Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Anden Afdeling)

2. februar 2016 *

»EF-varemærker — fortabelsessag — EF-figurmærket MOTOBI B PESARO — reel brug af varemærket — artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning (EF) nr. 207/2009 — beviser indgivet mod begæringen om fortabelse efter udløbet af den fastsatte frist — ingen hensyntagen hertil — appelkammerets skønsbeføjelse — andet fastsat — omstændigheder, der er til hinder for en hensyntagen til yderligere eller supplerende beviser — artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 — regel 50, stk. 1, tredje afsnit, i forordning (EF) nr. 2868/95«

I sag T-171/13,

Benelli Q. J. Srl, Pesaro (Italien), ved advokaterne P. Lukácsi og B. Bozóki,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM), først ved F. Mattina, derefter ved P. Bullock, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

den anden part i sagen for appelkammeret ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) og intervenient ved Retten:

Demharter GmbH, Dillingen (Tyskland), ved advokat A. Kohn,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 16. januar 2013 af Andet Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 2590/2011-2) vedrørende en fortabelsessag mellem Demharter GmbH og Benelli Q. J. Srl,

har

RETTEN (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M.E. Martins Ribeiro (refererende dommer), og dommerne S. Gervasoni og L. Madise,

justitssekretær: fuldmægtig I. Dragan,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 21. marts 2013,

* * Processprog: engelsk.

under henvisning til svarskriftet fra Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design), der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 20. juni 2013,

under henvisning til intervenientens svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 17. juni 2013,

under henvisning til afgørelsen om omfordeling af sagen til Anden Afdeling,

og efter retsmødet den 7. juli 2015,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

1 Den 14. juni 2001 indgav sagsøgeren, Benelli Q. J. Srl, tidligere Benelli SpA, en ansøgning om registrering af et EF-varemærke til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«) i medfør af Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), med senere ændringer (erstattet af Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26.2.2009 om EF-varemærker (EUT L 78, s. 1)).

2 Det varemærke, der blev ansøgt registreret, var følgende figurtegn:



3 De varer, som registreringsansøgningen vedrørte, henhører under klasse 9, 12 og 25 i Nicearrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer til følgende beskrivelse:

— klasse 9: »videnskabelige, nautiske, geodætiske, elektriske, fotografiske, kinematografiske og optiske apparater og instrumenter samt apparater og instrumenter til vejning, måling, signalering, kontrol, livredning og undervisning, apparater til optagelse, transmission og gengivelse af lyd og billede, magnetiske databærere, lydplader, møntautomater og -apparater, kasseapparater, regnemaskiner, databehandlingsudstyr og ildslukningsapparater«

— klasse 12: »køretøjer, befordringsmidler til brug på land, i luften eller i vandet, dele og tilbehør til nævnte produkter indeholdt i denne klasse«

— klasse 25: »beklædningsgenstande, fodtøj og hovedbeklædning«.

4 EF-varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EF-Varemærketidende* nr. 5/2002 af 14. januar 2002, og det ansøgte varemærke blev registreret den 1. august 2002.

5 Ved skrivelse af 18. november 2009 anmodede intervenienten, Demharter GmbH, sagsøgeren om at tilbagetage det anfægtede varemærke, da sagsøgeren ikke havde gjort brug af dette i de forudgående fem år, idet intervenienten i modsat fald ville indgive en begæring om fortabelse til Harmoniseringskontoret.

6 Den 22. december 2009 indgav intervenienten i henhold til artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009 en begæring om fortabelse af registreringen af det anfægtede varemærke for alle de varer, der er nævnt i præmis 3 ovenfor, idet intervenienten anførte, at der ikke var blevet gjort reel brug af varemærket inden for en sammenhængende periode på fem år forud for indgivelsen af begæringen af fortabelse, selv om det nævnte varemærke – efter intervenientens oplysninger – var blevet brugt mellem 1950 og 1974 for motorcykler.

7 Den 6. april 2010 indgav sagsøgeren bemærkninger og fremlagde beviser for brugen inden for den fastsatte frist. Den 28. juli og den 29. oktober 2010 samt den 4. marts 2011 indgav sagsøgeren – efter at intervenienten havde indgivet bemærkninger – yderligere beviser.

8 Ved afgørelse af 21. oktober 2011 fandt annullationsafdelingen, at den reelle brug af det anfægtede varemærke ikke var blevet godtgjort, og den erklærede således sagsøgerens ret fortabt fra den 22. december 2009.

9 Den 19. december 2011 indgav sagsøgeren en klage til Harmoniseringskontoret i henhold til artikel 58-64 i forordning nr. 207/2009 til prøvelse af annullationsafdelingens afgørelse. Den 21. februar 2012 indgav sagsøgeren en skriftlig begrundelse for klagen, der var ledsaget af yderligere beviser.

10 Ved afgørelse af 16. januar 2013 (herefter »den anfægtede afgørelse«) gav Andet Appelkammer ved Harmoniseringskontoret afslag på klagen. Hvad angik de beviser, der var blevet forelagt for annullationsafdelingen, anførte appelkammeret for det første – efter dels at have nævnt alle de beviser, som sagsøgeren havde fremlagt inden for rammerne af den administrative procedure, dels at have anført, at sagsøgeren allerede fire gange havde fremlagt beviser for brug – i den nævnte afgørelses punkt 34, at det var enigt i annullationsafdelingens konklusion for så vidt angik det forhold, at de beviser, som sagsøgeren havde fremlagt, var åbenbart utilstrækkelige til at godtgøre, at der var blevet gjort reel brug af det anfægtede varemærke. I denne afgørelses punkt 35-44 anførte appelkammeret sin egen argumentation, hvorefter de fremlagte beviser var utilstrækkelige i denne henseende.

11 Hvad for det andet angik de beviser, der var blevet fremlagt for første gang for appelkammeret, anførte appelkammeret først i den anfægtede afgørelses punkt 46, at artikel 76 i forordning nr. 207/2009 tillagde Harmoniseringskontoret en skønsbeføjelse til at afgøre, om der var anledning til at tage hensyn til for sent fremlagte kendsgerninger og beviser eller ej, og det tilføjede i denne afgørelses punkt 47, at Domstolen havde udtalt, at parternes fremlæggelse af kendsgerninger og beviser som udgangspunkt, og medmindre andet var fastsat, fortsat var mulig efter udløbet af de frister, som en sådan fremlæggelse var underlagt, ved anvendelse af bestemmelserne i den nævnte forordning, og at det på ingen måde var forbudt for Harmoniseringskontoret at tage hensyn til kendsgerninger og beviser, som således var påberåbt eller fremlagt for sent.

12 Appelkammeret anførte i den anfægtede afgørelses punkt 50, at der i det foreliggende tilfælde var fastsat noget andet, som var til hinder for, at der kunne tages hensyn til de beviser, der var blevet fremlagt for sent – nemlig i artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009, som anvendt ved regel 40, stk. 5, i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 om EF-varemærker (EFT L 303,

s. 1), i den ved Kommissionens forordning (EF) nr. 1041/2005 af 29. juni 2005 (EUT L 172, s. 4) ændrede affattelse – således at fremlæggelsen af beviser for brug af EF-varemærket efter udløbet af fristen medførte, at det nævnte varemærke fortabtes.

13 Appelkammeret anførte ikke desto mindre i den anfægtede afgørelses punkt 51, at regel 40, stk. 5, i forordning nr. 2868/95 ikke kunne fortolkes således, at den var til hinder for, at der blev taget hensyn til supplerende beviser, henset til, at der forelå yderligere oplysninger, selv hvis de var blevet fremlagt efter udløbet af denne absolutte frist. Efter i den nævnte afgørelses punkt 52-54 at have anført de betingelser, under hvilke beviser kan anses for at være supplerende og for at kunne antages til realitetsbehandling, anførte appelkammeret i denne afgørelses punkt 55, at betingelsen for at tage hensyn til for sent fremlagte beviser faktisk kun havde været delvist opfyldt.

14 Hvad angik de varer, der henhører under klasse 9 og 25, blev beviserne (bilag 6 og 7 til den skriftlige begrundelse for klagen) anset for at være nye og ikke supplerende. Appelkammeret fandt i den anfægtede afgørelses punkt 56 dels, at beviserne vedrørende de beklædningsgenstande, der var blevet fremlagt for annullationsafdelingen, var åbenbart irrelevante, eftersom de ikke vedrørte det anfægtede varemærke, dels, at der ikke var blevet fremlagt noget bevis for så vidt angår de varer, der henhører under klasse 9. Det fastslog derfor, at beviserne ikke kunne antages til realitetsbehandling.

15 I den anfægtede afgørelses punkt 57 anførte appelkammeret, at de beviser, der var blevet fremlagt for sent, skulle anses for at være »supplerende« for så vidt angik motorcykler, der henhører under klasse 12, for så vidt som de tilsigtede at »komplettere« de primære beviser. Appelkammeret konstaterede imidlertid, at annullationsafdelingen allerede havde udøvet sin skønsbeføjelse, idet den havde accepteret de supplerende beviser for brug, som sagsøgeren havde fremlagt sammen med sine bemærkninger som svar til intervenienten. Ifølge appelkammeret havde sagsøgeren følgelig allerede haft flere lejligheder til at fremlægge relevante beviser for annullationsafdelingen og havde af denne grund haft megen tid til at samle og forberede dem for at opfylde de retlige krav. Appelkammeret anførte derfor, at omstændighederne ikke talte til fordel for at acceptere supplerende dokumenter.

16 For så vidt angår de dokumenter, som sagsøgeren havde fremlagt for appelkammeret, med undtagelse af bilag 6 og 7, som ikke kunne antages til realitetsbehandling (jf. præmis 14 ovenfor), tilføjede appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 58, at uanset om der blevet taget hensyn til disse dokumenter eller ej, godtgjorde de under alle omstændigheder ikke en reel brug af det anfægtede varemærke i perioden fra den 22. december 2004 til den 21. december 2009 (herefter »den relevante periode«) af de grunde, som appelkammeret havde anført i den nævnte afgørelses punkt 59-69.

Parternes påstande

17 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse omgøres, og der gives afslag på den begæring om fortabelse, som intervenienten har indgivet.

— Subsidiært annulleres den anfægtede afgørelse og sagen hjemvises til Harmoniseringskontoret med henblik på fornyet behandling og afgørelse.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

18 Harmoniseringskontoret og intervenienten har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

Formaliteten med hensyn til sagsøgerens generelle henvisning til de argumenter, der blev indgivet skriftligt under sagen for Harmoniseringskontoret

19 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at sagsøgerens generelle henvisning til alle de argumenter, der blev indgivet skriftligt under den administrative procedure, ikke kan antages til realitetsbehandling.

20 I henhold til artikel 21 i statutten for Den Europæiske Unions Domstol og artikel 44, stk. 1, litra c), i Rettens procesreglement af 2. maj 1991 skal stævningen angive en kort fremstilling af søgsmålsgrundene. Selv om stævningens indhold ifølge fast retspraksis på særlige punkter kan støttes og udbygges ved henvisninger til afsnit i dokumenter, der vedlægges som bilag til stævningen, kan der ikke ved en generel henvisning til andre dokumenter rådes bod på en undladelse af at anføre afgørende dele af den retlige argumentation, som i medfør af de nævnte bestemmelser skal være indeholdt i stævningen (jf. dom af 8.7.2010, Engelhorn mod KHIM – The Outdoor Group (peerstorm), T-30/09, Sml., EU:T:2010:298, præmis 18 og den deri nævnte retspraksis).

21 Under retsmødet har sagsøgeren som svar på et spørgsmål fra Retten præciseret, at den henvisning, som sagsøgeren har foretaget visse steder i stævningen, ikke skal fortolkes som en generel henvisning, men at sagsøgerens argumentation alene er begrænset til punkter, der specifikt er fremstillet udførligt i stævningen. I lyset af disse præciseringer skal fastslås, at Harmoniseringskontorets formalitetsindsigelse skal forkastes.

Formaliteten med hensyn til de klagepunkter, der er rettet mod annullationsafdelingens afgørelse

22 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at sagsøgerens indvendinger mod de konstateringer, som annullationsafdelingen har foretaget, skal afvises fra realitetsbehandling.

23 I denne henseende skal det bemærkes, at det i henhold til artikel 65, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 kun er appelkamrenes afgørelser, der kan indbringes for Unionens retsinstanser, således at det alene er de anbringender, der er rettet mod selve appelkammerets afgørelse, der kan antages til realitetsbehandling i forbindelse med et sådant søgsmål (dom af 7.6.2005, Lidl Stiftung mod KHIM – REWE-Zentral (Salvita), T-303/03, Sml., EU:T:2005:200, præmis 59).

24 Under retsmødet har sagsøgeren som svar på et spørgsmål fra Retten præciseret, at stævningen skal fortolkes således, at de klagepunkter, der er anført deri, alene er rettet mod den anfægtede afgørelse. Det følger heraf, at Harmoniseringskontorets formalitetsindsigelse for så vidt skal forkastes.

Formaliteten med hensyn til de yderligere beviser, som sagsøgeren har fremlagt for Retten

25 Sagsøgeren har vedlagt stævningen for Retten et yderligere bevis, der består i en skriftlig erklæring, der er afgivet på tro og love, af borgmesteren i Pesaro kommune (Italien), hvilken erklæring ifølge Harmoniseringskontoret ikke kan antages til realitetsbehandling.

26 Det bemærkes i denne henseende, at sigtet med den sag, der er indbragt for Retten, er at få efterprøvet lovligheden af afgørelser fra Harmoniseringskontorets appelkamre i henhold til artikel 65 i forordning nr. 207/2009. Det er således ikke Rettens opgave at foretage en ny undersøgelse af de faktiske omstændigheder i lyset af beviser, der først fremlægges for Retten (dom af 19.11.2008, Rautaruukki mod KHIM (RAUTARUUKKI), T-269/06, EU:T:2008:512, præmis 20, og af 25.6.2010, MIP Metro mod KHIM – CBT Comunicación Multimedia (Metromeet), T-407/08, Sml., EU:T:2010:256, præmis 16). Det følger heraf, at kendsgerninger, som ikke blev påberåbt af parterne ved

Harmoniseringskontorets instanser, ikke kan påberåbes i forbindelse med et søgsmål, der indbringes for Retten (jf. dom af 13.3.2007, KHIM mod Kaul, C-29/05 P, Sml., EU:C:2007:162, præmis 54 og den deri nævnte retspraksis).

27 Det skal i øvrigt konstateres, at sagsøgeren som svar på et spørgsmål fra Retten ikke har benægtet, at borgmesteren i Pesaro, der var borgmester fra 2004, efter anmodning fra sagsøgeren under den administrative procedure kunne have udarbejdet en attest, der, selv om den ville have været anderledes med hensyn til de datoer, der er nævnt deri, som ligger efter datoen for den administrative procedure, ikke desto mindre ville have svaret til den, der er blevet udarbejdet inden for rammerne af nærværende sag.

28 Under disse omstændigheder skal det bilag, der er nævnt i præmis 25 ovenfor, som ikke er blevet fremlagt af sagsøgeren inden for rammerne af den administrative procedure, afvises fra realitetsbehandling, således som Harmoniseringskontoret har gjort gældende.

Om realiteten

29 Sagsøgeren har i det væsentlige fremført to anbringender mod den anfægtede afgørelse: Det første anbringende vedrører en tilsidesættelse af artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009, og det andet vedrører en tilsidesættelse af regel 50, stk. 1, tredje afsnit, i forordning nr. 2868/95.

30 Først skal anbringendet vedrørende en tilsidesættelse af regel 50, stk. 1 tredje afsnit, i forordning nr. 2868/95 undersøges.

Det andet anbringende om en tilsidesættelse af regel 50, stk. 1, tredje afsnit, i forordning nr. 2868/95

31 Sagsøgeren har foreholdt appelkammeret, at det ikke har taget hensyn til de fremlagte beviser med den begrundelse, at det i den anfægtede afgørelses præmis 57 anførte, at omstændighederne ikke talte til fordel for at acceptere supplerende dokumenter.

32 I denne henseende skal det bemærkes, at appelkammeret i den foreliggende sag fandt, at betingelsen for at tillade for sent indgivne beviser faktisk kun var delvist opfyldt, eftersom beviserne vedrørende beklædningsgenstande, der henhører under klasse 25, som blev fremlagt for annullationsafdelingen, ikke vedrørte det anfægtede varemærke, og der ikke var blevet fremlagt noget bevis for annullationsafdelingen for så vidt angik de varer, der henhører under klasse 9, således at alene de beviser, der blev fremlagt for sent for så vidt angår motorcykler, der henhører under klasse 12, skulle anses for at være »supplerende« som omhandlet i regel 50 i forordning nr. 2868/95.

33 Hvad for det første angår de beviser, som vedrørte motorcykler, der henhører under klasse 12, anførte appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 59-68, udtrykkeligt de pågældende dokumenter, tog dem i betragtning og analyserede dem og angav grundene til, at de nævnte beviser ikke tilførte nogen kompletterende relevant information vedrørende omfanget af brugen af det anfægtede varemærke i den relevante periode.

34 Det følger heraf, at eftersom appelkammeret har undersøgt relevansen af de dokumenter, som vedrører motorcykler, der henhører under klasse 12, er sagsøgerens klagepunkt i denne henseende uden virkning.

35 Hvad for det andet angår de beviser, som vedrører de varer, der henhører under klasse 9 og 25, fandt appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 56, at beviserne (bilag 6 og 7 til den skriftlige begrundelse for klagen) var nye og ikke supplerende, hvorfor det fastslog, at de ikke kunne antages til realitetsbehandling.

36 Sagsøgeren har bestridt, at disse beviser ikke kan antages til realitetsbehandling, og har gjort gældende, at appelkammeret med urette afslog at bruge den skønsmargen, som det kunne råde over.

37 I modsætning til hvad Harmoniseringskontoret synes lægge til grund, fremgår det netop af den anfægtede afgørelse, at appelkammeret ikke har undersøgt disse beviser, og at appelkammerets udtalelse – hvorefter omstændighederne ikke talte til fordel for at acceptere supplerende dokumenter – alene vedrørte bilagene, som appelkammeret i øvrigt havde undersøgt, der vedrører motorcykler, og ikke bilag 6 og 7 til den skriftlige begrundelse for klagen, som ikke fremgår blandt de dokumenter, der er opregnet i den anfægtede afgørelses punkt 59-67, som er blevet indgivet til appelkammerets bedømmelse. I den nævnte afgørelses punkt 63 angav og undersøgte appelkammeret nemlig bilag 5 til den nævnte begrundelse, og i det følgende punkt bilag 8 til denne begrundelse, uden at anføre noget om bilag 6 og 7 i samme begrundelse.

38 I øvrigt kan Harmoniseringskontorets argumentation, hvorefter sagsøgeren ikke stillede spørgsmålstegn ved appelkammerets bedømmelse med hensyn til bevisværdien af de nye beviser, der blev fremlagt for første gang for det, eller ved grundene til, at det fandt, at disse beviser var utilstrækkelige til at godtgøre den reelle brug af det anfægtede varemærke, ikke tiltrædes.

39 Sagsøgeren har nemlig bl.a. gjort gældende, at de fakturaer, der fremgår af bilag 6 og 7 til den skriftlige begrundelse for klagen, sammen med de andre oplysninger, der var blevet indgivet til annullationsafdelingens bedømmelse, gjorde det muligt at bevise den reelle brug af det anfægtede varemærke.

40 Det skal afgøres om appelkammeret ved at fastslå, at de beviser, der blev indgivet til det for så vidt angår de varer, der henhører under klasse 9 og 25, ikke kunne antages til realitetsbehandling med den begrundelse, at de var nye og ikke supplerende, har begået en fejl, der medfører, at den anfægtede afgørelse er ulovlig.

41 I denne henseende skal det bemærkes, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 47 bemærkede, at Domstolen for så vidt angår artikel 76 i forordning nr. 207/2009 har udtalt, at parternes fremlæggelse af kendsgerninger og beviser som udgangspunkt, og medmindre andet er fastsat, fortsat er mulig efter udløbet af de frister, som en sådan fremlæggelse er underlagt ved anvendelse af bestemmelserne i samme forordning, og i den nævnte afgørelses punkt 49 bemærkede, at det på ingen måde er forbudt for Harmoniseringskontoret at tage hensyn til kendsgerninger og beviser, som således er påberåbt eller fremført for sent, således at dette har en skønsbeføjelse til at afgøre, om der bør tages hensyn til disse eller ej.

42 Appelkammeret anførte i den anfægtede afgørelses punkt 50, at artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009, som anvendt ved regel 40, stk. 5, i forordning nr. 2868/95 netop fastsatte noget andet, og at det fulgte af disse bestemmelser, at fremlæggelsen af beviser for brug af EF-varemærket efter udløbet af fristen medførte, at varemærket fortabtes.

43 Appelkammeret tilføjede ikke desto mindre i den anfægtede afgørelses punkt 51, at regel 40, stk. 5, i forordning nr. 2868/95 ikke kunne fortolkes således, at den var til hinder for, at der blev taget hensyn til supplerende beviser, henset til, at der forelå nye oplysninger, selv hvis disse var blevet fremlagt efter udløbet af denne absolutte frist, og i samme afgørelses præmis 52, at den nævnte forordnings regel 50, stk. 1, tredje afsnit, betingede antagelsen til realitetsbehandling af nye beviser af, at beviserne var supplerende.

44 Appelkammeret præciserede i den anfægtede afgørelses punkt 53, at det fulgte klart af ordet »supplerende«, at de supplerende beviser skal være kompletterende oplysninger og ikke primære beviser, således at parten ikke, hvis der ikke er blevet fremlagt noget bevis for brug inden for den

fastsatte frist, eller hvis de fremlagte beviser er åbenbart utilstrækkelige eller irrelevante, kan råde bod på dette ved en mulighed for at fremlægge beviser for brug for første gang eller den primære del af beviserne for brug efter fristens udløb.

45 Appelkammeret tilføjede i den anfægtede afgørelses punkt 54, at regel 22, stk. 2, i forordning nr. 2868/95 skal forstås således, at intet er til hinder for, at der tages hensyn til supplerende beviser, som blot tilføjes andre beviser, der er blevet fremlagt inden for fristen, når de oprindelige beviser ikke er irrelevante, men er blevet fundet utilstrækkelige. Denne slutning, der ifølge appelkammeret på ingen måde gør den nævnte forordnings regel 22, stk. 2, overflødig, gælder så meget desto mere, som indehaveren af EF-varemærket ikke har misbrugt de fastsatte frister ved bevidst at anvende forhalende taktikker eller ved at udvise åbenbar forsømmelighed, og som de supplerende beviser, som indehaveren har fremlagt, begrænser sig til at underbygge de indicier, der allerede følger af de skriftlige erklæringer, som er blevet indgivet inden for den fastsatte frist.

46 Appelkammeret udledte deraf i den anfægtede afgørelses punkt 56, at bilag 6 og 7 til den skriftlige begrundelse for klagen, som sagsøgeren havde indgivet til appelkammerets bedømmelse, ikke kunne antages til realitetsbehandling med følgende begrundelse:

»Hvad angår de varer, der er indeholdt i klasse 9 og 25, er beviserne (bilag 6 og 7 til begrundelsen for klagen) nye, men ikke supplerende. Beviserne vedrørende beklædningsgenstande, der er blevet fremlagt for annullationsafdelingen, var åbenbart irrelevante, eftersom de ikke vedrørte det omhandlede varemærke. Der er ikke blevet fremlagt noget bevis for så vidt angår varerne i klasse 9. Beviserne kan således ikke antages til realitetsbehandling.«

47 Det skal bemærkes, at det ganske vist er rigtigt, at artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 fastsætter, at Harmoniseringskontoret kan se bort fra kendsgerninger og beviser, som ikke er påberåbt eller fremført rettidigt af de pågældende parter.

48 Som Domstolen har udtalt, følger det af denne bestemmelses ordlyd, at parternes fremlæggelse af kendsgerninger og beviser som udgangspunkt, og medmindre andet er fastsat, fortsat er mulig efter udløbet af de frister, som en sådan fremlæggelse er underlagt ved anvendelse af bestemmelserne i den nævnte forordning, og at det på ingen måde er forbudt for Harmoniseringskontoret at tage hensyn til kendsgerninger og beviser, som således er påberåbt eller fremført for sent (dom KHIM mod Kaul, nævnt i præmis 26 ovenfor, EU:C:2007:162, præmis 42, dom af 18.7.2013, New Yorker SHK Jeans mod KHIM, C-621/11 P, Sml., EU:C:2013:484, præmis 22, og af 3.10.2013, Rintisch mod KHIM, C-122/12 P, Sml., EU:C:2013:628, præmis 23).

49 Ved at præcisere, at Harmoniseringskontoret i sådanne tilfælde »kan« beslutte at se bort fra sådanne beviser, giver denne bestemmelse således Harmoniseringskontoret en vid skønsbeføjelse med hensyn til at afgøre – med en begrundelse herfor – om der skal tages hensyn til disse (dom Rintisch mod KHIM, nævnt i præmis 48 ovenfor, EU:C:2013:628, præmis 24).

50 For så vidt som det andet anbringende, som sagsøgeren har fremført, udelukkende vedrører appelkammerets konstatering, hvorefter den skønsbeføjelse, som det kunne råde over, kun vedrørte de beviser, der supplerede de beviser, der allerede var blevet indgivet, og ikke de beviser, der alene blev indgivet på tidspunktet for klagen, uden at der var blevet indgivet noget relevant materiale til annullationsafdelingen, er det kun nødvendigt at afgøre, om det var med rette, at appelkammeret fandt, at disse sidstnævnte beviser ikke kunne antages til realitetsbehandling.

51 Det skal bemærkes, at Domstolen i præmis 32 og 33 i dom Rintisch mod KHIM, nævnt i præmis 48 ovenfor (EU:C:2013:628), har udtalt følgende:

»32 Det fremgår af ordlyden af […] regel 50, stk. 1, tredje afsnit, [i forordning nr. 2868/95] at appelkammeret, når klagen er rettet imod en afgørelse truffet af indsigelsesafdelingen, begrænser sin behandling af klagen til de kendsgerninger og beviser, der er fremlagt inden for de frister, der er fastsat i eller fastsættes af indsigelsesafdelingen, medmindre der efter appelkammerets opfattelse bør tages hensyn til yderligere eller supplerende kendsgerninger og beviser, jf. artikel [76], stk. 2, i forordning nr. [207/2009].

33 […] [forordning nr. 2868/95] fastsætter således udtrykkeligt, at appelkammeret under behandlingen af en klage, der er rettet mod en afgørelse fra en indsigelsesafdeling, har en skønsbeføjelse, som følger af […] regel 50, stk. 1, tredje afsnit, [i forordning nr. 2868/95] og af artikel [76], stk. 2, i forordning nr. [207/2009] med hensyn til at afgøre, om der er anledning til at tage hensyn til yderligere eller supplerende kendsgerninger, der ikke er blevet fremlagt inden for de frister, der er fastsat i eller fastsættes af indsigelsesafdelingen.«

52 Som generaladvokat Sharpston anførte i fodnote 23 i forslag til afgørelse Rintisch mod KHIM, nævnt i præmis 48 ovenfor (EU:C:2013:628), er »[d]e forskellige sprogversioner af regel 50, stk. 1, tredje afsnit, […] ikke helt overensstemmende«, og »[f].eks. henviser den franske tekst til »faits et preuves nouveaux ou supplémentaires«, og den nederlandske tekst anfører »aanvullende feiten en bewijsstukken««.

53 Det skal tilføjes, at udtrykket »faits et preuves nouveaux« forstået således, at der inden for rammerne af proceduren for den lavere instans ikke er blevet indgivet nogen kendsgerning eller noget bevis, hverken fremgår af den engelske version (additional or supplementary facts and evidence), af den tyske version (zusätzliche oder ergänzende Sachverhalte und Beweismittel), af den danske version (yderligere eller supplerende kendsgerninger og beviser), af den estiske version (lisa- või täiendavaid fakte ja tõendeid), af den spanske version (hechos y pruebas adicionales), af den italienske version (fatti e prove ulteriori o complementari), af den portugisiske version (factos adicionais ou suplementares), af den tjekkiske version (měly být vzaty v úvahu další nebo doplňkové skutečnosti a důkazy) eller af den svenske version (att ytterligare eller kompletterande sakförhållanden och bevis bör).

54 Det følger af de forskellige sprogversioner, at de nye oplysninger som omhandlet i den franske version skal komplettere allerede indgivne oplysninger, således at det, som generaladvokat Sharpston har anført i punkt 66 i forslag til afgørelse Rintisch mod KHIM, nævnt i præmis 48 ovenfor (EU:C:2013:628), »er […] åbenbart, at andre beviser skal være fremlagt på et tidligere tidspunkt i sagen, for at beviser kan karakteriseres [som yderligere eller supplerende] på denne måde«.

55 Denne fortolkning, der fremgår af præmis 33 i dom Rintisch mod KHIM, nævnt i præmis 48 ovenfor (EU:C:2013:628), finder ligeledes anvendelse med hensyn til den skønsbeføjelse, som appelkammeret råder over, og som ikke kan udstrækkes til beviser, der indgives til det for første gang, når der ikke er blevet indgivet noget bevis for annullationsafdelingen.

56 I det foreliggende tilfælde skal det bemærkes, at sagsøgeren inden for rammerne af sagen for annullationsafdelingen ved flere lejligheder (nemlig den 8.1.2010, den 28.7.2010 og den 29.10.2010 samt den 4.3.2011) har kunnet indgive de kendsgerninger og beviser, som skulle godtgøre den reelle brug af det anfægtede varemærke for de tre klasser, for hvilke det nævnte varemærke var blevet registreret.

57 Selv om der faktisk er blevet indgivet beviser for så vidt angår motorcykler, der henhører under klasse 12, skal appelkammerets konstatering – hvorefter beviserne vedrørende beklædningsgenstande, som henhører under klasse 25, der var blevet fremlagt for annullationsafdelingen, var åbenbart irrelevante, eftersom de ikke vedrørte det anfægtede varemærke (den anfægtede afgørelses punkt 56) – idet de

fremtrædende figurbestanddele i øvrigt var svære at læse, og der ikke var blevet fremlagt noget bevis for så vidt angår varerne i klasse 9, således at disse beviser ikke kunne antages til realitetsbehandling, tiltrædes.

58 Det skal nemlig fastslås, at sagsøgeren ikke, idet denne ikke inden for rammerne af sagens for annullationsafdelingen indgav nogen kendsgerning eller noget bevis vedrørende de varer, der henhører under klasse 9 og 25, kunne opveje denne passivitet ved for første gang at fremlægge beviser for appelkammeret med henblik på at bevise den reelle karakter af brugen af det anfægtede varemærke for så vidt angår de varer, der henhører under disse to klasser.

59 I denne henseende skal det i øvrigt bemærkes, at sagsøgeren som svar på et spørgsmål, som Retten stillede i retsmødet, på ingen måde var i stand til at nævne de bilag, der blev indgivet til annullationsafdelingen, som skulle godtgøre, at det, som appelkammeret konstaterede i den anfægtede afgørelses punkt 56, hvorefter sagsøgeren ikke havde indgivet beviser for brugen af det anfægtede varemærke for så vidt angår varerne, der henhører under klasse 9 og 25, var fejlagtigt.

60 Sagsøgeren har begrænset sig til at henvise til »Benelli accessoires og beklædningskataloget 2008/2009, der opregner reservedele og beklædning [uden at der deri er en] henvisning til MOTOBI«, idet sagsøgeren har anmodet Retten selv om at efterprøve, om denne konstatering var fejlagtig, men uden at påberåbe sig et præcist dokument, der gør det muligt at bevise den påståede begåede fejl.

61 Det skal konstateres, at selv om det katalog, der er nævnt i præmis 60 ovenfor, faktisk henviser til Benelli, fremgår det anfægtede varemærke derimod ikke selv på nogen måde af de dokumenter, der er indeholdt i dette katalog.

62 Det følger heraf, at appelkammeret ved at konstatere, at sagsøgeren ikke havde fremlagt noget som helst bevis vedrørende brugen af det anfægtede varemærke for så vidt angår de varer, der henhører under klasse 9 og 25, på tidspunktet for proceduren for annullationsafdelingen, ikke har begået en fejl, der påvirker lovligheden af den anfægtede afgørelse.

63 Det følger af alle de ovenstående betragtninger, at det andet anbringende skal forkastes.

Det første anbringende om en tilsidesættelse af artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009

64 Sagsøgeren har i det væsentlige kritiseret appelkammeret for at have fundet, at de beviser, som sagsøgeren havde indgivet til dets bedømmelse, var utilstrækkelige til at bevise den reelle brug af det anfægtede varemærke.

65 Det skal bemærkes, at det fremgår af tiende betragtning til forordning nr. 207/2009, at det var lovgivers opfattelse, at det kun er berettiget at beskytte et EF-varemærke, i det omfang dette rent faktisk bliver brugt. I overensstemmelse med denne betragtning er det fastsat i denne forordnings artikel 51, stk. 1, litra a), at EF-varemærkeindehaverens ret erklæres fortabt bl.a. efter indgivelse af begæring herom til Harmoniseringskontoret, når der inden for en sammenhængende periode på fem år ikke inden for Unionen er gjort reel brug af varemærket for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, og der ikke foreligger rimelig grund til, at brug ikke har fundet sted. Det er i denne bestemmelse tilføjet, at påbegyndelse eller genoptagelse af brugen inden for de sidste tre måneder forud for indgivelsen af begæring om fortabelse, idet denne tremånedersperiode tidligst begynder ved udløbet af den sammenhængende periode på fem år, ikke tages i betragtning, såfremt forberedelserne til påbegyndelse eller genoptagelse af brugen først indledes, når indehaveren har fået kendskab til, at der eventuelt vil blive indgivet begæring om fortabelse.

66 Regel 22, stk. 3, i forordning nr. 2868/95, der finder anvendelse på begæringer om fortabelse i medfør af samme forordnings regel 40, stk. 5, bestemmer, at det af beviset for brug af varemærket skal fremgå, hvor, hvornår samt i hvilket omfang og i hvilken form det anfægtede varemærke er blevet brugt (dom af 10.9.2008, Boston Scientific mod KHIM – Terumo (CAPIO), T-325/06, EU:T:2008:338, præmis 27, og af 24.5.2012, TMS Trademark-Schutzrechtsverwertungsgesellschaft mod KHIM – Comercial Jacinto Parera (MAD), T-152/11, EU:T:2012:263, præmis 17).

67 Formålet med kravet om, at der skal være gjort reel brug af et varemærke, for at det kan være beskyttet i henhold til EU-retten, ligger i det forhold, at Harmoniseringskontorets register ikke kan sammenlignes med en strategisk og statisk deponering, der tilfører en inaktiv indehaver et retligt monopol af ubegrænset varighed. I henhold til tiende betragtning til forordning nr. 207/2009 skal nævnte register derimod på realistisk måde afspejle de angivelser, som virksomhederne faktisk bruger på markedet for at adskille deres varer og tjenesteydelser i erhvervslivet (jf. ligeledes i denne retning kendelse af 27.1.2004, La Mer Technology, C-259/02, Sml., EU:C:2004:50, præmis 18-22).

68 Ved fortolkningen af begrebet »reel brug« skal der tages hensyn til det forhold, at formålet med kravet om, at det anfægtede varemærke skal have været genstand for en reel brug, hverken omhandler vurderingen af den handelsmæssige succes eller kontrollen med en virksomheds økonomiske strategi og heller ikke bestemmer, at beskyttelsen af varemærker kun skal forbeholdes en kvantitativt væsentlig handelsmæssig brug (jf. dom TMS Trademark-Schutzrechtsverwertungsgesellschaft mod KHIM – Comercial Jacinto Parera (MAD), nævnt i præmis 66 ovenfor, EU:T:2012:263, præmis 18 og den deri nævnte retspraksis).

69 Som det følger af præmis 43 i dom af 11. marts 2003, Ansul (C-40/01, Sml. EU:C:2003:145), er der gjort reel brug af et varemærke, når dette er anvendt i overensstemmelse med varemærkets væsentligste funktion, som er at garantere oprindelsen af de varer eller tjenesteydelser, som det er blevet registreret for, med henblik på at skabe eller bevare en afsætningsmulighed for disse varer og tjenesteydelser, bortset fra en rent symbolsk brug, der alene gøres med henblik på at bevare de til varemærket knyttede rettigheder. Betingelsen om reel brug af varemærket er desuden kun opfyldt, når varemærket med den beskyttelse, det har inden for det relevante geografiske område, bruges offentligt og i forhold til omverdenen (jf. dom TMS Trademark-Schutzrechtsverwertungsgesellschaft mod KHIM – Comercial Jacinto Parera (MAD), nævnt i præmis 66 ovenfor, EU:T:2012:263, præmis 19 og den deri nævnte retspraksis; jf. ligeledes analogt dom Ansul, nævnt ovenfor, EU:C:2003:145, præmis 37).

70 Bedømmelsen af, om brugen af varemærket er reel, skal foretages på grundlag af samtlige faktiske omstændigheder, der kan godtgøre, at varemærket virkelig anvendes handelsmæssigt, navnlig de former for brug, der i den pågældende branche anses for begrundet i fastholdelse eller erhvervelse af markedsandele for de varer eller tjenesteydelser, der beskyttes af varemærket, disse varers eller tjenesteydelsers art, de særlige forhold på markedet samt omfanget og hyppigheden af brugen af varemærket (jf. dom TMS Trademark-Schutzrechtsverwertungsgesellschaft mod KHIM – Comercial Jacinto Parera (MAD), nævnt i præmis 66 ovenfor, EU:T:2012:263, præmis 20 og den deri nævnte retspraksis; jf. ligeledes analogt dom Ansul, nævnt i præmis 69 ovenfor, EU:C:2003:145, præmis 43).

71 Med hensyn til omfanget af den brug, der er gjort af det anfægtede varemærke, bør der bl.a. tages hensyn til dels det handelsmæssige omfang af brugen, dels varigheden og hyppigheden af brugen (jf. TMS Trademark-Schutzrechtsverwertungsgesellschaft mod KHIM – Comercial Jacinto Parera (MAD), nævnt i præmis 66 ovenfor, EU:T:2012:263, præmis 21 og den deri nævnte retspraksis).

72 For i et konkret tilfælde at undersøge, om der er tale om reel brug af et EF-varemærke, skal der anlægges en helhedsvurdering under hensyntagen til alle de relevante faktorer i det foreliggende tilfælde. Denne vurdering indebærer en vis indbyrdes afhængighed mellem de faktorer, der kommer i betragtning. Et mindre antal varer, der markedsføres under det omhandlede varemærke, kan således kompenseres ved, at det pågældende varemærke tidligere er anvendt meget intensivt eller meget regelmæssigt og omvendt. Den faktiske omsætning og det kvantitative salg af varer under det

anfægtede varemærke kan desuden ikke bedømmes isoleret, men skal vurderes i forhold til andre relevante faktorer, såsom omfanget af den handelsmæssige virksomhed, den produktionsmæssige eller handelsmæssige kapacitet, spredningsgraden hos den virksomhed, der bruger varemærket, samt de pågældende varers eller tjenesteydelsers egenskaber på det relevante marked. I denne forbindelse har Domstolen præciseret, at det ikke kræves, at brugen af det anfægtede varemærke altid har et betydeligt kvantitativt omfang, for at den kan betegnes som reel. Således kan selv brug af varemærket i meget begrænset omfang være tilstrækkelig til at fastslå reel brug, såfremt den i den pågældende branche kan anses for begrundet i fastholdelse eller erhvervelse af markedsandele for de varer eller tjenesteydelser, der beskyttes af varemærket (jf. dom TMS Trademark-Schutzrechtsverwertungsgesellschaft mod KHIM – Comercial Jacinto Parera (MAD), nævnt i præmis 66 ovenfor, EU:T:2012:263, præmis 22 og den deri nævnte retspraksis).

73 Domstolen har endvidere i præmis 72 i dom af Sunrider mod 11. maj 2006, KHIM, (C-416/04 P, Sml., EU:C:2006:310), tilføjet, at det ikke på forhånd er muligt abstrakt at afgøre, hvilken kvantitativ tærskel der skal anvendes for at afgøre, om brugen er reel, således at der derfor ikke kan fastsættes en bagatelregel, der ikke giver Harmoniseringskontoret, eller i forbindelse med et søgsmål, Retten, mulighed for at vurdere samtlige omstændigheder i den sag, der er blevet indbragt for dem. Domstolen har således fastslået, at brug af varemærket i meget begrænset omfang kan være tilstrækkelig til at fastslå reel brug, såfremt det virkelig anvendes handelsmæssigt (jf. dom TMS Trademark-Schutzrechtsverwertungsgesellschaft mod KHIM – Comercial Jacinto Parera (MAD), nævnt i præmis 66 ovenfor, EU:T:2012:263, præmis 23 og den deri nævnte retspraksis).

74 Jo mere begrænset det handelsmæssige omfang af brugen af varemærket er, jo mere nødvendigt er det imidlertid, at indehaveren af varemærket fremlægger yderligere oplysninger, som gør det muligt at afhjælpe en eventuel tvivl med hensyn til karakteren af den reelle brug, der er gjort af det pågældende varemærke (dom af 18.1.2011, Advance Magazine Publishers mod KHIM – Capela & Irmãos (VOGUE), T-382/08, EU:T:2011:9, præmis 31).

75 Retten har i øvrigt præciseret, at en reel brug af et varemærke ikke kan bevises ved hjælp af sandsynlighedsbetragtninger eller formodninger, men skal hvile på konkrete og objektive omstændigheder, der godtgør en faktisk og tilstrækkelig brug af varemærket på det pågældende marked (jf. TMS Trademark-Schutzrechtsverwertungsgesellschaft mod KHIM – Comercial Jacinto Parera (MAD), nævnt i præmis 66 ovenfor, EU:T:2012:263, præmis 24 og den deri nævnte retspraksis).

76 Det er i lyset af disse betragtninger, at det skal undersøges, om det var med rette, at appelkammeret, idet det fastholdt annullationsafdelingens afgørelse, konkluderede, at der ikke forelå reel brug af det anfægtede varemærke i de fem år, der lå forud for datoen for begæringen om fortabelse af det nævnte varemærke.

77 Da begæringen om fortabelse af det anfægtede varemærke er blevet indgivet den 22. december 2009, strækker den periode på fem år, der er omhandlet i artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009, som blev nævnt i præmis 16 ovenfor, sig fra den 22. december 2004 til den 21. december 2009, således som appelkammeret med rette har anført i den anfægtede afgørelses punkt 32.

78 Det skal bemærkes, at de beviser, som sagsøgeren har indgivet inden for rammerne af den administrative procedure for annullationsafdelingen vedrørende brugen af det anfægtede varemærke, er følgende:

— Deltagelse i EICMA udstillingen (2003):

  — Et uddrag fra webstedet www.cyberscooter.it med en henvisning til MOTOBI motorcykler på EICMA udstillingen 2003.

— Et uddrag fra webstedet www.eicma.it, der indeholder oplysninger om EICMA udstillingen 2010. EICMA udstillingen er en motorcykeludstilling, der finder sted i Milano. Der er ingen henvisning til MOTOBI.

— Uddrag fra websteder om MOTOBI motorcykler (2004):

— Uddrag fra webstedet www.pakautocar.com med to billeder af motorcykler. Ifølge dette websteds titel er der tale om »billeder af Motobi motorcykler til skærmbaggrunde«.

— Uddrag fra webstedet www.motorcyclespecifications.info/Motobi_Velvet 400.html med tekniske oplysninger om en MOTIBI scooter (2004).

— Uddrag fra webstedet www.bikez.com med tekniske oplysninger vedrørende en »Motobi Adiva 150« (2004) scooter og en »Motobi Adiva 125« (2004) scooter.

— Købsordre (15.10.2009):

— En købsordre fra Keeway France SAS, adresseret til Benelli Q. J. Srl vedrørende 26 stk. Pepe 50 scootere af mærket MOTOBI til det franske marked. Købsordren er underskrevet af den »administrerende direktør«. Dokumentet er dateret den 15. oktober 2009. Et brev fra hr. PAN fra Keeway France SAS, hvori det er anført, at købsordren fra Keeway er blevet underskrevet af ham.

— Et brev af 25. november 2009 fra Benelli Q. J. Srl (underskrevet af Benellis retlige repræsentant og administrerende direktør) som svar på købsordren, hvor det er anført, at virksomheden vil være i stand til at levere scooterne inden udgangen af juli måned 2010.

— Fakturaer (2010):

— En faktura fra Benelli Q. J. Srl, adresseret til Keeway France, dateret den 20. juli 2010, for salget af en »Velvet 125 cc black Motobi« til et beløb af 680 EUR, ledsaget af et transportdokument.

— En faktura fra Benelli Q. J. Srl til Motor Show Center Sport Srl, dateret den 30. juni 2010, for salget af tre motorcykler til et beløb af 3 448 EUR, ledsaget af to transportdokumenter, det ene dateret den 2. juli 2010 for to »Velvet 125 nero Motobi« og det andet dateret den 30. juni 2010 for tre »49x on road nero – Motobi«.

— Billeder (ikke daterede):

— Fire billeder af motorcykler med varemærket »MOTOBI«:



— Uddrag af billeder af »Velvet Motobi« fundet på internettet ved hjælp af Google.

— Videresalg af reservedele til »MOTOBI« (ikke daterede):

— Uddrag fra webstedet webcache.googleusercontent.com med oplysninger om MOTOBI-reservedele. Det er anført, at »Motobi blev grundlagt i 1950 af en af seks Benellibrødre, der fabrikerede motorcykler i lidt mere end 20 år, før fabrikkens døre lukkede«.

— Andre uddrag fra websteder (eBay, motorcycles.shop, webcache.googleusercontent.com, justgastanks.com), som involverer tredjemænd, der på daværende tidspunkt solgte MOTOBI reservedele eller ældre MOTOBI motorcykler. Siderne blev printet den 29. oktober 2010.

— Kataloger:

— Kataloger over Benelli motorcykler, som viser billeder af varer benævnt Velvet og Adiva. Ifølge EF-varemærkets indehaver er katalogerne dateret i 2004. Denne dato er dog ikke synlig på katalogerne. Det er ligeledes blevet anført, at katalogerne beviser MOTOBIs co-branding med Velvet og Adiva. Følgende tegn fremgår af den første side:



— Benelli accessoires og beklædningskataloget 2008/2009, der opregner reservedele og beklædning. Der er ingen henvisning til MOTOBI deri.

— Om selskabet:

— Uddrag fra webstedet webcache.googleusercontent.com, der indeholder oplysninger om »Benelli Adiva 150« og om Benellis historie og særligt om »Benelli motorcykelserien 2005«. Uddragene indeholder nogle billeder, men der er ingen oplysninger om varemærket MOTOBI – bortset fra en henvisning til det forhold, at MOTOBI og Benelli producerede ca. 300 motorcykler om dagen i 1962. Ifølge EF-varemærkeindehaveren beviser disse uddrag, at Benelli fremstiller Adiva motorcykler, der ligeledes er co-branded med MOTOBI.

— En online pressemeddelelse, der er dateret den 15. september 2005, hvori det anføres, at Benelli er blevet opkøbt af et kinesisk firma, et uddrag fra webstedet www.twowheelsblog.com, der indeholder en artikel med overskriften »Benelli i krise: Virksomheden nedsætter sin produktion og planlægger at flytte til Kina« (ulæselig dato).

— Uddrag fra webstedet www.benelliclubgb.net, som indeholder oplysninger om Benelli Motobi Club GB, printet den 29. oktober 2010.

— Uddrag fra websteder vedrørende Benelli museet, der indeholder MOTOBI motorcykler, printet den 29. oktober 2010.«

79 Sagsøgeren fremlagde endvidere andre beviser for appelkammeret, som appelkammeret undersøgte i den anfægtede afgørelses punkt 59-67, og som var genstand for nedenstående bemærkninger.

80 Appelkammeret konstaterede, at den faktura, der var vedlagt som bilag 1 til den skriftlige begrundelse for klagen, var dateret den 2. august 2010, dvs. uden for den relevante periode, og at den viste salget af tre scootere – dvs. en lille kvantitet – til en enhedspris af 680 EUR. Det anførte herefter, at de erklæringer, der var vedlagt som bilag 2 til den nævnte begrundelse, var vag og på ingen måde angav, at varerne var blevet solgt, men alene fabrikeret. Bilag 3 til denne begrundelse vedrørte ikke PESARO B MOTOBI-varerne. Samme begrundelses bilag 4 vedrørte retten til at anvende logoerne »Benelli« og »MotoBi« i forbindelse med udstillinger planlagt i 2005, uden at beviset for, at de var blevet brugt, var blevet ført. Bilag 5 til den nævnte begrundelse indeholdt en artikel på engelsk vedrørende varemærket MOTOBI's historie. Den seneste dato, der var nævnt, var 1972. Sidstnævnte bilag viser også fotografier af scootere, der ikke er daterede. Bilag 8 til denne begrundelse viser fotografier af motorcykler, der ikke er daterede. Bilag 9 til samme begrundelse viser fotografier af scootere, der ikke er daterede, og printet i 2011. Bilag 10 til den ovenfor nævnte begrundelse viser tekniske specifikationer for to

MOTOBI-modeller fra 2004. Endelig indeholder bilag 11 til den ovennævnte begrundelse artikler fra pressen og fotografier af motorcykler benævnt »benelli«, uden at varemærket PESARO B MOTOBI er nævnt.

81 Det skal konstateres, at både af de grunde, som annullationsafdelingen anførte, der er gentaget i den anfægtede afgørelses punkt 16, og af de grunde, som appelkammeret har nævnt, der fremgår af den nævnte afgørelses punkt 59-68, er alle de beviser, som sagsøgeren har fremlagt inden for rammerne af den administrative procedure, åbenbart utilstrækkelige til at bevise den reelle brug af det anfægtede varemærke.

82 Som Harmoniseringskontoret med rette har anført, er hovedparten af de dokumenter, som sagsøgeren har fremlagt for at bevise den reelle brug af det anfægtede varemærke, uden bevisværdi, for så vidt som de er udaterede eller er af en senere eller tidligere dato end den relevante periode, eller for så vidt som de ikke henviser til det anfægtede varemærke eller er udaterede fotografier, med hensyn til hvilke der ikke kan sammenholdes andre dokumenter, såsom varekataloger eller referencelister. Ingen af disse dokumenter indeholder oplysninger vedrørende omsætningen eller antallet af salg af varer, der er forsynet med varemærket i løbet af den relevante periode.

83 De eneste oplysninger, som sagsøgeren har fremlagt for appelkammeret, og som indeholder en dato inden for den relevante periode, der er nævnt i præmis 77 ovenfor, er faktisk: en købsordre af 15. oktober 2009 for 26 scootere af mærket MOTOBI ledsaget af et svar dateret den 25. november 2009, og som har givet anledning til en enkelt faktura af 20. juli 2010, som ligger senere end den relevante periode, og som kun vedrører 1 scooter og ikke 26.

84 Det skal i denne henseende bemærkes, at selv om købsordren af 15. oktober 2009 for 26 scootere af mærket MOTOBI indgår i den relevante periode med henblik på beviset for reel brug af varemærket, er der ikke desto mindre anledning til at konstatere, at sagsøgerens svar på den nævnte købsordre har en dato, på hvilken sagsøgeren lige var blevet informeret om den af intervenienten forestående indledning af en fortabelsessag (jf. præmis 5 ovenfor), og at disse oplysninger i overensstemmelse med artikel 51, stk. 1, litra a), sidste punktum, i forordning nr. 207/2009 indgår i den periode på tre måneder, der går forud for indgivelsen af begæringen om fortabelse.

85 Det bemærkes endvidere, at det hvad for det første angår sagsøgerens argument, hvorefter denne har indgivet en række beviser, skal konstateres, at den omstændighed alene, at sagsøgeren inden for rammerne af den administrative procedure, således som denne selv har anført, har indgivet »en række beviser«, ikke har nogen betydning for godtgørelsen af den reelle karakter af brugen af det anfægtede varemærke, idet dette bevis ikke afhænger af omfanget af dokumenter, der er vedlagt som bilag – navnlig når disse dokumenter ikke henviser til det nævnte anfægtede figurmærke eller i næsten alle tilfældene ligger før eller efter den relevante periode – men af kvaliteten og relevansen af dokumenter, der skal gøre det muligt for sagsøgeren at bevise denne reelle brug, idet den reelle brug ikke kan formodes at foreligge på grundlag af ufuldstændige og utilstrækkelige elementer.

86 Sagsøgeren har desuden ved at påberåbe sig dokumenter, der ligger forud for eller efter den relevante periode, og ved at anføre, at »det må formodes, at disse dokumenter også har en virkning på den relevante periode«, åbenbart har begået to fejl ved for det første at gøre gældende, at dokumenter, der ikke vedrører den relevante periode, skal tages i betragtning med henblik på beviset på den reelle brug af det anfægtede varemærke, og for det andet at antage, at et sådant bevis i modsætning til den retspraksis, der er anført i præmis 75 ovenfor, kan føres ved simple sandsynlighedsbetragtninger eller formodninger.

87 Domstolen har ganske vist i præmis 31 i kendelse La Mer Technology, nævnt i præmis 67 ovenfor (EU:C:2004:50), udtalt, at omstændigheder efter indgivelsen af begæringen om fortabelse kan tages i betragtning. Den har imidlertid præciseret, at sådanne omstændigheder kan gøre det muligt at bekræfte eller bedre at vurdere rækkevidden af anvendelsen af varemærket i den relevante periode samt indehaverens virkelige hensigter i den samme periode.

88 Beviset for reel brug af det anfægtede varemærke kan desuden ikke føres ved oplysninger, der ikke vedrører den relevante periode.

89 Det skal i det foreliggende tilfælde konstateres, at de senere dokumenter, som sagsøgeren har indgivet både for annullationsafdelingen og for appelkammeret, ikke gør det muligt bedre at vurdere omfanget af brugen af varemærket i den relevante periode, eftersom de ikke bekræfter nogen oplysninger om den nævnte periode.

90 Hvad for det andet angår sagsøgerens argument, hvorefter appelkammeret ikke har taget hensyn til »betydningen af sagsøgerens deltagelse på den verdenskendte udstilling EICMA«, der ifølge sagsøgeren selv finder sted hvert år i november, og hvor sagsøgeren har påberåbt sig sin tilstedeværelse i 2003 og i 2004, skal det bemærkes, at den reelle periode begynder den 22. december 2004, således at sagsøgerens deltagelse, selv hvis det blev antaget, at sagsøgeren deltog i denne udstilling, lå forud for den periode, for hvilken den reelle brug af det anfægtede varemærket skulle føres.

91 Den af sagsøgeren anførte omstændighed, at det anfægtede varemærke på grund af denne deltagelse i 2003 og 2004 i den nævnte udstilling, var til stede på markedet i de følgende år, er på ingen måde underbygget, og det kan ikke af denne ene deltagelse udledes, at sagsøgeren har bevist at have gjort reel brug af det nævnte varemærke, navnlig ikke da det i overensstemmelse med den retspraksis, der er nævnt ovenfor i præmis 75, skal bemærkes, at et sådant bevis ikke kan føres ud fra simple sandsynlighedsbetragtninger eller formodninger.

92 Hvad for det tredje angår sagsøgerens argument, hvorefter appelkammeret ikke på behørig vis har taget hensyn til det forhold, at varer med undermærket MOTOBI, dvs. Adiva og Velvet, var blevet fabrikeret bl.a. i 2004, skal det præciseres, at beviserne vedrørende disse undermærker under alle omstændigheder er utilstrækkelige til at godtgøre reel brug af det anfægtede varemærke.

93 Det skal navnlig bemærkes, at bilag 1 til den skriftlige begrundelse for klagen, som er en faktura dateret den 2. august 2010 til fordel for Keeway France SAS, som således er blevet udfærdiget på et senere tidspunkt end tidspunktet for begæringen om fortabelse, vedrører salget af to modeller »velvet 125 c. nero – motobi« og af en model »velvet 125 c. grigio – motobi«. Bilag 8 og 9 til den nævnte begrundelse indeholder fotografier af scootere og motorcykler, og bilag 10 til denne begrundelse indeholder tekniske specifikationer for to »motobi«-modeller fra 2004.

94 Som Harmoniseringskontoret har gjort gældende under retsmødet, skal det konstateres, at disse beviser, selv efter de er blevet bedømt ud fra en helhedsvurdering sammen med de beviser, som sagsøgeren har indgivet for annullationsafdelingen, ligeledes er utilstrækkelige til at godtgøre beviset for den reelle brug af det anfægtede varemærke på grund af dels datoen for den faktura, som er blevet udfærdiget efter datoen for indgivelsen af begæringen om fortabelse, dels – selv hvis dette senere bevis kunne tages i betragtning – den symbolske karakter af de foretagne salg.

95 Hvad for det fjerde angår sagsøgerens argument, hvorefter appelkammeret har undladt at tage hensyn til det forhold, at de varer, der henhører under klasse 12, dvs. scootere, ikke er dagligvarer, der sælges i store mængder, er det tilstrækkeligt at anføre, at de dokumenter, som sagsøgeren har fremlagt, og som vedrører den relevante periode, ikke vedrører nogen salg af scootere, idet det eneste salg, der fremgår af dokumenterne i sagens akter, og som er nævnt i den anfægtede afgørelses punkt 38, ligger efter den nævnte periode.

96 Sagsøgeren har således ikke – selv hvis det, således som sagsøgeren har gjort gældende, blev antaget, at scootermarkedet ikke er et marked, der er karakteriseret ved mange salg – godtgjort noget salg i den relevante periode, men en købsordre på 26 scootere konkretiseret ved et enkelt salg, således at det, selv hvis dette enkelte salg var blevet taget i betragtning med henblik på beviset for reel brug af det anfægtede varemærke, ville have skullet konstateres, at dette salg var åbenbart utilstrækkeligt med henblik på et sådant bevis. Den supplerende faktura, der blev udfærdiget den 30. juni 2010 efter ordre fra Motor Show Center Sport Srl i Pesaro for salget af tre scootere til et beløb på 3 448,14 EUR, er også dateret efter denne periode, henviser kun til Motobi og – selv hvis det skulle tages i betragtning – beviser kun, at der er foretaget en symbolsk brug af dette sidstnævnte varemærke.

97 Som Domstolen har udtalt, skal der ved reel brug forstås en brug, der ikke foretages symbolsk alene med det formål at bevare de rettigheder, der er knyttet til varemærket (dom Ansul, nævnt i præmis 69 ovenfor, EU:C:2003:145, præmis 36).

98 Hvad for det femte angår de attester fra sagsøgerens ansatte, der er blevet indgivet til appelkammeret (jf. den anfægtede afgørelses punkt 57), som er dokumenter, der hidrører fra virksomheden selv, har Retten udtalt, at for at vurdere deres bevisværdi må sandsynligheden af deres indhold først efterprøves. Retten har tilføjet, at der således skal tages hensyn til bl.a. dokumentets oprindelse, omstændighederne ved dets udarbejdelse, modtageren af dokumentet og til spørgsmålet, om dokumentet efter sit indhold forekommer fornuftigt og troværdigt (dom Lidl Stiftung mod KHIM – REWE-Zentral (Salvita), nævnt i præmis 23 ovenfor, EU:T:2005:200, præmis 42, og dom af 16.11.2011, Dorma mod KHIM – Puertas Doorsa (doorsa FÁBRICA DE PUERTAS AUTOMÁTICAS), T-500/10, EU:T:2011:679, præmis 49).

99 I det foreliggende tilfælde skal det fastslås, at de forskellige attester, der hidrører fra sagsøgeren selv og alle sammen er skrevet på samme måde, og hvori det anføres, at de køretøjer, der er forsynet med mærket MOTOBI, vist på de fotografier, der er vedlagt som bilag, er blevet udarbejdet, forberedt og fremmet af sagsøgeren i 2004 og 2005, på grund af denne oprindelse derfor ikke i sig selv kan udgøre et tilstrækkeligt bevis for reel brug af det anfægtede varemærke. De oplysninger, som er indeholdt deri, udgør derfor blot indicier, der må understøttes af andet bevismateriale (jf. i denne retning dom af 15.12.2005, BIC mod KHIM (Form af en lighter), T-262/04, Sml., EU:T:2005:463, præmis 79).

100 I mangel af noget andet bevis, der understøtter de oplysninger, der er indeholdt i disse attester, som kunne underbygge produktionen og salget af varerne, der er forsynet med det anfægtede varemærke, kan de nævnte attester, der er blevet undersøgt i lyset af alle de andre oplysninger, som sagsøgeren har indgivet inden for rammerne af den administrative procedure, ikke godtgøre, at det nævnte varemærke har været genstand for en reel brug i den relevante periode.

101 Hvad endelig angår sagsøgerens argument, hvorefter appelkammeret ikke har foretaget en helhedsvurdering, men har adskilt de forskellige oplysninger, der er blevet indgivet til dets bedømmelse, er det rigtigt, at det ikke kan udelukkes, at en række beviselementer kan gøre det muligt, at godtgøre de faktiske omstændigheder, der skal bevises, også selv om hvert af disse elementer taget enkeltvis ikke ville være tilstrækkeligt til at føre bevis for rigtigheden af disse faktiske omstændigheder (dom af 17.4.2008, Ferrero Deutschland mod KHIM, C-108/07 P, EU:C:2008:234, præmis 36).

102 Det skal imidlertid konstateres, at en helhedsvurdering af alle de beviser, som sagsøgeren har indgivet i det foreliggende tilfælde, heller ikke gør det muligt at lægge til grund, at der i den relevante periode er blevet foretaget faktiske salg af scootere, således at det er umuligt at fastslå sagsøgerens markedsandel eller dennes faktiske økonomiske virksomhed i den relevante periode.

103 Det følger af det ovenfor anførte, at det første anbringende skal forkastes, og at Harmoniseringskontoret skal frifindes i det hele.

Sagens omkostninger

104 Det skal bemærkes, at det i henhold til artikel 134, stk. 1, i Rettens procesreglement pålægges den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. Sagsøgeren har tabt sagen og bør derfor pålægges at betale sagsomkostningerne i overensstemmelse med Harmoniseringskontorets og intervenientens påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Anden Afdeling):

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

2) Benelli Q. J. Srl betaler sagens omkostninger.

Martins Ribeiro Gervasoni Madise

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 2. februar 2016.

Underskrifter