RETTENS DOM (Anden Afdeling)

15. marts 2011 *

I sag T-50/09,

Ifemy's Holding GmbH, München (Tyskland), ved advokat H.-G. Augustinowski,

sagsøger,

mod

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

sagsøgt,

den anden part i sagen for appelkammeret ved Harmoniseringskontoret:

Dada & Co. Kids Srl, Prato (Italien),

* Processprog: engelsk.

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 27. november 2008 af Fjerde Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 911/2008-4) vedrørende en indsigelsessag mellem Ifemy's Holding GmbH og Dada & Co. Kids Srl,

har

RETTEN (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, N.J. Forwood (refererende dommer), og dommerne J. Schwarcz og A. Popescu,

justitssekretær: E. Coulon,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 3. februar 2009,

under henvisning til Harmoniseringskontorets svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 18. maj 2009,

under henvisning til afgørelsen af 26. juni 2009 om ikke at give tilladelse til, at der indgives replik,

under henvisning til, at idet ingen af parterne har fremsat nogen anmodning om fastsættelse af et retsmøde inden for en frist af en måned, efter at det var forkyndt, at den skriftlige forhandling var afsluttet, har Retten på grundlag af den refererende dommers rapport og i henhold til artikel 135a i Rettens procesreglement besluttet at træffe afgørelse, uden at retsforhandlingerne omfatter et mundtligt stadium,

afsagt følgende

Dom

Tvistens baggrund

1 Den 24. maj 2006 indgav Dada & Co. Kids Srl (herefter »ansøgeren«) i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), med senere ændringer (erstattet af Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26.2.2009 om EF-varemærker (EUT L 78, s. 1)), en ansøgning om registrering af et EF-varemærke til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«).

2 Det varemærke, der er søgt registreret, er figurmærket Dada & Co. kids.

3 De varer, som registreringsansøgningen vedrører, henhører under klasse 25 i Nicearrangementet 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, fodtøj og hovedbeklædning«.

4 EF-varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EF-Varemærketidende* nr. 2006/43 af 23. oktober 2006.

5 Den 1. december 2006 rejste sagsøgeren, Ifemy's Holding GmbH, indsigelse i henhold til artikel 42 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 41 i forordning nr. 207/2009) mod registreringen af det ansøgte varemærke med hensyn til alle de ovenfor i præmis 3 nævnte varer.

6 Indsigelsen var støttet på det tyske ordmærke DADA, der er registreret den 10. april 2001 under nr. 30114449, og som bl.a. betegner de varer, der henhører under klasse 25 og svarer til følgende beskrivelse: »Beklædningsgenstande, fodtøj og hovedbeklædning«.

7 Den registreringshindring, der blev påberåbt til støtte for indsigelsen, var en risiko for forveksling i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009].

8 Den 24. juli 2007 anmodede ansøgeren om, at sagsøgeren godtgjorde, at der blev gjort reel brug af det ældre varemærke, jf. artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 (nu artikel 42, stk. 2 og 3, i forordning nr. 207/2009).

9 Ved skrivelse af 30. august 2007 opfordrede Harmoniseringskontoret sagsøgeren til at fremlægge nævnte bevis inden for en frist på to måneder, dvs. senest den 31. oktober 2007.

10 Den 31. oktober 2007 sendte sagsøgeren pr. telefax en skrivelse til Harmoniseringskontoret, der bl.a. var vedlagt listen over de dokumenter, som skulle anses for at udgøre beviset for reel brug af det ældre varemærke. De omhandlede dokumenter var imidlertid ikke vedlagt denne skrivelse.

11 Den 9. november 2007 modtog Harmoniseringskontoret med posten originalen af denne skrivelse samt 202 sider svarende til de dokumenter, som skrivelsen refererede til.

12 Ved skrivelse af 23. november 2007 oplyste indsigelsesafdelingen sagsøgeren om, at der ikke ville blive taget hensyn til de dokumenter, der således var blevet meddelt den 9. november 2007, da de ikke var blevet indleveret inden for den fastsatte frist.

13 Ved skrivelse af 20. december 2007 gjorde sagsøgeren over for Harmoniseringskontoret gældende, at Harmoniseringskontoret, i tilfælde af, at meddelelsen var ufuldstændig, skulle give afsenderen meddelelse herom og opfordre ham til at sende meddelelsen på ny. Det sagsøgende selskab anførte derfor, at det afventede en sådan opfordring, idet meddelelsen pr. telefax af 31. oktober 2007 havde været »åbenbart ufuldstændig«.

14 Ved skrivelse af 19. marts 2008 fastholdt det sagsøgende selskab over for Harmoniseringskontoret, at der skulle tages hensyn til beviserne for brug af det ældre varemærke, idet det bl.a. påberåbte sig regel 80, stk. 2, i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til forordning (EF) nr. 40/94 (EFT L 303, s. 1).

15 Ved afgørelse af 16. april 2008 afviste indsigelsesafdelingen indsigelsen med den begrundelse, at sagsøgeren ikke inden for den fastsatte frist havde godtgjort, at der var gjort reel brug af det ældre varemærke.

16 Den 16. juni 2008 indgav sagsøgeren en klage til Harmoniseringskontoret i henhold til artikel 57-62 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 58-64 i forordning nr. 207/2009) over indsigelsesafdelingens afgørelse. Sagsøgeren foreholdt for det første indsigelsesafdelingen, at den i sin afgørelse havde gengivet ansøgeren om EF-varemærket fejlagtigt, og gjorde for det andet gældende, at der var sket en tilsidesættelse af regel 80, stk. 2, i forordning nr. 2868/95 og af ligebehandlingsprincippet.

17 Ved afgørelse af 27. november 2008 (herefter »den anfægtede afgørelse«) afslog Fjerde Appelkammer ved Harmoniseringskontoret klagen. Appelkammeret anførte navnlig, i punkt 15 i sin afgørelse, at det ikke havde nogen betydning, at indsigelsesafdelingens afgørelse henviste til ansøgeren som »DADA & CO. MEN SRL« i stedet for som »DADA & CO. KIDS SRL«. Der var tale om en simpel indførelsesfejl, og afgørelsen var blevet meddelt gyldigt til ansøgerens og sagsøgerens repræsentanter, jf. regel 77 i forordning nr. 2868/95. Appelkammeret anførte ligeledes i afgørelsens punkt 21, at Harmoniseringskontoret i den foreliggende sag kun havde anvendt regel 22 i forordning nr. 2868/95 og — i punkt 23-25 i den nævnte afgørelse — at Harmoniseringskontorets praksis ikke medførte en forskelsbehandling, da den var i overensstemmelse med retsforskrifterne, og at der var andre retsmidler. Endelig anførte Harmoniseringskontoret — i den anfægtede afgørelses punkt 26 — at meddelelsen pr. telefax ikke havde været ufuldstændig i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i regel 80, stk. 2, i forordning nr. 2868/95, da det sagsøgende selskab den 31. oktober 2007 ikke havde haft til hensigt og ikke havde forsøgt at sende de 202 sider, der udgjorde beviserne for brug af det ældre varemærke, som selskabet havde nævnt i sin skrivelse.

Parternes påstande

18 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse samt indsigelsesafdelingens afgørelse annulleres.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

19 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

20 Til støtte for påstanden om annullation af den anfægtede afgørelse har sagsøgeren i det væsentlige gjort tre anbringender gældende. Det første anbringende vedrører tilsidesættelse af »formelle krav«, af artikel 77a, stk. 1, i forordning nr. 40/94 (nu artikel 80, stk. 1, i forordning nr. 207/2009), af regel 50, stk. 2, i forordning nr. 2868/95

og af retsstatsprincippet. Det andet anbringende vedrører tilsidesættelse af regel 80, stk. 2, i forordning nr. 2868/95. Det tredje anbringende vedrører tilsidesættelse af principperne om ligebehandling og loyal konkurrence, som defineret i artikel 2 EF og 3 EF, og af artikel 43 i forordning nr. 40/94.

Det første anbringende om tilsidesættelse af »formelle krav«, af artikel 77a, stk. 1, i forordning nr. 40/94, af regel 50, stk. 2, i forordning nr. 2868/95 og af retsstatsprincippet

Parternes argumenter

21 Sagsøgeren har foreholdt appelkammeret, at det ikke har ophævet indsigelsesafdelingens afgørelse, fordi denne afdeling fejlagtigt gengav en tredje person, nemlig Dada & Co. Men Srl, der er indehaver af et andet EF-varemærke, som ansøgeren om EF-varemærket.

22 Hvis afgørelsen ikke ophæves, vil der nu samtidig foreligge to eksigible afgørelser mod sagsøgeren med hensyn til omkostningerne til fordel for to forskellige personer, nemlig indsigelsesafdelingens afgørelse og den anfægtede afgørelse.

23 Harmoniseringskontoret har bestridt sagsøgerens argumenter.

Rettens bemærkninger

24 I henhold til regel 50, stk. 2, i forordning nr. 2868/95 i den affattelse, der var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen, skal appelkammerets afgørelse bl.a. indeholde parternes og deres repræsentanters navne.

25 I den foreliggende sag er det åbenbart, at sagsøgerens anbringende, hvorefter denne bestemmelse er blevet tilsidesat, ikke kan tiltrædes, da appelkammeret har gengivet parternes og deres repræsentanters navne korrekt.

26 Det bestemmes i artikel 77a, stk. 1, i forordning nr. 40/94, at når Harmoniseringskontoret foretager en indførelse i registret eller vedtager en afgørelse, der er behæftet med en åbenlys procedurefejl, der er begået af Harmoniseringskontoret, sørger dette for at ophæve indførelsen eller tilbagekalde afgørelsen.

27 I henhold til artikel 77a, stk. 3, i forordning nr. 40/94 (nu artikel 80, stk. 3, i forordning nr. 207/2009) er denne artikel ikke til hinder for, at parterne kan indgive en klage i henhold til artikel 57 og 63 (nu artikel 58 og 65 i forordning nr. 207/2009), eller for, at man i den form og på de betingelser, der er fastsat i forordning nr. 2868/95, retter sproglige fejl eller indførelsesfejl og åbenlyse fejl i Harmoniseringskontorets afgørelser.

28 Regel 53 i forordning nr. 2868/95 bestemmer, at hvis Harmoniseringskontoret ex officio bliver eller af en part i sagen gøres opmærksom på en sproglig fejl, en skrivefejl eller en åbenbar urigtighed i en afgørelse, påser det, at fejlen eller urigtigheden berigtiges af den ansvarlige afdeling.

29 I den foreliggende sag fremgår det af Harmoniseringskontorets sagsakter, at indsigelsesafdelingen i sin afgørelse ved en fejl gengav ansøgeren om EF-varemærkets firmabetegnelse som værende »DADA & CO. MEN SRL«. Derimod gengav nævnte afgørelse korrekt ansøgerens adresse og repræsentant samt det nummer, sagen havde fået. Derudover blev ansøgeren gengivet korrekt i meddelelsen af denne afgørelse, og meddelelsen blev foretaget behørigt til den repræsentant, der var nævnt deri. Den klage, som sagsøgeren havde indgivet over indsigelsesafdelingens afgørelse, meddelte Harmoniseringskontoret også den nævnte repræsentant.

30 Det følger heraf, at i modsætning til, hvad Harmoniseringskontoret har gjort gældende, berører den fejl, der gøres gældende, selve indsigelsesafdelingens afgørelse og ikke meddelelsen heraf, hvilket betyder, at den retspraksis, hvorefter fejl i forbindelse med proceduren for meddelelse er afgørelsen uvedkommende og derfor ikke kan behæfte den med en mangel, ikke er relevant her (Domstolens dom af 14.7.1972, sag 48/69, Imperial Chemical Industries mod Kommissionen, Sml. 1972, s. 151, org.ref.: Rec. s. 619, præmis 39, samt Rettens dom af 28.5.1998, forenede sager T-78/96 og T-170/96, W mod Kommissionen, Sml. Pers. I-A, s. 239, og II, s. 745, præmis 183, og af 2.7.2002, sag T-323/00, SAT.1 mod KHIM (SAT.2), Sml. II, s. 2839, præmis 12).

31 Dette ændrer intet ved, at den fejl, som indsigelsesafdelingen begik, da den gengav ansøgerens navn forkert, ikke har haft nogen proceduremæssige konsekvenser og ikke kan kvalificeres som en procedurefejl i henhold til artikel 77a, stk. 1, i forordning nr. 40/94. Nævnte bestemmelse finder følgelig ikke anvendelse på de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag.

32 Det følger snarere af ovenstående overvejelser, navnlig dem, der fremgår af præmis 29 ovenfor, at den fejl ved gengivelsen, som indsigelsesafdelingen har begået, skal kvalificeres som en skrivefejl eller en åbenbar urigtighed i henhold til artikel 77a, stk. 3, i forordning nr. 40/94 og regel 53 i forordning nr. 2868/95. Følgelig kunne en fejl af denne art i henhold til disse bestemmelser berigtiges af den ansvarlige afdeling ved

Harmoniseringskontoret ex officio eller efter at en part i sagen har gjort opmærksom herpå, uden at der er behov for, at Harmoniseringskontoret ophæver eller tilbagekalder den afgørelse, der er behæftet med den.

33 Det fremgår imidlertid af artikel 62, stk. 1, i forordning nr. 40/94 (nu artikel 64, stk. 1, i forordning nr. 207/2009), at appelkammeret, når det træffer afgørelse om klagen, bl.a. kan omgøre den af afdelingen trufne afgørelse.

34 Appelkammeret begik således ikke en fejl og tilsidesatte ikke de bestemmelser, der er blevet gjort gældende i forbindelse med nærværende anbringende, da det — idet den omgjorde indsigelsesafdelingens afgørelse — fastslog, at denne afdeling havde lavet en skrivefejl eller en åbenbar urigtighed, og påså, at den blev berigtiget i henhold til artikel 77a, stk. 3, i forordning nr. 40/94 og regel 53 i forordning nr. 2868/95. Konstateringen og berigtigelsen af denne fejl eller urigtighed, der er foretaget i henholdsvis punkt 9 og 15 i den anfægtede afgørelse, krævede heller ikke derudover, at indsigelsesafdelingens afgørelse skulle ophæves eller tilbagekaldes.

35 Hvad angår sagsøgerens argument, der er sammenfattet i præmis 22 ovenfor, var det med rette, at Harmoniseringskontoret tilbageviste dette ved at bemærke, at sagsøgeren ikke lider nogen skade ved, at der foreligger to afgørelser om, at sagsøgeren skal betale sagsomkostninger. Den anfægtede afgørelse træder nemlig i stedet for indsigelsesafdelingens afgørelse med hensyn til afgørelsen om sagsomkostninger, således som det fremgår af punkt 3 i afgørelsens konklusion og i overensstemmelse med de bestemmelser, de er nævnt i punkt 32 i afgørelsens begrundelse. Selskabet Dada & Co. Men Srl, der ved en fejl er nævnt i indsigelsesafdelingens afgørelse, kan derfor ikke gøre noget krav gældende mod sagsøgeren.

36 Derudover har sagsøgeren ikke fremført noget klagepunkt eller argument med hensyn til den påståede tilsidesættelse af »formelle krav« eller af retsstatsprincippet. Denne tilsidesættelse er derfor ikke bevist.

37 Det følger af ovenstående, at det første anbringende må forkastes som ubegrundet.

Det andet anbringende om tilsidesættelse af regel 80, stk. 2, i forordning nr. 2868/95

— Parternes argumenter

38 Det sagsøgende selskab har anført, at en meddelelse pr. telefax, der begynder med ordene »vi ønsker at fremlægge følgende beviser«, men som ikke indeholder nogen af disse beviser, er åbenbart ufuldstændig i henhold til regel 80, stk. 2, i forordning nr. 2868/95. Selskabet er derfor af den opfattelse, at Harmoniseringskontoret var forpligtet til at give det meddelelse herom og til at opfordre det til at genfremsende sin meddelelse, jf. samme regel.

39 Det af appelkammeret anførte om, at sagsøgeren aldrig har haft til hensigt at sende en fuldstændig meddelelse pr. telefax, er ren spekulation med hensyn til sagsøgerens hensigter. Sagsøgeren har til støtte for sin klage alene anført, at eftersom der skulle faxes 200 sider, var det umuligt at sende dem uden funktionsfejl.

40 Det af appelkammeret anførte, som er støttet på overskriften i faxen af 31. oktober 2007, er også spekulativt og ubegrundet.

41 Harmoniseringskontoret har bestridt sagsøgerens argumenter.

Rettens bemærkninger

42 Regel 80, stk. 2, i forordning nr. 2868/95 bestemmer:

»Er en meddelelse modtaget pr. telefax ufuldstændig eller ulæselig, eller har [Harmoniseringskontoret] rimelig grund til at betvivle, at telefaxen er korrekt modtaget, giver [Harmoniseringskontoret] afsenderen meddelelse herom og opfordrer ham til inden for en af [Harmoniseringskontoret] fastsat frist at genfremsende originalen pr. telefax eller at fremsende originalen i overensstemmelse med regel 79, litra a). Efterkommes opfordringen inden for den angivne frist, anses den dato, den genfremsendte meddelelse eller originalen blev modtaget, som datoen for modtagelsen af den oprindelige meddelelse […]. Efterkommes opfordringen ikke inden for den fastsatte frist, anses meddelelsen som ikke modtaget.«

43 Det bemærkes, at formålet med denne bestemmelse er at give personer, der sender meddelelser til Harmoniseringskontoret pr. telefax, mulighed for at genfremsende deres dokumenter eller til at fremsende originalerne til Harmoniseringskontoret efter udløbet af fristen for indsigelse, når der opstår en af de situationer, der omhandles i nævnte regel, således at de kan afhjælpe de uregelmæssigheder, der følger af de nævnte situationer (Rettens dom af 15.5.2007, forenede sager T-239/05, T-240/05,

T-245/05 — T-247/05, T-255/05 og T-274/05 — T-280/05, Black & Decker mod KHIM — Atlas Copco m.fl. (tredimensionel gengivelse af et elektrisk værktøj i gult og sort), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 60).

44 Som Harmoniseringskontoret med rette har anført, vedrører bestemmelsen således situationer, hvor den omhandlede part som følge af en objektiv omstændighed, der beror på særlige eller atypiske tekniske omstændigheder, som er uafhængige af denne parts vilje, forhindres i på tilfredsstillende måde at sende dokumenterne pr. telefax.

45 Derimod skal det præciseres, at regel 80, stk. 2, i forordning nr. 2868/95 ikke omfatter de tilfælde, hvor den omstændighed, at den meddelelse, der sendes pr. telefax er ufuldstændig eller ulæselig, alene skyldes viljen hos afsenderen, der forsætligt vælger ikke at sende en fuldstændig og læselig meddelelse, selv om han teknisk set var i stand til det.

46 Heraf følger også — hvilket bekræftes af udtrykket »genfremsende« — at regel 80, stk. 2, i forordning nr. 2868/95 i princippet forudsætter, at der er identitet mellem de dokumenter, med hensyn til hvilke meddelelsen pr. telefax var ufuldstændig eller ulæselig, og de dokumenter, der senere fremsendes i original eller pr. telefax efter opfordring fra Harmoniseringskontoret, og således er til hinder for enhver rettelse, ændring eller tilføjelse af nye oplysninger i den anledning. Enhver anden fortolkning ville gøre det muligt for parterne i en sag for Harmoniseringskontoret at omgå de frister, der er fastsat for dem, hvilket klart ikke er det formål, der forfølges med regel 80, stk. 2, i forordning nr. 2868/95

47 Det er i overensstemmelse med disse principper, at det i den foreliggende sag skal undersøges, om den meddelelse, der blev modtaget pr. telefax den 31. oktober 2007, skal anses for at være ufuldstændig i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i regel 80, stk. 2, i forordning nr. 2868/95.

48 I denne forbindelse forkastes indledningsvis sagsøgerens argument, hvorefter en meddelelse pr. telefax, der begynder med ordene »vi ønsker at fremlægge følgende beviser«, men som ikke omfatter nogen af de omhandlede beviser, er åbenbart ufuldstændig i henhold til regel 80, stk. 2, i forordning nr. 2868/95. En sådan meddelelse kan nemlig kun anses for at være ufuldstændig i henhold til de principper, der er gengivet ovenfor i præmis 44 og 45, hvis afsenderen faktisk har haft til hensigt og har forsøgt at meddele de omhandlede beviser pr. telefax. Hvis afsenderen derimod kun har haft til hensigt at sende en skrivelse, der opregner alle de beviser, som han påregner at påberåbe sig, pr. telefax, og efterfølgende med posten har sendt disse beviser som bilag til originalen af denne skrivelse, kan han i overensstemmelse med det princip, der er nævnt ovenfor i præmis 46, ikke til sin fordel påberåbe sig regel 80, stk. 2, i forordning nr. 2868/95.

49 I den foreliggende sag fremgår det af Harmoniseringskontorets sagsakter, at den skrivelse, der blev fremsendt pr. telefax den sidste dag inden udløbet af den af indsigelsesafdelingen fastsatte frist — nemlig den 31. oktober 2007 — indeholdt fem sider, at skrivelsen fremstod som et fuldstændigt og sammenhængende dokument, der var underskrevet behørigt af afsenderen, og at den ikke indeholdt nogen henvisning til noget bilag eller til noget vedlagt dokument. Det fremgår ligeledes af sagsakterne, at hver af skrivelsens fem sider, der blev fremsendt pr. telefax til Harmoniseringskontoret, efter modtagelsen af skrivelsen indeholdt angivelsen »Side: [tallene går fra 001 til 005] af 005«.

50 Herudover har det sagsøgende selskab ikke for indsigelsesafdelingen og efterfølgende for appelkammeret formelt bestridt, at det den 31. oktober 2007 kun sendte denne ene skrivelse pr. telefax, og at beviserne for reel brug, der blev sendt med posten samtidig med originalen af den nævnte skrivelse, var indgået til Harmoniseringskontoret den 9. november 2007, dvs. ni dage efter udløbet af den fastsatte frist. Selskabet har end ikke anført, at det også forsøgte at sende disse beviser pr. telefax, og fremkom ikke med nogen oplysninger om de præcise omstændigheder, hvorunder meddelelsen pr. telefax var foregået den 31. oktober 2007, men begrænsede sig til at påstå, at

det var umuligt at sende en sådan meddelelse uden funktionsfejl, eftersom der skulle faxes mere end 200 sider. Sagsøgeren har heller ikke fremlagt transmissionsrapporten for telefaxen fra den 31. oktober 2007, eller nogen anden rapport eller oversigt, der i givet fald kunne bevise, at det var blevet forsøgt at meddele beviserne pr. telefax den 31. oktober 2007, men at meddelelsen var slået fejl.

51 På grundlag af disse tilstrækkeligt præcise og samstemmende indicier, og da der ikke foreligger nogen plausibel modstridende forklaring fra sagsøgeren side, var det med rette, at appelkammeret fastslog, at det kun var den fem sider lange skrivelse, der var genstand for meddelelsen pr. telefax, og at de 202 andre sider var blevet sendt senere på en ubestemt dato, alene med posten, samt at sagsøgeren aldrig havde haft til hensigt at meddele disse 202 sider pr. telefax.

52 I betragtning af disse indicier kan sagsøgeren ikke begrænse sig til for Retten at gøre gældende, at der med hensyn til denne konklusion fra appelkammerets side er tale om ren spekulation med hensyn til sagsøgerens hensigter. For at gøre det muligt for Retten at komme frem til en overbevisning, påhviler det sagsøgeren at fremkomme med en forklaring på eller en begrundelse for, at de påståede faktiske omstændigheder ikke er sandsynlige (jf. i denne retning Domstolens dom af 7.1.2004, forenede sager C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 123, præmis 79).

53 Under disse omstændigheder må det fastslås, at det sagsøgende selskab ikke har godtgjort, at det forsøgte at fremsende beviserne for reel brug af det ældre varemærke pr. telefax den 31. oktober 2007.

54 Det følger heraf, at den meddelelse, som Harmoniseringskontoret modtog pr. telefax den 31. oktober 2007, ikke kan anses for at være ufuldstændig i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i regel 80, stk. 2, i forordning nr. 2868/95, således at nævnte bestemmelse under alle omstændigheder ikke finder anvendelse på omstændighederne i den foreliggende sag.

55 Det andet anbringende bør derfor forkastes.

Det tredje anbringende om tilsidesættelse af principperne om ligebehandling og loyal konkurrence, som defineret i artikel 2 EF og 3 EF, og af artikel 43 i forordning nr. 40/94

Parternes argumenter

56 Sagsøgeren har gjort gældende, at Harmoniseringskontorets praksis udgør en traktatstridig forskelsbehandling af personer, der er etableret i »Europas afsides liggende regioner«, som har betydeligt mindre tid til at sende Harmoniseringskontoret deres meddelelser inden for de frister — normalt to måneder — som Harmoniseringskontoret fastsætter for dem, end de personer, der er etableret i Spanien. For at være sikker på, at en skrivelse modtages i tide og — i modsatte tilfælde — at kunne gøre brug af restitutio in integrum, skal en person, der ikke bor i nærheden af Harmoniseringskontorets hjemsted, nemlig sende skrivelsen ca. to uger før fristens udløb, mens personer, der bor i Spanien, har hele fristen til rådighed. Denne praksis kan også foranledige de berørte til at rykke nærmere på Harmoniseringskontorets hjemsted eller til at bruge advokatfirmaer, som ligger tæt ved kontoret, hvilket hindrer det frie erhvervsliv.

57 Harmoniseringskontorets argument, hvorefter det står enhver frit for at sende sine meddelelser pr. telefax, er fejlagtigt. For det første er der visse dokumenter, navnlig dokumenter i farver, der ikke kan sendes pr. telefax. For det andet er der — som i det foreliggende tilfælde — visse meddelelser, der er for omfangsrige til at kunne sendes, uden at der opstår funktionsfejl.

58 Sagsøgeren har understreget, at der findes en række alternativer til Harmoniseringskontorets praksis, som er støttet på objektive kriterier og som ikke udgør en forskelsbehandling. F.eks. kunne Harmoniseringskontoret — som Retten gør det — tillade meddelelser pr. e-mail eller lægge datoen for afsendelsen af telefaxen til grund og acceptere de beviser for reel brug, der er blevet sendt inden for den fastsatte frist, men som er blevet modtaget efter fristens udløb.

59 Som svar på appelkammerets argument, hvorefter det sagsøgende selskab havde retsmidler, som det ikke har gjort brug af, har selskabet for det første gjort gældende, at en anmodning om forlængelse i henhold til regel 71, stk. 1, i forordning nr. 2868/95 i henhold til Harmoniseringskontorets praksis ikke nødvendigvis var blevet imødekommet. For det andet ville en viderebehandling mod betaling af et gebyr i henhold til artikel 78a i forordning nr. 40/94 (nu artikel 82 i forordning nr. 207/2009) ikke have været mulig, da nævnte artikel ikke finder anvendelse på fristen, der er fastsat i samme forordnings artikel 43. For det tredje meddeles der kun restitutio in integrum i henhold til artikel 78 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 81 i forordning nr. 207/2009) i et meget begrænset antal sager, så dette kan ikke udgøre et gyldigt alternativ. Der er i øvrigt ikke nogen grund til, at en ansøger skulle give afkald på sine rettigheder og betale et yderligere gebyr som følge af Harmoniseringskontorets »diskriminerende praksis«.

60 Endelig har det sagsøgende selskab gjort gældende, at regel 22, stk. 2, i forordning nr. 2868/95 bestemmer, at en indsigende part skal fremlægge sine beviser for brug før udløbet af den fastsatte frist, men ikke, at disse oplysninger skal være indgået hos Harmoniseringskontoret inden dette tidspunkt. Selskabet har understreget, at denne

regel skal fortolkes i lyset af generelle retsprincipper, navnlig ligebehandlingsprincippet, og at den skal være i overensstemmelse med disse principper.

61 Harmoniseringskontoret har bestridt sagsøgerens argumenter.

Rettens bemærkninger

62 Regel 22, stk. 2, i forordning nr. 2868/95 bestemmer:

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

63 Det fremgår af selve ordlyden af denne bestemmelse, at den frist, den fastsætter, er af præceptiv karakter, hvilket udelukker, at Harmoniseringskontoret tager hensyn til beviser, der er fremlagt for sent (jf. Rettens dom af 23.10.2002, sag T-388/00, Institut für Lernsysteme mod KHIM — Educational Services (ELS), Sml. II, s. 4301, præmis 28).

64 En sådan frist er ligesom klage- og søgsmålsfrister ufravigelig og kan ikke ændres af parterne eller af Fællesskabets retsinstanser, som ex officio skal efterprøve, om fristen er overholdt. Denne frist beror på hensynet til retssikkerheden og nødvendigheden af at undgå enhver forskelsbehandling eller enhver vilkårlighed i retsplejen (jf. analogt

Domstolens dom af 7.7.1971, sag 79/70, Müllers mod ØSU, Sml. 1971, s. 161, org.ref.: Rec. s. 689, præmis 18, af 4.2.1987, sag 276/85, Cladakis mod Kommissionen, Sml. s. 495, præmis 11, og af 29.6.2000, sag C-154/99 P, Politi mod Fondation européenne pour la formation, Sml. I, s. 5019, præmis 15).

65 Med hensyn til efterprøvelsen af, om denne frist er blevet overholdt, er Retten — ligesom Harmoniseringskontoret — af den opfattelse, at regel 22, stk. 2, i forordning nr. 2868/95 skal fortolkes således, at beviset ikke er »fremlagt«, når det sendes til Harmoniseringskontoret, men når det indgår dér.

66 For det første bekræftes denne fortolkning bogstaveligt set ved brugen af de to verber »godtgøre« og »fremlægge« beviset for Harmoniseringskontoret i ordlyden af regel 22, stk. 2, i forordning nr. 2868/95. Disse verber fremkalder nemlig begge tanker om en bevægelse eller en overførsel af beviset til det sted, hvor Harmoniseringskontoret har sit hjemsted, således at vægten snarere ligger på resultatet af handlingen end på udgangspunktet.

67 Selv om hverken forordning nr. 40/94 eller forordning nr. 2868/95 indeholder en bestemmelse, der svarer til artikel 43, stk. 3, i Rettens procesreglement, hvorefter datoen for indleveringen til Justitskontoret er eneafgørende for beregningen af procesfristerne, er denne fortolkning for det andet i overensstemmelse med den generelle opbygning af disse to forordninger, hvori en række særlige bestemmelser fastsætter, at der med hensyn til beregningen af procesfrister skal tages udgangspunkt i det tidspunkt, hvor akten blev modtaget, og ikke hvor den blev afsendt. Dette er f.eks. tilfældet med hensyn til regel 70, stk. 2, i forordning nr. 2868/95, hvorefter det i tilfælde af, at en meddelelse af et proceduremæssigt skridt er den afgørende begivenhed, er »modtagelsen« af det meddelte dokument, der er den afgørende begivenhed. Det samme gælder for regel 72 i forordning nr. 2868/95, hvorefter fristen forlænges til den nærmest følgende dag, hvor Harmoniseringskontoret har åbent for »modtagelse« af dokumenter, hvis fristen udløber på en dag, hvor Harmoniseringskontoret har lukket for »modtagelse« af dokumenter, og for regel 80, stk. 2, i forordning nr. 2868/95, hvorefter den dato, den genfremsendte meddelelse eller originalen blev »modtaget«,

anses for datoen for »modtagelsen« af den oprindelige meddelelse, hvis det viser sig, at den oprindelige meddelelse var mangelfuld.

68 For det tredje har Harmoniseringskontoret med rette anført, at fast retspraksis har udviklet et tilsvarende resultat på området for EU-personalesager, idet den har fortolket artikel 90, stk. 2, i vedtægten for tjenestemænd i De Europæiske Fællesskaber således, at en klage ikke er »indbragt«, når den afsendes til institutionen, men når den er »kommet frem« til institutionen (Domstolens dom af 26.11.1981, sag 195/80, Michel mod Parlamentet, Sml. s. 2861, præmis 8 og 13, Rettens dom af 25.9.1991, sag T-54/90, Lacroix mod Kommissionen, Sml. II, s. 749, præmis 28 og 29, og Personalerettens kendelse af 15.5.2006, sag F-3/05, Schmit mod Kommissionen, Sml. Pers. I-A-1-9, og II-A-1-33, præmis 28).

69 For det fjerde er denne fortolkning den bedst egnede til at opfylde retssikkerhedskravet. Den sikrer nemlig, at tidspunktet for, hvornår den frist, der fremgår af regel 22, stk. 2, i forordning nr. 2868/95, begynder at løbe, og for, hvornår den udløber, er klart bestemt, og at den overholdes strengt.

70 For det femte og i modsætning til, hvad sagsøgeren har anført, opfylder denne fortolkning ligeledes nødvendigheden af at undgå enhver forskelsbehandling eller enhver vilkårlighed i retsplejen, fordi den gør det muligt at beregne fristerne for alle parterne på samme måde, uafhængigt af disses hjemsted eller nationalitet.

71 I denne forbindelse bemærkes, at princippet om forbud mod forskelsbehandling eller ligebehandlingsprincippet efter fast retspraksis indebærer, at ensartede situationer ikke må behandles forskelligt og forskellige situationer ikke behandles

ens, medmindre en sådan behandling er objektivt begrundet (Domstolens dom af 17.7.2008, sag C-71/07 P, Campoli mod Kommissionen, Sml. I, s. 5887, præmis 50).

72 I den foreliggende sag er det — således som Harmoniseringskontoret også har medgivet — ganske vist rigtigt, at parter, der er etableret, eller som bor langt fra Alicante (Spanien), kan være stillet ufordelagtigt i forhold til andre parter, der er etableret eller bor i nærheden af denne by, når de sender post til Harmoniseringskontoret.

73 Imidlertid kan den omstændighed alene, at tiden for en postforsendelse varierer efter afsendelseslandet, ikke medføre, at det kan fastslås, at det forhold, at der tages hensyn til datoen for modtagelsen af beviser, som forelægges i henhold til regel 22, stk. 2, i forordning nr. 2868/95, medfører en forskelsbehandling af de berørte personer, alt efter hvilket land de befinder sig i ved afsendelsen af disse beviser (jf. i denne retning og analogt Rettens dom af 18.12.2008, sag T-293/07 P, Lofaro mod Kommissionen, Sml. Pers. I-B-1, s. 85, og II-B-1, s. 531, præmis 49).

74 I henhold til punkt 1.2 i retningslinjerne vedrørende procedurerne ved Harmoniseringskontoret, der blev vedtaget i november 2005, er de af Harmoniseringskontoret fastsatte frister nemlig for det første som regel på to måneder. Hvad angår fremlæggelse af beviser for reel brug af det ældre varemærke er denne frist normalt helt klart tilstrækkelig til at gøre det muligt for en indsigende part, som udviser en sådan agtpågivenhed, der kræves af en normalt påpasselig person — uanset hvor han befinder sig på Unionens område — at samle og sende sine beviser, så meget mere som den pågældende part må forvente at blive anmodet om at meddele et sådant bevis af den anden part, jf. artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94.

75 For det andet kompenseres der i en vis grad for det forhold, at tiden for en postforsendelse til Alicante varierer alt efter afsendelseslandet, ved muligheden for at anmode

om forlængelse af fristen, der tilkommer enhver berørt, hvis omstændighederne tilsiger det, jf. regel 71, stk. 1, i forordning nr. 2868/95. Desuden bestemmer nævnte forordnings regel 72, stk. 4, at afbrydes den normale kommunikation fra sagens parter til Harmoniseringskontoret eller omvendt, eller opstår der uregelmæssigheder heri som følge af en usædvanlig begivenhed, f.eks. en naturkatastrofe eller en strejke, kan Harmoniseringskontorets præsident fastsætte, at alle frister, der ellers ville udløbe på eller efter den af præsidenten fastsatte dato for begivenhedens indtræden, forlænges til en af præsidenten fastsat dato for parter i sagen, der har bopæl eller hovedsæde i den pågældende stat, eller som har udnævnt en repræsentant med forretningssted i den pågældende stat.

76 For det tredje neutraliseres den påståede forskelsbehandling under alle omstændigheder af den mulighed for at kommunikere med Harmoniseringskontoret pr. telefax, som står åben for alle personer, jf. regel 80 i forordning nr. 2868/95. Da denne forsendelsesmåde er umiddelbar, kan en hensyntagen til datoen for modtagelsen af beviserne ikke stille personer ugunstigere alt efter hvilket land de befandt sig i, da de sendte disse beviser (jf. i denne retning og analogt dommen i sagen Lofaro mod Kommissionen, præmis 50).

77 I denne forbindelse kan sagsøgeren ikke begrænse sig til at gøre gældende, at omfangsrige meddelelser ikke kan sendes pr. telefax uden funktionsfejl. Dette argument er ikke blot på ingen måde underbygget, det modsiges også faktisk af de oplysninger, som Harmoniseringskontoret har påberåbt sig, navnlig de oplysninger, der vedrører den sag, som gav anledning til Rettens dom af 25. marts 2009, sag T-191/07, Anheuser-Busch mod KHIM — Budějovický Budvar (BUDWEISER) (Sml. II, s. 691).

78 Derudover er muligheden for en fejlfunktion i forbindelse med en meddelelse pr. telefax, som har til konsekvens, at modtagelsen pr. telefax er ufuldstændig eller ulæselig,

netop forudset i regel 80, stk. 2, i forordning nr. 2868/95, som i dette tilfælde giver den part, der er blevet udsat for funktionsfejlen, mulighed for at få fastsat en ny frist. I øvrigt har Retten i den nævnte dom om en tredimensionel gengivelse af et elektrisk værktøj i gult og sort udtalt, at anvendelsesområdet for denne bestemmelse udstrækker sig til meddelelser af dokumenter i farver pr. telefax.

79 Det følger heraf, at sagsøgeren ikke kan gives medhold i, at appelkammeret tilsidesatte princippet om ligebehandling derved, at det lagde datoen for modtagelsen af sagsøgerens meddelelse til grund ved undersøgelsen af, om den fastsatte frist var overholdt i henhold til regel 22, stk. 2, i forordning nr. 2868/95.

80 Da den påståede tilsidesættelse af princippet om loyal konkurrence er støttet på den forudsætning, at ligebehandlingsprincippet er blevet tilsidesat, er det heller ikke blevet bevist, at der foreligger sådan tilsidesættelse.

81 Derudover har sagsøgeren ikke fremført noget andet klagepunkt eller argument med hensyn til den påståede tilsidesættelse af artikel 43 i forordning nr. 40/94. Dermed er denne tilsidesættelse ikke blevet bevist.

82 Det følger heraf, at det tredje anbringende må forkastes, og dermed at Harmoniseringskontoret skal frifindes i det hele, uden at det er nødvendigt at tage stilling til, om påstanden i stævningen om annullation af indsigelsesafdelingens afgørelse kan antages til realitetsbehandling.

Sagens omkostninger

83 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom.

84 Da sagsøgeren har tabt sagen, bør det pålægges denne at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Harmoniseringskontorets påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Anden Afdeling):

1) Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) frifindes.

2) Ifemy's Holding GmbH betaler sagens omkostninger.

Forwood Schwarcz Popescu

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 15. marts 2011.

Underskrifter