RETTENS DOM (Første Afdeling)

15. juli 2011 *

I sag T-108/08,

Zino Davidoff SA, Fribourg (Schweiz), ved advokaterne H. Kunz-Hallstein og R. Kunz-Hallstein,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved R. Pethke og J. Laporta Insa, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

den anden part i sagen for appelkammeret ved Harmoniseringskontoret og intervenient ved Retten:

I. Kleinakis kai SIA OE, Athen (Grækenland), ved advokat K. Siotou,

* Processprog: engelsk.

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 30. november 2007 af Andet Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 298/2007-2) vedrørende en indsigelsessag mellem I. Kleinakis kai SIA OE og Zino Davidoff SA,

har

RETTEN (Første Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J. Azizi (refererende dommer), og dommerne E. Cremona og S. Frimodt Nielsen,

justitssekretær: fuldmægtig S. Spyropoulos,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 27. februar 2008,

under henvisning til Harmoniseringskontorets svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 10. juni 2008,

under henvisning til intervenientens svarskrift, som blev indleveret til Rettens Justitskontor den 30. maj 2008,

under henvisning til replikken, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 12. november 2008,

under henvisning til Harmoniseringskontorets duplik, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 15. januar 2009,

og efter retsmødet den 2. marts 2011,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

1 Den 14. juni 2000 indgav sagsøgeren, Zino Davidoff SA, en ansøgning om registrering af et EF-varemærke til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«) i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), med senere ændringer (erstattet af Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26.2.2009 om EF-varemærker (EUT L 78, s. 1)).

2 Der blev ansøgt om registrering af ordmærket GOOD LIFE.

3 De varer, som registreringsansøgningen vedrører, henhører under klasse 3 i Nicearrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret.

4 EF-varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EF-varemærketidende* nr. 27/2001 af 26. marts 2001.

5 Den 15. juni 2001 rejste intervenienten, I. Kleinakis kai SIA OE, indsigelse i henhold til artikel 42 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 41 i forordning nr. 207/2009) mod registreringen af det ansøgte varemærke under påberåbelse af, at der var risiko for forveksling i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009].

6 Indsigelsen var støttet på det ældre græske ordmærke GOOD LIFE, der er registreret under nr. 102-703 og omfatter de varer, der henhører under klasse 3 og 5, som svarer til følgende beskrivelse: »Parfumerivarer, kosmetik, dvs. varer, der er parfumerede, og luftfriskere«.

7 Den 3. juni 2005 anmodede sagsøgeren om bevis for, at der var gjort reelt brug af det ældre varemærke i Grækenland.

8 Med henblik på at bevise den reelle brug af det ældre varemærke i Grækenland indgav intervenienten den 3. oktober 2005 følgende dokumenter:

— den af sagsøgeren fremsatte begæring om det ældre varemærkes ugyldighed, der er støttet på manglende brug af nævnte varemærke samt det administrative udvalg for græske varemærkers afgørelse nr. 2910/2002 af 8. april 2002 (herefter »den græske afgørelse«), hvorved ugyldighedsbegæringen blev afslået

— ti fakturaer med datoer fra perioden mellem den 17. maj 2000 og den 27. september 2005

— 17 fotokopier af fotografier, der viser intervenientens påståede kunders detailforretninger indvendigt og udvendigt

— indscannede fotografier af tre varer, der er forsynede med varemærket GOOD LIFE.

9 Den 20. december 2006 afviste indsigelsesafdelingen indsigelsen i sin helhed. Beviset for den reelle brug af det ældre varemærke var ikke blevet godtgjort. De dokumenter, som den græske afgørelse var støttet på, var hverken blevet uddybet eller fremlagt. Desuden omhandlede kun to af de dokumenter, der var fremlagt som bevis for den reelle brug, referenceperioden, og omfanget af salget var ikke tilstrækkeligt til at fastslå, at der forelå en reel brug af nævnte varemærke.

10 Den 16. februar 2007 indgav intervenienten en klage til Harmoniseringskontoret i henhold til artikel 57-62 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 58-64 i forordning nr. 207/2009) over indsigelsesafdelingens afgørelse.

11 Ved afgørelse af 30. november 2007 (herefter »den anfægtede afgørelse«) tog Andet Appelkammer ved Harmoniseringskontoret klagen til følge, idet det annullerede indsigelsesafdelingens afgørelse og hjemviste sagen til videre behandling. Ifølge appelkammeret er den græske afgørelse, der fastslog, at der forelå en reel brug af det ældre varemærke i Grækenland, »meget relevant i den foreliggende sag« (den anfægtede afgørelses punkt 19 og 20). Desuden blev to fakturaer og en fotokopi af et fotografi af et salgssted fremlagt som bevis for den reelle brug. Fakturaerne af 17. maj 2000 og af 8. januar 2001 vidner henholdsvis om salg af 19 287 og 782 artikler, der er forsynet med det ældre varemærke (den anfægtede afgørelses punkt 22). Selv om beviserne ikke er mange, er de tilstrækkelige til at bevise den reelle brug af det ældre varemærke i Grækenland (den anfægtede afgørelses punkt 24). Selv om ingen af beviserne derfor i sig selv ville være tilstrækkelige til at bevise det nævnte varemærkes reelle brug, er de af intervenienten fremlagte beviser i deres helhed — navnlig henset til den græske afgørelses relevans — tilstrækkelige til at fastslå, at der er gjort reel brug af det ældre varemærke i henhold til artikel 43, stk. 3, i forordning nr. 40/94 (nu artikel 42, stk. 3, i forordning nr. 207/2009) for de varer, for hvilke det er registreret (den anfægtede afgørelses punkt 26).

Parternes påstande

12 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede beslutning annulleres.

— Harmoniseringskontoret eller intervenienten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

13 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Andet og fjerde anbringende forkastes.

— I øvrigt frifindes Harmoniseringskontoret.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

14 Intervenienten har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

15 Til støtte for sit søgsmål har sagsøgeren fremsat fem anbringender, nemlig for det første et anbringende om tilsidesættelse af legalitetsprincippet i forbindelse med den omstændighed, at den græske afgørelse blev taget i betragtning, for det andet et anbringende om tilsidesættelse af artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94 (nu artikel 42, stk. 2, i forordning nr. 207/2009) og om en fejlagtig faktisk konstatering, for det tredje et anbringende om tilsidesættelse af regel 22, stk. 2 og 3, i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 40/94 (EFT L 303, s. 1), for det fjerde et anbringende om tilsidesættelse af artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94 (nu artikel 76, stk. 1, i forordning nr. 207/2009) og om en fejlagtig faktisk konstatering, og for det femte et anbringende om tilsidesættelse af artikel 73, andet punktum, i forordning nr. 40/94 (nu artikel 75, andet punktum, i forordning nr. 207/2009).

16 I den anfægtede afgørelse har appelkammeret på baggrund af den græske afgørelse og fakturaerne af 17. maj 2000 og af 8. januar 2001 fastslået, at der forelå en reel brug af det ældre varemærke.

17 Sagsøgeren har gjort gældende, at appelkammeret derfor har tilsidesat legalitetsprincippet, artikel 43, stk. 2, og artikel 73 og 74 i forordning nr. 40/94 samt regel 22, stk. 2 og 3, i forordning nr. 2868/95.

18 Harmoniseringskontoret og intervenienten har anført, at appelkammeret med føje fastslog, at der forelå reel brug af det ældre varemærke. De fremlagte beviser er tilstrækkelige med henblik på at konkludere, at der i referenceperioden er gjort reel brug af det ældre varemærke i Grækenland. Fakturaen af 17. maj 2000 vedrører 19 287 artikler, og fakturaen af 8. januar 2001 vedrører 782 artikler. Harmoniseringskontoret har imidlertid i sin duplik anerkendt, at appelkammeret som følge af en dårlig oversættelse har foretaget en fejlagtig fortolkning af disse fakturaer, der angiver et antal

af solgte artikler, der er lavere end det antal, som indsigelsesafdelingen oprindeligt havde konstateret, og som appelkammeret har lagt til grund. Ifølge Harmoniseringskontoret er fakturaerne imidlertid ubetydelige i helhedsvurderingen af beviserne for den reelle brug, hvoriblandt det væsentligste bevis er den græske afgørelse, der ledte appelkammeret til at fastslå, at der var gjort reel brug af det ældre varemærke.

19 Artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94 bestemmer, at »Harmoniseringskontoret […] ex officio [prøver] 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«. Denne bestemmelse er et udtryk for pligten til at udvise omhu, ifølge hvilken den kompetente institution omhyggeligt og upartisk har pligt til at efterprøve alle relevante forhold i den konkrete sag (jf. i denne retning Domstolens dom af 21.11.1991, sag C-269/90, Technische Universität München, Sml. I, s. 5469, præmis 14, og af 6.11.2008, sag C-405/07 P, Nederlandene mod Kommissionen, Sml. I, s. 8301, præmis 56, samt Rettens dom af 18.9.1995, sag T-167/94, Nölle mod Rådet og Kommissionen, Sml. II, s. 2589, præmis 73, og Rettens kendelse af 14.12.2005, sag T-369/03, Arizona Chemical m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 5839, præmis 85).

20 I forbindelse med vurderingen af, hvorvidt den reelle brug af et ældre varemærke er tilstrækkeligt godtgjort, tilkommer det ligeledes Harmoniseringskontoret og dets appelkamre omhyggeligt og upartisk at undersøge alle de beviser, som parterne i sagen har fremlagt.

21 I den foreliggende sag har appelkammeret støttet den anfægtede afgørelse på den græske afgørelse, fordi den er »relevant i den foreliggende sag«, og på fakturaerne af 17. maj 2000 og af 8. januar 2001. Appelkammeret har anført, at selv om ingen af beviserne i sig selv ville være tilstrækkelige med henblik på at bevise det ældre varemærkes reelle brug, er beviserne i deres helhed tilstrækkelige i denne henseende (den anfægtede afgørelses punkt 26).

22 Det skal i denne forbindelse for det første bemærkes, at appelkammeret i den anfægtede afgørelse begrænser sig til at anføre, at det »finder, at den [græske] afgørelse faktisk er meget relevant i den foreliggende sag«, idet appelkammeret erkender, at nævnte afgørelse ikke indeholder nogen angivelse af arten af de beviser, der er blevet fremlagt i forbindelse med den administrative behandling før vedtagelsen af denne afgørelse.

23 Hvis Harmoniseringskontoret, og herunder dets appelkamre, beslutter at træffe afgørelse på baggrund af en national afgørelse som bevismiddel, hvilket i princippet står det frit for (jf. i denne retning Rettens dom af 16.2.2010, sag T-122/99, Procter & Gamble mod KHIM (en sæbes form), Sml. II, s. 265, præmis 61, og af 19.9.2001, sag T-337/99, Henkel mod KHIM (rød og hvid rund tablet), Sml. II, s. 2597, præmis 58), skal appelkammeret imidlertid i overensstemmelse med de ovenfor i præmis 19 og 20 anførte principper med behørig omhu og på omhyggelig vis undersøge, om dette bevismiddel kan bevise den reelle brug af det ældre varemærke.

24 I den foreliggende sag ville en omhyggelig undersøgelse af den græske afgørelse have vist, at afgørelsen kortfattet henviser til de dokumenter og argumenter, som parterne har fremført i forbindelse med den sagsbehandling, der ledte til afgørelsens vedtagelse. Derudover er disse dokumenter ikke blevet overført til Harmoniseringskontorets sagsakter og var således ikke til rådighed for appelkammeret. De af intervenienten fremlagte beviser under sagen for Harmoniseringskontoret indeholder nemlig ingen dokumenter, der hidrører fra sagsakterne fra behandlingen ved den græske myndighed. Under disse omstændigheder var appelkammeret hverken i stand til at forstå begrundelsen, herunder vurderingen af beviserne, eller til at identificere de beviser, som den græske afgørelse, der konstaterede en reel brug af det ældre varemærke, var støttet på.

25 Appelkammeret kunne imidlertid ikke blot tilslutte sig de græske myndigheders konklusion som bevis for den reelle brug af det ældre varemærke uden nærmere at undersøge, om den græske afgørelse var støttet på afgørende beviser, eftersom sådanne beviser skal fremlægges af intervenienten. Dermed har appelkammeret tilsidesat

artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94 og pligten til at udvise omhu, idet det trods manglen på beviser anerkendte den græske afgørelses bevisværdi for så vidt angår beviset for den reelle brug af det ældre varemærke.

26 Det skal for det andet undersøges, om appelkammeret alligevel gyldigt kunne fastslå, at der forelå bevis for den reelle brug af det ældre varemærke, idet det navnlig har støttet sig på fakturaerne af 17. maj 2000 og af 8. januar 2001. Det må imidlertid i denne forbindelse konstateres, at appelkammeret — som følge af en fejlagtig oversættelse og fortolkning — med urette udledte, at fakturaerne angav salget til henholdsvis 19 287 og 782 artikler. Som sagsøgeren har anført, og som anerkendt af Harmoniseringskontoret under sagens behandling, svarer den kolonne, der er oversat som om, den angiver »mængden«, faktisk til »stykprisen« i græske drakmer. Som Harmoniseringskontoret har medgivet, har appelkammeret således — som følge af manglende omhyggelighed i oversættelsen — truffet den anfægtede afgørelse på baggrund af fejlagtige tal.

27 Det fremgår af en korrekt oversættelse af fakturaen af 17. maj 2000, at i stedet for 19 287 fakturerede essentielle olier, cremer og parfumerede sæber er der kun solgt 30 essentielle olier, 1 creme og 9 sæber, dvs. 40 varer i alt. Hvad angår fakturaen af 8. januar 2001 fremgår det af en korrekt oversættelse, at der kun er blevet solgt 45 sæber med det ældre varemærke. Som Harmoniseringskontoret har medgivet under sagens behandling, var de 1 500 parfumerede poser, der er nævnt i denne faktura, derimod ikke forsynet med det ældre varemærke og kan således ikke udgøre bevis for dets brug. Antallet af solgte varer er således væsentligt lavere end det antal, som appelkammeret har konstateret i den anfægtede afgørelse. Appelkammeret har dermed begået en ikke uvæsentlig fejl i vurderingen af fakturaerne af 17. maj 2000 og af 8. januar 2001.

28 Eftersom den græske afgørelse kun besad en begrænset bevisværdi, var den korrekte fastsættelse af fakturaernes oplysninger afgørende for vurderingen af den reelle brug af det ældre varemærke. Idet vurderingen af de to fakturaer imidlertid hviler på en fejlagtig oversættelse, medfører dette, at hele den anfægtede afgørelse er behæftet med en fejlagtig bedømmelse af de faktiske omstændigheder på grund af manglende omhu. I løbet af den administrative behandling, der ledte til vedtagelsen af den anfægtede afgørelse, har appelkammeret følgelig tilsidesat artikel 74, stk. 1, i forordning

nr. 40/94 og pligten til at udvise omhu, idet det undlod omhyggeligt og upartisk at undersøge alle de relevante elementer i den foreliggende sag. Det kan således ikke udelukkes, at det alt efter omstændighederne, såfremt disse elementer var blevet korrekt undersøgt, ville kunne have medført en anden vurdering fra appelkammeret for så vidt angår beviset for den reelle brug af det ældre varemærke.

29 Dermed medfører den foreliggende procedurefejl, at den anfægtede afgørelse må annulleres. Der gives medhold i anbringendet om tilsidesættelse af artikel 74 i forordning nr. 40/94.

30 Følgelig skal den anfægtede afgørelse annulleres, uden at det er nødvendigt at undersøge de øvrige anbringender.

Sagens omkostninger

31 Ifølge Rettens procesreglements artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Harmoniseringskontoret har tabt sagen og bør derfor pålægges, ud over at bære sine egne omkostninger, at betale sagsøgerens omkostninger i overensstemmelse med dennes påstand herom.

32 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 4, tredje afsnit, bestemmes, at intervenienten bør bære sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Første Afdeling):

1) Afgørelsen truffet den 30. november 2007 af Andet Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (sag R 298/2007-2) annulleres.

2) Harmoniseringskontoret bærer sine egne omkostninger og betaler de af Zino Davidoff SA afholdte omkostninger.

3) I. Kleinakis kai SIA OE bærer sine egne omkostninger.

Azizi Cremona Frimodt Nielsen

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

Underskrifter