Rättsfallssamlingen

TRIBUNALENS DOM (åttonde avdelningen)

den 11 december 2014*

”Gemenskapsvarumärke — Invändningsförfarande — Ansökan om registrering som gemenskapsvarumärke av ett tredimensionellt märke — Formen på ett grässtrå i en flaska — Äldre nationellt tredimensionellt märke — Verkligt bruk av det äldre varumärket — Artiklarna 75, 76.1 och 76.2 i förordning (EG) nr 207/2009 — Bevisning som har åberopats för första gången vid överklagandenämnden — Utrymme för skönsmässig bedömning i enlighet med artikel 76.2 i förordning nr 207/2009 — Motiveringsskyldighet”

I mål T-235/12,

CEDC International sp. z o.o., Oborniki Wielkopolskie (Polen), företrätt av advokaterna M. Siciarek, G. Rząsa och J. Mrozowski,

sökande,

mot

Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (harmoniseringsbyrån), företrädd av D. Walicka, i egenskap av ombud,

svarande,

varvid motparten i förfarandet vid harmoniseringsbyråns överklagandenämnd, som intervenerat vid tribunalen, var

Underberg AG, Dietlikon (Schweiz), företrätt av advokaterna V. von Bomhard, A. Renck och J. Fuhrmann,

angående en talan mot det beslut som fattats av harmoniseringsbyråns fjärde överklagandenämnd den 26 mars 2012 (ärende R 2506/2010-4) om ett invändningsförfarande mellan Przedsiębiorstwo Polmos Białystok (Spółka Akcyjna) och Underberg AG,

meddelar

TRIBUNALEN (åttonde avdelningen)

sammansatt av ordföranden D. Gratsias samt domarna M. Kancheva (referent) och C. Wetter,

justitiesekreterare: handläggaren C. Heeren,

med beaktande av ansökan som inkom till tribunalens kansli den 29 maj 2012,

* Rättegångsspråk: tyska.

med beaktande av harmoniseringsbyråns svarsinlaga som inkom till tribunalens kansli den 31 oktober 2012,

med beaktande av intervenientens svarsinlaga som inkom till tribunalens kansli den 31 oktober 2012,

med beaktande av repliken som inkom till tribunalens kansli den 29 januari 2013,

med beaktande av harmoniseringsbyråns duplik som inkom till tribunalens kansli den 6 maj 2013,

med beaktande av intervenientens duplik som inkom till tribunalens kansli den 6 maj 2013,

med beaktande av tribunalens skriftliga frågor till parterna,

med beaktande av parternas yttranden som inkom till tribunalens kansli den 30 april och den 5 maj 2014,

efter förhandlingen den 5 juni 2014,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

1 Intervenienten, Underberg AG, ingav den 1 april 1996 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 det nedan återgivna tredimensionella kännetecknet:



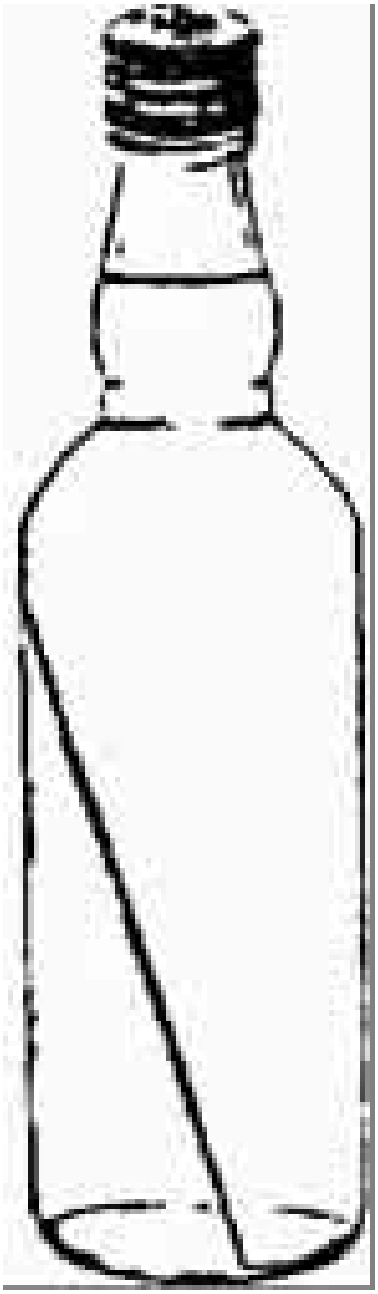
3 Det sökta tredimensionella gemenskapsvarumärket beskrivs enligt följande: ”Ett grönbrunt grässtrå i en flaska, varvid grässtråets längd är ungefär tre fjärdedelar av flaskan”.

4 De varor som registreringsansökan avsåg omfattas bland annat av klass 33 i Niceöverenskommelsen om internationell klassificering av varor och tjänster vid varumärkesregistrering av den 15 juni 1957, med ändringar och tillägg, och motsvarar följande beskrivning: ”spritdrycker och likörer”.

5 Ansökan om gemenskapsvarumärke offentliggjordes i *Bulletinen för gemenskapsvarumärken* nr 51/2003 av den 23 juni 2003.

6 Den 15 september 2003 framställde Przedsiębiorstwo Polmos Białystok (Spółka Akcyjna) - som fusionerats med sökandebolaget, CEDC International sp. z o.o., genom absorption år 2011 – en invändning med stöd av artikel 42 i förordning nr 40/94 (nu artikel 41 i förordning nr 207/2009) mot registrering av det sökta varumärket för de varor som anges i punkt 4 ovan.

7 Invändningen grundade sig bland annat på det äldre franska tredimensionella varumärket såsom detta ingetts den 18 september 1995, som registrerats under nr 95588457 den 18 april 1997 och förnyats den 9 juni 2005, för ”spritdrycker” i klass 33 i Niceöverenskommelsen. Nämnda varumärke återges nedan:



8 Detta franska tredimensionella varumärke motsvarar följande beskrivning ”en flaska av det slag som återges ovan, i vilken det placerats ett grässtrå som lutar sig i det närmaste diagonalt inuti flaskan”.

9 Invändningen grundades även på det tyska varumärket nr 39848553, de polska varumärkena nr 62018, nr 62081 och nr 85811, det japanska varumärket nr 2092826, det franska varumärket nr 98746752 och icke registrerade kännetecken som förekommer i olika medlemsstater i Europeiska unionen.

10 De registreringshinder som åberopades som stöd för invändningen är de som avses i 1) artikel 8.1 a och b i förordning nr 40/94 (nu artikel 8.1 a och b i förordning nr 207/2009), med hänsyn till det äldre franska tredimensionella varumärke som återges i punkt 7 ovan, 2) artikel 8.3 i förordning nr 40/94 (nu artikel 8.3 i förordning nr 207/2009), med hänsyn till samma varumärke och de registrerade varumärken som anges i punkt 9 ovan, och 3) artikel 8.4 i förordning nr 40/94 (nu artikel 8.4 i förordning nr 207/2009), med hänsyn till de oregistrerade kännetecken som nämnts i punkt 9 ovan.

11 Den 11 juli 2007 ingav sökanden bevisning, till styrkande av att det äldre franska tredimensionella varumärket använts, inom den tidfrist som av invändningsenheten fastställts till den 1 augusti 2007, som svar på intervenientens begäran därom. Den 3 juli 2008 utvecklade sökanden sina argument rörande denna bevisning.

12 Invändningsenheten avslog den 18 oktober 2010 invändningen i dess helhet. Den ansåg bland annat att bevisningen inte gav tillräckligt stöd för påståendet om verkligt bruk av det äldre franska tredimensionella varumärket. Vidare ansåg överklagandenämnden att den omständigheten att den saluförda flaskan har en etikett med ordet ”żubrówka” och en bild av en bisonoxe innebär att särskiljningsförmågan hos varumärket förändrats jämfört med hur det har registrerats.

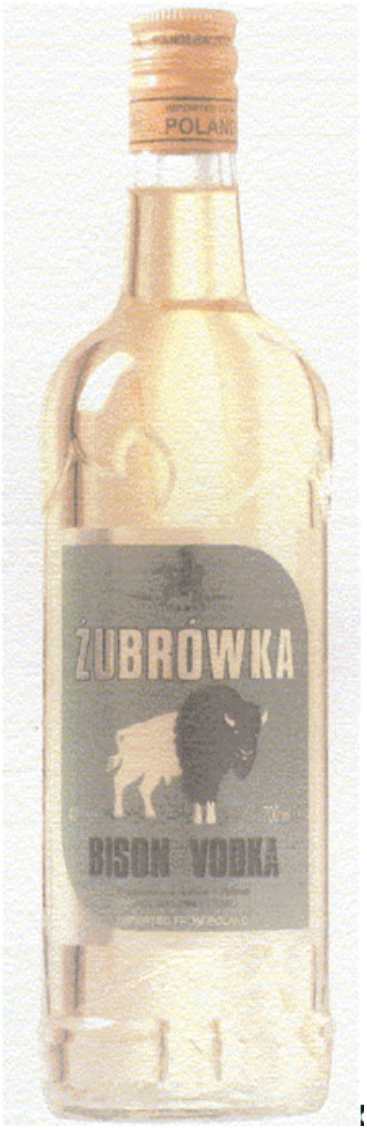
13 Den 17 december 2010 överklagade sökanden invändningsenhetens beslut till harmoniseringsbyrån med stöd av artiklarna 58–64 i förordning nr 207/2009. Den 18 februari 2011 ingav sökanden en inlaga med grunderna för överklagandet samt sådan bevisning till styrkande av att varumärket använts som inte hade ingetts vid invändningsenheten.

14 I beslut av den 26 mars 2012 (nedan kallat det angripna beslutet) avslog harmoniseringsbyråns fjärde överklagandenämnd överklagandet i dess helhet.

15 Vad för det första avser den grund för invändning som avses i artikel 8.1 a och b i förordning nr 207/2009 angav överklagandenämnden följande om sökandens bevisning:

> ”13 Den bevisning som ingetts av [sökanden] till styrkande av att varumärket använts innefattar bland annat två beedigade skriftliga utlåtanden; en från [sökandens] finanschef och ordförande, och en från den verkställande direktören för Pernod S.A., vilket bolag är ensamåterförsäljare för [sökandens] ’Żubrówka’ – vodka för Frankrike. I dessa beedigade utlåtanden anges att under åren 2000-2004 var ’varje flaska ZUBROWKA-vodka som såldes i Frankrike en flaska som innehöll ett bisongrässtrå av samma slag som det som beskrivs i den franska registreringen

nr 95 588 457’. Följande återgivning av vodka med varumärket ZUBROWKA, såsom denna förklarats ha sålts i Frankrike under den relevanta tidsperioden [från den 23 juni 1998 till den 22 juni 2003], bifogades de två beedigade skriftliga utlåtandena:



14 Bevisningen innefattar dessutom ett antal prospekt riktade till franska återförsäljare från åren 1999-2002, med följande bilder föreställande ’Żubrówka’-vodkan:

15 Bevisningen innehöll även att antal prospekt från åren 2003-2006, som distribuerats av franska stormarknader, med följande bilder föreställande ’Żubrówka’-vodkan:

16 Det har inte ingetts några andra bilder än de som återgetts i de tre punkterna ovan.”

16 Överklagandenämnden ansåg vidare *att* det franska varumärket, beträffande vilket det var styrkt att det hade använts, bestod av en ”standardflaska, med ett diagonalt streck genom flaskan, från vänster sida strax under flaskhalsen till botten på motsatt sida”, såsom detta märke återges i punkt 7 ovan, *att* bevisningen till styrkande av att varumärket använts visar flaskor i två olika utformningar, men som i samtliga fall bär samma iögonfallande och icke genomskinliga etikett med orden ”ZUBROWKA BISON

VODKA”, varvid etiketten täcker en stor del av flaskorna, samt *att* det diagonala strecket inte förekommer på flaskans utsida eller på själva etiketten. Överklagandenämnden ansåg dessutom att etiketten gjorde det omöjligt att se vad som finns bakom etiketten eller i flaskorna.

17 Överklagandenämnden förklarade slutligen att sökanden således inte hade styrkt i vilken form det äldre franska tredimensionella varumärket hade använts, det vill säga om detta varumärke använts som det registrerats eller använts i en form som inte förändrar särskiljningsförmågan hos varumärket jämfört med hur det har registrerats. Överklagandenämnden drog därav slutsatsen att eftersom detta varumärke var det enda äldre varumärke som invändningen grundas på enligt artikel 8.1 a och b i förordning nr 207/2009, skulle invändningen avslås.

18 Vad för det andra rör den grund för invändning som avses i artikel 8.4 i förordning nr 207/2009, ansåg överklagandenämnden att sökanden inte hade styrkt verkligt bruk av oregistrerade kännetecken som förekommer i olika medlemsstater i unionen (se punkt 9 ovan), däribland Tyskland. Överklagandenämnden avslog därför den invändning som grundades på artikel 8.4.

19 Vad för det tredje rör den grund för invändning som avses i artikel 8.3 i förordning nr 207/2009, ansåg överklagandenämnden att sökanden varken hade styrkt verkligt bruk av de åberopade varumärkena (se punkt 9 ovan) eller att det, i de kontraktshandlingar som ingetts, förekom en agentrelation eller kommersiell verksamhet mellan sökanden och intervenienten. Överklagandenämnden avslog därför den invändning som grundades på artikel 8.3. För fullständighets skull tillade överklagandenämnden att sökanden, vad avser vissa åberopade varumärken, inte hade styrkt att denne var varumärkesinnehavare eller att registreringsansökan ingetts efter ansökan om det omtvistade varumärket. Beträffande vissa av dessa märken angav överklagandenämnden vidare att det inte styrkts att varumärkena verkligen existerade, enligt regel 19 i kommissionens förordning (EG) nr 2868/95 av den 13 december 1995 om genomförande av förordning nr 40/94 (EGT L 303, s. 1), bland annat på grund av att någon översättning till engelska inte getts in, trots att engelska var handläggningsspråket vid nämnden.

Parternas yrkanden

20 Sökanden har yrkat att tribunalen ska

— ogiltigförklara det angripna beslutet i dess helhet, och

— förplikta harmoniseringsbyrån att ersätta rättegångskostnaderna.

21 Harmoniseringsbyrån och intervenienten har yrkat att tribunalen ska

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

Huruvida de bilagor som ingetts för första gången vid tribunalen kan tillåtas som bevisning

22 Sökanden har för första gången vid tribunalen som bilagor ingett en dom från förvaltningsdomstolen i Warszawa av den 24 augusti 2011 (bilaga C.2) och ett beslut från det polska patentverket av den 19 oktober 2012 (bilaga C.3) samt ett utdrag från den polska lagen om industriell äganderätt från år 2000 (bilaga C.4) till styrkande av att det tredimensionella polska varumärket nr 85811, som återger den berömda flaskan med ett grässtrå, var välkänt just på grund av det karaktäristiska grässtrået i flaskan. Sökanden har gjort gällande att dessa bilagor ”redogör för nationell rättspraxis” och har

härvid hänvisat till tribunalens praxis, av vilken det framgår att nationella rättsliga avgöranden kan beaktas, även om de inte har åberopats vid harmoniseringsbyrån. Det kan därför inte vara otillåtet vare sig för parterna eller för tribunalen att, vid tolkningen av unionsrätten, vägledas av unionens rättspraxis eller av nationell eller internationell rättspraxis (se dom av den 1 februari 2012, Carrols/harmoniseringsbyrån – Gambettola (Pollo Tropical CHICKEN ON THE GRILL), T-291/09, REU, EU:T:2012:39, punkterna 34 och 35 och där angiven rättspraxis).

23 Harmoniseringsbyrån och intervenienten har gjort gällande att dessa bilagor inte kan tillåtas som bevisning, eftersom de utgör nya omständigheter. Intervenienten har även gjort gällande att påståendet att vodkaflaskan med ett grässtrå var välkänd i Polen år 2011 saknar betydelse för frågan huruvida det äldre franska varumärket var välkänt i Frankrike under åren 1998-2003.

24 Tribunalen konstaterar inledningsvis att dessa bilagor har ingetts för första gången vid tribunalen och att de inte har ingetts som nationell rättspraxis som skulle kunna inspirera tribunalen vid dess tolkning av unionsrätten, särskilt förordning nr 207/2009 (såsom var fallet i den rättspraxis som det hänvisas till i punkt 22 ovan), utan som bevisning till styrkande av att det polska tredimensionella varumärket var välkänt, tack vare grässtrået.

25 Talan vid tribunalen syftar enligt fast rättspraxis till att rätten ska pröva lagenligheten av överklagandenämndernas beslut i den mening som avses i artikel 65 i förordning nr 207/2009. Det följer av denna bestämmelse att de omständigheter som parterna inte har åberopat vid harmoniseringsbyråns enheter inte heller får åberopas i samband med att talan väcks vid tribunalen. Av nämnda bestämmelse följer även att tribunalen inte får pröva de faktiska omständigheterna på nytt mot bakgrund av sådan bevisning som för första gången åberopats vid tribunalen. Lagenligheten av överklagandenämndernas beslut ska nämligen bedömas i förhållande till den information som nämnden kunde förfoga över när den fattade sitt beslut (se dom av den 18 juli 2006, Rossi/harmoniseringsbyrån, C-214/05 P, REG, EU:C:2006:494, punkterna 50-52 och där angiven rättspraxis, dom av den 18 december 2008, Les Éditions Albert René/harmoniseringsbyrån, C-16/06 P, REG, EU:C:2008:739, punkterna 136-138 och där angiven rättspraxis, och dom av den 16 januari 2014, Optilingua/harmoniseringsbyrån – Esposito (ALPHATRAD), T-538/12, EU:T:2014:9, punkt 19 och där angiven rättspraxis).

26 De av sökanden ingivna bilagorna C.2-C.4 kan således inte tillåtas som bevisning och det saknas anledning att pröva deras bevisvärde.

27 Denna bevisning saknar dessutom verkan och ska därför lämnas utan avseende, eftersom bevisningen inte rör bruk under den period som är relevant för det äldre franska varumärke som är aktuellt i förevarande mål. Bevisningen avser istället ett senare anfört påstående att ett polskt varumärke är välkänt som saknar territoriell anknytning till det franska varumärket och för vars existens ingen bevisning har anförts vid harmoniseringsbyrån inom den relevanta tidsfristen, såsom överklagandenämnden konstaterade i punkt 34 i det angripna beslutet. Överklagandenämndens bedömning i denna del har inte bestritts av sökanden i förevarande mål.

Prövning i sak

28 Sökanden har anfört följande tre grunder till stöd för sin talan: 1) åsidosättande av legalitetsprincipen och av harmoniseringsbyråns *Handbok om varumärkespraxis*, 2) åsidosättande av artikel 15.1 i förordning nr 207/2009 och av regel 22.3 i förordning nr 2868/95 och av artiklarna 8.1 a, 42.2 och 42.3 i förordning nr 207/2009, och 3) åsidosättande av artiklarna 75, 76.1 och 76.2 i förordning nr 207/2009.

29 Tribunalen påpekar inledningsvis att sökanden har bestritt harmoniseringsbyråns konstateranden och bedömningar vad avser samtliga skäl för invändningen, det vill säga de registreringshinder som anges i artikel 8.1 a, 8.3 och 8.4 i förordning nr 207/2009. Sökanden har emellertid anfört att argumenten endast avser överklagandenämndens värdering av bevisningen, eftersom överklagandenämndens bedömning i denna del berör samtliga skäl för invändningen på samma sätt.

30 Tribunalen anser det lämpligt att först pröva den tredje grunden avseende åsidosättande av artiklarna 75, 76.1 och 76.2 i förordning nr 207/2009. Denna grund rör samtliga bevis som ska beaktas vid bedömningen av huruvida det äldre franska varumärket verkligen använts.

31 Sökanden har i denna tredje grund gjort gällande att harmoniseringsbyrån underlät att pröva vissa omständigheter, utan att lämna någon motivering i detta avseende, och således åsidosatte artiklarna 75, 76.1 och 76.2 i förordning nr 207/2009. Harmoniseringsbyrån underlät särskilt att beakta de bilder som sökanden hade ingett, där den omtvistade varan visas ur fyra olika vinklar (framifrån, bakifrån och från båda sidor) och som enligt sökanden visar att det tredimensionella varumärket i form av ett grässtrå i en flaska tydligt syntes och verkligen använts. Harmoniseringsbyrån bortsåg även från annan bevisning, såsom tidningsartiklar och reklamannonser som publicerats på internetforum, som enligt sökanden visar att grässtrået i flaskan av franska konsumenter uppfattades som ett originellt och särskiljande kännetecken, vilket därmed är att hänföra till varumärkesbrukets beskaffenhet.

32 Sökanden har härvid gjort gällande att eftersom överklagandenämnden inte uppgav att den bevisning som bifogats inlagan av den 18 februari 2011 angående grunderna för överklagandet (se punkt 13 ovan) inte kunde beaktas och därvid inte nämnde artikel 76.2 i förordning nr 207/2009, är det rimligt att anta att överklagandenämnden ansåg att nämnda bevisning kunde tillåtas. Även om det antas att överklagandenämndens avsikt var att avvisa denna bevisning, så innehåller motiveringen av det angripna beslutet under alla omständigheter ett formfel, eftersom överklagandenämnden i så fall var skyldig att ge en adekvat motivering till denna bedömning. Sökanden har härvid hänvisat till domstolens praxis vad rör denna artikel. Sökanden har därav dragit slutsatsen att eftersom överklagandenämnden varken avvisade nämnda bevisning eller förklarade att den saknar bevisvärde, var nämnden skyldig att beakta och pröva den. Den omständigheten att nämnden underlät att göra detta innebär att nämnden har åsidosatt artiklarna 75, 76.1 och 76.2 i förordning nr 207/2009.

33 Sökanden har vidare hävdat att harmoniseringsbyrån åsidosatte artikel 75 och artikel 76.1 i förordning nr 207/2009 genom att inte motivera sitt beslut, särskilt vad avser slutsatsen att grässtrået inte syns i flaskan, och genom att pröva bevisningen isolerat, bland annat genom att inte beakta den bevisning som visar flaskan från sidorna och bakifrån.

34 Harmoniseringsbyrån har genmält följande. Sökanden har inte någon rätt att kräva att byrån beaktar den bevisning som ingetts tillsammans med grunderna för överklagandet till överklagandenämnden, således efter det att den tidsfrist som invändningsenheten fastställt gått ut. Harmoniseringsbyrån har visserligen rätt att beakta omständigheter och bevis som åberopats för sent enligt artikel 76.2 i förordning nr 207/2009, såsom domstolen har tolkat denna bestämmelse. Detta förutsätter dock att ingen bestämmelse talar häremot. Artikel 42.2 och 42.3 i förordning nr 207/2009, såsom denna har genomförts genom regel 22.2 i förordning nr 2868/95, innehåller emellertid just en bestämmelse som förbjuder att hänsyn tas till bevisning som åberopats till styrkande av att ett varumärke använts, om denna bevisning ingetts för första gången vid överklagandenämnden.

35 Harmoniseringsbyrån har även motsatt sig att tribunalen i förevarande fall tillämpar det undantag som uppställts i rättspraxis och som tillåter att kompletterande bevisning eller nya omständigheter beaktas. Den nya bevisningen kan inte anses komplettera den bevisning som ingetts inom den föreskrivna fristen, eftersom den innehåller avbildningar av en annan flaska än den som förekommer i tidigare ingiven bevisning, samt ett avlångt föremål – som kan vara ett grässtrå – som ständigt förekommer inuti en flaska. Detta är således den första och enda bevisning som åberopats till styrkande av att

nämnda föremål använts inuti en flaska. Sökanden har dessutom inte förklarat i vilket avseende denna bevisning kan anses komplettera den bevisning som redan ingetts, eller varför sökanden inte redan ingett den inom föreskriven tidsfrist.

36 Harmoniseringsbyrån har vidare gjort gällande att det inte går att dra den slutsatsen att överklagandenämnden tillåtit den bevisning som ingetts för sent genom att inte avvisa densamma. Eftersom överklagandenämnden inte tog med denna bevisning bland de handlingar som nämnden beaktade vid bedömningen av brukets art, ska detta snarare förstås på så sätt att nämnden beslutade att inte beakta denna bevisning.

37 Även om det antas vara styrkt att motiveringen är bristfällig, så kan detta enligt harmoniseringsbyrån inte i sig leda till att det angripna beslutet ska ogiltigförklaras, om detta formfel inte påverkar det angripna beslutet i sak.

38 Harmoniseringsbyrån har vidare hävdat att konstaterandet att grässtråets inte syns i flaskan styrks av avbildningarna av flaskan (se punkt 15 ovan) och att detta beror på att det sitter en etikett på flaskan, vilken täcker en stor del av flaskans yta och döljer vad som finns bakom etiketten eller i flaskan (se punkt 16 ovan). Byrån anser att en helhetsbedömning gjorts av all ingiven bevisning om bruk och att sökanden i själva verket bestritt bedömningen av denna bevisning.

39 Intervenienten har hävdat att bilderna av flaskans sidor helt uppenbart har ingetts för sent. Till att börja med har de inte ingetts inom den tidsfrist som fastställts av invändningsenheten (det vill säga till och med den 1 augusti 2007), utan de ingavs för första gången tre och ett halvt år senare till överklagandenämnden (närmare bestämt den 18 februari 2011). Vidare saknar bilderna anknytning i sak till redan ingiven bevisning, eftersom de visar en flaska med en konvex flaskhals snarare än en rak sådan. Sökanden har dessutom inte visat på någon sådan anknytning och har särskilt inte hävdat att det är fråga om bevisning till styrkande av att varumärket använts eller att det är fråga om komplement till redan ingiven bevisning. Sökanden har inte heller anfört argument som rör flaskans utseende från sidorna under invändningsförfarandet. Slutligen framgår det klart av de bilder av flaskan som återges i punkterna 13-16 i det angripna beslutet vilka avbildningar av flaskan som överklagandenämnden beaktade med stöd av sitt utrymme för skönsmässig bedömning – samtliga visar flaskan framifrån – och vilka den avvisat på grund av att de ingetts för sent. Överklagandenämndens motivering kan i ett sådant sammanhang vara implicit, såsom också godkänts i rättspraxis.

40 Intervenienten anser vidare att harmoniseringsbyrån lämnade en tillräcklig motivering av sitt beslut på grundval av ingivna handlingar, och att byrån inte kunde grunda sin bedömning på sannolikhetsbedömningar eller presumtioner, genom att spekulera eller anta att grässtrået, trots den skymmande etiketten, kunde ses från sidan när konsumenten köper flaskan.

41 Tribunalen vill inledningsvis påpeka att sökanden som tredje grund gjort gällande att överklagandenämnden åsidosatte artiklarna 75, 76.1 och 76.2 i förordning nr 207/2009, och sökanden har därvid hävdat att överklagandenämnden gjorde fel genom att underlåta att ta ställning till bevisning som ingetts för första gången vid nämnden, däribland bilder av en vodkaflaska med ordet ”Żubrówka” på etiketten, varvid flaskan avbildats från fyra olika vinklar, inte bara framifrån, utan även från båda sidor och baksidan, och genom att inte ge någon motivering i detta avseende.

42 Tribunalen erinrar härvid om att det i artikel 75 första meningen i förordning nr 207/2009 anges att harmoniseringsbyråns beslut måste vara motiverade. Vidare föreskrivs i regel 50.2 h i förordning nr 2868/95 att överklagandenämndens beslut ska innehålla beslutsskälen. Motiveringsskyldigheten har här samma omfattning som i artikel 296 FEUF. Av den motivering som krävs enligt artikel 296 FEUF ska det enligt fast rättspraxis klart och tydligt framgå hur den som har antagit rättsakten har resonerat. Denna skyldighet har ett dubbelt syfte, nämligen dels att göra det möjligt för dem som berörs därav att få kännedom om skälen till den vidtagna åtgärden, så att de kan göra gällande sina

rättigheter, dels att göra det möjligt för unionsdomstolen att pröva beslutets lagenlighet. Bedömningen av om motiveringen av ett beslut uppfyller dessa krav ska inte ske endast utifrån motiveringens lydelse, utan även utifrån det sammanhang i vilket den ingår och samtliga rättsregler på det aktuella området (se dom av den 8 mars 2013, Mayer Naman/harmoniseringsbyrån – Daniel e Mayer (David Mayer), T-498/10, EU:T:2013:117, punkt 56 och där angiven rättspraxis).

43 I artikel 76 i förordning nr 207/2009, med rubriken ”Prövning av sakförhållandena på eget initiativ”, anges följande:

”1. Vid förfarande inför [harmoniseringsbyrån] ska denna utan särskilt yrkande pröva sakförhållandena; dock ska i ärenden om relativa registreringshinder prövningen vara begränsad till vad parterna åberopat och yrkat.

2. [Harmoniseringsbyrån] behöver inte beakta omständigheter eller bevis som part inte åberopat eller ingivit i rätt tid.”

44 Enligt fast rättspraxis följer det av lydelsen i artikel 76.2 i förordning nr 207/2009 att parterna – som regel och såvida inget annat föreskrivs – har möjlighet att åberopa omständigheter och förebringa bevisning även efter utgången av de tidsfrister som gäller enligt bestämmelserna i förordning nr 207/2009, och att harmoniseringsbyrån inte är förhindrad att beakta omständigheter och bevisning som således har åberopats respektive ingetts för sent (dom av den 13 mars 2007, harmoniseringsbyrån/Kaul, C-29/05 P, REG, EU:C:2007:162, punkt 42, dom av den 18 juli 2013, New Yorker SHK Jeans/harmoniseringsbyrån, C-621/11 P, REU, EU:C:2013:484, punkt 22, och dom av den 26 september 2013, Centrotherm Systemtechnik/harmoniseringsbyrån och centrotherm Clean Solutions, C-610/11 P, REU, EU:C:2013:593, punkt 77), det vill säga efter utgången av den frist som invändningsenheten har fastställt och, i förekommande fall, för första gången vid överklagandenämnden.

45 Genom att det i artikel 76.2 i förordning nr 207/2009 anges att harmoniseringsbyrån ”inte behöver” beakta omständigheter och bevisning som har åberopats eller ingetts sent tillerkänns harmoniseringsbyrån i denna bestämmelse ett stort utrymme för skönsmässig bedömning för att besluta, med angivande av en motivering till sitt beslut, huruvida dessa omständigheter och bevis ska beaktas eller inte (dom harmoniseringsbyrån/Kaul, se punkt 44 ovan, EU:C:2007:162, punkterna 43 och 68, dom New Yorker SHK Jeans/harmoniseringsbyrån, se punkt 44 ovan, EU:C:2013:484, punkt 23, och dom Centrotherm Systemtechnik/harmoniseringsbyrån och centrotherm Clean Solutions, se punkt 44 ovan, EU:C:2013:593, punkt 78).

46 Hänsyn till kraven på rättssäkerhet och en god rättskipning talar för att harmoniseringsbyrån ska ha ett utrymme för skönsmässig bedömning vad gäller att beakta omständigheter och bevisning som parterna har åberopat respektive ingett för sent. Denna möjlighet kan, åtminstone i samband med ett invändningsförfarande, bidra till att man kan undvika att registrera varumärken som därefter med framgång kan komma att ifrågasättas genom en ansökan om ogiltighetsförklaring eller i ett mål om varumärkesintrång (se, för ett liknande resonemang, dom harmoniseringsbyrån/Kaul, se punkt 44 ovan, EU:C:2007:162, punkt 48 och där angiven rättspraxis).

47 I förevarande fall ska det avgöras huruvida överklagandenämnden har utnyttjat sitt utrymme för eget skön vad avser bevisning som sökanden ingett för första gången vid överklagandenämnden.

48 Det är utrett att den bevisning om bruk som beskrivs i punkterna 13-16 i det angripna beslutet (se punkt 15 ovan) ingetts av sökanden till invändningsenheten inom föreskriven frist.

49 Det framgår även av handlingarna i målet att sökanden, tvärtemot vad intervenienten har hävdat, i sidorna 7-23 i den inlaga innehållande grunderna för överklagandet som ingetts till överklagandenämnden den 18 februari 2011, ingett fem handlingar som bilagor till denna inlaga. Det är utrett att dessa bilagor inte har ingetts inom den tidsfrist som invändningsenheten fastställt.

50 Det rör sig om följande fem bilagor som gavs in för första gången vid överklagandenämnden:

— Tidningsartiklar från fransk press och utdrag från franska internetforum från åren 1998-2003, som innehåller avbildningar av vodkaflaskan med namnet ”Żubrówka”angivet, samt skriftliga utlåtanden där det anges att Żubrówka-vodkan med det ”berömda bisongrässtrået” ”är lätt att känna igen tack vare det smakgivande grässtrået i flaskan”.

— Ett utdrag ur *Wallpaper City Guide* för Warsawa (Polen).

— Ett utlåtande av den 16 februari 2011, författat på polska och översatt till engelska, från K, som är specialist med ansvar för sökandens etiketter sedan år 1992 (nedan kallat K:s utlåtande).

— En affisch med titeln ”Żubrówka bisonvodka”.

— Ett utdrag från webbplatsen Wikipedia.

51 K:s utlåtande innehöll särskilt följande upplysningar: 1) Under åren 1970-2011 tillverkade sökanden, som tidigare hade firman Przedsiębiorstwo POLMOS Białystok SA, Żubrówka-vodka både för den polska marknaden och för export. Enligt K hade vodkaflaskans etiketter olika utformning över tiden men en övergripande likhet var och är att ett grässtrå placeras inuti flaskan, varvid denna utformning var skyddad i Polen och i flera andra länder som ett varumärke som består av en ”flaska med ett grässtrå”. 2) Den av sökanden tillverkade Żubrówka-vodkan hade en grön etikett och såldes i flaskor på 0,5, 0,7 och 1 liter. Vodkan exporterades under åren 1998-2003 till Frankrike via agenturen PHZ AGROS, och exporterades senare direkt av sökanden. K preciserade att före år 2000 tillverkades Żubrówka-vodkan med grön etikett för export till Frankrike av POLMOS Poznań, varvid utseendet på flaskorna, etiketterna och grässtråret inuti flaskorna ändå var detsamma som det som sökanden använder sig av sedan år 2000. 3) K hade som bilaga till sitt utlåtande bifogat fotografier för att visa hur flaskor med vodkan Żubrówka märkts med en grön etikett och att ett grässtrå alltid fanns i dessa flaskor, även vad gäller exporten till den franska marknaden för perioden 1998-2003. Enligt K visar dessa fotografier uttryckligen att varje konsument tydligt kunde se grässtråret, oavsett om denne såg på flaskan framifrån eller bakifrån.

52 Med K:s utlåtande följde fyra fotografier av flaskor med vodkan Żubrówka innehållande 700 ml, som enligt K hade exporterats till Frankrike, där följande fyra avbildningar återfanns, varvid flaskan hade fotograferats framifrån, från båda sidor och bakifrån.



53 I punkterna 13-15 i det angripna beslutet (se punkt 15 ovan) angav överklagandenämnden att den bevisning om bruk som ingetts av sökanden ”bland annat” innefattar två beedigade skriftliga utlåtanden, ett från sökandens finanschef tillika ordförande, och ett från verkställande direktören för Pernod S.A., vilket bolag är ensamåterförsäljare för Żubrówka-vodka i Frankrike. Vidare angav nämnden att det som bilagor ingetts en avbildning av nämnda vodka, prospekt riktade till franska återförsäljare från åren 1999-2002, med fyra bilder, och prospekt från åren 2003-2006, som distribuerats av franska stormarknader, med åtta bilder.

54 Av detta följer att överklagandenämndens påstående, i punkt 16 i det angripna beslutet, att det ”inte ingetts några andra bilder än dem som återgetts i de tre punkterna ovan” ska förstås så, att nämnden syftar på den bevisning som ingetts till invändningsenheten inom föreskriven tidsfrist, men inte på den bevisning som ingetts till överklagandenämnden för sent.

55 Tribunalen anser därför att överklagandenämnden endast beaktade den bevisning som sökanden ingett till invändningsenheten, och att nämnden inte utnyttjade sitt utrymme för eget skön vad avser bevisning som sökanden ingett för första gången till nämnden, särskilt K:s skriftliga utlåtande och därtill bifogade fotografier samt tidningsartiklar från fransk press och utdrag från franska webbplatser.

56 Sökanden har således fel i sitt påstående att eftersom överklagandenämnden inte angav den bevisning som bifogats inlagan av den 18 februari 2011 med grunderna för överklagandet, och eftersom nämnden inte nämnde artikel 76.2 i förordning nr 207/2009, är det rimligt att anta att överklagandenämnden ansåg att nämnda bevisning kunde tillåtas. Överklagandenämnden utnyttjade nämligen inte sitt utrymme för eget skön och den kunde således inte implicit avvisa denna bevisning.

57 Enligt rättspraxis framgår det dessutom av lydelsen av artikel 76.2 i förordning nr 207/2009 att den omständigheten att en part åberopar respektive inger omständigheter eller bevisning för sent inte ger denna part en ovillkorlig rätt att kräva att harmoniseringsbyrån ska beakta dessa omständigheter och denna bevisning (dom harmoniseringsbyrån/Kaul, se punkt 44 ovan, EU:C:2007:162, punkterna 43 och 63). I förevarande fall är det just den omständigheten att bevisningen ingetts för sent som skiljer den här aktuella situationen från vad som var fallet i den rättspraxis som åberopats av sökanden (dom

av den 10 oktober 2012, Bimbo/harmoniseringsbyrån – Panrico (BIMBO DOUGHNUTS), T-569/10, EU:T:2012:535, punkt 35), där de argument och den bevisning som implicit tillåtits hade anförts i rätt tid.

58 Harmoniseringsbyrån kan inte vinna framgång med påståendet att eftersom överklagandenämnden inte tog med den nya bevisningen bland den bevisning som beaktades vid bedömningen av brukets art, så ska detta snarare tolkas som att nämnden beslutade att inte beakta den. Eftersom överklagandenämnden inte utnyttjade sitt utrymme för eget skön, kunde den således inte implicit avvisa denna bevisning.

59 Även om det antas att harmoniseringsbyrån utnyttjade sitt utrymme för eget skön i endera riktningen, så ska det erinras om att rättspraxis ger vid handen att om harmoniseringsbyrån utnyttjar sitt utrymme för eget skön för att bestämma om en handling som inkommit för sent ska beaktas eller inte, så måste byrån motivera sitt beslut i denna fråga (dom harmoniseringsbyrån/Kaul, se punkt 44 ovan, EU:C:2007:162, punkt 43, dom New Yorker SHK Jeans/harmoniseringsbyrån, se punkt 44 ovan, EU:C:2013:484, punkt 23, och dom Centrotherm Systemtechnik/harmoniseringsbyrån och centrotherm Clean Solutions, se punkt 44 ovan, EU:C:2013:593, punkt 78).

60 Domstolen har understrukit att harmoniseringsbyråns eventuella beaktande av kompletterande bevisning inte på något vis utgör en ”förmån” som beviljas den ena eller den andra parten. Beaktandet ska i stället vara resultatet av ett objektivt och motiverat utövande av den befogenhet att vidta en skönsmässig bedömning som harmoniseringsbyrån har enligt artikel 76.2 i förordning nr 207/2009. Den motivering som sålunda krävs är än mer nödvändig i fall då harmoniseringsbyrån beslutar att inte beakta för sent inlämnad bevisning (dom Centrotherm Systemtechnik/harmoniseringsbyrån och centrotherm Clean Solutions, se punkt 44 ovan, EU:C:2013:593, punkterna 111 och 112).

61 I förevarande fall utnyttjade överklagandenämnden emellertid inte sitt utrymme för eget skön vad avser den bevisning som sökanden ingett för första gången vid nämnden, och inte heller lämnade nämnden någon motivering i detta hänseende. Tribunalen föranleds inte att göra någon annan bedömning med anledning av att utrycket ”bland annat” förekommer i punkt 13 i det angripna beslutet. Denna formulering kan inte anses innebära att nämnden på ett objektivt sätt utnyttjade sitt utrymme för eget skön, och motiverade varför den gjort det, för att inte beakta nämnda bevisning.

62 Rättspraxis har – förutom denna motiveringsskyldighet – även uppställt kriterier för harmoniseringsbyråns utrymme för eget skön vad avser frågan om bevisning som ingetts för sent ska beaktas. Det kan framförallt vara befogat att harmoniseringsbyrån beaktar sådana omständigheter och sådan bevisning när byrån anser dels att det som har åberopats och ingetts för sent vid ett första påseende förefaller kunna få en faktisk inverkan på utgången i invändningsförfarandet, dels att det inte föreligger några hinder för ett sådant beaktande med hänsyn till på vilket stadium i förfarandet som dessa omständigheter och denna bevisning har åberopats respektive ingetts och under vilka omständigheter det har skett (dom harmoniseringsbyrån/Kaul, se punkt 44 ovan, EU:C:2007:162, punkt 44, dom New Yorker SHK Jeans/harmoniseringsbyrån, se punkt 44 ovan, EU:C:2013:484, punkt 33, och dom Centrotherm Systemtechnik/harmoniseringsbyrån och centrotherm Clean Solutions, EU:C:2013:593, se punkt 44 ovan, punkt 113).

63 I förevarande fall anser tribunalen att åtminstone några av de handlingar som ingetts för sent uppfyller de två villkoren för att kunna beaktas av harmoniseringsbyrån: det rör sig om K:s skriftliga utlåtande och avbildningarna av flaskan, där flaskan fotograferats framifrån, från båda sidor och bakifrån, vilka bifogats detta utlåtande (se punkterna 50 och 51 ovan), samt tidningsartiklar från fransk press och utdrag från franska internetforum.

64 K:s skriftliga utlåtande och avbildningarna av flaskan - där flaskan fotograferats framifrån, från båda sidor och bakifrån - som bifogats detta utlåtande skulle nämligen vid ett första påseende kunna få en faktisk inverkan på utgången i invändningsförfarandet. Om denna bevisning hade beaktats, skulle det

kunna påverka överklagandenämndens bedömning i punkterna 17 och 18 i det angripna beslutet (se punkterna 16 och 17 ovan). Överklagandenämnden angav i nämnda punkter att ”det diagonala strecket inte förekommer på flaskans utsida eller på själva etiketten”och att ”etiketten gjorde det omöjligt att se vad som finns bakom etiketten eller i flaskorna” och att sökanden ”således inte styrkt i vilken form [sökandens] äldre franska tredimensionella varumärke hade använts”.

65 Den omständigheten att ett varumärke, såsom här är fallet, är tredimensionellt innebär att det inte går att göra en statisk bedömning i två dimensioner. Istället krävs en dynamisk bedömning i tre dimensioner. Den berörde konsumenten kan således i princip uppfatta ett tredimensionellt varumärke från flera sidor. Vid bedömningen av bevis för att ett sådant varumärke verkligen använts är det således lämpligt att beakta bevisningen som en återgivning av hur den berörde konsumenten uppfattar varumärket i tre dimensioner, inte som en återgivning av hur synligt det är i två dimensioner. Detta innebär att avbildningar av ett tredimensionellt varumärke från båda sidor och bakifrån i princip kan få en faktisk inverkan på bedömningen av om nämnda varumärke verkligen använts, och dessa avbildningar kan inte avvisas av det enda skälet att det inte rör sig om avbildningar framifrån.

66 Även tidningsartiklarna från fransk press och utdragen från franska internetforum, där det anges att Żubrówka-vodkan med det ”berömda bisongrässtrået””är lätt att känna igen tack vare det smakgivande grässtrået i flaskan” (se punkt 50 ovan), skulle vid ett första påseende kunna få en faktisk inverkan på utgången i invändningsförfarandet. Om denna bevisning beaktades, skulle det nämligen göra det lättare att bevisa att det äldre franska varumärket verkligen använts i Frankrike under den relevanta tidsperioden.

67 Vidare föreligger det inte något hinder mot att denna bevisning beaktas av harmoniseringsbyrån med hänsyn till på vilket stadium i förfarandet som denna bevisning har ingetts och under vilka omständigheter det har skett. Sökanden har nämligen ingett bevisningen när denne ingav sin inlaga med grunderna för överklagandet till överklagandenämnden, vilket gjorde det möjligt för nämnden att på ett objektivt och motiverat sätt utnyttja sitt utrymme för eget skön i frågan huruvida bevisningen skulle tillåtas.

68 Överklagandenämnden var således, i enlighet med den rättspraxis som beskrivits i punkt 62 ovan, skyldig att på ett objektivt och motiverat sätt utnyttja sitt utrymme för eget skön i frågan huruvida den bör beakta bevisning som ingetts för sent, men som uppfyller de två villkor som uppställts i nämnda rättspraxis, det vill säga åtminstone K:s skriftliga utlåtande jämte avbildningarna, där flaskan fotograferats framifrån, från båda sidor och bakifrån, vilka bifogats detta utlåtande, samt tidningsartiklarna från fransk press och utdragen från franska internetforum.

69 Tribunalen finner därför att överklagandenämnden – genom att underlåta att på ett objektivt och motiverat sätt utnyttja sitt utrymme för eget skön i frågan huruvida den bör beakta bevisningen till styrkande av att det äldre franska tredimensionella varumärket verkligen använts, vilken ingetts för första gången vid nämnden – har åsidosatt artikel 76.2 i förordning nr 207/2009, samt artikel 75 i samma förordning, vad rör den konstaterade bristen på motivering i detta avseende.

70 Denna slutsats vederläggs inte av harmoniseringsbyråns och intervenientens argument.

71 I den mån harmoniseringsbyrån vid tribunalen försökt motivera det angripna beslutet genom att hänvisa till omständigheter som inte beaktats i själva beslutet, konstaterar tribunalen att en sådan kompletterande motivering inte med verkan kan åberopas vid tribunalen för att avhjälpa eventuella brister i motiveringen till det angripna beslutet (se, för ett liknande resonemang och analogt, dom av den 11 december 2012, Sina Bank/rådet, T-15/11, REU, EU:T:2012:661, punkt 62 och där angiven rättspraxis).

72 Motiveringen av en rättsakt måste nämligen ges till den berörde personen i samma rättsakt innan denne väcker talan mot nämnda rättsakt, och en bristfällig motivering kan inte rättas till genom att den berörde underrättas om skälen för rättsakten under förfarandet vid unionsdomstolen (se, för ett liknande resonemang och analogt, dom Sina Bank/rådet, se punkt 71 ovan, EU:T:2012:661, punkt 56 och där angiven rättspraxis). Om en unionsinstitution eller ett unionsorgan skulle kunna åberopa sådana ytterligare skäl, för att komplettera skälen i det angripna beslutet, så skulle detta kränka den berördes rätt till försvar och rätt till ett effektivt domstolsskydd samt principen om likabehandling av parterna vid unionsdomstolen (se, för ett liknande resonemang och analogt, dom av den 6 september 2013, Bateni/rådet, T-42/12 och T-181/12, EU:T:2013:409, punkt 54 och där angiven rättspraxis).

73 Tribunalen anser trots detta konstaterande att det är lämpligt att pröva och vederlägga harmoniseringsbyråns och intervenientens argument.

74 Harmoniseringsbyrån har för det första påstått att artikel 42.2 och 42.3 i förordning nr 207/2009, såsom denna genomförts genom regel 22.2 i förordning nr 2868/95, innehåller en ”bestämmelse som förbjuder”, i den mening som avses i punkt 44 ovan angiven rättspraxis, att hänsyn tas till bevisning, om denna bevisning getts in för första gången vid överklagandenämnden. Tribunalen finner att harmoniseringsbyrån inte kan vinna framgång med detta argument.

75 Artikel 42 i förordning nr 207/2009 har rubriken ”Prövning av invändning”. I artikel 42.3 och 42.3 anges i huvudsak att på begäran av sökanden ska en innehavare av ett äldre gemenskapsvarumärke eller ett äldre nationellt varumärke vilken gjort en invändning, lägga fram bevis för att det äldre gemenskapsvarumärket under en tid av fem år före dagen för offentliggörandet av ansökan om gemenskapsvarumärke verkligen har använts inom unionen för de varor eller tjänster för vilka det är registrerat och som läggs till stöd för invändningen, eller för att det finns skälig grund för att det inte använts. I avsaknad av sådan bevisning ska invändningen avslås.

76 Tribunalen konstaterar härvid att artikel 42.2 och 42.3 i förordning nr 207/2009 är en materiell rättsregel och således inte innehåller någon tidsfrist inom vilken den invändande parten måste styrka att det äldre varumärket använts (dom New Yorker SHK Jeans/harmoniseringsbyrån, se punkt 44 ovan, EU:C:2013:484, punkt 24, se även, analogt, dom Centrotherm Systemtechnik/harmoniseringsbyrån och centrotherm Clean Solutions, se punkt 44 ovan, EU:C:2013:593, punkt 79). När en invändning avslås ”i avsaknad av sådan bevisning”, så är detta resultatet av en bedömning i sak som grundas på ingiven bevisning, och inte av att en processuell frist inte har respekterats.

77 Artikel 42.2 och 42.3 i förordning nr 207/2009 påverkar således inte harmoniseringsbyråns utrymme för eget skön enligt artikel 76.2 att bestämma om för sent ingiven bevisning ska beaktas eller inte.

78 I regel 22.2 i förordning nr 2868/95 föreskrivs att då den invändande parten måste tillhandahålla bevis om användning eller visa att det finns verkliga skäl till icke-användning, ska harmoniseringsbyrån uppmana denne att tillhandahålla de bevis som krävs inom den tid som harmoniseringsbyrån fastställer. Om den invändande parten inte tillhandahåller dessa bevis före tidsfristens utgång, ska harmoniseringsbyrån avslå invändningen.

79 I regel 40.5 i förordning nr 2868/95 anges vidare att vid en ansökan om upphävande som grundas på artikel 51.1 a i förordning nr 207/2009 ska harmoniseringsbyrån anmoda innehavaren av gemenskapsvarumärket att inkomma med bevis om bruk av varumärket inom den tidsfrist som denna bestämmer. Om bevisningen inte lämnas inom fastställd tid ska gemenskapsvarumärket upphävas. Regel 22.2–22.4 ska tillämpas i tillämpliga delar.

80 Domstolen har slagit fast att regel 40.5 i förordning nr 2868/95 inte kunde vara till hinder för överklagandenämndens möjlighet att använda sitt utrymme för skönsmässig bedömning enligt artikel 76.2 i förordning nr 207/2009 för att avgöra huruvida den kan beakta ingiven kompletterande bevisning (se, för ett liknande resonemang, dom Centrotherm Systemtechnik/harmoniseringsbyrån och centrotherm Clean Solutions, se punkt 44 ovan, EU:C:2013:593, punkt 90).

81 Samma sak gäller – och detta av samma anledning – för regel 22.2 i förordning nr 2868/95, som i invändningsförfaranden motsvarar regel 40 i samma förordning, som reglerar ansökan om upphävande.

82 Det följer visserligen av lydelsen av regel 22.2 i förordning nr 2868/95 att harmoniseringsbyrån i princip på eget initiativ ska konstatera att varumärket inte har varit föremål för verkligt bruk, om ingen bevisning därom getts in före utgången av den av harmoniseringsbyrån fastställda fristen. Samma slutsats gör sig däremot inte gällande när bevis därom har getts in inom nämnda frist (dom New Yorker SHK Jeans/harmoniseringsbyrån, se punkt 44 ovan, EU:C:2013:484, punkt 28, se även, analogt, dom Centrotherm Systemtechnik/harmoniseringsbyrån och centrotherm Clean Solutions, se punkt 44 ovan, EU:C:2013:593, punkt 86).

83 I ett sådant fall ska förfarandet nämligen fortsätta, såvida inte bevisningen helt synes sakna relevans för styrkandet av att varumärket verkligen har använts. Harmoniseringsbyrån ska då således bland annat, såsom föreskrivs i artikel 42.1 i förordning nr 207/2009, anmoda parterna så ofta som det är nödvändigt att avge yttrande över meddelanden från harmoniseringsbyrån eller över skrivelser från övriga parter (dom New Yorker SHK Jeans/harmoniseringsbyrån, se punkt 44 ovan, EU:C:2013:484, punkt 29, se även, analogt, dom Centrotherm Systemtechnik/harmoniseringsbyrån och centrotherm Clean Solutions, se punkt 44 ovan, EU:C:2013:593, punkt 87).

84 Om det senare konstateras att det äldre varumärket inte varit föremål för verkligt bruk, beror detta inte på en tillämpning av regel 22.2 i förordning nr 2868/95, som främst är en processregel, utan endast på en tillämpning av de materiella bestämmelserna i artikel 42 i förordning nr 207/2009 (dom New Yorker SHK Jeans/harmoniseringsbyrån, se punkt 44 ovan, EU:C:2013:484, punkt 29, se även, analogt, dom Centrotherm Systemtechnik/harmoniseringsbyrån och centrotherm Clean Solutions, se punkt 44 ovan, EU:C:2013:593, punkt 87).

85 Av det ovanstående följer bland annat att det är möjligt att inkomma med bevisning till styrkande av att varumärket använts som komplement till bevisning som ingetts inom den tidsfrist som harmoniseringsbyrån har bestämt, enligt regel 22.2 i förordning nr 2868/95, även efter det att denna tidsfrist har gått ut. Det är på intet sätt förbjudet för harmoniseringsbyrån att beakta kompletterande bevisning som ingetts för sent, genom att utnyttja sitt utrymme för eget skön enligt artikel 76.2 i förordning nr 207/2009 (dom New Yorker SHK Jeans/harmoniseringsbyrån, se punkt 44 ovan, EU:C:2013:484, punkt 30, se även, analogt, dom Centrotherm Systemtechnik/harmoniseringsbyrån och centrotherm Clean Solutions, se punkt 44 ovan, EU:C:2013:593, punkt 88).

86 Regel 22.2 i förordning nr 2868/95 utgör således inte hinder för överklagandenämndens möjlighet att använda sitt utrymme för skönsmässig bedömning enligt artikel 76.2 i förordning nr 207/2009 för att avgöra huruvida den eventuellt bör beakta kompletterande bevisning som getts in för första gången vid överklagandenämnden.

87 Såsom påpekats i punkt 48 ovan är det i förevarande fall utrett att sökanden inom den av harmoniseringsbyrån föreskrivna tidsfristen ingett ett antal bevis till styrkande av att det äldre franska varumärket använts. Tribunalen konstaterar vidare att denna inledningsvis ingivna bevisning inte helt saknar relevans i detta avseende, och detta särskilt inte som överklagandenämnden, i punkterna 13-18 i det angripna beslutet, beaktade bevisen, även om nämnden ansåg att de inte hade tillräckligt bevisvärde. Detta innebär att det var möjligt att inkomma med ytterligare bevisning som komplement till den relevanta bevisning som ingetts inom den tidsfrist harmoniseringsbyrån fastställt med stöd av

regel 22.2 i förordning nr 2868/95, även efter det att denna tidsfrist gått ut. Det fanns inte något som förbjöd harmoniseringsbyrån att beakta denna bevisning med stöd av sitt utrymme för eget skön enligt artikel 76.2 i förordning nr 207/2009.

88 Harmoniseringsbyrån och intervenienten har för det andra påstått att rättspraxis ger stöd för deras slutsats att de nya bevisen inte kan anses komplettera den bevisning som ingetts inom den föreskrivna fristen, eller till och med saknar materiellt samband med nämnda bevisning. De nya bevisen innehåller nämligen avbildningar av en annan flaska, med en konvex flaskhals istället för en rak flaskhals, samt ett avlångt föremål – som kan vara ett grässtrå – som i samtliga fall förekommer inuti en flaska, varför nämnda bevisning är den första och enda bevisning som åberopats till styrkande av att nämnda föremål använts inuti en flaska. Tribunalen finner att harmoniseringsbyrån och intervenienten inte heller kan vinna framgång med detta argument.

89 Tribunalen vill härvid inledningsvis påpeka att rättspraxis inte innehåller något krav på materiellt samband mellan kompletterande bevisning och tidigare ingiven bevisning. I rättspraxis krävs endast att den bevisning som ingetts efter utgången av den tidsfrist som fastställts av invändningsenheten inte är de första och enda bevisen på användning, utan att det rör sig om ”ytterligare”bevisning som ”kompletterar” relevanta bevis som ingetts inom den fastställda fristen (dom New Yorker SHK Jeans/harmoniseringsbyrån, se punkt 44 ovan, EU:C:2013:484, punkt 30, och dom av den 29 september 2011, New Yorker SHK Jeans/harmoniseringsbyrån – Vallis K.-Vallis A. (FISHBONE), T-415/09, EU:T:2011:550, punkt 33).

90 Tribunalen vill vidare erinra om de kriterier som framgår av rättspraxis (se punkt 62 ovan). Inte heller dessa kriterier medför något krav på materiellt samband mellan kompletterande bevisning och tidigare ingiven bevisning, utan endast ett krav på att den kompletterande bevisningen kan få inverkan på utgången i förfarandet vid harmoniseringsbyrån.

91 Vidare är det så att harmoniseringsbyråns och intervenientens påstående inte vinner stöd i de faktiska omständigheterna. Det ger nämligen en missvisande beskrivning av den bevisning som ingetts inom den tidsfrist som fastställts av invändningsenheten. På de fotografier som återges i punkterna 14 och 15 i det angripna beslutet (se punkt 15 ovan) är det nämligen ett grässtrå – och inte vilket avlångt föremål som helst – som återfinns inuti flaskan och som är synligt för betraktaren. De fotografier som återges i punkt 52 ovan kan således inte anses utgöra de första och enda bevisen på att ett grässtrå placerats inuti en flaska.

92 Harmoniseringsbyrån och intervenienten har för det tredje påstått att sökanden inte har förklarat i vilket avseende den bevisning som ingetts för första gången vid överklagandenämnden kan anses komplettera den bevisning som redan ingetts, eller varför sökanden inte hade ingett den inom föreskriven tidsfrist. Tribunalen finner att harmoniseringsbyrån och intervenienten inte heller kan vinna framgång med detta argument.

93 Tribunalen påpekar inledningsvis att någon sådan förklaring inte krävs enligt i punkt 62 angiven rättspraxis.

94 Det ska dessutom påpekas att sökanden, i sin inlaga med grunderna för överklagandet till överklagandenämnden, faktiskt hänvisade både till invändningsenhetens beslut, där det anges att enheten ansåg att ingiven bevisning var otillräcklig, och till ytterligare bevisning. Sökanden har således, tvärtemot vad intervenienten har påstått, åberopat vart och ett av dessa bevis till stöd för sina argument på sidorna 2 och 3 i nämnda inlaga. En sådan hänvisning är tillräcklig för att visa att sökanden påstår att denna bevisning är av relevans för förfarandet vid överklagandenämnden. Det finns emellertid inget som tyder på att nämnden vederbörligen prövat huruvida sökandens kompletterande bevisning var relevant (se, analogt, dom Centrotherm Systemtechnik/harmoniseringsbyrån och centrotherm Clean Solutions, se punkt 44 ovan, EU:C:2013:593, punkt 116).

95 Dessutom ska det betonas att ett eventuellt beaktande av kompletterande bevis som getts in efter utgången av den frist som avses i regel 22.2 i förordning nr 2868/95 inte nödvändigtvis kräver att det var omöjligt för den berörde att inkomma med bevisningen inom denna frist (se, analogt, dom Centrotherm Systemtechnik/harmoniseringsbyrån och centrotherm Clean Solutions, se punkt 44 ovan, EU:C:2013:593, punkt 117).

96 För det fjärde finns det inte heller något stöd för intervenientens påstående att det av rättspraxis framgår att överklagandenämndens motivering kan vara implicit, vilket den var i punkt 16 i det angripna beslutet (se punkt 15 ovan), eftersom det inte kan krävas att nämnden uttömmande redogör för vilka resonemang parterna har framfört.

97 Tribunalen erinrar härvid om att den rättspraxis som intervenienten har åberopat endast är tillämplig under den uttryckliga förutsättningen att motiveringen ger dem som berörs av överklagandenämndens beslut möjlighet att få kännedom om skälen för beslutet och att behörig domstol ges tillräckligt underlag för att utöva sin kontroll (se, för ett liknande resonemang, dom av den 9 juli 2008, Reber/harmoniseringsbyrån – Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli (Mozart), T-304/06, REG, EU:T:2008:268, punkt 55 och där angiven rättspraxis).

98 Det framgår emellertid av punkterna 47-69 ovan att detta villkor inte är uppfyllt i förevarande fall, åtminstone inte vad rör överklagandenämndens beslut angående beaktande av den bevisning som ingetts för första gången vid nämnden. Nämnda rättspraxis är därför inte tillämplig i förevarande fall.

99 Harmoniseringsbyrån har även hänvisat till rättspraxis av vilken det framgår att den omständigheten att det eventuellt skulle vara så att motiveringen är bristfällig inte i sig kan leda till att det angripna beslutet ska ogiltigförklaras, om detta formfel inte påverkar det angripna beslutet i sak (dom av den 12 september 2013, ”Rauscher” Consumer Products/harmoniseringsbyrån (återgivning av en tampong), T-492/11, EU:T:2013:421, punkt 34). Inte heller denna rättspraxis är tillämplig i förevarande fall, eftersom bristen på motivering i det angripna beslutet, såsom denna brist beskrivs i punkterna 47-69 ovan, och särskilt i punkterna 64 och 66 ovan, gör att detta villkor inte är uppfyllt.

100 Med hänsyn till samtliga ovan anförda överväganden anser tribunalen att talan ska bifallas såvitt avser den tredje grunden. Överklagandenämnden underlät nämligen att på ett objektivt och motiverat sätt utnyttja sitt utrymme för eget skön i frågan huruvida den bör beakta den kompletterande bevisning som ingetts för första gången vid nämnden, efter det att den tidsfrist som invändningsenheten fastställt gått ut.

101 Eftersom överklagandenämnden inte prövade frågan huruvida det fanns anledning att beakta den kompletterande bevisning som ingetts vid nämnden, ankommer det inte på tribunalen att för första gången göra denna prövning inom ramen för sin lagenlighetskontroll av det angripna beslutet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 juli 2011, Edwin/harmoniseringsbyrån, C-263/09 P, REU, EU:C:2011:452, punkterna 72 och 73, dom av den 12 maj 2010, Beifa Group/harmoniseringsbyrån - Schwan-Stabilo Schwanhäußer (skrivdon), T-148/08, REU, EU:T:2010:190, punkt 124, och dom av den 14 december 2011, Völkl/harmoniseringsbyrån – Marker Völkl (VÖLKL), T-504/09, REU, EU:T:2011:739, punkt 63 och där angiven rättspraxis).

102 Det ankommer således på överklagandenämnden att bedöma – med iakttagande av de anvisningar som framgår av rättspraxis och i denna dom och med vederbörlig hänsyn tagen till samtliga relevanta omständigheter samt med angivande av en motivering till beslutet i detta avseende - huruvida de kompletterande bevis som sökanden ingett för första gången vid nämnden ska beaktas när den meddelar beslut angående det överklagande som alltjämt är anhängigt vid den (se, för ett liknande resonemang, dom Centrotherm Systemtechnik/harmoniseringsbyrån och centrotherm Clean Solutions, se punkt 44 ovan, EU:C:2013:593, punkt 119).

103 Eftersom talan ska bifallas såvitt avser den tredje grunden, ska det angripna beslutet ogiltigförklaras. Det saknas därvid anledning att pröva den första och den andra grunden.

Rättegångskostnader

104 Enligt artikel 87.2 i tribunalens rättegångsregler ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats.

105 Eftersom harmoniseringsbyrån och intervenienten har tappat målet, ska harmoniseringsbyrån i enlighet med sökandens yrkande förpliktas att bära sina egna rättegångskostnader och ersätta sökandens rättegångskostnader. Intervenienten ska bära sina egna rättegångskostnader.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (åttonde avdelningen)

följande:

1) Det beslut som meddelades av fjärde överklagandenämnden vid Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (harmoniseringsbyrån) den 26 mars 2012 (ärende R 2506/2010-4) ogiltigförklaras.

2) Harmoniseringsbyrån ska bära sina rättegångskostnader och ersätta de rättegångskostnader som åsamkats CEDC International sp. z o.o.

3) Underberg AG ska bära sina egna rättegångskostnader.

Gratsias Kancheva Wetter

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 11 december 2014.

Underskrifter