TRIBUNALENS DOM (andra avdelningen)

den 15 mars 2011 *

I mål T-50/09,

Ifemy's Holding GmbH, München (Tyskland), företrätt av advokaten H.-G. Augustinowski,

sökande,

mot

Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (harmoniseringsbyrån), företrädd av A. Folliard-Monguiral, i egenskap av ombud,

svarande,

varvid motparten i förfarandet vid harmoniseringsbyråns överklagandenämnd var

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

* Rättegångsspråk: engelska.

angående en talan mot det beslut som fattats av harmoniseringsbyråns fjärde överklagandenämnd den 27 november 2008 (ärende R 911/2008-4) om ett invändningsförfarande mellan Ifemy's Holding GmbH och Dada & Co. Kids Srl,

meddelar

TRIBUNALEN (andra avdelningen)

sammansatt av ordföranden N. J. Forwood (referent) samt domarna J. Schwarcz och A. Popescu,

justitiesekreterare: E. Coulon,

med beaktande av ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 3 februari 2009,

med beaktande av harmoniseringsbyråns svarsinlaga som inkom till förstainstansrättens kansli den 18 maj 2009,

med beaktande av beslutet av den 26 juni 2009 att inte tillåta ingivande av replik,

med beaktande av att parterna inte inom en månad från delgivningen av underrättelsen om att det skriftliga förfarandet avslutats inkommit med någon begäran om att förhandling ska äga rum, och med beaktande av att tribunalen på grundval av referentens rapport och med tillämpning av artikel 135a i tribunalens rättegångsregler beslutat att avgöra målet utan muntligt förfarande,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

1 Dada & Co. Kids Srl (nedan kallat Dada & Co. Kids) ingav den 24 maj 2006 en ansökan om registrering av gemenskapsvarumärke till harmoniseringsbyrån, i enlighet med rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken (EGT L 11, 1994, s. 1; svensk specialutgåva, område 17, volym 2, s. 3), i dess ändrade lydelse (ersatt av rådets förordning (EG) nr 207/2009 av den 26 februari 2009 om gemenskapsvarumärken (EUT L 78, s. 1)).

2 Det sökta varumärket utgörs av figurmärket Dada & Co. kids.

3 De varor som registreringsansökan avsåg omfattas av klass 25 i Niceöverenskommelsen om internationell klassificering av varor och tjänster vid varumärkesregistrering av den 15 juni 1957, med ändringar och tillägg, och motsvarar följande beskrivning: ”Kläder, fotbeklädnader, huvudbonader”.

4 Ansökan om registrering av gemenskapsvarumärke offentliggjordes i *Bulletinen för gemenskapsvarumärken* nr 2006/043 av den 23 oktober 2006.

5 Den 1 december 2006 framställde sökanden i detta mål, Ifemy's Holding GmbH, en invändning med stöd av artikel 42 i förordning nr 40/94 (nu artikel 41 i förordning nr 207/2009) mot registreringen av det sökta varumärket med avseende på alla varor som angetts i punkt 3 ovan.

6 Invändningen grundades på det tyska ordmärket DADA, som registrerades den 10 april 2001 under nr 30114449 för bland annat varor i klass 25 som motsvarar följande beskrivning: "Kläder, fotbeklädnader, huvudbonader".

7 Till stöd för invändningen gjordes gällande att det förelåg risk för förväxling i den mening som avses i artikel 8.1 b i förordning nr 40/94 (nu artikel 8.1 b i förordning nr 207/2009).

8 Den 24 juli 2007 begärde Dada & Co. Kids att sökanden skulle inkomma med bevis på att det äldre varumärket verkligen har använts i enlighet med artikel 43.2 och 43.3 i förordning nr 40/94 (nu artikel 42.2 och 42.3 i förordning nr 207/2009).

9 Genom skrivelse av den 30 augusti 2007 anmodade harmoniseringsbyrån sökanden att inge bevisningen inom två månader, det vill säga senast den 31 oktober 2007.

10 Den 31 oktober 2007 skickade sökanden en skrivelse till harmoniseringsbyrån via telefax, vilken bland annat innehöll en förteckning över handlingar till styrkande av att det äldre varumärket verkligen har använts. De aktuella handlingarna bifogades emellertid inte försändelsen.

11 Harmoniseringsbyrån mottog den 9 november 2007 per post originalskrivelsen och de 202 sidor som motsvarade de handlingar som det hänvisades till i skrivelsen.

12 Genom skrivelse av den 23 november 2007 meddelade invändningsenheten sökanden om att de handlingar som skickades den 9 november 2007 inte skulle beaktas, eftersom de inte hade kommit in inom den fastställda fristen.

13 Genom skrivelse av den 20 december 2007 framhöll sökanden för harmoniseringsbyrån att för det fall överföringen var ofullständig skulle harmoniseringsbyrån informera avsändaren om detta och uppmana denne att göra en ny överföring. Sökanden uppgav att den följaktligen väntade på en sådan uppmaning, och hävdade att telefaxmeddelandet av den 31 oktober 2007 var ”uppenbart ofullständigt”.

14 Genom skrivelse av den 19 mars 2008 insisterade sökanden på att harmoniseringsbyrån skulle beakta bevisen på att det äldre varumärket verkligen har använts, med stöd av bland annat regel 80.2 i kommissionens förordning (EG) nr 2868/95 av den 13 december 1995 om genomförande av förordning nr 40/94 (EGT L 303, s. 1).

15 Genom beslut av den 16 april 2008 avslog invändningsenheten invändningen, med motiveringen att sökanden inte hade ingett bevis på att det äldre varumärket verkligen har använts inom den fastställda fristen.

16 Sökanden överklagade den 16 juni 2008 invändningsenhetens beslut till harmoniseringsbyrån enligt artiklarna 57–62 i förordning nr 40/94 (nu artiklarna 58–64 i förordning nr 207/2009). För det första klandrade sökanden invändningsenheten för att ha identifierat sökanden av gemenskapsvarumärke felaktigt i sitt beslut. För det andra åberopade sökanden, bland annat, att regel 80.2 i förordning nr 2868/95 och principen om likabehandling hade åsidosatts.

17 Genom beslut av den 27 november 2008 (nedan kallat det angripna beslutet) avslog harmoniseringsbyråns fjärde överklagandenämnd överklagandet. I punkt 15 i sitt beslut konstaterade överklagandenämnden särskilt att det inte var av betydelse att ”DADA & CO. MEN SRL” angavs som sökande av gemenskapsvarumärke i invändningsenhetens beslut, i stället för ”DADA & CO. KIDS SRL”. Överklagandenämnden menade att det endast var fråga om ett skrivfel och angav att företrädarna för Dada & Co. Kids och sökanden hade delgetts beslutet på rätt sätt i enlighet med regel 77 i förordning nr 2868/95. Överklagandenämnden angav även i punkt 21 i beslutet att i förevarande fall hade harmoniseringsbyrån endast tillämpat regel 22 i förordning nr 2868/95. I punkterna 23–25 i beslutet angav den vidare att harmoniseringsbyråns praxis inte är diskriminerande, eftersom den är förenlig med rättsliga bestämmelser, och eftersom det finns andra rättsliga åtgärder att tillgå. Överklagandenämnden angav slutligen i punkt 26 i det angripna beslutet att telefaxöverföringen inte var ofullständig i den mening som avses i regel 80.2 i förordning nr 2868/95, eftersom sökanden den 31 oktober 2007 inte hade för avsikt och inte hade försökt att skicka de 202 sidorna med bevis till styrkande av att det äldre varumärket verkligen har använts.

Parternas yrkanden

18 Sökanden har yrkat att tribunalen ska

— ogiltigförklara det angripna beslutet och upphäva invändningsenhetens beslut, och

— förplikta harmoniseringsbyrån att ersätta rättegångskostnaderna.

19 Harmoniseringsbyrån har yrkat att tribunalen ska

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

20 Till stöd för sin talan om ogiltigförklaring av det angripna beslutet har sökanden framfört tre grunder. Den första grunden avser åsidosättande av ”formella krav”, artikel 77a.1 i förordning nr 40/94 (nu artikel 80.1 i förordning nr 207/2009), regel 50.2 i förordning nr 2868/95 och rättsstatsprincipen. Som andra grund har det gjorts

gällande att regel 80.2 i förordning nr 2868/95 har åsidosatts. Den tredje grunden avser åsidosättande av principen om likabehandling och principen om lojal konkurrens enligt artiklarna 2 EG och 3 EG, samt artikel 43 i förordning nr 40/94.

Den första grunden: Åsidosättande av ”formella krav”, artikel 77a.1 i förordning nr 40/94, regel 50.2 i förordning nr 2868/95 och rättsstatsprincipen

Parternas argument

21 Sökanden har klandrat överklagandenämnden för att inte ha upphävt invändningsenhetens beslut, trots att en tredje person felaktigt angavs däri som sökande av gemenskapsvarumärke, nämligen Dada & Co. Men Srl, som är innehavare av ett annat gemenskapsvarumärke.

22 Till följd av att beslutet inte upphävdes har två beslut antagits, nämligen invändningsenhetens beslut och det angripna beslutet, till förmån för två olika rättssubjekt, som erhöll en exekutionstitel som kan göras gällande mot sökanden när det gäller kostnaderna. Dessa beslut samexisterar för närvarande.

23 Harmoniseringsbyrån har bestritt sökandens argument.

Tribunalens bedömning

24 Enligt regel 50.2 i förordning nr 2868/95, i dess lydelse vid tidpunkten för omständigheterna i målet, ska överklagandenämndens beslut bland annat innehålla namnen på parterna och deras företrädare.

25 I förevarande fall är det uppenbart att sökanden saknar grund för att åberopa ett åsidosättande av bestämmelsen, eftersom överklagandenämnden angett namnen på parterna och deras företrädare på ett korrekt sätt.

26 I artikel 77a.1 i förordning nr 40/94 föreskrivs för övrigt att om harmoniseringsbyrån har fört in en uppgift i registret eller fattat ett beslut som är behäftat med ett uppenbart handläggningsfel som harmoniseringsbyrån har gjort, ska den se till att den införda uppgiften tas bort eller att beslutet återkallas.

27 I artikel 77a.3 i förordning nr 40/94 (nu artikel 80.3 i förordning nr 207/2009) föreskrivs att artikeln inte ska inverka på parternas möjlighet att överklaga enligt artiklarna 57 och 63 (nu artiklarna 58 och 65 i förordning nr 207/2009) eller möjligheten att rätta till språk- eller skrivfel och uppenbara felaktigheter i harmoniseringsbyråns beslut, i enlighet med de former och villkor som fastställs i förordning nr 2868/95.

28 Enligt regel 53 i förordning nr 2868/95 ska harmoniseringsbyrån, om den konstaterat att det förekommer ett språkligt fel, skrivfel eller ett uppenbart misstag i ett beslut, på eget initiativ eller på begäran av en berörd part se till att felet rättas av behörig avdelning eller enhet.

29 Det framgår i förevarande fall av harmoniseringsbyråns handlingar att invändningsenheten i sitt beslut felaktigt angav firman ”DADA & CO. MEN SRL” som sökande av gemenskapsvarumärke. I beslutet angavs däremot Dada & Co. Kids adress och ombud samt ärendenumret på korrekt sätt. I den handling varigenom beslutet delgavs anges för övrigt Dada & Co. Kids på korrekt sätt och det var dennes ombud, som utsetts i vederbörlig ordning, som delgavs beslutet. Harmoniseringsbyrån delgav även ombudet det överklagande som sökanden gav in mot invändningsenhetens beslut.

30 Av detta följer – i motsats till vad harmoniseringsbyrån har hävdat – att det är invändningsenhetens beslut som är behäftat med det påstådda felet, och inte delgivningen av detsamma. Detta innebär att den rättspraxis som stadgar att brister i fråga om förfarandet vid delgivningen av ett beslut ligger utanför rättsakten och alltså inte medför att den blir behäftad med fel, inte är relevant (domstolens dom av den 14 juli 1972 i mål 48/69, Imperial Chemical Industries mot kommissionen, REG 1972, s. 619, punkt 39, svensk specialutgåva, volym 2, s. 25, förstainstansrättens dom av den 28 maj 1998 i de förenade målen T-78/96 och T-170/96, W mot kommissionen, REGP 1998, s. I-A-239 och II-745, punkt 183, och av den 2 juli 2002 i mål T-323/00, SAT.1 mot harmoniseringsbyrån (SAT.2), REG 2002, s. II-2839, punkt 12).

31 Den felidentifiering som invändningsenheten gjorde har inte fått några följder med avseende på handläggningen, och kan inte anses vara ett handläggningsfel i den mening som avses i artikel 77a.1 i förordning nr 40/94. Bestämmelsen kan följaktligen inte tillämpas på omständigheterna i målet.

32 Av det ovan anförda, bland annat punkt 29 ovan, följer snarare att den felidentifiering som invändningsenheten gjorde ska kvalificeras som ett skrivfel eller ett uppenbart fel, i den mening som avses i artikel 77a.3 i förordning nr 40/94 och regel 53 i förordning nr 2868/95. Ett sådant fel kan följaktligen, i enlighet med dessa bestämmelser, på eget initiativ eller på begäran av en berörd part rättas av behörig avdelning eller

enhet vid harmoniseringsbyrån, utan att harmoniseringsbyrån behöver upphäva eller återkalla det beslut som var behäftat med felet.

33 Det följer emellertid av artikel 62.1 i förordning nr 40/94 (nu artikel 64.1 i förordning nr 207/2009) att när överklagandenämnden avgör överklagandet får den bland annat vidta de åtgärder som kunnat vidtas av den enhet som meddelat det överklagade beslutet.

34 Överklagandenämnden begick således inte något fel och åsidosatte inte heller de bestämmelser som åberopats inom ramen för denna grund, när den vidtog de åtgärder som hade kunnat vidtas av invändningsenheten, genom att konstatera att invändningsenheten hade gjort ett skrivfel eller uppenbart fel och se till att det rättades i enlighet med artikel 77a.3 i förordning nr 40/94 och regel 53 i förordning nr 2868/95. Den omständigheten att överklagandenämnden i punkterna 9 respektive 15 i det angripna beslutet konstaterade att det hade begåtts ett misstag eller fel och att den rättade det, innebär för övrigt inte att invändningsenhetens beslut upphävs eller återkallas.

35 Vad beträffar sökandens argument, som sammanfattas i punkt 22 ovan, gäller följande. Harmoniseringsbyrån gjorde en riktig bedömning när den tillbakavisade argumentet och påpekade att sökanden inte hade lidit någon skada till följd av att det fattats två beslut som kan göras gällande mot sökanden. Det angripna beslutet ersätter nämligen invändningsenhetens beslut vad gäller ersättning av kostnader, såsom framgår av punkt 3 i själva slutet av beslutet och i enlighet med de bestämmelser som citeras i punkt 32 ovan i skälen för detsamma. Bolaget Dada & Co. Men Srl, som felaktigt omnämns i invändningsenhetens beslut, kan följaktligen inte göra gällande någon som helst rätt gentemot sökanden.

36 I övrigt har sökanden inte framställt någon annan invändning eller anfört något annat argument till stöd för det påstådda åsidosättandet av ”formella krav” eller rättsstatsprincipen. Detta åsidosättande har följaktligen inte styrkts.

37 Mot bakgrund av det ovan anförda kan talan inte vinna bifall såvitt avser den första grunden.

Den andra grunden: Åsidosättande av regel 80.2 i förordning nr 2868/95

Parternas argument

38 Sökanden har hävdat att det är uppenbart att ett telefaxmeddelande som börjar med orden ”vi vill lägga fram följande bevis”, men som inte innefattar den aktuella bevisningen, är ofullständigt i den mening som avses i regel 80.2 i förordning nr 2868/95. Sökanden anser följaktligen att harmoniseringsbyrån var skyldig att informera den om detta och att uppmana den att återigen överföra sitt meddelande i enlighet med samma bestämmelse.

39 Överklagandenämndens påstående att sökanden aldrig haft för avsikt att skicka ett fullständigt telefaxmeddelande bygger på rena spekulationer om sökandens avsikter. Sökanden har till stöd för sin talan endast hävdat att eftersom det var fråga om ett telefax på mer än 200 sidor, gick det inte att skicka ett sådant meddelande utan problem.

40 Överklagandenämndens påstående som grundar sig på rubrikraden av telefaxet av den 31 oktober 2007 är även det spekulativt och saknar grund.

41 Harmoniseringsbyrån har bestritt sökandens argument.

Tribunalens bedömning

42 I regel 80.2 i förordning nr 2868/95 föreskrivs följande:

”Då ett meddelande mottaget per telefax är ofullständigt eller oläsligt, eller då [harmoniseringsbyrån] har skälig anledning att betvivla överföringens korrekthet, skall [harmoniseringsbyrån] informera avsändaren om detta och uppmana denne att inom en av [harmoniseringsbyrån] fastställd period återigen överföra originalet per telefax eller inlämna originalet i enlighet med regel 79 a. Då denna begäran uppfylls inom den period som anges skall datum för mottagande av den nya överföringen eller av originalet betraktas som datum för mottagande av den ursprungliga kommunikationen … Då begäran inte uppfylls inom den period som anges skall meddelandet betraktas inte ha mottagits.”

43 Bestämmelsens syfte är att ge dem som skickar telefaxmeddelanden till harmoniseringsbyrån möjlighet att, när en av de situationer som avses i regeln är för handen, återigen överföra sina handlingar eller att inlämna originalen till harmoniseringsbyrån efter utgången av fristen för att framställa invändningar, så att de kan åtgärda de brister som följer av situationerna (förstainstansrättens dom av den 15 maj 2007 i de förenade målen T-239/05, T-240/05, T-245/05–T-247/05, T-255/05 och T-274/05–T-280/05, Black & Decker mot harmonseringsbyrån – Atlas Copco (tredimensionell

återgivning av ett gult och svart elektriskt verktyg m.fl.), ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 60).

44 Såsom harmoniseringsbyrån har påpekat avser bestämmelsen således fall där den berörda parten till följd av en objektiv omständighet – som beror på tekniska förhållanden av särskild eller avvikande natur och som är utanför dennes kontroll – är förhindrad att skicka handlingarna per telefax på ett tillfredsställande sätt.

45 Regel 80.2 i förordning nr 2868/95 avser däremot inte fall där det endast beror på avsändaren att telefaxmeddelandet är ofullständigt eller oläsligt, därför att denne avsiktligt valt att inte överföra ett fullständigt och läsligt meddelande, trots att avsändaren i tekniskt hänseende är i stånd att göra det.

46 Av detta följer även, vilket bekräftas av att adverbet ”återigen” används, att enligt regel 80.2 i förordning nr 2868/95 ska i princip de ofullständiga eller oläsliga handlingar som skickas per telefax, och de handlingar som på uppmaning av harmoniseringsbyrån senare överförs – antingen genom att originalet lämnas in eller per telefax – överensstämma med varandra. Detta innebär att regeln utgör hinder för korrigeringar, ändringar eller tillägg av nya omständigheter vid detta tillfälle. Alla andra tolkningar skulle leda till att parterna i förfarandet inför harmoniseringsbyrån kan kringgå de fastställda fristerna, vilket uppenbarligen inte är det eftersträvade syftet med regel 80.2 i förordning nr 2868/95.

47 Det ska mot bakgrund av dessa principer prövas huruvida det telefaxmeddelande som i förevarande fall mottogs den 31 oktober 2007 ska anses vara ofullständigt i den mening som avses i regel 80.2 i förordning nr 2868/95.

48 Först och främst kan tribunalen inte godta sökandens argument att ett telefaxmeddelande som börjar med orden ”vi vill lägga fram följande bevis”, men som inte innefattar den aktuella bevisningen, är uppenbart ofullständigt i den mening som avses i regel 80.2 i förordning nr 2868/95. Ett sådant meddelande kan nämligen anses vara ofullständigt, i enlighet med de principer som det erinras om i punkterna 44 och 45 ovan, endast om avsändaren faktiskt haft för avsikt och har försökt att överföra den aktuella bevisningen per telefax. Om avsändaren däremot avsåg att överföra en skrivelse per telefax i vilken den bevisning som avsändaren ämnade åberopa räknas upp, och sedan bifogade bevisningen till originalskrivelsen som skickades per post, kan avsändaren inte åberopa regel 80.2 i förordning nr 2868/95 till sin fördel, i enlighet med den princip som det erinras om i punkt 46 ovan.

49 Det framgår i förevarande fall av handlingarna vid harmoniseringsbyrån att den skrivelse som överfördes per telefax den sista dagen av den frist som invändningsenheten fastställt, det vill säga den 31 oktober 2007, innehöll fem sidor. Den framstod som en fullständig och sammanhängande handling som i vederbörlig ordning undertecknats av den person som författat den. Det hänvisades inte heller däri till någon bilaga eller bifogad handling. Det framgår även av handlingarna vid harmoniseringsbyrån att på var och en av de fem sidorna i den skrivelse som överfördes per telefax till harmoniseringsbyrån angavs, efter byråns mottagande, följande: ”Seite: [siffra från 001–005] von 005”.

50 Sökanden har för övrigt, varken vid invändningsenheten eller sedan vid överklagandenämnden, formellt bestritt att den endast hade skickat denna skrivelse per telefax den 31 oktober 2007, eller att de bevis på verklig användning som skickades per post samtidigt som originalskrivelsen mottogs av harmoniseringsbyrån den 9 november 2007, det vill säga nio dagar efter utgången av den fastställda fristen. Sökanden har endast påstått – utan att göra gällande att den även försökt att skicka denna bevisning per telefax, och utan att lämna någon som helst förklaring till de exakta omständigheterna kring överföringen av telefaxmeddelandet den 31 oktober 2007 – att eftersom det var

fråga om ett telefax på mer än 200 sidor, gick det inte att skicka ett sådant meddelande utan problem. Sökanden har inte heller gett in telefaxsändrapporten av den 31 oktober 2007, eller någon annan rapport som i förekommande fall skulle kunna styrka att sökanden hade försökt att skicka ett telefaxmeddelande innehållande bevisning den 31 oktober 2007, men att överföringen hade misslyckats.

51 Med hänsyn till dessa tillräckligt precisa och samstämmiga uppgifter och till att sökanden inte har lämnat någon trolig förklaring som motsäger detta, gjorde överklagandenämnden en riktig bedömning när den fann att skrivelsen innehållande de 5 sidorna överfördes per telefax och att de 202 resterande sidorna hade överförts senare en obestämd dag, endast per post, samt att sökanden aldrig hade för avsikt att överföra de 202 sidorna per telefax.

52 Det räcker inte att sökanden, med tanke på att dessa omständigheter är för handen, vid tribunalen endast hävdar att överklagandenämndens slutsats bygger på rena spekulationer om sökandens avsikter. Det ankommer på sökanden att lämna en förklaring eller en motivering till varför den påstådda omständigheten inte är sannolik, så att tribunalen kan bilda sig en uppfattning (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 7 januari 2004 i de förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, REG 2004, s. I-123, punkt 79).

53 Mot denna bakgrund har sökanden inte visat att den försökte att per telefax den 31 oktober 2007 överföra bevis på att det äldre varumärket verkligen har använts.

54 Av detta följer att det telefaxmeddelande som harmoniseringsbyrån tog emot den 31 oktober 2007 inte kan anses vara ofullständigt i den mening som avses i regel 80.2 i förordning nr 2868/95, vilket innebär att bestämmelsen i vilket fall inte kan tillämpas på omständigheterna i förevarande mål.

55 Talan kan således inte vinna bifall såvitt avser den andra grunden.

Den tredje grunden: Åsidosättande av likabehandlingsprincipen och principen om lojal konkurrens enligt artiklarna 2 EG och 3 EG, samt artikel 43 i förordning nr 40/94

Parternas argument

56 Sökanden har gjort gällande att harmoniseringsbyråns praxis, i strid med fördraget, medför diskriminering av personer som är etablerade i ”Europas avlägset belägna regioner”. Dessa personer har nämligen klart mindre tid till sitt förfogande än de i Spanien att skicka sina meddelanden till harmoniseringsbyrån inom den fastställda fristen, som vanligtvis är på två månader. För att vara säker på att en skrivelse mottagits i tid och, om så inte är fallet, att få en ansökan om återställande av försutten tid beviljad, bör nämligen en person som inte är bosatt i närheten av harmoniseringsbyråns säte skicka skrivelsen ungefär två veckor före utgången av fristen. Personer bosatta i Spanien har däremot hela fristen till sitt förfogande. Denna praxis kan dessutom ge berörda personer incitament att etablera sig närmare harmoniseringsbyrån eller att anlita advokatbyråer i närheten, vilket hindrar näringsfriheten.

57 Harmoniseringsbyråns argument att det står var och en fritt att skicka sina meddelanden per telefax kan enligt sökanden inte godtas. För det första kan vissa handlingar, bland annat de i färg, inte överföras per telefax. För det andra är vissa meddelanden, såsom i förevarande fall, alltför omfångsrika för att kunna skickas per telefax utan problem.

58 Sökanden har betonat att det finns ett visst antal alternativ till harmoniseringsbyråns praxis vilka grundar sig på objektiva och icke-diskriminerande kriterier. Harmoniseringsbyrån skulle till exempel, i likhet med tribunalen, kunna tillåta e-postmeddelanden, beakta det datum då telefaxet skickas och godta bevis på verklig användning som skickats inom fristen men som mottagits efter utgången av densamma.

59 Sökanden har – som svar på överklagandenämndens argument att det finns andra rättsliga åtgärder att tillgå som sökanden inte har utnyttjat – gjort gällande att enligt harmoniseringsbyråns praxis är det inte säkert att en begäran om förlängning av fristen enligt regel 71.1 i förordning nr 2868/95 skulle ha beviljats. Sökanden har vidare gjort gällande att det inte hade varit möjligt att få till stånd en fortsatt behandling av ärendet mot betalning av en avgift enligt artikel 78a i förordning nr 40/94 (nu artikel 82 i förordning nr 207/2009), eftersom artikeln inte är tillämplig på den frist som föreskrivs i artikel 43 i samma förordning. Vidare bifalles en ansökan om återställande av försutten tid enligt artikel 78 i förordning nr 40/94 (nu artikel 81 i förordning nr 207/2009) endast i ytterst få fall, så det är således inte ett gångbart alternativ. Det finns inte heller något skäl till att en sökande ska frånsäga sig sina rättigheter och betala en extra avgift till följd av harmoniseringsbyråns ”diskriminerande praxis”.

60 Sökanden har slutligen hävdat att regel 22.2 i förordning nr 2868/95 föreskriver att en invändande part ska tillhandahålla bevis om användning före utgången av den fastställda fristen, men inte att harmoniseringsbyrån ska ha mottagit bevisningen före detta datum. Sökanden har betonat att denna regel ska tolkas mot bakgrund av de

allmänna rättsprinciperna, bland annat principen om likabehandling, och att regeln ska vara förenlig med dessa principer.

61 Harmoniseringsbyrån har bestritt sökandens argument.

Tribunalens bedömning

62 I regel 22.2 i förordning nr 2868/95 föreskrivs följande:

”Då den invändande parten måste tillhandahålla bevis om användning eller visa att det finns verkliga skäl till icke-användning, skall [harmoniseringsbyrån] uppmana denne att tillhandahålla de bevis som krävs inom den tid som byrån fastställer. Om den invändande parten inte tillhandahåller sådana bevis före tidsfristens utgång, skall [harmoniseringsbyrån] avslå invändningen.”

63 Det följer av ordalydelsen i denna bestämmelse att den frist som föreskrivs däri är av prekluderande karaktär, vilket utesluter att harmoniseringsbyrån beaktar för sent framlagda bevis (se förstainstansrättens dom av den 23 oktober 2002 i mål T-388/00, Institut für Lernsysteme mot harmoniseringsbyrån - Educational Services (ELS), REG 2002, s. II-4301, punkt 28).

64 På samma sätt som för frister avseende klagomål och överklaganden är en sådan frist av ordre public-karaktär och kan inte ställas till parternas och rättens förfogande. Det ankommer på rätten att, även ex officio, kontrollera huruvida den har iakttagits. Denna frist är påkallad med hänsyn till kravet på rättssäkerhet och nödvändigheten

av att förhindra all diskriminering eller godtycklig behandling i rättskipningen (se, analogt, domstolens dom av den 7 juli 1971 i mål 79/70, Müllers mot CES, REG 1971, s. 689, punkt 18, och av den 4 februari 1987 i mål 276/85, Cladakis mot kommissionen, REG 1987, s. 495, punkt 11, och av den 29 juni 2000 i mål C-154/99 P, Politi mot Europeiska yrkesutbildningsstiftelsen, REG 2000, s. I-5019, punkt 15).

65 I likhet med harmoniseringsbyrån finner tribunalen att vid kontrollen av huruvida fristen har iakttagits ska regel 22.2 i förordning nr 2868/95 tolkas så, att bevisen tillhandahållits, inte när de skickats till harmoniseringsbyrån utan när harmoniseringsbyrån mottagit dem.

66 För det första bekräftas nämligen denna tolkning, i bokstavlig mening, av att verbet ”tillhandahålla” harmoniseringsbyrån bevis används i regel 22.2 i förordning nr 2868/95. Detta verb förmedlar nämligen idén om att bevisen ska förflyttas eller transporteras till den plats där harmoniseringsbyrån ligger, eftersom betoningen snarare läggs vid åtgärdens resultat än dess ursprung.

67 Även om det inte finns någon bestämmelse i vare sig förordning nr 40/94 eller förordning nr 2868/95 som motsvarar den i artikel 43.3 i tribunalens rättegångsregler, enligt vilken endast datum för ingivande till kansliet ska gälla med avseende på frister i förfarandet, är denna tolkning för det andra förenlig med systematiken i det två förordningarna. I förordningarna föreskrivs flera specialbestämmelser som anger att datumet för mottagande av handlingen ska gälla i samband med frister i förfarandet, och inte det datum då den skickades. Så är fallet med till exempel regel 70.2 i förordning nr 2868/95, i vilken föreskrivs att vid delgivning av ett dokument i förfarandet börjar fristen att löpa vid ”mottagandet” av det dokument som delges. Detsamma gäller regel 72 i förordning nr 2868/95, i vilken föreskrivs att om en tidsgräns utlöper på en dag då harmoniseringsbyrån inte är öppen för ”mottagande” av dokument, ska tidsfristen förlängas till den första dag därefter då harmoniseringsbyrån är öppen för ”mottagande” av dokument. Vidare föreskrivs i regel 80.2 i förordning nr 2868/95 att datumet för ”mottagande” av den nya överföringen eller av originalet betraktas

som datum för ”mottagande” av den ursprungliga kommunikationen när denna är bristfällig.

68 För det tredje delar tribunalen harmoniseringsbyråns bedömning att man kommit fram till en liknande lösning på området för gemenskapens personalmål. Artikel 90.2 i tjänsteföreskrifterna för tjänstemännen i Europeiska gemenskaperna ska nämligen enligt fast rättspraxis tolkas så, att ett klagomål inte anses ha ”anförts” när det skickats till institutionen, utan när det ”mottagits” av densamma (domstolens dom av den 26 november 1981 i mål 195/80, Michel mot parlamentet, REG 1981, s. 2861, punkterna 8 och 13, förstainstansrättens dom av den 25 september 1991 i mål T-54/90, Lacroix mot kommissionen, REG 1991, s. II-749, punkterna 28 och 29, personaldomstolens beslut av den 15 maj 2006 i mål F-3/05, Schmit mot kommissionen, REGP 2006, s. I-A-1-9 och II-A-1-33, punkt 28).

69 För det fjärde tillgodoser denna tolkning kravet på rättssäkerhet på bästa sätt. Tolkningen säkerställer nämligen att den tidpunkt då den frist som föreskrivs i regel 22.2 i förordning nr 2868/95 börjar löpa och den tidpunkt då den löper ut tydligt fastställs, samt att den noga iakttas.

70 För det femte och i motsats till vad sökanden har påstått finner tribunalen att all diskriminering eller godtycklig behandling vid rättskipningen förhindras genom denna tolkning, då samma metod för beräkning av frister används för alla parter, oavsett deras hemvist eller nationalitet.

71 Icke-diskrimineringsprincipen eller principen om likabehandling innebär enligt rättspraxis att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling (domstolens

dom av den 17 juli 2008 i mål C-71/07 P, Campoli mot kommissionen, REG 2008, s. I-5887, punkt 50).

72 Det är visserligen riktigt, såsom harmoniseringsbyrån har medgett, att de parter som är bosatta eller etablerade långt från Alicante (Spanien) kan missgynnas jämfört med dem som är bosatta eller etablerade nära Alicante, när de skickar post till harmoniseringsbyrån.

73 Endast den omständigheten att den tid det tar att skicka ett brev per post varierar beroende på från vilket land det skickas, medför emellertid inte att de berörda personerna diskrimineras beroende på vilket land de befinner sig i när de översänder sin bevisning på grund av att det är datumet för mottagande av bevisen som beaktas enligt regel 22.2 i förordning nr 2868/95 (se, för ett liknande resonemang och analogt, förstainstansrättens dom av den 18 december 2008 i mål T-293/07 P, Lofaro mot kommissionen, REGP 2008, s. I-B-1-85 och II-B-1-531, punkt 49).

74 I enlighet med punkt 1.2 i riktlinjerna angående förfarandena vid harmoniseringsbyrån, vilka antogs i november 2005, fastställer nämligen harmoniseringsbyrån i princip frister om två månader. När det är fråga om att tillhandahålla bevis på att det äldre varumärket verkligen har använts är denna frist vanligtvis mer än tillräcklig för att en invändande part som visat den aktsamhet som kan krävas av en normalt medveten person, var än denne befinner sig inom unionen, ska kunna samla ihop och ge in sina bevis, särskilt som vederbörande kan räkna med att motparten kommer att begära att denne lägger fram sådana bevis i enlighet med artikel 43.2 och 43.3 i förordning nr 40/94.

75 Den omständigheten att den tid det tar att skicka ett brev per post till Alicante varierar beroende på från vilket land det skickas vägs dessutom till viss del upp av att berörda

personer har möjlighet, om omständigheterna så motiverar, att begära att fristen förlängs i enlighet med regel 71.1 i förordning nr 2868/95. I regel 72.4 i förordningen föreskrivs dessutom att om oförutsedda händelser, till exempel en naturkatastrof eller en strejk, avbryter eller stör den normala kommunikationen från parterna till byrån eller tvärtom, får byråns ordförande besluta att – för de parter som är bosatta eller har sina registrerade kontor i den berörda staten eller som har utsett en företrädare med verksamhetsort i den berörda staten – alla tidsgränser som annars skulle löpa ut den dag eller efter den dag då en sådan händelse inträffade ska förlängas till ett datum som fastställs av honom.

76 Den påstådda diskrimineringen neutraliseras dessutom i vilket fall som helst av att alla ges möjlighet att kommunicera med harmoniseringsbyrån per telefax i enlighet med regel 80 i förordning nr 2868/95. Eftersom detta befordringssätt är omedelbart, medför inte den omständigheten att det är datumet för mottagande av bevisen som beaktas att personer missgynnas beroende på vilket land de befinner sig i när de skickar bevisen (se, för ett liknande resonemang och analogt, domen i det ovannämnda målet Lofaro mot kommissionen, punkt 50).

77 Sökanden kan i detta avseende inte endast göra gällande att omfångsrika telefaxmeddelanden inte kan skickas utan problem. Detta påstående har på intet sätt styrkts, och det motsägs dessutom av de uppgifter som harmoniseringsbyrån har åberopat, bland annat de omständigheter som var föremål för prövning i förstainstansrättens dom av den 25 mars 2009 i mål T-191/07, Anheuser-Busch mot harmoniseringsbyrån - Budějovický Budvar (BUDWEISER) (REG 2009, s. II-691).

78 Den omständigheten att det eventuellt kan uppstå problem då ett telefaxmeddelande skickas, vilket får till följd att det mottagna telefaxet är ofullständigt eller oläsligt, är

dessutom precis den situation som åsyftas i regel 80.2 i förordning nr 2868/95. Enligt nämnda regel medges den som drabbas av problemet en ny frist. Förstainstansrätten fann för övrigt, i domen i det ovannämnda målet Tredimensionell återgivning av ett gult och svart elektriskt verktyg, att bestämmelsens tillämpningsområde omfattar handlingar i färg som skickas per telefax.

79 Av detta följer att sökanden inte har stöd för sitt påstående att överklagandenämnden åsidosatte principen om likabehandling genom att lägga datumet för mottagande av meddelandet till grund för bedömningen av huruvida den fastställda fristen iakttagits i enlighet med regel 22.2 i förordning nr 2868/95.

80 Eftersom det påstådda åsidosättandet av principen om lojal konkurrens grundar sig på premissen att principen om likabehandling har åsidosatts, har det inte heller styrkts att förstnämnda princip har åsidosatts.

81 I övrigt har sökanden inte framställt någon annan invändning eller anfört något annat argument till stöd för det påstådda åsidosättandet av artikel 43 i förordning nr 40/94. Detta åsidosättande har följaktligen inte styrkts.

82 Mot bakgrund av det ovan anförda kan talan inte vinna bifall såvitt avser den tredje grunden. Talan ska därmed ogillas i sin helhet. Det saknas därvid anledning att pröva om yrkandena om ogiltigförklaring av invändningsenhetens beslut kan tas upp till sakprövning.

Rättegångskostnader

83 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats.

84 Harmoniseringsbyrån har yrkat att sökanden ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökanden har tappat målet, ska harmoniseringsbyråns yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (andra avdelningen)

följande:

1) Talan ogillas.

2) Ifemy's Holding GmbH ska ersätta rättegångskostnaderna.

Forwood Schwarcz Popescu

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 15 mars 2011.

Underskrifter