den enhed, der træffer afgørelse i første instans. Ved at anvende udtrykket »rettidigt«, »not in due time« eller »verspätet« afspejler nævnte bestemmelse netop hensynet til at undgå unødige forsinkelser, når sådanne ufravigelige frister ikke findes.

34 Subsidiært har Harmoniseringskontoret gjort gældende, at Retten uretmæssigt har begrænset anvendelsesområdet for artikel 74, stk. 2, ved at fastslå, at denne bestemmelse i forbindelse med en klagesag alene kan finde anvendelse, når fremlæggelsen af kendsgerninger og beviser sker efter udløbet af fristen på fire måneder som nævnt i artikel 59 i forordning nr. 40/94. Forordningens artikel 74, stk. 2, bør således også kunne anvendes under andre omstændigheder, f.eks. fordi denne fremlæggelse allerede kunne og burde være sket for Indsigelsesafdelingen.

35 Ifølge Kaul, som behandler anbringendet i dets helhed, har Retten med rette fastslået, at appelkamrene skal tage hensyn til nye omstændigheder, når fremlæggelsen heraf, herunder for kamrene, ikke er forsinket i henhold til artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94. Dette var tilfældet i den foreliggende sag, idet den omtvistede fremlæggelse skete inden for fristen i artikel 59 i forordning nr. 40/94.

36 Appelkammeret er en andeninstans, der på ny skal behandle sagens realitet uden nogen begrænsninger, forud for enhver retlig prøvelse, der, idet den er henlagt til Retten og Domstolen, er begrænset til retsspørgsmål.

37 Det bekræftes ved artikel 61, stk. 2, og artikel 76 i forordning nr. 40/94, at appelkamrenes kompetencer svarer til de kompetencer, som tilkommer den enhed, der har truffet afgørelse i første instans, bl.a. med henblik på at anmode parterne om at fremlægge bemærkninger eller anordne foranstaltninger for bevisoptagelse. Læst i sammenhæng med disse bestemmelser tyder forordningens artikel 62, stk. 1, på, at appelkammeret henset til de kendsgerninger, der foreligger for det, skal beslutte, om det mener sig i stand til at træffe en afgørelse, der har en konklusion, som er identisk med konklusionen i den for appelkammeret indbragte afgørelse.

38 Det følger af artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94, at fremlæggelsen af kendsgerninger og beviser i inter partes-sager alene tilkommer parterne. Parterne bør således bevare retten til at uddybe deres anbringender på klagestadiet navnlig i lyset af den i første instans trufne afgørelse.

39 Det vil endvidere være i overensstemmelse med retssikkerhedsprincippet og princippet om procesøkonomi såvel som med formålet med indsigelsesproceduren, som er at give mulighed for at afgøre konflikter mellem varemærker før registreringen af et varemærke med henblik på at sikre det indre markeds funktion, at Harmoniseringskontorets afgørelse kan vedtages på et så bredt faktuelt grundlag som muligt.

Domstolens bemærkninger

40 Idet anbringendets to led er snævert forbundne, bør de undersøges samlet.

Om artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94

41 Med henblik på at træffe afgørelse vedrørende anbringendet i dets helhed, skal det for det første bemærkes, at som det fremgår af ordlyden af artikel 74, stk. 2, i

forordning nr. 40/94, kan Harmoniseringskontoret se bort fra kendsgerninger og beviser, som ikke er påberåbt eller fremført rettidigt af de pågældende parter.

42 I modsætning til det, som Harmoniseringskontoret gør gældende, følger det af en sådan 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. 40/94, 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.

43 Til gengæld fremgår det lige så sikkert af nævnte ordlyd, at en part, som efter fristens udløb påberåber sig eller fremfører kendsgerninger og beviser, ikke har en ubetinget ret til, at Harmoniseringskontoret tager hensyn til sådanne kendsgerninger eller beviser. Ved at præcisere, at Harmoniseringskontoret i sådanne tilfælde »kan« beslutte at se bort fra sådanne kendsgerninger og beviser, giver artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94 således Harmoniseringskontoret en vid skønsmargen med hensyn til at afgøre — med en begrundelse herfor — om der skal tages hensyn til disse.

44 En sådan hensyntagen fra Harmoniseringskontorets side, når det skal træffe afgørelse i forbindelse med en indsigelsessag, kan navnlig 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 fremsættelse sker, og omstændighederne omkring den ikke er til hinder for en sådan hensyntagen.

45 Som Harmoniseringskontoret således med rette har gjort gældende, ville den omstændighed, at Harmoniseringskontoret forpligtes til under alle omstændigheder at tage hensyn til kendsgerninger og beviser fremsat af parterne i en indsigelsessag uden for de herfor fastsatte frister i henhold til bestemmelserne i forordning nr. 40/94, bl.a. føre til, at nævnte bestemmelser ville være berøvet enhver effektiv virkning.

46 Den fortolkning, som er fastlagt i præmis 42-44 i denne dom, af artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94 vil derimod kunne sikre en sådan effektiv virkning, samtidig med at den giver mulighed for at forene de modstående væsentlige hensyn.

47 På den ene side er det således i overensstemmelse med princippet om god forvaltningsskik og nødvendigheden af at sikre, at sagerne forløber tilfredsstillende og effektivt, at parterne føler sig tilskyndet til at overholde de frister, som er pålagt dem af Harmoniseringskontoret med henblik på at tilvejebringe de relevante oplysninger i en sag. Den omstændighed, at Harmoniseringskontoret i givet fald kan vælge at se bort fra kendsgerninger og beviser, som parterne har fremlagt efter udløbet af de fastsatte frister, burde i sig selv have en sådan tilskyndende virkning

48 På den anden side bemærkes, at idet den forbeholder den instans, som skal træffe afgørelse i sagen, en adgang til at tage hensyn til kendsgerninger og beviser, som er fremlagt af parterne for sent, kan nævnte fortolkning, i det mindste når det drejer sig om en indsigelsessag, være med til at hindre, at de varemærker, hvis brug efterfølgende med held ville kunne anfægtes ved en sag om ugyldighedserklæring eller i forbindelse med en krænkelsessag, bliver genstand for en registrering. Som Domstolen allerede har fastslået, taler hensynet til retssikkerhed og god forvaltning herfor (jf. bl.a. dom af 6.5.2003, sag C-104/01, Libertel, Sml. I, s. 3793, præmis 59).

Om karakteren af den fulgte procedure ved Harmonisieringskontorets appelkammer og om artikel 62, stk. 1, i forordning nr. 40/94

49 Det skal for det andet anføres, at ingen omstændighed vedrørende karakteren af den procedure, der forløber ved appelkammeret, eller vedrørende denne instans' kompetence i princippet er til hinder for, at appelkammeret med henblik på at træffe afgørelse i den sag, som er forelagt det, tager hensyn til kendsgerninger eller beviser, som fremlægges for første gang i forbindelse med denne klage.

50 I denne henseende skal det bemærkes, at konflikter, der udspringer af en indsigelse mod registrering af et varemærke, potentielt kan underlægges fire niveauer af prøvelse.

51 Således skal en sag i første omgang behandles i Harmoniseringskontoret, først ved indsigelsesafdelingerne og i tilfælde af klage ved appelkamrene, der, selv om de selv og deres medlemmer er sikret uafhængighed, ikke desto mindre er instanser ved Harmoniseringskontoret. Herefter følger en eventuel legalitetsprøvelse ved Retten og i givet fald efter appel ved Domstolen.

52 Som foreskrevet ved artikel 63, stk. 2, i forordning nr. 40/94 kan Retten kun ophæve eller omgøre en afgørelse truffet af et appelkammer ved Harmoniseringskontoret »under påberåbelse af inkompetence, væsentlige formmangler eller overtrædelse af traktaten, af [nævnte] [...] forordning eller af retsregler vedrørende deres gennemførelse eller under påberåbelse af magtfordrejning«.

53 Det følger bl.a. af denne bestemmelse, at Retten kun kan ophæve eller omgøre den anfægtede afgørelse, hvis den på det tidspunkt, den blev truffet, var behæftet med en af disse ophævelses- eller omgørelsesgrunde. Retten kan derimod ikke ophæve eller omgøre en sådan afgørelse af årsager, der indtræder, efter at afgørelsen er truffet (dom af 11.5.2006, sag C-416/04 P, Sunrider mod KHIM, Sml. I, s. 4237, præmis 54 og 55).

54 Det følger endvidere af bestemmelsen, som Retten korrekt har antaget i en fast retspraksis, at kendsgerninger, som ikke blev påberåbt af parterne ved Harmoniseringskontorets instanser, ikke kan påberåbes i forbindelse med et søgsmål, der indbringes for denne fællesskabsretsinstans. Retten skal således vurdere lovligheden af appelkammerets afgørelse ved at efterprøve anvendelsen af fællesskabsretten, som er foretaget af appelkammeret, bl.a. henset til de faktiske omstændigheder, som forelå for det nævnte appelkammer (jf. i denne retning dom af 18.7.2006, sag C-214/05 P, Rossi mod KHIM, Sml. I, s. 7057, præmis 50), men den kan derimod ikke foretage en sådan efterprøvelse ved at tage hensyn til nye faktiske omstændigheder, der fremlægges for Retten.

55 I overensstemmelse med det institutionelle system, som er nævnt i denne doms præmis 50 og 51, skal den legalitetsprøvelse, som således foretages af Retten, ikke udgøre en ren og skær gentagelse af den prøvelse, som tidligere blev foretaget af Harmoniseringskontorets appelkammer.

56 I denne forbindelse følger det af artikel 62, stk. 1, i forordning nr. 40/94, at appelkammeret efter at have realitetsbehandlet sagen træffer afgørelse om klagen, og at det kan »omgøre den af afdelingen trufne afgørelse«, dvs. i den foreliggende sag selv træffe afgørelse om indsigelsen ved at afvise den eller kende den berettiget for derved at stadfæste eller underkende den anfægtede afgørelse.

57 Det følger således af artikel 62, stk. 1, i forordning nr. 40/94, at appelkammeret som følge af den klage, som er forelagt det, skal foretage en ny og fuldstændig prøvelse af indsigelsens realitet, såvel retligt som faktisk.

58 Som Kaul således har anført, følger det bl.a. af artikel 61, stk. 2, og artikel 76 i forordning nr. 40/94, at appelkammeret med henblik på at realitetsbehandle klagesagen, som er forelagt det, anmoder parterne om, så ofte som det er nødvendigt, at fremlægge bemærkninger til dets meddelelser, og at appelkammeret endvidere kan træffe beslutning om bevisoptagelse, herunder fremlæggelse af kendsgerninger eller beviser. Artikel 62, stk. 2, i forordning nr. 40/94 præciserer, at hvis appelkammeret hjemviser sagen til videre behandling i den afdeling, som traf den påklagede afgørelse, er denne afdeling bundet af præmisserne og konklusionerne i appelkammerets afgørelse, »såfremt de faktiske omstændigheder er uforandrede«. Sådanne bestemmelser bekræfter muligheden for, at den faktuelle baggrund kan blive udvidet igennem de forskellige stadier i sagens forløb ved Harmoniseringskontoret.

Om artikel 42, stk. 3, og artikel 59 i forordning nr. 40/94

59 For det tredje følger det af artikel 42, stk. 3, i forordning nr. 40/94, at en part, der har indgivet en indsigelse mod registrering af et varemærke med den begrundelse, at registreringen skal afslås på grundlag af artikel 8, stk. 1, i denne forordning, kan fremlægge kendsgerninger, beviser og argumenter til støtte for indsigelsen inden for den frist, som Harmoniseringskontoret har fastsat herfor.

60 Til forskel fra artikel 42, stk. 3, vedrører artikel 59 i forordning nr. 40/94, der præciserer betingelserne for at indgive en klage for appelkammeret, ikke fremlæggelsen af kendsgerninger eller beviser, men alene indgivelsen af en skriftlig begrundelse for klagen inden for en frist på fire måneder.

61 Det følger heraf, at i modsætning til hvad Retten fastslog i præmis 30 i den appellerede dom, kan den nævnte artikel 59 ikke fortolkes således, at den giver ophavsmanden til en sådan klage en ny frist med henblik på at fremlægge kendsgerninger og beviser til støtte for indsigelsen.

62 Derfor har Retten begået en retlig fejl ved i præmis 30 at vurdere, at sådanne kendsgerninger og beviser var fremlagt »rettidigt« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 74, stk. 2, og ved heraf at udlede, at appelkammeret var forpligtet til at tage disse i betragtning i afgørelsen, som skulle træffes i den sag, som var forelagt appelkammeret.

63 Det fremgår således af præmis 41-43 i denne dom, at når sådanne kendsgerninger og beviser ikke, som i den foreliggende sag, er blevet påberåbt og fremlagt af den berørte part inden for en frist, der er fastsat herfor i henhold til bestemmelserne i forordning nr. 40/94, og heller ikke »rettidigt« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i nævnte forordnings artikel 74, stk. 2, har den pågældende part ikke en ubetinget ret til at få dem taget i betragtning af appelkammeret, idet appelkammeret tværtimod har en skønsmargen med henblik på at beslutte, om en sådan hensyntagen skal finde sted henset til den afgørelse, som appelkammeret skal træffe.

64 Det følger af ovenstående, at Retten har tilsidesat bestemmelserne i artikel 42, stk. 3, sammenholdt med artikel 59 og artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94, idet den fastslog i præmis 29 og 30 i den appellerede dom, at appelkammeret skal tage hensyn til de faktiske omstændigheder og beviser, som den part, der har rejst indsigelse mod en registrering af et varemærke, fremlægger for første gang i den skriftlige begrundelse, som parten indgiver til støtte for en klage indgivet til appelkammeret over en afgørelse truffet af en indsigelsesafdeling, og idet den har annulleret den anfægtede afgørelse alene på grund af, at appelkammeret, som det er tilfældet i denne sag, afviste en sådan hensyntagen.

65 Den appellerede dom skal herefter ophæves.

Om søgsmålet i første instans

66 I medfør af artikel 61, stk. 1, i statutten for Domstolen kan denne, såfremt Rettens afgørelse ophæves, selv træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse, eller den kan hjemvise sagen til Retten til afgørelse.

67 I denne sag konstaterer Domstolen, som Retten allerede gjorde det i præmis 27 i den appellerede dom, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses præmis 10-12 afviste at tage hensyn til de af Kaul fremlagte kendsgerninger og beviser til støtte for klagen, idet det i det væsentlige var af den opfattelse, at en sådan hensyntagen som sådan var udelukket, fordi disse kendsgerninger og beviser ikke tidligere var blevet fremlagt for Indsigelsesafdelingen inden for fristerne fastsat af denne.

68 Imidlertid tilsidesættes artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94 ved appelkammerets argument, som ligeledes blev forsvaret af Harmoniseringskontoret såvel under sagen for Retten som i forbindelse med nærværende appel. Som det således fremgår af præmis 41-43 i denne dom, giver bestemmelsen appelkammeret, såfremt kendsgerninger og beviser er fremlagt for det for sent, en skønsmargen med henblik på at

afgøre, hvorvidt der skal tages hensyn til disse med henblik på den afgørelse, som appelkammeret skal træffe.

69 I stedet for at udøve den skønsbeføjelse, som det således er tildelt, var appelkammeret i denne sag af den fejlagtige opfattelse, at det ikke havde nogen skønsbeføjelse med henblik på en eventuel hensyntagen til de omhandlede kendsgerninger og beviser.

70 Den anfægtede afgørelse skal herefter annulleres.

Sagens omkostninger

71 Ifølge procesreglementets artikel 122, stk. 1, træffer Domstolen, såfremt der gives appellanten medhold, og Domstolen selv endeligt afgør sagen, afgørelse om sagens omkostninger. I henhold til samme reglements artikel 69, stk. 2, der i medfør af artikel 118 finder anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom.

72 I relation til den foreliggende sag bemærkes, at Domstolen, selv om den appellerede dom ophæves, giver Kaul medhold i søgsmålet og annullerer afgørelsen truffet af Harmoniseringskontorets appelkammer. Det følger heraf, at Harmoniseringskontoret bør pålægges at betale Kauls omkostninger i forbindelse med sagen i første instans og i appelsagen i overensstemmelse med selskabets påstand herom.

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

1) **Dom afsagt af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans den 10. november 2004, Kaul mod KHIM — Bayer (ARCOL) (sag T-164/02) ophæves.**

2) **Afgørelse truffet af Tredje Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (Harmoniseringskontoret) den 4. marts 2002 (sag R 782/2000-3) annulleres.**

3) **Harmoniseringskontoret betaler sagens omkostninger i forbindelse med sagen i første instans og i appelsagen.**

Underskrifter