Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Fjerde Afdeling)

26. september 2013 *

»Appel — fortabelsessag — EF-ordmærket CENTROTHERM — reel brug — bevismidler — erklæring på tro og love — bevisbyrde — prøvelse ex officio af de faktiske omstændigheder — yderligere beviser fremlagt for appelkammeret — forordning (EF) nr. 207/2009 — artikel 15, 51 og 76 — forordning (EF) nr. 2868/95 — regel 40, stk. 5«

I sag C-610/11 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i statutten for Den Europæiske Unions Domstol, iværksat den 25. november 2011,

Centrotherm Systemtechnik GmbH, Brilon (Tyskland), ved Rechtsanwälte A. Schulz og C. Onken samt ved Patentanwalt F. Schmidt,

appellant,

de øvrige parter i appelsagen:

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved G. Schneider, som befuldmægtiget,

sagsøgt i første instans,

centrotherm Clean Solutions GmbH & Co. KG, Blaubeuren (Tyskland), ved Rechtsanwälte O. Löffel og P. Lange,

intervenient i første instans,

har

DOMSTOLEN (Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, L. Bay Larsen, og dommerne J. Malenovský, U. Lõhmus, M. Safjan og A. Prechal (refererende dommer),

generaladvokat: E. Sharpston

justitssekretær: fuldmægtig K. Malacek,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 7. februar 2013,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 16. maj 2013,

* Processprog: tysk.

afsagt følgende

Dom

1 Med appellen har Centrotherm Systemtechnik GmbH (herefter »Centrotherm Systemtechnik«) nedlagt påstand om ophævelse af dom afsagt af Den Europæiske Unions Ret den 15. september 2011 i sagen Centrotherm Systemtechnik mod KHIM – centrotherm Clean Solutions (CENTROTHERM) (sag T-434/09, EU:T:2011:481, herefter »den appellerede dom«), hvorved Retten frifandt Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«) for Centrotherm Systemtechniks påstand om delvis annullation af afgørelse truffet den 25. august 2009 af Fjerde Appelkammer ved Harmoniseringskontoret (sag R 6/2008-4) (herefter »den omtvistede afgørelse«) vedrørende en fortabelsessag indledt af centrotherm Clean Solutions GmbH & Co. KG (herefter »centrotherm Clean Solutions«) vedrørende EF-ordmærket CENTROTHERM, som Centrotherm Systemtechnik er indehaver af.

2 Det bemærkes endvidere, at Retten ligeledes den 15. september 2011 afsagde dom i en parallel sag mellem de samme parter og også om den omtvistede afgørelse, dommen i sagen centrotherm Clean Solutions mod KHIM – Centrotherm Systemtechnik (CENTROTHERM) (sag T-427/09, EU:T:2011:481), hvorved Retten gav centrotherm Clean Solutions medhold i dennes påstand om delvis annullation af denne afgørelse.

3 Den nævnte dom er genstand for appel iværksat af Centrotherm Systemtechnik (sag C-609/11 P).

Retsforskrifter

Forordning (EF) nr. 207/2009

4 Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26. februar 2009 om EF-varemærker (EUT L 78, s. 1) har kodificeret Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1) og ophævet denne.

5 Tiende betragtning til forordning nr. 207/2009 anfører:

»Det er kun berettiget at beskytte EF-varemærkerne og at beskytte ældre registrerede varemærker mod EF-varemærker, i det omfang de pågældende varemærker rent faktisk bruges.«

6 Artikel 15 i forordning nr. 207/2009 med overskriften »Brug af EF-varemærket« bestemmer:

»1. Hvis indehaveren ikke inden fem år regnet fra registreringen har gjort reel brug af EF-varemærket inden for Fællesskabet for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, eller hvis sådan brug har været suspenderet uden afbrydelse i fem år, underkastes varemærket de i denne forordning omhandlede sanktioner, medmindre der foreligger rimelig grund til, at brug ikke har fundet sted.

[…]«

7 Artikel 42, som findes i afdeling 4, der har overskriften »Bemærkninger fra tredjemand og indsigelse«, og som indgår i afsnit IV med overskriften »Registreringsprocedure« i forordning nr. 207/2009, bestemmer under overskriften »Behandling af indsigelsen«:

»1. Under behandlingen af indsigelsen opfordrer Harmoniseringskontoret om fornødent parterne til inden for en af Harmoniseringskontoret fastsat frist at udtale sig om meddelelser fra de øvrige parter eller fra Harmoniseringskontoret selv.

2. På begæring af ansøgeren skal indehaveren af et ældre EF-varemærke, der har rejst indsigelse, godtgøre, at der inden for de seneste fem år forud for offentliggørelsen af EF-varemærkeansøgningen, er gjort reel brug af det ældre EF-varemærke i Fællesskabet for de varer og tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, og som lægges til grund for indsigelsen, eller at der foreligger rimelig grund til, at brug ikke har fundet sted, forudsat at det ældre EF-varemærke på dette tidspunkt har været registreret i mindst fem år. Godtgøres dette ikke, forkastes indsigelsen. […]

[…]«

8 Artikel 51 med overskriften »Fortabelsesgrunde«, der indgår i afdeling 2, som også har overskriften »Fortabelsesgrunde«, under afsnit VI med overskriften »Afkald, fortabelse og ugyldighed« i forordning nr. 207/2009, bestemmer:

»1. EF-varemærkeindehaverens ret erklæres fortabt efter indgivelse af begæring herom til Harmoniseringskontoret eller ved fremsættelse af modkrav under en sag om varemærkekrænkelse:

a) når der inden for en sammenhængende periode på fem år ikke inden for Fællesskabet 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; […]

[…]

2. Hvis fortabelsesgrunden kun er til stede for en del af de varer eller tjenesteydelser, for hvilke EF-varemærket er registreret, erklæres indehaverens ret kun fortabt for så vidt angår de pågældende varer eller tjenesteydelser.«

9 Artikel 57 med overskriften »Behandling af begæringen«, der indgår i afdeling 5 med overskriften »Fremgangsmåde i sager ved Harmoniseringskontoret om varemærkers fortabelse eller ugyldighed«, der indgår i afsnit VI i forordning nr. 207/2009, fastsætter følgende:

»1. Under behandlingen af begæringen om varemærkets fortabelse eller ugyldighed opfordrer Harmoniseringskontoret om fornødent parterne til inden for en af Harmoniseringskontoret fastsat frist at udtale sig om meddelelser fra dette eller om indlæg fra de øvrige parter.

2. Efter anmodning fra indehaveren af EF-varemærket skal indehaveren af det ældre EF-varemærke, der er part i sagen om ugyldighed, godtgøre, at der inden for de seneste fem år forud for begæringen om ugyldighed, er gjort reel brug af det ældre EF-varemærke i Fællesskabet for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, og som lægges til grund for begæringen om ugyldighed, eller at der foreligger rimelig grund til, at brug ikke har fundet sted, forudsat at det ældre EF-varemærke på dette tidspunkt har været registreret i mindst fem år. […] Godtgøres dette ikke, afvises begæringen om varemærkets ugyldighed. […]

[…]«

10 Under afdeling 1 med overskriften »Almindelige bestemmelser«, der indgår i afsnit IX med overskriften »Bestemmelser om sagsbehandlingen« i forordning nr. 207/2009, bestemmer artikel 76 med overskriften »Harmoniseringskontorets ex officio prøvelse af de faktiske omstændigheder«:

»1. Under sagsbehandlingen ved Harmoniseringskontoret prøver dette ex officio de faktiske omstændigheder; i sager vedrørende relative registreringshindringer begrænser Harmoniseringskontoret sig imidlertid til at prøve de af parterne fremførte kendsgerninger, beviser og argumenter og de af parterne fremsatte anmodninger.

2. Harmoniseringskontoret kan se bort fra kendsgerninger og beviser, som ikke er påberåbt eller fremført rettidigt af de pågældende parter.«

11 Artikel 78, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 fastsætter:

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

[…]

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

Forordning (EF) nr. 2868/95

12 Regel 22 i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 40/94 (EFT L 303, s. 1), som ændret ved Kommissionens forordning (EF) nr. 1041/2005 af 29. juni 2005 (EUT L 172, s. 4, herefter »forordning nr. 2868/95«), bestemmer i stk. 2-4:

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

3. Af de oplysninger og bevisligheder, der fremlægges som dokumentation for brug, skal det fremgå, hvor, hvornår samt i hvilket omfang og i hvilken form det varemærke, som indsigelsen støttes på, er blevet brugt til de varer og tjenesteydelser, for hvilke varemærket er registreret, og hvorpå indsigelsen støttes, og disse oplysninger skal underbygges med beviser, jf. stk. 4.

4. Beviser skal indgives i overensstemmelse med regel 79 og 79a og bør begrænses til underbyggende dokumentation og bevismidler som f.eks. emballager, etiketter, prislister, kataloger, fakturaer, fotografier, avisannoncer samt de i […] artikel [78], stk. 1, litra f), [i forordning nr. 207/2009] nævnte skriftlige erklæringer.«

13 Regel 40 i forordning nr. 2868/95 bestemmer:

»1. Enhver begæring om fortabelse eller ugyldighed, som anses for indgivet, meddeles til EF-varemærkets indehaver. Har [Harmoniseringskontoret] konstateret, at begæringen kan antages, opfordrer det EF-varemærkets indehaver til at fremkomme med sine bemærkninger inden for en af [Harmoniseringskontoret] fastsat frist.

2. Fremkommer EF-varemærkeindehaveren ikke med bemærkninger, kan [Harmoniseringskontoret] træffe afgørelse om fortabelses- eller ugyldighedsspørgsmålet på grundlag af de forelagte beviser.

3. [Harmoniseringskontoret] meddeler den begærende part de bemærkninger, som EF-varemærkeindehaveren er fremkommet med, og opfordrer, hvis det anser det for nødvendigt, vedkommende til at svare inden for en af [Harmoniseringskontoret] fastsat frist.

4. Medmindre andet er fastsat i eller tilladt efter regel 69, sendes alle bemærkninger, som parterne fremkommer med, til den anden berørte part.

5. Hvis begæringen om fortabelse er baseret på […] artikel [51], stk. 1, litra a), [i forordning nr. 207/2009,] anmoder [Harmoniseringskontoret] EF-varemærkets indehaver om at godtgøre reel brug af varemærket inden for en af [Harmoniseringskontoret] fastsat frist. Fremlægges der ikke dokumentation inden for fristen, fortabes EF-varemærket. Regel 22, stk. 2, 3 og 4, finder tilsvarende anvendelse.

6. Skal den begærende part godtgøre brug eller godtgøre, at der foreligger rimelig grund til, at brug ikke har fundet sted, jf. […] artikel [57], stk. 2 eller 3, [i forordning nr. 207/2009,] anmoder [Harmoniseringskontoret] den begærende part om at godtgøre reel brug af varemærket inden for en af [Harmoniseringskontoret] fastsat frist. Fremlægges der ikke dokumentation inden for fristen, afvises begæringen om ugyldighed. Regel 22, stk. 2, 3 og 4, finder tilsvarende anvendelse.«

Sagens baggrund

14 Sagens faktiske omstændigheder blev opsummeret af Retten i den appellerede doms præmis 1-13 som følger:

»1 Den 7. september 1999 indgav [Centrotherm Systemtechnik] en ansøgning om registrering af et EF-varemærke til [Harmoniseringskontoret] i henhold til forordning [nr. 40/94].

2 Varemærket, der blev søgt registreret, var ordmærket CENTROTHERM.

3 De varer og tjenesteydelser, som varemærkeansøgningen vedrørte, henhører under klasse 11, 17, 19 og 42 i Nicearrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret […]

4 Varemærket CENTROTHERM blev den 19. januar 2001 registreret som EF-varemærke for de varer og tjenesteydelser, der er nævnt ovenfor i præmis 3.

5 Den 7. februar 2007 indgav [centrotherm Clean Solutions] i henhold til artikel 15 og artikel 50, stk. 1, litra a), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 15 og artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009] en begæring om fortabelse af varemærket CENTROTHERM for alle de registrerede varer og tjenesteydelser til Harmoniseringskontoret.

6 Begæringen om fortabelse blev den 15. februar 2007 meddelt [Centrotherm Systemtechnik], som blev opfordret til eventuelt at udtale sig og at fremlægge bevis for reel brug af det omtvistede varemærke inden for en frist på tre måneder.

7 I sin udtalelse af 11. maj 2007 anfægtede intervenienten begæringen om fortabelse og fremlagde følgende oplysninger for at godtgøre reel brug af sit varemærke:

— 14 digitale fotografier

— fire fakturaer

— en erklæring med overskriften »eidesstattliche Versicherung« (erklæring på tro og love), der var udarbejdet af [Centrotherm systemtechniks] forretningsfører, W.

8 [Centrotherm Systemtechnik] erklærede, at selskabet var i besiddelse af en række andre kopier af fakturaer, som det af fortrolighedshensyn ikke ville fremlægge i første omgang. Idet [Centrotherm Systemtechnik] anførte, at selskabet kunne fremlægge yderligere dokumenter, anmodede det

Harmoniseringskontorets annullationsafdeling om at træffe en processuel foranstaltning herom for det tilfælde, at afdelingen fandt, at sagsakterne skulle tilføres yderligere beviser og enkelte dokumenter.

9 Den 30. oktober 2007 fastslog annullationsafdelingen, at varemærket CENTROTHERM var fortabt, idet den fastslog, at de beviser, som [Centrotherm Systemtechnik] havde fremlagt, ikke var tilstrækkelige til at godtgøre, at der var gjort reel brug af det nævnte varemærke.

10 Den 14. december 2007 indgav [Centrotherm Systemtechnik] en klage over denne afgørelse, som Fjerde Appelkammer ved Harmoniseringskontoret tog delvist til følge ved [den omtvistede afgørelse]. [Centrotherm Systemtechnik] gjorde navnlig gældende, at annullationsafdelingen burde have anmodet selskabet om andre oplysende dokumenter. [Centrotherm Systemtechnik] foreholdt endvidere annullationsafdelingen, at den ikke havde taget hensyn til de oplysninger, der fremgik af akterne i en anden sag, der ligeledes verserede for Harmoniseringskontoret vedrørende varemærket CENTROTHERM.

11 Appelkammeret ophævede annullationsafdelingens afgørelse og afslog begæringen om fortabelse for varerne »røggasledninger til varmeanlæg, røgkanaler, rør til varmeinstallationer; konsoller til gasbrændere; mekaniske dele til anlæg til opvarmning, mekaniske dele til gasanlæg; rørledningshaner; skorstensspjæld«, der henhører under klasse 11, »rørforbindelsesstykker, rørmuffer, forstærkningsmateriale til rør, slanger, førnævnte varer ikke af metal«, der henhører under klasse 17, og »rør, rørledninger, særlig til bygningsbrug; fordelerrør; skorstensrør«, der henhører under klasse 19. I øvrigt afslog appelkammeret klagen.

12 Appelkammeret fandt navnlig, at det var blevet godtgjort, at der var gjort reel brug af varemærket CENTROTHERM for så vidt angik den periode på fem år, der gik forud for indgivelsen af begæringen om fortabelse, dvs. den 7. februar 2007 (herefter »den relevante periode«), for de varer, der er nævnt ovenfor i præmis 11, eftersom de fotografier, som intervenienten havde indgivet, beviste arten af brug af varemærket, og de fremlagte fakturaer viste, at de nævnte varer var blevet markedsført under det omtvistede varemærke.

13 For så vidt angik de andre varer og tjenesteydelser, som varemærket CENTROTHERM var blevet registreret for (jf. ovenfor præmis 3), fandt appelkammeret imidlertid, at [Centrotherm Systemtechnik] alene havde fremlagt erklæringen fra forretningsføreren som bevis, hvilket ifølge appelkammeret ikke var tilstrækkeligt til at godtgøre, at der blev gjort reel brug af varemærket. I denne forbindelse bemærkede appelkammeret, at annullationsafdelingen hverken var forpligtet til at anmode om andre dokumenter eller til at tage hensyn til akterne i en anden sag, der også verserede for Harmoniseringskontoret.«

15 Rettens redegørelse for sagens baggrund fuldstændiggøres af følgende præciseringer:

16 Det fremgår af den omtvistede afgørelses punkt 36, at for så vidt angår de yderligere beviser, der blev fremlagt af Centrotherm Systemtechnik for appelkammeret, fandt dette, at et sådant »yderligere bevis var blevet fremlagt for sent og ikke kunne tages i betragtning«, idet »fristen i regel 40, stk. 5, andet punktum, i [forordning nr. 2868/95] er en præklusionsfrist, som i henhold til samme forordnings regel 40, stk. 5, tredje punktum, medfører fortabelse af varemærket, hvis den ikke overholdes«. I den nævnte afgørelses punkt 37 tilføjede appelkammeret, at selv om det medgives, at appelkammeret i henhold til artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 frit kan skønne over, om det er relevant at tage hensyn til de beviser, der er fremlagt for sent, forelå der ikke i den foreliggende sag nogen grund til, at appelkammeret burde udøve denne beføjelse til fordel for sagsøgeren. Appelkammeret præciserede, at sagsøgeren i denne henseende alene havde fremført argumenter af generel karakter om rollen og værdien af varemærkeretten, og at sagsøgeren ikke havde gjort gældende, at det var umuligt at fremlægge bevis for brug allerede under førsteinstansbehandlingen.

Den appellerede dom

17 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 26. oktober 2009 anlagde Centrotherm Systemtechtechnik sag med påstand om annullation af den omtvistede afgørelse, for så vidt som der ved denne var givet medhold i begæringen om fortabelse af varemærket CENTROTHERM.

18 Til støtte for påstanden gjorde Centrotherm Systemtechnik tre anbringender gældende vedrørende for det første en fejlagtig vurdering af de beviser for brug, der var blevet fremlagt for Harmoniseringskontorets annullationsafdeling, for det andet en tilsidesættelse af forpligtelsen til ex officio at prøve de faktiske omstændigheder, jf. artikel 76, stk. 1, i forordning nr. 207/2009, og for det tredje den omstændighed, at der ikke var blevet taget hensyn til de beviser, der var fremlagt for appelkammeret, hvorved forordningens artikel 76, stk. 2, var blevet tilsidesat. Subsidiært gjorde Centrotherm Systemtechnik en ulovlighedsindsigelse mod regel 40, stk. 5, i forordning nr. 2868/95 gældende.

19 Ved den appellerede dom frifandt Retten Harmoniseringskontoret.

20 I den appellerede doms præmis 21-24 har Retten indledningsvis med henblik på undersøgelsen af det første anbringende henvist til formålet med fortabelsessanktionen samt til de processuelle regler og principperne for bevisoptagelse, således som disse især fremgår af artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009 og regel 40, stk. 5, i forordning nr. 2868/95.

21 Retten har dernæst i dommens præmis 25-30 henvist til retspraksis om begrebet reel brug og de betingelser, under hvilke en sådan brug kan anses for godtgjort.

22 Efter at have anført i den appellerede doms præmis 31, at det var på grundlag af de betragtninger, der var anført i den nævnte doms præmis 21-30, at det skulle vurderes, om det var med rette, at appelkammeret i den omtvistede afgørelse fandt, at de beviser, som Centrotherm Systemtechnik havde fremlagt for annullationsafdelingen, ikke godtgjorde, at der var gjort reel brug af det omtvistede varemærke for andre varer og tjenesteydelser end dem, der var nævnt i den pågældende doms præmis 11, præciserede Retten i samme doms præmis 32-34 som følger:

> »32 Det bemærkes, at de beviser, som sagsøgeren fremlagde for annullationsafdelingen for at bevise, at selskabet gjorde reel brug af varemærket, var erklæringen på tro og love fra selskabets forretningsfører, fire fakturaer og fjorten digitale fotografier.
>
> 33 Indledningsvis bemærkes, at det fremgår af fast retspraksis, at for at vurdere bevisværdien af »skriftlige erklæringer, der er afgivet under ed eller på tro og love, eller som har tilsvarende virkning i henhold til lovgivningen i den stat, hvor de er afgivet«, jf. artikel 78, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009, må sandsynligheden af indholdet efterprøves, idet der skal tages hensyn til dokumentets oprindelse, omstændighederne ved dets udarbejdelse, modtageren af dokumentet, og til spørgsmålet, om dokumentet efter sit indhold forekommer fornuftigt og troværdigt […]
>
> 34 Under hensyntagen til den åbenbare forbindelse mellem erklæringens ophavsmand og sagsøgeren bemærkes, at nævnte erklæring kun kan tillægges bevisværdi, hvis den er bekræftet af det, der fremgår af de fremlagte fjorten fotografier og fire fakturaer.«

23 I den appellerede doms præmis 35-43 har Retten på baggrund af det i dommens præmis 34 anførte foretaget en undersøgelse af de fakturaer og fotografier, der var blevet fremlagt af Centrotherm Systemtechnik for Harmoniseringskontorets annullationsafdeling. I den forbindelse anførte Retten bl.a. følgende i den nævnte doms præmis 36 og 37:

»36 Disse fakturaer viser, at et stort antal varer inden for sanitetsområdet (rør, muffer, kedeltilslutninger, reparationsvinkler, afdækningsskærme til udstødningssystemer) var blevet solgt af sagsøgeren til fire kunder til et beløb, der – idet fakturaen fra 2007 er medregnet – svarer til mindre end 0,03% af den omsætning, som sagsøgerens forretningsfører havde erklæret at have omsat i 2006 ved salget af varer under varemærket CENTROTHERM.

37 Det følger heraf, at sagsøgeren for Harmoniseringskontoret har fremlagt relativt svage beviser for salg i forhold til det beløb, der var angivet i forretningsførerens erklæring. Følgelig må det, selv hvis appelkammeret havde taget hensyn til nævnte erklæring, fastslås, at der i sagsakterne ikke er tilstrækkelige oplysninger, der kan underbygge indholdet heraf for så vidt angår salgenes værdi. Hvad herudover angår det tidsmæssige aspekt for brugen af varemærket vedrører de nævnte fakturaer en meget kort eller punktuel periode, nemlig den 12., 18. og 21. juli 2006 og den 9. januar 2007.«

24 Efter undersøgelsen af de fremlagte fakturaer og fotografier konkluderede Retten følgende i den appellerede doms præmis 44 og 45:

»44 Det fremgår af det ovenstående, at hverken fotografierne eller fakturaerne gør det muligt at bekræfte sagsøgerens forretningsførers erklæring, for så vidt som det heri anføres, at følgende varer er blevet markedsført under varemærket CENTROTHERM i den relevante periode: mekaniske dele til klimastyring, dampdannelse, tørring og ventilation; apparater til luftfiltrering og dele hertil; pakninger, tætningsmidler; tætnings-, paknings- og isoleringsmateriale; plastic i halvforarbejdet tilstand (halvfabrikata); byggematerialer; armeringer til bygningsbrug; dele til mur- og vægbeklædning, plader til bygningsbrug, plader; forlængelsesstykker til skorstene, anordninger til påsætning på skorstene, skorstenshætter, skorstenskapper.

45 Det skal konkluderes, at det ud fra en helhedsvurdering af de oplysninger, der fremgår af sagen, medmindre der lægges sandsynlighedsbetragtninger eller formodninger til grund, ikke er muligt at udlede, at varemærket CENTROTHERM har været genstand for reel brug i den relevante periode for andre varer og tjenesteydelser, end dem, der er nævnt ovenfor i præmis 11.«

25 Retten forkastede det andet anbringende af følgende grunde, der er anført i den appellerede doms præmis 53-55:

»53 Det fremgår […] af artikel 51, stk. 1, i forordning nr. 207/2009, at EF-varemærkeindehaverens ret erklæres fortabt, hvis der ikke er gjort reel brug af varemærket i fem år [artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009], hvis varemærket på grund af indehaverens virksomhed eller passivitet er blevet en almindelig betegnelse inden for handelen for en vare eller tjenesteydelse, for hvilken det er registreret [artikel 51, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009], eller hvis varemærket som følge af den brug, der af varemærkeindehaveren eller med dennes samtykke gøres deraf, vil kunne vildlede offentligheden [artikel 51, stk. 1, litra c), i forordning nr. 207/2009].

54 De to sidste betingelser hænger ganske vist sammen med absolutte registreringshindringer, således som det fremgår af artikel 7, stk. 1, litra b)-d) og g), i forordning nr. 207/2009, men den første betingelse vedrører en bestemmelse, der henhører under efterprøvelsen af relative registreringshindringer, nemlig artikel 42, stk. 2, i forordning nr. 207/2009. Det følger heraf, at det kan konkluderes, at Harmoniseringskontorets efterprøvelse af spørgsmålet om reel brug af

EF-varemærket inden for rammerne af en fortabelsessag er underlagt anvendelsen af artikel 76, stk. 1, in fine, i forordning nr. 207/2009, der bestemmer, at denne prøvelse er begrænset til faktiske omstændigheder, som parterne har påberåbt sig.

55 Det følger heraf, at sagsøgerens forudgående antagelse, hvorefter Harmoniseringskontoret med urette har begrænset sin efterprøvelse til de beviser, som sagsøgeren har indgivet, er fejlagtig.«

26 Retten forkastede det tredje anbringende med følgende begrundelse:

»61 Indledningsvis bemærkes, at Harmoniseringskontorets prøvelse af spørgsmålet, om der er gjort reel brug af EF-varemærket, således som det blev fastslået ovenfor i præmis 51-54, er underlagt anvendelsen af artikel 76, stk. 1, in fine, i forordning nr. 207/2009. Nævnte bestemmelse fastsætter, at Harmoniseringskontorets prøvelse er begrænset til de af parterne fremførte faktiske omstændigheder. Det følger heraf, at det af sagsøgeren anførte, hvorefter Harmoniseringskontoret har en forpligtelse til ex officio at supplere sine sagsakter, må forkastes.

62 For det andet bemærkes, at den mulighed, parterne i sagen for Harmoniseringskontoret har for at fremlægge kendsgerninger og beviser efter udløbet af de frister, der er fastsat i denne henseende, ikke er ubetinget, men – som det fremgår af retspraksis – er underlagt den betingelse, at andet ikke er fastsat. Det er kun, såfremt denne betingelse er opfyldt, at Harmoniseringskontoret råder over skønsbeføjelsen med hensyn til at afgøre, om der kan tages hensyn til kendsgerninger og beviser, der er fremlagt for sent […].

63 I den foreliggende sag findes der imidlertid en bestemmelse, der er til hinder for, at der tages hensyn til de oplysninger, der er blevet fremlagt for appelkammeret, nemlig regel 40, stk. 5, i forordning nr. 2868/95.«

27 Endelig hvad angår det subsidiære anbringende om ulovlighedsindsigelsen vedrørende regel 40, stk. 5, i forordning nr. 2868/95 fastslog Retten bl.a. følgende i den appellerede doms præmis 67-70:

»67 Det bemærkes, at selv om reglerne i forordning nr. 2868/95 ikke må være i strid med bestemmelserne i og opbygningen af forordning nr. 207/2009, kan der dog ikke konstateres nogen modsigelse mellem regel 40, stk. 5, i forordning nr. 2868/95 og bestemmelserne vedrørende fortabelse, der er indeholdt i forordning nr. 207/2009.

68 Mens forordning nr. 207/2009 fastsætter den materielle regel, nemlig sanktionen fortabelse af EF-varemærker, der ikke har været genstand for reel brug, præciserer forordning nr. 2868/95 de anvendelige processuelle regler, navnlig fordelingen af bevisbyrden og konsekvenserne af, at de fastsatte frister ikke overholdes. Som det tidligere er blevet fastslået […], fremgår det endvidere af opbygningen af forordning nr. 207/2009, at omfanget og intensiteten af Harmoniseringskontorets prøvelse for så vidt angår begæringen om fortabelse på grund af manglende reel brug afhænger af de af parterne fremførte anbringender og faktiske omstændigheder.

[…]

70 For så vidt angår den påståede tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet bemærkes, at manglende overholdelse uden rimelig grund af frister, der er fundamentale for en fællesskabsordnings rette funktion, i henhold til fællesskabsbestemmelserne kan sanktioneres med fortabelse af en rettighed, uden at dette er uforeneligt med proportionalitetsprincippet […]«

Parternes påstande for Domstolen

28 Med appellen har Centrotherm Systemtechnik nedlagt påstand om, at Domstolen ophæver den appellerede dom, giver Centrotherm Systemtechnik medhold i sagen i første instans og tilpligter Harmoniseringskontoret og centrotherm Clean Solutions at betale sagens omkostninger.

29 Harmoniseringskontoret har nedlagt påstand om, at appellen forkastes eller, subsidiært, at Harmoniseringskontoret frifindes i førsteinstansen, og at Centrotherm Systemtechnik tilpligtes at betale sagens omkostninger.

30 Centrotherm Clean Solutions har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og at Centrotherm Systemtechnik tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Appellen

31 Centrotherm Systemtechnik har gjort fire anbringender gældende til støtte for appellen.

Indledende præcisering

32 I det foreliggende tilfælde fremgår det af redegørelsen for tvistens baggrund i denne doms præmis 14, at selv om den omhandlede fortabelsessag blev indledt, mens forordning nr. 40/94 var gældende, blev den omtvistede afgørelse truffet af Harmoniseringskontorets appelkammer efter ikrafttrædelsen af forordning nr. 207/2009.

33 Eftersom sidstnævnte forordning imidlertid er en kodificering af forordning nr. 40/94, og idet dennes relevante bestemmelser ikke er blevet ændret i forbindelse med kodificeringen, vil der i nærværende dom herefter alene blive henvist til bestemmelserne i forordning nr. 207/2009.

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

Parternes argumenter

34 Med sit første anbringende har Centrotherm Systemtechnik gjort gældende, at Retten ved i den appellerede doms præmis 34 at fastslå, at en erklæring på tro og love som den, der er omhandlet i artikel 78, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009, kun kan tillægges bevisværdi, hvis den bekræftes af de andre fremlagte beviser, fejlagtigt har fortolket den bevisværdi, der er knyttet til sådanne erklæringer, eller frataget disse enhver selvstændig beviskraft. Ved endvidere at undlade at tage hensyn til den omstændighed, at indholdet af den omtvistede erklæring i det foreliggende tilfælde ikke er blevet bestridt af de andre parter, har Retten tilsidesat princippet om, at spørgsmålet om reel brug skal gøres til genstand for en helhedsvurdering, der tager hensyn til alle de relevante forhold i den foreliggende sag.

35 Tilsidesættelsen af den bevisværdi, der knytter sig til erklæringer på tro og love, har under tilsidesættelse af artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009, bragt Retten til at fastslå, at der ikke foreligger reel brug af det omtvistede varemærke.

36 Ifølge Harmoniseringskontoret og centrotherm Clean Solutions fremgår det af den appellerede doms præmis 34, at Retten ikke abstrakt har udelukket enhver form for bevisværdi for så vidt angår erklæringer på tro og love, men at den har vurderet den foreliggende og konstateret – efter en

undersøgelse, der ikke kan efterprøves inden for rammerne af en appel – at der i det foreliggende tilfælde var behov for yderligere beviser, henset til tilknytningen mellem ophavsmanden til den berørte erklæring og Centrotherm Systemtechnik.

Domstolens bemærkninger

37 Det må fastslås, at den appellerede doms præmis 34, der bl.a. skal læses i lyset af de præmisser, der går forud for og efterfølger denne, har en anden rækkevidde end den, som Centrotherm Systemtechnik fejlagtigt har givet den.

38 Det bemærkes derfor først, at Retten i den appellerede doms præmis 32 har kvalificeret både Centrotherm Systemtechniks forretningsførers erklæring på tro og love og de fremlagte fakturaer og fotografier som »beviser, som sagsøgeren [har fremlagt]«.

39 Desuden har Retten i modsætning til det, Centrotherm Systemtechnik har anført, på ingen måde udelukket, at en erklæring på tro og love kan have en bevisværdi, men den har i den nævnte doms præmis 33 understreget, at for at vurdere denne bevisværdi må sandsynligheden af indholdet efterprøves, idet der skal tages hensyn til dokumentets oprindelse, omstændighederne ved dets udarbejdelse, modtageren af dokumentet, og til spørgsmålet, om dokumentet efter sit indhold forekommer fornuftigt og troværdigt.

40 Det er først da, og ved konkret at udføre en sådan undersøgelse af den i den foreliggende sag omhandlede erklæring, at Retten i den nævnte doms præmis 34 har fastslået, at den nævnte erklæring under hensyntagen til den åbenbare forbindelse mellem erklæringens ophavsmand og Centrotherm Systemtechnik i det foreliggende tilfælde kun kunne tillægges bevisværdi, hvis den blev bekræftet af indholdet af de fremlagte fotografier og fakturaer.

41 Således har Retten i den appellerede doms præmis 36 og 37 derimod bl.a. understreget – uden på nogen måde derved at hævde, at Centrotherm Systemtechnik burde have fremlagt fakturaer, der understøttede den samlede omsætning, der var anført i den omhandlede erklæring på tro og love – den betydelige forskel mellem oplysningen indeholdt i denne erklæring om den årlige omsætning, som Centrotherm Systemtechnik angiveligt har haft fra 2002 til 2006, og det relativt minimale salg i en meget kort eller punktuel periode, som de fremlagte fakturaer vidnede om.

42 Efter den udførlige undersøgelse af de fremlagte fakturaer og fotografier, som Retten foretog i den appellerede doms præmis 35-43, fastslog denne i dommens præmis 44, at hverken fotografierne eller fakturaerne i det foreliggende tilfælde gjorde det muligt at bekræfte forretningsførerens erklæring, hvorefter de varer, der var opført i sidstnævnte præmis, var blevet markedsført under det omtvistede varemærke.

43 Ligeledes uden at begå en retlig fejl i denne henseende fastslog Retten i den nævnte doms præmis 45, at det ud fra en helhedsvurdering af de oplysninger, der fremgik af sagen, herunder også den omhandlede erklæring på tro og love, ikke var muligt under sådanne omstændigheder – medmindre der blev lagt sandsynlighedsbetragtninger eller formodninger til grund – at udlede, at det omtvistede varemærke havde været genstand for reel brug, for så vidt angår de varer og tjenesteydelser, som nærværende sag drejer sig om.

44 I denne henseende bemærkes endvidere, at den vurdering, som Retten i dette øjemed foretog af de faktiske omstændigheder og beviserne og især af den beviskraft, der knytter sig til erklæringen på tro og love fremlagt af Centrotherm Systemtechnik, henhører under det faktiske område (jf. i denne retning dom af 13.9.2007, sag C-234/06 P, Il Ponte Finanziaria mod KHIM, Sml. I, s. 7333, præmis 75) og udgør derfor ikke et retsspørgsmål, der som sådant er undergivet Domstolens prøvelsesret inden for rammerne af en appelsag, medmindre oplysningerne er gengivet urigtigt.

45 Endelig hvad angår den omstændighed, at indholdet af den nævnte erklæring ikke er blevet udtrykkeligt bestridt af ophavsmanden til begæringen om fortabelse ved Harmoniseringskontoret, må det blot konstateres, at den på ingen måde forhindrede Retten i at foretage den vurdering af de faktiske omstændigheder og beviser, som det påhvilede den at foretage med henblik på at fastslå, om en reel brug af det ældre varemærke var godtgjort for Harmoniseringskontoret, og dermed træffe afgørelse i den tvist, der var forelagt for den.

46 Det følger af alle de ovenstående betragtninger, at det første anbringende bør forkastes.

Det andet anbringende og det tredje anbringendes første led vedrørende tilsidesættelse af artikel 51, stk. 1, litra a), og artikel 76, stk. 1, i forordning nr. 207/2009

Parternes argumenter

47 Med det andet anbringende har Centrotherm Systemtechnik gjort gældende, i modsætning til det, Retten fastslog i den appellerede doms præmis 54 og 55, at den bestemmelse i artikel 76, stk. 1, i forordning nr. 207/2009, hvorefter Harmoniseringskontoret ex officio prøver de faktiske omstændigheder, finder anvendelse i forbindelse med en fortabelsessag. Idet denne kan indgives af enhver person, der ønsker det, er en sådan procedure ikke omfattet af den undtagelse, der er indeholdt i bestemmelsen angående sager vedrørende relative registreringshindringer.

48 Med det tredje anbringendes første led har Centrotherm Systemtechnik endvidere gjort gældende – i modsætning til det, Retten fastslog i den appellerede dom – at bevisbyrden for reel brug af varemærket i en fortabelsessag ikke påhviler indehaveren af varemærket.

49 Selv om artikel 42, stk. 2, og artikel 57, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 fastsætter, at indehaveren af et ældre varemærke skal godtgøre, at der er gjort reel brug af dette, i mangel af hvilken indsigelsen forkastes eller begæringen om ugyldighed afvises, indeholder den nævnte forordnings artikel 51 ikke lignende præciseringer for så vidt angår fortabelsessager. På det grundlag skulle regel 40, stk. 5, i forordning nr. 2868/95, der pålægger indehaveren af varemærket bevisbyrden for reel brug, tilsidesætte forordning nr. 207/2009. Det følger heraf, at appelkammeret i henhold til artikel 76, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 om forpligtelsen til ex officio at prøve de faktiske omstændigheder var forpligtet til at tage hensyn til de beviser, der var fremlagt for dette.

50 Ifølge Harmoniseringskontoret finder princippet om ex officio prøvelse af de faktiske omstændigheder ikke anvendelse, henset til fortabelsessagens inter partes- og sui generis-karakter, og idet denne ikke udgør en sag vedrørende absolutte eller relative registreringshindringer, hvorfor det påhviler indehaveren af varemærket, der råder over de relevante oplysninger, at godtgøre den reelle brug af varemærket.

51 Centrotherm Clean Solutions har endvidere gjort gældende, at artikel 76, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 ikke finder anvendelse i fortabelsessager. Derimod fastsætter regel 40, stk. 5, i forordning nr. 2868/95 de nærmere processuelle bestemmelser, der skal finde anvendelse i forbindelse med fortabelse, idet det udtrykkeligt fastsættes, at indehaveren af varemærket skal godtgøre reel brug af dette.

Domstolens bemærkninger

52 Med det andet anbringende og det tredje anbringendes første led, der skal behandles samlet, har Centrotherm Systemtechnik i det væsentlige gjort gældende, at Retten ved at fastslå, at Harmoniseringskontoret inden for rammerne af en fortabelsessag ikke er forpligtet til ex officio at prøve beviserne for, at der foreligger en reel brug af det ældre varemærke, men at bevisbyrden herfor

alene påhviler indehaveren af varemærket, og ved derfor at have undladt at straffe appelkammeret for ikke at have taget hensyn til alle de beviser, det havde rådighed over, har tilsidesat artikel 51, stk. 1, litra a), og artikel 76, stk. 1, i forordning nr. 207/2009.

53 I denne henseende bemærkes for det første, således som det fremgår af artikel 15 i forordning nr. 207/2009, at hvis indehaveren af et EF-varemærke ikke inden fem år regnet fra registreringen har gjort reel brug af dette inden for Den Europæiske Union, underkastes varemærket de i denne forordning omhandlede sanktioner, herunder fortabelse af varemærkeretten, medmindre der foreligger rimelig grund til, at brug ikke har fundet sted.

54 Det følger af tiende betragtning til den nævnte forordning, at EU-lovgiver har ønsket at underlægge opretholdelsen af de rettigheder, der er knyttet til EF-varemærket, en betingelse om, at dette reelt bruges. Et EF-varemærke, der ikke bruges, kan hindre konkurrencen ved at begrænse den række af tegn, som andre kan registrere som varemærker, og ved at fratage konkurrenterne muligheden for at bruge dette varemærke eller et lignende varemærke, når de på det indre marked markedsfører varer eller tjenesteydelser, som er af samme eller lignende art som dem, der er omfattet af det pågældende varemærke (jf. dom af 19.12.2012, sag C-149/11, Leno Merken, EU:C:2012:816, præmis 32).

55 For det andet præciserer artikel 42, stk. 2, og artikel 57, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 udtrykkeligt, at godtgørelsen af reel brug eller rimelige grunde til, at brug ikke har fundet sted, påhviler indehaveren af det berørte varemærke, idet indsigelsen ellers vil blive forkastet eller ugyldighedsbegæringen afvist.

56 I denne henseende skal den omstændighed, at artikel 51, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 til forskel fra denne forordnings artikel 42, stk. 2, og artikel 57, stk. 2, ikke specificerer, at godtgørelsen af reel brug eller rimelige grunde til, at brug ikke har fundet sted, påhviler den nævnte indehaver, ikke fortolkes således – i modsætning til det af Centrotherm Systemtechnik anførte – at EU-lovgiver har villet udelukke dette princip vedrørende bevisbyrden i forbindelse med en fortabelsessag.

57 De manglende præciseringer i artikel 51, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 for så vidt angår bevisbyrden kan i øvrigt uden vanskelighed forklares ved den omstændighed, at genstanden for stk. 1 i artikel 51 med overskriften »Fortabelsesgrunde« består i at opregne grundene til fortabelse af varemærket, hvilket ikke opfordrer til indføjelse af præciseringer vedrørende spørgsmålet om bevisbyrden.

58 Til gengæld har forordningens artikel 42 og 57 i det væsentlige karakter af processuelle bestemmelser. Det skal bemærkes, at stk. 2 i begge artikler har som specifikt formål at regulere, hvad der ligner en formalitetsindsigelse, der er gjort gældende af den sagsøgte part, der ønsker at rejse tvivl om ansøgerens ret til at fortsætte den procedure, denne har indledt.

59 Det er på grundlag af en sådan processuel kontekst, der er specifik for indsigelsessager og ugyldighedssager, at EU-lovgiver med henblik på at tillade bilæggelse af disse formalitetsindsigelser, hvis afklaring har forudgående karakter i forhold til fortsættelsen af den principale procedure, som de vedrører, har fastsat, at det er indehaveren af det ældre varemærke, der skal godtgøre, at der er gjort reel brug af dette, og at indsigelsen forkastes og ugyldighedsbegæringen afvises, såfremt en sådan godtgørelse ikke foreligger.

60 Den omstændighed, at enhver formalitetsindsigelse af denne karakter hypotetisk er udelukket i forbindelse med en fortabelsessag, kan derimod nemt – selv om artikel 57 i forordning nr. 207/2009 omhandler både fortabelsessager og ugyldighedssager – begrunde, at en bestemmelse som denne artikels stk. 2 er begrænset til ugyldighedssager.

61 For det tredje må det konstateres, at det princip, der i forbigående tages hensyn til i artikel 42, stk. 2, og artikel 57, stk. 2, i forordning nr. 207/2009, hvorefter det påhviler indehaveren af det ældre varemærke at godtgøre reel brug af dette, reelt begrænser sig til at udtrykke sund fornuft og et grundlæggende krav om effektivitet i proceduren.

62 Den pågældende indehaver er nemlig ubestridt den, der bedst er i stand til - endog i visse tilfælde den eneste, der er i stand til - at godtgøre konkrete handlinger, der gør det muligt at underbygge en påstand om, at den pågældende har gjort reel brug af sit varemærke, eller fremføre rimelige grunde til, at brug ikke har fundet sted. Dette gælder således bl.a. for så vidt angår de beviser, der kan godtgøre en sådan brug, og som der i regel 22, stk. 4, i forordning nr. 2868/95 er opregnet eksempler på, herunder emballager, etiketter, prislister, kataloger, fakturaer, fotografier og avisannoncer.

63 Det kan således udledes af artikel 15 i forordning nr. 207/2009, sammenholdt med dennes artikel 42, stk. 2, artikel 51, stk. 1, og artikel 57, stk. 2, at det i forbindelse med en sag om fortabelse af et varemærke i princippet påhviler indehaveren af dette og ikke Harmoniseringskontoret ex officio at godtgøre en reel brug af varemærket.

64 Det må på samme måde i denne henseende fastslås, at idet regel 40, stk. 5, i forordning nr. 2868/95 fastsætter, at det er indehaveren af varemærket, som skal godtgøre reel brug, begrænser denne regel sig til at belyse et princip, der er knyttet til bevisbyrden, og som uden at tilsidesætte forordning nr. 207/2009 derimod udspringer af bestemmelserne i og opbygningen af denne forordning.

65 På det grundlag skal reglen om Harmoniseringskontoret efterprøvelse ex officio af de faktiske omstændigheder, der er fastsat i artikel 76, stk. 1, i forordning nr. 207/2009, ikke finde anvendelse på spørgsmålet om godtgørelsen af reel brug af varemærket i forbindelse med en fortabelsessag for Harmoniseringskontoret.

66 Det følger bl.a. af det ovenstående, at selv om analysen og begrundelsen i den appellerede doms præmis 53 og 54 er fejlagtige, er den konklusion, som Retten nåede frem til i dommens præmis 55, nemlig at artikel 76, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 ikke forpligter Harmoniseringskontoret til ex officio at efterprøve de kendsgerninger og beviser, der er fremlagt med henblik på at godtgøre reel brug af det varemærke, der søges erklæret fortabt, retligt velbegrundet.

67 Da konklusionen således af andre retlige grunde end dem, der blev anført af Retten, er begrundet, kan den forkastelse af anbringendet vedrørende tilsidesættelse af artikel 76, stk. 1, i forordning nr. 207/2009, som Retten foretog i den appellerede doms præmis 56, ikke medføre ophævelse af den nævnte dom.

68 Endvidere har Retten, således som dette ligeledes fremgår af det ovenstående, ikke begået nogen retlig fejl ved i den appellerede dom at antage, at bevisbyrden for reel brug af varemærket i en fortabelsessag påhviler indehaveren af varemærket.

69 På baggrund af det ovenstående må det andet anbringende og det tredje anbringendes første led forkastes.

Det tredje anbringendes andet led vedrørende tilsidesættelse af artikel 51, stk. 1, litra a), og artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009

Parternes argumenter

70 Med det tredje anbringendes andet led har Centrotherm Systemtechnik gjort gældende, at Retten har tilsidesat artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 ved i den appellerede doms præmis 62 og 63 at fastslå, at appelkammeret ikke i det foreliggende tilfælde havde en skønsbeføjelse til eventuelt at tage hensyn til bevismidler vedrørende brugen af det omtvistede varemærke, som var blevet fremlagt for appelkammeret for sent.

71 Idet det bemærkes, at det ganske vist fremgår af præmis 42 i dom af 13. marts 2007, KHIM mod Kaul (sag C-29/05 P, Sml. I, s. 2213), at den skønsbeføjelse, som den nævnte bestemmelse tildeler Harmoniseringskontoret med henblik på hensyntagen til beviser, der er fremlagt for sent, foreligger, »medmindre andet er fastsat«, har Centrotherm Systemtechnik gjort gældende, at Retten med urette fandt, at regel 40, stk. 5, i forordning nr. 2868/95 udgør en sådan undtagelsesbestemmelse.

72 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at med hensyn til den formodning for lovlighed, som Unionens retsregler nyder, havde appelkammeret ikke noget andet valg på tidspunktet for vedtagelsen af den omtvistede afgørelse end at tage til efterretning, at den nævnte regel 40, stk. 5, forhindrede den i at tage hensyn til de beviser, der var blevet fremlagt efter udløbet af den præklusionsfrist, der var fastsat i henhold til den nævnte bestemmelse, således som Retten i øvrigt tidligere havde fastslået.

73 I denne henseende har Harmoniseringskontoret imidlertid præciseret, at Rettens retspraksis efter afsigelsen af den appellerede dom har udviklet sig. Retten har nemlig bl.a. fastslået i præmis 31 i dom af 29. september 2011, New Yorker SHK Jeans mod KHIM – Vallis K. – Vallis A. (FISHBONE) (sag T-415/09), at appelkammerets hensyntagen, uanset regel 22, stk. 2, i forordning nr. 2868/95, til beviser for reel brug af varemærket, der er fremlagt efter udløbet af den af Harmoniseringskontoret tildelte frist i henhold til denne bestemmelse, bør forblive mulig i overensstemmelse med artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009, i det mindste når sådanne beviser begrænser sig til at fuldstændiggøre de beviser, der er blevet fremlagt inden for den nævnte frist, og den berørte part ikke kan bebrejdes en forsinkelsestaktik eller en åbenbar forsømmelse.

74 Idet Harmoniseringskontoret har tiltrådt denne fortolkning, finder dette, at samme tilgang bør gælde for så vidt angår regel 40, stk. 5, i forordning nr. 2868/95.

75 Ifølge centrotherm Clean Solutions har Retten med rette fastslået, at sidstnævnte bestemmelse, der indfører en undtagelse til artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009, har den virkning, at den forbyder appelkammeret at tage hensyn til beviser for brug af varemærket, der er fremlagt for sent for dette.

Domstolens bemærkninger

76 Det bemærkes, at artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 fastsætter, at Harmoniseringskontoret kan se bort fra kendsgerninger, som parterne ikke har påberåbt sig, eller beviser, som de ikke har fremlagt rettidigt.

77 Således som Domstolen har fastslået, følger det af ordlyden af denne bestemmelse, at parternes fremlæggelse af kendsgerninger og beviser som udgangspunkt, og medmindre andet er fastsat, fortsat er mulig efter udløbet af de frister, som en sådan fremlæggelse er underlagt ved anvendelse af bestemmelserne i forordning nr. 207/2009, 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 (dommen i sagen KHIM mod Kaul, præmis 42).

78 Ved at præcisere, at Harmoniseringskontoret i sådanne tilfælde »kan« beslutte at se bort fra sådanne beviser, giver den nævnte bestemmelse således Harmoniseringskontoret en vid skønsbeføjelse med hensyn til at afgøre – med en begrundelse herfor – om der skal tages hensyn til disse (dommen i sagen KHIM mod Kaul, præmis 43).

79 Hvad mere præcist angår fremlæggelsen af beviser for reel brug af varemærket i forbindelse med en fortabelsessag, der er indledt i henhold til artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009, bemærkes for det første, at denne forordning ikke indeholder nogen bestemmelse med henblik på fastlæggelse af den frist, inden for hvilken sådanne beviser skal fremlægges.

80 Derimod fastsætter regel 40, stk. 5, i forordning nr. 2868/95 i denne henseende, at Harmoniseringskontoret anmoder EF-varemærkets indehaver om at godtgøre reel brug af varemærket inden for en af Harmoniseringskontoret fastsat frist.

81 I det foreliggende tilfælde anvendte Harmoniseringskontorets annullationsafdeling den sidstnævnte bestemmelse og tildelte Centrotherm Systemtechnik en frist med henblik på fremskaffelse af et sådant bevis. Det er endvidere ubestridt, at Centrotherm Systemtechnik inden for denne frist fremlagde flere beviser for brug af det omtvistede varemærke.

82 Endvidere bemærkes, at regel 40, stk. 5, ligeledes i andet punktum præciserer, at hvis der ikke fremlægges dokumentation for brug af varemærket inden for den af Harmoniseringskontoret tildelte frist, fortabes EF-varemærket.

83 Som det fremgår af den appellerede doms præmis 62 og 63, har Retten fortolket dette andet punktum således, at den af Harmoniseringskontoret tildelte frist under alle omstændigheder udgør en præklusionsfrist, ved udløbet af hvilken enhver form for fremlæggelse af dokumentation for brug er forbudt. Retten fandt således, at såfremt dokumentation for brug af varemærket er blevet fremlagt inden for fristen, er enhver fremlæggelse af yderligere dokumentation efter udløbet af denne frist udelukket, hvorfor Harmoniseringskontoret skal erklære varemærket fortabt, hvis den dokumentation, der blev fremlagt indledningsvis, viser sig at være utilstrækkelig med henblik på at fastslå en reel brug.

84 Denne fortolkning medførte, at Retten fandt, at regel 40, stk. 5, andet punktum, i forordning nr. 2868/95 ifølge den retspraksis, der er nævnt i denne doms præmis 77, udgør en bestemmelse, der er i strid med artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009, med den konsekvens, at det ikke var muligt for appelkammeret at tage hensyn til den yderligere dokumentation for brug af varemærket, der var blevet fremlagt af Centrotherm Systemtechnik for appelkammeret til støtte for dennes klage.

85 Dermed foretog Retten en fejlagtig fortolkning af regel 40, stk. 5, i forordning nr. 2868/95.

86 Selv om det i denne henseende ganske vist følger af denne bestemmelses ordlyd, at Harmoniseringskontoret i princippet ex officio skal erklære varemærket fortabt, når der ikke er blevet fremlagt nogen dokumentation for brug af det berørte varemærke inden for den af Harmoniseringskontoret fastsatte frist, kan en sådan konklusion til gengæld ikke drages, når der er fremlagt dokumentation for brug inden for fristen.

87 I et sådant tilfælde skal sagen nemlig, medmindre det viser sig, at den pågældende dokumentation ikke har nogen relevans med henblik på at fastslå en reel brug af varemærket, følge sit normale forløb. Harmoniseringskontoret skal bl.a., således som fastsat i artikel 57, stk. 1, i forordning nr. 207/2009, så ofte, som det er fornødent, opfordre parterne til at udtale sig om meddelelser fra dette eller om indlæg fra de øvrige parter. På den baggrund følger fortabelsen af varemærket, hvis en sådan sluttelig fastslås, ikke af en anvendelse af regel 40, stk. 5, i forordning nr. 2868/95, der i det væsentlige er af processuel karakter, men udelukkende af anvendelsen af de materielle bestemmelser i artikel 51, stk. 1, og artikel 57 i forordning nr. 207/2009.

88 Det følger bl.a. af det ovenstående, at fremlæggelse af dokumentation for brug af varemærket – således som bemærket i denne doms præmis 77 – som tilføjes den dokumentation, der blev fremlagt inden for den af Harmoniseringskontoret fastsatte frist i henhold til regel 40, stk. 5, i forordning nr. 2868/95, fortsat er mulig efter udløbet af den nævnte frist, og at det på ingen måde er forbudt for Harmoniseringskontoret at tage hensyn til yderligere beviser, som er fremlagt for sent.

89 Således som bemærket i denne doms præmis 81 er det ubestridt, at Centrotherm Systemtechnik i det foreliggende tilfælde inden for den af Harmoniseringskontoret fastsatte frist havde fremlagt flere beviser med henblik på, at det blev fastslået, at det omhandlede varemærke var blevet brugt. Det er

ligeledes ubestridt, at den først fremlagte dokumentation ikke var uden relevans for dette formål, idet denne medførte, at appelkammeret delvist afviste fortabelsesbegæringen, henset til, at den nævnte brug var blevet fastslået for visse af varerne.

90 På det grundlag må det fastslås, at Retten har begået en retlig fejl, idet den fandt i den appellerede doms præmis 62 og 63, at regel 40, stk. 5, i forordning nr. 2868/95 havde en sådan karakter, at den var til hinder for, at appelkammeret kunne udøve den skønsbeføjelse, som artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 i princippet tillægger dette med henblik på en eventuel hensyntagen til de yderligere beviser, der var blevet fremlagt for dette.

91 Det følger heraf, at det tredje anbringendes andet led må tages til følge, og at den appellerede dom dermed må ophæves.

Det fjerde anbringende vedrørende uanvendelighed for så vidt angår regel 40, stk. 5, i forordning nr. 2868/95

Parternes argumenter

92 Med det fjerde anbringende har Centrotherm Systemtechnik gjort gældende, at Retten har begået en retlig fejl ved ikke at fastslå, at regel 40, stk. 5, i forordning nr. 2868/95 er uanvendelig i det foreliggende tilfælde.

93 Dels tilsidesætter denne regel af de samme grunde som dem, der allerede blev påberåbt til støtte for det tredje anbringendes første led, forordning nr. 207/2009 ved at pålægge indehaveren af varemærket bevisbyrden for reel brug af dette.

94 Dels ville en streng anvendelse af den nævnte regel i det foreliggende tilfælde medføre tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet. Formålet med reglen, nemlig at sikre procedurens effektivitet, bør afvejes med de alvorlige og endegyldige retlige konsekvenser, der er knyttet til fortabelsen af et varemærke.

95 Centrotherm Clean Solutions har anført, at hverken Harmoniseringskontoret eller Retten har ret til at afstå fra at anvende regel 40, stk. 5, i forordning nr. 2868/95, idet legalitetsprincippet indebærer en forpligtelse til at anerkende forordningers fulde gyldighed, så længe deres ugyldighed ikke er blevet fastslået af en kompetent domstol i forbindelse med en procedure, der er fastsat i dette øjemed.

Domstolens bemærkninger

96 Hvad angår dette anbringendes første led vedrørende en tilsidesættelse af forordning nr. 207/2009 må sagsøgerens argumentation forkastes af de samme grunde som dem, der allerede har medført, at Domstolen forkastede det tredje anbringendes første led.

97 For så vidt angår det nævnte anbringendes andet led vedrørende den uforholdsmæssige karakter af en fortabelsessanktion, når denne som i det foreliggende tilfælde erklæres under anvendelse af regel 40, stk. 5, i forordning nr. 2868/95, er det i det foreliggende tilfælde tilstrækkeligt at bemærke, at den argumentation, der i denne henseende er fremført af Centrotherm Systemtechnik, er baseret på en fejlagtig forudsætning for så vidt angår rækkevidden af denne regel.

98 Således som det fremgår af denne doms præmis 85-87 og i modsætning til det, appelkammeret fandt i den omtvistede afgørelse, og det, Retten fastslog i den appellerede dom, kan der alene erklæres fortabelse på grundlag af den nævnte bestemmelse, når der ikke er blevet fremlagt nogen

dokumentation for brug af det omtvistede varemærke inden for den af Harmoniseringskontoret fastsatte frist, eller det viser sig, at den fremlagte dokumentation ikke har nogen relevans med henblik på at fastslå en reel brug af varemærket.

99 Dette er imidlertid ikke tilfældet i den foreliggende sag, idet – således som det fremgår af prøvelsen af det tredje anbringendes andet led – Centrotherm Systemtechniks fremlæggelse af dokumentation for brug af varemærket inden for den af Harmoniseringskontoret fastsatte frist udelukkede enhver ex officio erklæring om fortabelse i henhold til regel 40, stk. 5, andet punktum, i forordning nr. 2868/95 og var til hinder for, at appelkammeret, således som dette med urette fandt i den omtvistede afgørelse, ikke skulle have nogen skønsbeføjelse med henblik på eventuelt at tage hensyn til den ydereligere dokumentation, der var blevet fremlagt efterfølgende.

100 Det følger af de foregående betragtninger, at det fjerde anbringende må forkastes.

Om søgsmålet i første instans

101 Ifølge artikel 61, stk. 1, i statutten for Den Europæiske Unions Domstol kan Domstolen, såfremt den ophæver den af Retten trufne afgørelse, selv træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse, eller hjemvise den til Retten til afgørelse.

102 I det foreliggende tilfælde finder Domstolen, at tvisten er moden til påkendelse, og at Domstolen derfor bør træffe en endelig afgørelse i sagen.

103 For så vidt angår genstanden for sagen i første instans bemærkes, at Centrotherm Systemtechnik havde nedlagt påstand om delvis annullation af den omtvistede afgørelse, nemlig alene i det omfang, denne havde givet medhold i begæringen om fortabelse af det omtvistede varemærke. Denne sag var således rettet mod punkt 2 i afgørelsens konklusion, hvorved appelkammeret delvist afslog Centrotherm Systemtechniks klage vedrørende ophævelse af annullationsafdelingens afgørelse af 30. oktober 2007.

Parternes argumenter

104 Til støtte for sagen anlagt for Retten gjorde Centrotherm Systemtechnik gældende, at appelkammeret – i modsætning til det, den pågældende instans fejlagtigt fandt i den omtvistede afgørelses punkt 36 – i henhold til artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 havde en skønsbeføjelse med henblik på at tage hensyn til de yderligere beviser, der var fremlagt af Centrotherm Systemtechnik til støtte for sagen ved appelkammeret.

105 Henset til, at disse beviser skulle fuldstændiggøre de beviser, der var fremlagt rettidigt, burde de i det foreliggende tilfælde have været taget i betragtning af appelkammeret i overensstemmelse med angivelserne i dommen i sagen KHIM mod Kaul. Ifølge Centrotherm Systemtechnik burde en sådan hensyntagen være følgen af især de nævnte yderligere bevisers åbenbare relevans for udfaldet af sagen, den funktionelle sammenhæng mellem appelkammeret og annullationsafdelingen, fraværet af væsentlige processuelle ulemper, der kunne være til hinder for denne hensyntagen, og endelig behovet for at sikre en afbalancering mellem kravet om en god afvikling af proceduren og behovet for en materielt retfærdig afgørelse, idet der var tale om en sag, der kunne føre til et resultat med så alvorlige konsekvenser som fortabelsen af et varemærke.

106 Harmoniseringskontoret og centrotherm Clean Solutions nedlagde påstand om frifindelse for dette annullationsanbringende. Ifølge disse udelukkede regel 40, stk. 5, i forordning nr. 2868/95 i det foreliggende tilfælde enhver hensyntagen af appelkammeret til de omtvistede yderligere beviser. Såfremt det endvidere blev antaget, at appelkammeret i henhold til artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 havde en skønsbeføjelse med henblik på eventuelt at tage hensyn til disse yderligere

beviser, havde denne instans udøvet beføjelsen ved i den omtvistede afgørelses punkt 37 at anføre udfaldet – i det foreliggende tilfælde negativt – af udøvelsen af beføjelsen, såfremt appelkammeret reelt havde en sådan beføjelse.

Domstolens bemærkninger

107 Det fremgår af den omtvistede afgørelses punkt 36, at appelkammeret fandt, at de yderligere beviser, der var fremlagt for dette af Centrotherm Systemtechnik, ikke kunne tages i betragtning i henhold til den skønsbeføjelse, som artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 generelt tildeler Harmoniseringskontoret, henset til den omstændighed, at beviserne var fremlagt efter udløbet af fristen i regel 40, stk. 5, andet punktum, i forordning nr. 2868/95, der udgør en præklusionsfrist, hvis manglende overholdelse automatisk medfører fortabelse af varemærket.

108 Som det følger af denne doms præmis 85-90, hidrører en sådan vurdering fra en fejlagtig fortolkning af regel 40, stk. 5, og den tilsidesætter artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009.

109 Det kan endvidere ikke antages – modsat det, Harmoniseringskontoret og centrotherm Clean Solutions har gjort gældende – at den mangel, som den omtvistede afgørelse er behæftet med, er blevet udbedret, alene af den grund, at appelkammeret efterfølgende i afgørelsens punkt 37 har oplyst, at selv om appelkammeret frit havde kunnet vurdere relevansen af hensyntagen til beviser, der er fremlagt for sent, fremstod der ingen begrundelse for, at appelkammeret burde have udøvet skønsbeføjelsen til fordel for sagsøgeren, idet denne alene havde fremført generelle argumenter om rollen og værdien af varemærkeretten uden at gøre gældende, at det var umuligt at fremlægge bevis for brug allerede i førsteinstansen.

110 Sådanne generelle og kategoriske udtalelser gør det nemlig på ingen måde muligt at antage, at appelkammeret har foretaget en effektiv udøvelse af den skønsbeføjelse, som artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 tildeler dette med henblik på, at det under behørig hensyntagen til samtlige relevante omstændigheder afgør, hvorvidt der skulle tages hensyn til de yderligere beviser, der var fremlagt for dette med henblik på den afgørelse, som det skulle træffe (jf. i denne retning dommen i sagen KHIM mod Kaul, præmis 43 og 68).

111 I denne henseende må det indledningsvis understreges, at Harmoniseringskontorets eventuelle hensyntagen til de nævnte yderligere beviser ikke på nogen måde udgør en »tjeneste«, der ydes den ene eller den anden part, men den bør udgøre resultatet af en objektiv og begrundet udøvelse af den skønsbeføjelse, som den nævnte artikel 76, stk. 2, tildeler dette organ.

112 Det må endvidere bemærkes, at den begrundelse, der således kræves, er så meget desto mere nødvendig, når Harmoniseringskontoret træffer afgørelse om, at afvise de beviser, der er fremlagt for sent.

113 I denne henseende bemærkes, at Domstolen bl.a. har fastslået, at Harmoniseringskontorets hensyntagen, når dette skal træffe afgørelse i forbindelse med en indsigelsessag, navnlig kan være berettiget, når Harmoniseringskontoret er af den opfattelse, at de for sent fremførte beviser for en umiddelbar betragtning kan have en afgørende betydning for udfaldet af indsigelsen, og tidspunktet for proceduren, hvorpå denne sene fremsættelse sker, og omstændighederne omkring den ikke er til hinder for en sådan hensyntagen (dommen i sagen KHIM mod Kaul, præmis 44).

114 Sådanne betragtninger viser sig på tilsvarende måde især at kunne begrunde Harmoniseringskontorets hensyntagen, når dette skal træffe afgørelse om en fortabelsesbegæring, til beviser for brug af varemærket, som, selv om de ikke er blevet fremlagt inden for den af Harmoniseringskontoret fastsatte frist i henhold til regel 40, stk. 5, i forordning nr. 2868/95, blev fremlagt på et senere tidspunkt i proceduren som et tillæg til de beviser, der blev fremlagt inden for fristen.

115 I det foreliggende tilfælde synes især den omstændighed at kunne indgå blandt de forhold, der var relevante at tage i betragtning, at afgørelsen om fortabelse blev truffet af annullationsafdelingen efter fremlæggelsen – inden for den af denne afdeling fastsatte frist – af de indledende faktiske beviser for brug af det omtvistede varemærke, hvortil der var knyttet bemærkninger om forbehold vedrørende fortrolighed og et tilbud om yderligere beviser.

116 Appelkammeret har tilsyneladende ikke på behørig vis undersøgt disse aspekter, eller i øvrigt de andre forhold, der kunne være relevante, lige så lidt som det tilsyneladende har undersøgt den eventuelle relevans af de yderligere beviser, der blev fremlagt af Centrotherm Systemtechnik.

117 Det er endvidere vigtigt at understrege – i modsætning til det, der er anført i den omtvistede afgørelses punkt 37 – at en eventuel hensyntagen til yderligere beviser for brug af varemærket, som fremlægges efter udløbet af fristen i regel 40, stk. 5, i forordning nr. 2868/95, ikke nødvendigvis kræver, at den berørte ikke var i stand til at fremlægge disse beviser inden for fristen.

118 Det følger af ovenstående bemærkninger, at den omtvistede afgørelse bør annulleres, idet Harmoniseringskontorets Fjerde Appelkammer herved afslog Centrotherm Systemtechniks klage over annullationsafdelingens afgørelse.

119 Det tilkommer det nævnte appelkammer at vurdere – bl.a. under iagttagelse af de oplysninger, der følger af denne dom, og under behørig hensyntagen til alle de relevante omstændigheder samt ved i denne henseende at begrunde afgørelsen – om de yderligere beviser fremlagt af Centrotherm Systemtechnik for appelkammeret skal tages i betragtning med henblik på at træffe afgørelse om den klage, der fortsat verserer for den.

Sagens omkostninger

120 Ifølge Domstolens procesreglements artikel 184, stk. 2, træffer Domstolen, såfremt appellen tages til følge, og Domstolen selv endeligt afgør sagen, afgørelse om sagsomkostningerne.

121 Samme procesreglements artikel 138, stk. 3, som i medfør af dettes artikel 184, stk. 1, finder anvendelse i appelsager, fastsætter, at hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter, bærer hver part sine egne omkostninger.

122 I det foreliggende tilfælde skal dels bemærkes, at selv om et af de anbringender, der er påberåbt af Centrotherm Systemtechnik under appellen, er blevet taget til følge, og den appellerede dom er blevet ophævet på dette punkt, er dette ikke tilfældet for så vidt angår de øvrige anbringender, der alle er blevet forkastet af Domstolen.

123 Dels bemærkes for så vidt angår sagen i første instans, at Domstolen ved delvist at annullere den omtvistede afgørelse ligeledes har givet medhold i et af de anbringender, der er blevet påberåbt af Centrotherm Systemtechnik. Det fremgår til gengæld af den appellerede dom, at Centrotherm Systemtechnik ikke har fået medhold i de øvrige anbringender, som selskabet har gjort gældende i første instans, og at den appellerede dom ikke på disse punkter er blevet underkendt af Domstolen.

124 På det grundlag, og idet hver af parterne delvist har tabt sagen i såvel første instans som under denne appel, bærer hver part sine egne omkostninger.

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

1) Dom afsagt af Den Europæiske Unions Ret den 15. september 2011 i sagen Centrotherm Systemtechnik mod KHIM – centrotherm Clean Solutions (CENTROTHERM) (sag T-434/09) ophæves.

2) Punkt 2 i konklusionen i afgørelse truffet den 25. august 2009 af Fjerde Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 6/2008-4) annulleres.

3) Centrotherm Systemtechnik GmbH, Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) og centrotherm Clean Solutions GmbH & Co. KG bærer deres egne omkostninger både i forbindelse med sagen i første instans og appelsagen.

Underskrifter