RETTENS DOM (Tredje Afdeling)

14. december 2011 *

I sag T-504/09,

Völkl GmbH & Co. KG, Erding (Tyskland), ved advokat C. Raßmann,

sagsøger,

mod

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

sagsøgt,

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

Marker Völkl International GmbH, Baar (Schweiz), ved advokat J. Bauer,

* Processprog: tysk.

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 30. september 2009 af Første Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret« (sag R 1387/2008-1) vedrørende en indsigelsessag mellem Marker Völkl International GmbH og Völkl GmbH & Co. KG,

har

RETTEN (Tredje Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, O. Czúcz, og dommerne I. Labucka og D. Gratsias (refererende dommer),

justitssekretær: fuldmægtig T. Weiler,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 16. december 2009,

under henvisning til Harmoniseringskontorets svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 29. marts 2010,

under henvisning til intervenientens svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 8. marts 2010,

under henvisning til afgørelsen af 19. april 2010 om ikke at give tilladelse til, at der indgives replik,

efter retsmødet den 14. juli 2011,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

1 Den 25. april 2005 indgav sagsøgeren, Völkl GmbH & Co. KG, en ansøgning om registrering af et EF-varemærke til 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 Det varemærke, der er søgt registreret, er ordmærket VÖLKL.

3 De varer, som varemærkeansøgningen vedrører, henhører under klasse 3, 9, 18 og 25 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer i hver enkelt af disse klasser til følgende beskrivelse:

— Klasse 3: »Skoplejeprodukter«.

— Klasse 9: »Specielt fodtøj (brandmandsfodtøj)«.

— Klasse 18: »Læder og lædervarer, bortset fra sports- og rejsetasker«.

— Klasse 25: »Fodtøj, navnlig skistøvler, »after ski«-støvler, bjergbestigningsstøvler, pelsstøvler, klatresko, vandresko, sports- og fritidssko«.

4 EF-varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EF-Varemærketidende* nr. 5/2005 af 30. januar 2006.

5 Den 27. april 2006 rejste intervenienten Marker Völkl International GmbH 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.

6 Indsigelsen var støttet på det internationale ordmærke VÖLKL (herefter »det ældre varemærke«) registreret den 31. juli 1991 under nr. 571440. Denne registrering har bl.a. virkning i Spanien og Italien og betegner bl.a. varer i klasse 18, 25 og 28 og svarer for hver af disse klasser til følgende beskrivelse:

— Klasse 18: »Sportstasker«.

— Klasse 25: »Beklædningsgenstande«.

— Klasse 28: »Gymnastik- og sportsartikler«.

7 Den registreringshindring, der blev påberåbt til støtte for indsigelsen, var den, der er omfattet af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009].

8 I sine indlæg indgivet til Harmoniseringskontoret den 20. december 2006 forelagde sagsøgeren bl.a. en begæring om bevis for reel brug af det ældre varemærke for de varer, som var påberåbt til støtte for indsigelsen i overensstemmelse med artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 (nu artikel 42, stk. 2 og 3, i forordning nr. 207/2009).

9 I forlængelse af fremsættelsen af denne begæring indgav intervenienten som bilag til sine indlæg indgivet til Harmoniseringskontoret den 1. marts 2007 bl.a. følgende beviser:

— Statistikker over omsætningen, bl.a. for salg af ski og snowboards, ski- og snowboardtøj samt sportstilbehør, såsom sportstasker, for perioden 2002-2006.

— To kataloger med varer, der blev markedsført af selskabet i sæsonen 2006/2007, hvoraf det ene vedrører ski, snowboards og skitasker og det andet vedrører ski- og snowboardtøj.

— To serier af fakturaer vedrørende salg af intervenientens varer, henholdsvis til selskabets spanske og italienske distributører.

10 Endvidere fremsendte intervenienten den 2. marts 2007 til Harmoniseringskontoret en beediget erklæring fra G, en samarbejdspartner fra et til intervenienten knyttet selskab. Denne bekræftede under ed den omsætning, som intervenienten havde opnået mellem 2002 og 2006, bl.a. gennem salg af de varer, som er nævnt i præmis 9 ovenfor, og erklærede, at alle disse varer bar det ældre varemærke.

11 Den 31. juli 2008 tog indsigelsesafdelingen, idet den fastslog, at indsigelsen alene vedrørte registreringen af det ansøgte varemærke for varerne »skifodtøj, snowboardstøvler, sportssko« i klasse 25 (herefter »de tre varer«) indsigelsen til følge, for så vidt angår disse varer (punkt 1 i konklusionen i indsigelsesafdelingens afgørelse).

12 Indsigelsesafdelingen fastslog, at intervenienten havde ført bevis for reel brug af det ældre varemærke for de varer, der er anført i præmis 6 ovenfor. I den forbindelse henviste indsigelsesafdelingen i sin afgørelse til fakturaerne, statistikkerne for omsætning og til G's beedigede erklæring, som intervenienten havde fremlagt, og den fastslog, at de vedrørte den pågældende periode og de relevante medlemsstater, i det foreliggende tilfælde Spanien og Italien, og godtgjorde en imponerende salgsvolumen for de omhandlede varer. Indsigelsesafdelingen konstaterede, at fakturaerne indeholdt et figurtegn (herefter »det første figurmærke«), som er gengivet nedenfor:



13 Indsigelsesafdelingen fastslog imidlertid, at brugen af dette tegn udgjorde en brug af et ældre varemærke i en form, der ikke forandrer det fornødne særpræg i henhold

til artikel 15, stk. 2, litra a), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 15, stk. 1, andet afsnit, litra a), i forordning nr. 207/2009], der finder analog anvendelse. Indsigelsesafdelingen forkastede endvidere sagsøgerens argument om, at den påståede brug af det ældre varemærke var blevet foretaget af en anden virksomhed og ikke af intervenienten. Når intervenienten selv havde gjort gældende, at der var gjort brug af selskabets varemærke af tredjemand, betød det ifølge indsigelsesafdelingen, at intervenienten forudsætningsvis gjorde gældende, at denne brug var blevet foretaget med dennes samtykke i henhold til artikel 15, stk. 3, i forordning nr. 40/94 (nu artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 207/2009).

14 Hvad angår de tre varer fastslog indsigelsesafdelingen, at der i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 forelå risiko for forveksling mellem det ansøgte varemærke og det ældre varemærke, henset til identiteten mellem de pågældende varemærker og til ligheden mellem de varer, der var omfattet af varemærkerne. Indsigelsesafdelingen bemærkede i punkt 2 i sin afgørelses konklusion endvidere, at det ansøgte varemærke kunne registreres for de varer i klasse 3, 9 og 18, som er nævnt i præmis 3 ovenfor, samt for »fodtøj med undtagelse af skifodtøj, snowboardstøvler og sportssko« i klasse 25 (herefter samlet »de øvrige varer«).

15 Den 25. september 2008 indgav sagsøgeren en klage til Harmoniseringskontoret over indsigelsesafdelingens afgørelse i henhold til artikel 57-62 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 58-64 i forordning nr. 207/2009).

16 Ved afgørelse af 30. september 2009 (herefter »den anfægtede afgørelse«), som blev meddelt sagsøgeren den 16. oktober 2009, annullerede Første Appelkammer ved Harmoniseringskontoret indsigelsesafdelingens afgørelse »for så vidt angår konstateringen af risiko for forveksling mellem de omhandlede tegn og [hjemviste] afgørelsen til indsigelsesafdelingen til videre behandling« (punkt 1 i den anfægtede afgørelses konklusion). Derimod afviste appelkammeret »klagen vedrørende afgørelsen om bevis for [reel] brug« af det ældre varemærke (punkt 2 i den anfægtede afgørelses konklusion).

17 For det første bemærkede appelkammeret, at indsigelsesafdelingen ikke identificerede de varer, der var omfattet af indsigelsen, korrekt. Ifølge appelkammeret indeholdt den indsigelseskrivelse, som intervenienten indgav, ingen angivelse af de varer, der var omfattet af indsigelsen. Indsigelsen skulle i overensstemmelse med regel 15, stk. 3, litra a), i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 (EFT L 303, s. 1), med senere ændringer, følgelig anses for at omfatte samtlige de af det ansøgte varemærke omfattede varer. Appelkammeret bemærkede endvidere, at selv om »sportssko« og »skifodtøj« var omfattet af ordet »skistøvler«, som blev anvendt i sagsøgerens ansøgning om registrering, var »snowboardstøvler« ikke omfattet af ansøgningen. Appelkammeret fastslog derfor, at indsigelsesafdelingen havde taget stilling til varer, der ikke var anført i listen over varer, som var omfattet af det ansøgte varemærke. Selv om parterne ikke rejste dette spørgsmål og begrænsede sig til spørgsmålet om reel brug af det ældre varemærke, fastslog appelkammeret, at indsigelsesafdelingens afgørelse skulle annulleres, for så vidt som den vedrørte risiko for forveksling mellem de omhandlede varemærker (den anfægtede afgørelses punkt 15-18).

18 For det andet fastslog appelkammeret som indsigelsesafdelingen, at intervenienten havde godtgjort, at der forelå reel brug i Italien og Spanien af det ældre varemærke for de varer, for hvilke det var beskyttet (den anfægtede afgørelses punkt 22).

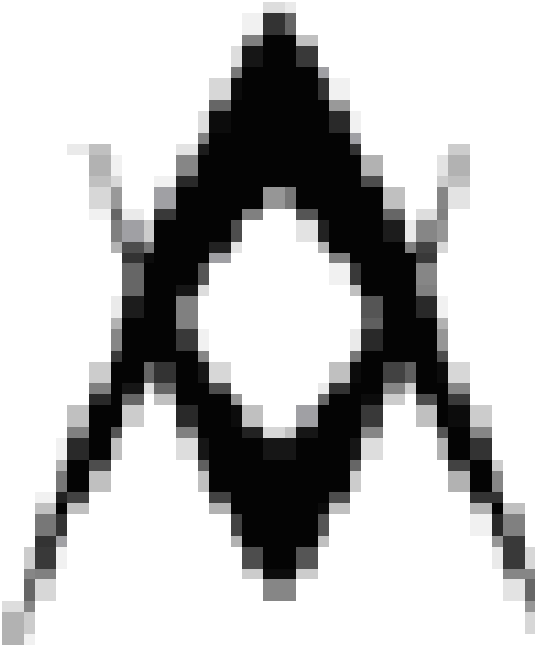
19 Som begrundelse for denne konklusion bemærkede appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 24 og 25 følgende:

> »24. De fakturaer, som [intervenienten] har fremlagt for perioden 2002-2006, beviser det salg, som blev opnået i denne periode i Spanien og Italien, dvs. stedet og datoen for samt omfanget af brugen. Selv om det er korrekt, at disse fakturaer udelukkende indeholder angivelse af [intervenientens første figurmærke],

må det medgives, at det ikke kan kræves af indsigeren, at der for fakturaerne særskilt fremlægges salgsoplysninger for de varer, der bærer [det ældre] varemærke. Generelt er en sådan sondring mellem varer ganske enkelt ikke mulig, hvilket særligt gælder, når varerne ikke alle bærer det samme identiske tegn. I dette tilfælde indebærer en sondring en administrativ indsats, der normalt ikke med rimelighed kan forventes af den pågældende virksomhed uden at gøre det næsten umuligt at føre bevis for brug.

25. Hvad angår karakteren af brugen af det varemærke, som indsigelsen er støttet på, fremgår det af uddrag fra [intervenientens] kataloger, at selskabet ikke udelukkende anvender [det første figurmærke] for at betegne sine varer, som ligeledes bærer [et andet figurmærke] og [det ældre] varemærke. Det [ældre] varemærke forekommer isoleret i sin egenskab af ren ordbestanddel på ski, skistøvler og et stort antal øvrige sportsbeklædningsgenstande, der er illustreret i disse kataloger. De varer, der er illustreret i de kataloger, som indsigeren har fremlagt, er ligeledes nævnt i de fakturaer, der er vedlagt sagsakterne. Fakturaen af 12. januar 2006 i en spansk kundes navn f.eks. omfatter artikel nr. 106001 (Racetiger OS Racing Titanium), nr. 106021 (Racetiger RC Titanium) og nr. 106051 (Supersport Allstar Titanium), og fakturaen af 21. december 2005 vedrører bl.a. vare nr. 106031 (Racetiger SC Titanium) og nr. 106240 (Attiva Star). Disse varer vedrører det [ældre] varemærke i sin egenskab af rent ordmærke og et andet sted [et andet af intervenientens figurmærker]. Skikataloget på spansk vedrører udelukkende det relevante spanske marked som følge af det anvendte sprog. Det følger imidlertid af en sammenligning med de fakturaer i de italienske kunders navn, som indsigeren har tilført sagen, at varerne ligeledes markedsføres i Italien. Fakturaen af 18. november 2005 vedrører eksempelvis artikel nr. 106021 (Racetiger RC Titanium), og [det ældre] varemærke er påført disse varer som et rent ordmærke. Nogle af disse viser også intervenientens andet figurmærke anbragt et andet sted.«

20 Intervenientens andet figurmærke, der er nævnt i den anfægtede afgørelses punkt 25 (herefter »det andet figurmærke«), er gengivet nedenfor:



21 Appelkammeret fastslog endvidere under henvisning til Rettens praksis, at intervenienten ikke skulle føre bevis for en brug, der var isoleret fra det ældre varemærke, men at det var tilstrækkeligt at godtgøre, at intervenienten havde anvendt det på de relevante varer sammen med andre varemærker (den anfægtede afgørelses punkt 26 og 27). Appelkammeret fastslog, henset til dets konklusion, endelig, at det ikke var fornødent at behandle det spørgsmål, der er blevet diskuteret i retspraksis, om udvidelse af den beskyttelse, som et registreret varemærke nyder mod et andet varemærke, som består i en mindre afvigelse i forhold til det første varemærke (den anfægtede afgørelses punkt 28).

Parternes påstande

22 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Indsigelsesafdelingens afgørelse annulleres, for så vidt som den giver medhold i indsigelsen.

— Indsigelsen forkastes.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

23 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse for så vidt angår punkt 2 i den anfægtede afgørelses konklusion vedrørende beviset for reel brug af det ældre varemærke.

— I øvrigt annulleres den anfægtede afgørelse.

— Hver part bærer sine egne omkostninger.

24 Intervenienten har nedlagt følgende påstande:

— Harmoniseringskontoret frifindes.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

Formaliteten

25 Det forekommer først nødvendigt at undersøge, om sagen kan antages til realitetsbehandling på baggrund af artikel 65, stk. 4, i forordning nr. 207/2009. I henhold til denne bestemmelse kan der anlægges søgsmål ved Retten til prøvelse af en afgørelse vedtaget af Harmonsieringskontorets appelkamre af »enhver part i sagen ved appelkammeret […], for så vidt den pågældende ikke har fået medhold«.

26 En afgørelse fra et appelkammer skal anses for at give medhold i en påstand fra en af parterne for appelkammeret, såfremt partens påstand tages til følge på grundlag af en registreringshindring for eller ugyldighed af et varemærke eller mere generelt alene på grundlag af en del af den af parten fremførte argumentation, selv om appelkammeret undlader at behandle eller forkaster de øvrige anbringender eller argumenter,

som samme part har påberåbt sig (jf. i denne retning Rettens kendelse af 14.7.2009, sag T-300/08, Hoo Hing mod KHIM — Tresplain Investments (Golden Elephant Brand), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 29-37).

27 Det må til gengæld fastslås, at en afgørelse truffet af et appelkammer ved Harmoniseringskontoret ikke giver medhold i partens påstand i henhold til artikel 65, stk. 4, i forordning nr. 207/2009, såfremt den træffer afgørelse vedrørende en ansøgning, som parten har indgivet til Harmoniseringskontoret, på en måde, der er ugunstig for parten (jf. i denne retning Rettens dom af 17.3.2009, sag T-171/06, Laytoncrest mod KHIM - Erico (TRENTON), Sml. II, s. 539, præmis 20 og 21).

28 Sidstnævnte tilfælde skal anses for at omfatte det tilfælde, hvor appelkammeret efter at have forkastet en påstand, som i tilfælde af, at påstanden var blevet taget til følge, ville have afsluttet sagen for Harmoniseringskontoret med et positivt udfald for den part, der havde forelagt den for Harmoniseringskontoret, hjemviser sagen til den lavere instans med henblik på fornyet behandling, og dette på trods af den omstændighed, at denne fornyede behandling ville kunne føre til et gunstigt udfald for denne part. En sådan mulighed er ikke tilstrækkelig til, at der foreligger en situation, der kan ligestilles med den ovenfor i præmis 26 nævnte, og hvori appelkammeret tager en påstand til følge på grundlag af visse anbringender eller argumenter, der fremføres til støtte herfor, og forkaster eller undlader at behandle de resterende anbringender eller argumenter i ansøgningen.

29 I det foreliggende tilfælde er det åbenbart, at sagsøgerens påstande for så vidt angår de øvrige varer ikke tages til følge i den anfægtede afgørelse. I konklusionens punkt 1 i afgørelsen annulleres indsigelsesafdelingen afgørelse i sin helhed for så vidt angår konklusionen om, at der forelå risiko for forveksling mellem de omhandlede tegn. I punkt 2 i konklusionen i indsigelsesafdelingens afgørelse bemærkes imidlertid udtrykkeligt, at registreringen af det ansøgte varemærke kunne ske for de øvrige varer, og den imødekom følgelig sagsøgerens registreringsansøgning for disse varer.

30 Heraf følger, at sagen kan antages til realitetsbehandling, for så vidt som den vedrører annullation af den anfægtede afgørelse, for så vidt som denne afgørelse annullerede konklusionens punkt 2 i indsigelsesafdelingens afgørelse vedrørende de øvrige varer.

31 Hvad angår de tre varer bemærkes, at hverken sagsøgeren eller intervenienten i deres indlæg har nævnt spørgsmålet om, hvorvidt sagen, for så vidt som den vedrører dem, kan antages til realitetsbehandling. Harmoniseringskontoret har for sin del i sit svarskrift bemærket, at beviset for reel brug af det ældre varemærke rejste et spørgsmål, der skulle behandles inden spørgsmålet om risiko for forveksling, hvilket spørgsmål kan behandles af Retten uafhængigt af søgsmålets øvrige anbringender. Harmoniseringskontoret er af den opfattelse, at en sådan undersøgelse i det foreliggende tilfælde er relevant, for så vidt som den undersøgelse af risiko for forveksling mellem de omhandlede varemærker, som endnu ikke er foretaget af appelkammeret, alene kan tage hensyn til de varer, for hvilke det er godtgjort, at der foreligger reel brug af det ældre varemærke.

32 Retten finder, at sagen kan antages til realitetsbehandling, også for så vidt som den omfatter de tre varer.

33 Hvad angår disse varer begrænser punkt 1 i den anfægtede afgørelses konklusion sig ganske vist til at annullere den af den lavere instans trufne afgørelse, som for sagsøgeren var ugunstig, og til at hjemvise sagen til fornyet afgørelse ved denne instans.

34 Punkt 2 i den anfægtede afgørelses konklusion fastslår imidlertid efter sagsøgerens fremlæggelse for indsigelsesafdelingen af en begæring om bevis for reel brug af det ældre varemærke, at dette bevis var ført, mens sagsøgeren med den pågældende begæring tilsigtede at opnå en modsat afgørelse, som ville have medført, at indsigelsen blev forkastet.

35 I den forbindelse bemærkes, at begæringen om bevis for den reelle brug af det ældre varemærke ifølge fast retspraksis tilføjer et konkret og forudgående spørgsmål om den reelle brug af det ældre varemærke til sagsbehandlingen, som, når det én gang er rejst af ansøgeren om varemærket, skal være afgjort, før der kan træffes afgørelse om indsigelsen i egentlig forstand (Rettens dom af 16.3.2005, sag T-112/03, L'Oréal mod KHIM - Revlon (FLEXI AIR), Sml. II, s. 949, præmis 26, af 22.3.2007, sag T-364/05, Saint-Gobain Pam mod KHIM - Propamsa (PAM PLUVIAL), Sml. II, s. 757, præmis 37, og af 18.10.2007, sag T-425/03, AMS mod KHIM - American Medical Systems (AMS Advanced Medical Services), Sml. II, s. 4265, præmis 106).

36 Dette spørgsmål indgår på grund af sin konkrete og forudgående karakter ikke i undersøgelsen af indsigelsen i egentlig forstand, der vedrører spørgsmålet, om der foreligger risiko for forveksling med det ældre varemærke. Når indsigelsesafdelingen som i det foreliggende tilfælde fastslår, at der er blevet ført bevis for reel brug af det ældre varemærke og dernæst tager indsigelsen til følge, kan appelkammeret således alene behandle spørgsmålet om dette bevis, såfremt varemærkeansøgeren specifikt rejser spørgsmålet i klagen for det pågældende kammer (jf. i denne retning Rettens dom 13.9.2010, sag T-292/08, Inditex mod KHIM — Marín Díaz de Cerio (OFTEN), Sml. II, s. 5119, præmis 33, 39 og 40).

37 Det fremgår af disse betragtninger, at eftersom appelkammeret med punkt 2 i den anfægtede afgørelses konklusion afviste den begæring om bevis for reel brug af det ældre varemærke, der specifikt blev indgivet for appelkammeret af sagsøgeren, og at appelkammeret i øvrigt ikke forkastede indsigelsen af andre grunde, hvilket adskiller nærværende sag fra den sag, der er omtalt i præmis 26 ovenfor, omfattes den pågældende afgørelse for så vidt angår de tre varer af den situation, der er omhandlet i præmis 28 ovenfor. Det må følgelig fastslås, at den ikke tog sagsøgerens påstand til følge, og at sagsøgeren således kan anfægte afgørelsen for Retten.

38 Selv om det er korrekt, at indsigelsesafdelingen i medfør af punkt 1 i den anfægtede afgørelses konklusion skal foretage en fornyet bedømmelse af risikoen for forveksling mellem det ansøgte varemærke og det ældre varemærke, forholder det sig nemlig

ikke desto mindre således, at denne fornyede behandling på baggrund af punkt 2 i afgørelsens konklusion ikke kan omfatte det konkrete og forudgående spørgsmål om den reelle brug af det ældre varemærke, som er endeligt afgjort af appelkammeret.

39 For det andet skal det undersøges om sagsøgerens anden og tredje påstand om dels annullation af indsigelsesafdelingens afgørelse, for så vidt som den tager indsigelsen til følge, dels om forkastelse af indsigelsen, kan antages til realitetsbehandling, hvilket Harmoniseringskontoret har bestridt. Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at disse påstande ikke kan antages til realitetsbehandling, idet de i realiteten tilsigter, at Retten udsteder et påbud til Harmoniseringskontoret, hvilket ikke er omfattet af dens kompetence.

40 Denne argumentation kan ikke tiltrædes. I modsætning til hvad Harmoniseringskontoret har gjort gældende, har disse påstande i realiteten til formål, at Retten skal træffe den afgørelse, som appelkammeret ifølge sagsøgeren skulle have truffet, da den blev forelagt søgsmålet. Det fremgår nemlig af artikel 64, stk. 1, andet punktum, i forordning nr. 207/2009, at appelkammeret kan annullere afgørelsen fra den instans ved Harmoniseringskontoret, der har truffet den anfægtede afgørelse, og udøve denne instans' kompetencer, i det foreliggende tilfælde træffe afgørelse om indsigelsen og forkaste den. Disse foranstaltninger er således omfattet af dem, der kan træffes af Retten i medfør af dens beføjelse til at omgøre en afgørelse i henhold til artikel 65, stk. 3, i forordning nr. 207/2009 (Rettens dom af 8.7.2004, sag T-334/01, MFE Marienfelde mod KHIM - Vétoquinol (HIPOVITON), Sml. II, s. 2787, præmis 19, af 12.9.2007, sag T-363/04, Koipe mod KHIM - Aceites del Sur (La Española), Sml. II, s. 3355, præmis 29 og 30, og af 11.2.2009, sag T-413/07, Life Sciences Partners Perstock (Life-Science), ikke trykt i samling af Afgørelser, præmis 15 og 16).

41 Den anden og tredje påstand kan således antages til realitetsbehandling.

42 Den tredje påstand om, at Retten bør forkaste indsigelsen, må læses på baggrund af den argumentation, som sagsøgeren har fremført inden for rammerne af det første anbringende, hvorefter intervenienten i indsigelsesskrivelsen klart begrænsede rækkevidden af denne til de tre varer, hvilket appelkammeret ikke anførte.

43 Det må således konkluderes, at den tredje påstand alene vedrører de tre varer. Hvad angår de øvrige varer gør en annullation af den anfægtede afgørelse, sådan som sagsøgeren har begæret med sin første påstand, det muligt for afgørelsen fra indsigelsesafdelingen, som fastslog, at det ansøgte varemærke kunne registreres for de øvrige varer, at generhverve sine virkninger og vil følgelig i sig selv være tilstrækkelig til fuldt ud at imødekomme sagsøgerens krav for så vidt angår disse varer.

44 Det fremgår af samtlige ovenstående betragtninger, at søgsmålet kan antages til realitetsbehandling, både for så vidt som det med den første påstand tilsigter annullation af den anfægtede afgørelse i sin helhed, og for så vidt som det i det væsentlige med den anden og tredje påstand tilsigter forkastelse af indsigelsen for så vidt angår de tre varer.

Om realiteten

45 Til støtte for søgsmålet har sagsøgeren påberåbt sig fire anbringender om for det første tilsidesættelse af dispositionsprincippet i artikel 76, stk. 1, i forordning nr. 207/2009, for det andet tilsidesættelse af princippet om forbuddet mod reformatio in peius af appelkammeret i forhold til afgørelsen truffet af den lavere instans ved Harmoniseringskontoret, som blev anfægtet for appelkammeret, for det tredje tilsidesættelse af retten til forsvar i henhold til artikel 37, stk. 3, og artikel 75, andet punktum, i forordning nr. 207/2009, og for det fjerde tilsidesættelse af artikel 15, stk. 1, andet afsnit,

litra a), og af artikel 42, stk. 2 og 3, i forordning nr. 207/2009 samt af regel 22, stk. 2, i forordning nr. 2868/95.

Det første og andet anbringende om tilsidesættelse henholdsvis af dispositionsprincippet i artikel 76, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 og af princippet om forbuddet mod reformatio in peius af appelkammeret i forhold til afgørelsen truffet af den lavere instans ved Harmoniseringskontoret, som blev anfægtet for appelkammeret

46 Det første og andet anbringende bør behandles samlet.

47 Sagsøgeren har med det første anbringende gjort gældende, at det var med urette, at appelkammeret fastslog, at indsigelsen omfattede alle de varer, der var omfattet af det ansøgte varemærke. Intervenienten begrænsede i indsigelsesskrivelsen klart rækkevidden af denne til de tre varer. Den omstændighed, at varerne, som varemærket var søgt registreret for, ikke omfattede »snowboardstøvler«, er i den forbindelse uden betydning. Indsigelsesafdelingen skulle have forkastet indsigelsen for disse varer. Dette berettiger derimod ikke til at foretage en udvidelse af indsigelsen til samtlige af det ansøgte varemærke omfattede varer, som appelkammeret gjorde.

48 Sagsøgeren har inden for rammerne af sin argumentation vedrørende det andet anbringende anført, at indsigelsesafdelingen begrænsede sig til at undersøge risikoen for forveksling mellem de omhandlede varemærker i forhold til de tre varer. For så vidt som appelkammeret hjemviste sagen til indsigelsesafdelingen med henblik på en undersøgelse af risiko for forveksling i forhold til de varer, der er omfattet af sagsøgerens registreringsansøgning, bragte appelkammeret sagsøgeren i en mindre gunstig situation end den situation, sagsøgeren befandt sig i inden indgivelsen af klagen.

Appelkammeret foretog således en reformatio in peius af den lavere instans' afgørelse, hvilket er forbudt i henhold til artikel 59 i forordning nr. 207/2009.

49 Som svar såvel på det første som det andet anbringende har Harmoniseringskontoret bemærket, at påstanden må tages til følge, for så vidt som den omfatter punkt 1 i den anfægtede afgørelses konklusion. Indsigelsesafdelingen fastslog med rette, at indsigelsen var begrænset til de tre varer. Appelkammeret var af ukendte årsager ikke opmærksom på denne begrænsning.

50 Intervenienten har i samme forbindelse bekræftet, at indsigelsen alene omfattede de tre varer. Intervenienten har tilføjet, at i modsætning til hvad sagsøgeren har hævdet, var det med rette, at indsigelsesafdelingen ikke fandt, at indsigelsen vedrørende »snowboardstøvler« ikke kunne realitetsbehandles, for så vidt som sagsøgerens registreringsansøgning omfattede alle former for fodtøj, herunder snowboardstøvler. De forskellige former for fodtøj, der er opført på listen over varer i klasse 25, og som er omfattet af registreringsansøgningen (jf. præmis 3 ovenfor) var anført efter udtrykket »især«, hvilket viser, at de alene er angivet som eksempler. Retningslinjerne for indsigelsesproceduren for Harmoniseringskontoret indrømmer en mulighed for gennem en indsigelse at henvise til særlige varer, der omfattes af en bredere betydning, som dækkes af registreringsansøgningen.

51 Retten skal indledningsvis bemærke, at selv om Harmoniseringskontoret ikke har den nødvendige søgsmålskompetence til at anlægge sag til prøvelse af en afgørelse truffet af et appelkammer, er det omvendt ikke forpligtet til systematisk at forsvare enhver anfægtet afgørelse, der er truffet af et appelkammer, eller til nødvendigvis at nedlægge påstand om frifindelse i forbindelse med ethvert søgsmål, som er rettet imod en sådan afgørelse. Der er derfor intet til hinder for, at Harmoniseringskontoret tilslutter sig sagsøgerens påstand, som det er tilfældet i nærværende sag, for så vidt angår sagsøgerens første påstand (jf. Rettens dom af 14.12.2006, forenede sager T-81/03, T-82/03 og T-103/03, Mast-Jägermeister mod KHIM - Licorera Zacapaneca (VENADO med ramme), Sml. II, s. 5409, præmis 26 og 27 og den deri nævnte retspraksis).

52 Det skal dernæst fastslås, at på trods af overskriften rejser det andet anbringende det mere specifikke spørgsmål om kompetencen hos et appelkammer ved Harmoniseringskontoret til at behandle en indsigelse mod en ansøgning om registrering af et EF-varemærke for visse varer og tjenesteydelser, mens dette kammer alene er blevet forelagt en klage fra varemærkeansøgeren, der har anfægtet indsigelsesafdelingens afgørelse, som tog indsigelsen til følge for så vidt angår andre af samme ansøgning omfattede varer eller tjenesteydelser. Undersøgelsen af dette spørgsmål må logisk ligge forud for anfægtelsen gennem det første anbringende af den anfægtede afgørelse, hvorefter intervenienten ikke havde begrænset listen over varer, som var omfattet af indsigelsen.

53 I henhold til artikel 64, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 træffer appelkammeret efter at have realitetsbehandlet sagen afgørelse om klagen, og det kan herved »omgøre den af afdelingen trufne afgørelse«, dvs. i den foreliggende sag selv træffe afgørelse om indsigelsen ved at afvise den eller kende den berettiget for derved at stadfæste eller underkende den anfægtede afgørelse. Som Domstolen fastslog i dom af 13. marts 2007, KHIM mod Kaul (sag C-29/05 P, Sml. I, s. 2213, præmis 57), følger det således af denne bestemmelse, at appelkammeret som følge af den klage, som er forelagt det, skal foretage en ny og fuldstændig prøvelse af indsigelsens realitet, såvel retligt som faktisk.

54 Når klagen for appelkammeret alene angår en del af de varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af registreringsansøgningen eller af indsigelsen, giver denne klage appelkammeret mulighed for at foretage en fornyet undersøgelse af realiteten af indsigelsen, men udelukkende i forhold til de pågældende varer eller tjenesteydelser, idet registreringsansøgningen og indsigelsen ikke er forelagt for appelkammeret for så vidt angår de resterende omhandlede varer eller tjenesteydelser.

55 Dette er tilfældet i nærværende sag. Sagsøgeren indgav en klage til appelkammeret over indsigelsesafdelingens afgørelse, udelukkende for så vidt som sidstnævnte havde givet medhold i indsigelsen og havde nægtet registrering for så vidt angik de tre varer. Det var endvidere ikke muligt for sagsøgeren at klage over nævnte afgørelse, for så vidt som den fastslog, at det ansøgte mærke kunne registreres for de øvrige varer, der

var omfattet heraf. I henhold til artikel 59, første punktum, i forordning nr. 207/2009, tilkommer »[a]dgang til at klage […] enhver part i en sag, der har ført til en afgørelse, som er gået vedkommende part imod«, således at for så vidt som en afgørelse truffet af den lavere instans ved Harmoniseringskontoret giver en berørt part medhold i sagen, har denne ikke mulighed for at indgive en klage til appelkammeret (Rettens kendelse af 11.5.2006, sag T-194/05, TeleTech Holdings mod KHIM - Teletech International (TELETECH INTERNATIONAL), Sml. II, s. 1367, præmis 22).

56 Appelkammeret overskred derfor sin kompetence, som defineret i artikel 64, stk. 1, i forordning nr. 207/2009, som sagsøgeren i det væsentlige har gjort gældende, for så vidt som det annullerede punkt 2 i konklusionen i indsigelsesafdelingens afgørelse vedrørende de øvrige varer. Det andet anbringende er således velbegrundet.

57 Det er under alle omstændigheder ubestridt mellem parterne, og det bekræftes endvidere af en læsning af den indsigelsesskrivelse, der er indeholdt i akterne i sagen for Harmoniseringskontoret, som i henhold til artikel 133, stk. 3, i Rettens procesreglement blev fremsendt til Retten, at indsigelsen, i modsætning til hvad der blev lagt til grund i den anfægtede afgørelse, nemlig var begrænset til kun de tre varer. Det følger heraf, at det første anbringende ligeledes er velbegrundet.

58 På denne baggrund er det ikke fornødent at tage stilling til det tredje anbringende. Eftersom appelkammeret under alle omstændigheder ikke var berettiget til at behandle registreringsansøgningen i forhold til de øvrige varer, er det overflødigt at udtale sig om, hvorvidt appelkammeret skulle have underrettet sagsøgeren om sin intention om at foretage en sådan undersøgelse og givet denne mulighed for at fremsætte sine bemærkninger. Derimod må det fjerde anbringende behandles, idet det vedrører de tre varer, dvs. et aspekt ved den anfægtede afgørelse, der er forskelligt fra det aspekt, der vedrører de tre første anbringender.

Det fjerde anbringende om tilsidesættelse af artikel 15, stk. 1, andet afsnit, litra a), og artikel 42, stk. 2 og 3, i forordning nr. 207/2009 samt af regel 22, stk. 2, i forordning nr. 2868/95

59 Sagsøgeren har med det fjerde anbringende gjort gældende, at intervenienten ikke har godtgjort, at der foreligger reel brug af det ældre varemærke. Ifølge sagsøgeren tilsidesatte appelkammeret, for så vidt som det nåede frem til den modsatte konklusion, artikel 15, stk. 1, andet afsnit, litra a), og artikel 42, stk. 2 og 3, i forordning nr. 207/2009 samt regel 22, stk. 2, i forordning nr. 2868/95.

60 Sagsøgerens argumentation falder i to led. Med det første led har sagsøgeren anfægtet appelkammerets bedømmelse af de beviser for reel brug af det ældre varemærke, som intervenienten fremlagde.

61 Med det andet led har sagsøgeren gjort gældende, at appelkammeret, henset til utilstrækkeligheden af beviserne for reel brug af det ældre varemærke, skulle have undersøgt, om der med henblik på dette bevis kunne tages hensyn til brug af intervenientens første figurmærke. Sagsøgeren er af den opfattelse, at en hensyntagen til brugen af dette sidstnævnte varemærke er i strid med retspraksis og med Harmoniseringskontorets afgørelsespraksis.

62 Indledningsvis må det andet led forkastes som ugrundet. Som det fremgår af den anfægtede afgørelses punkt 28 (jf. ligeledes præmis 20 ovenfor), besluttede appelkammeret, idet det fandt, at de af intervenienten fremlagte beviser gjorde det muligt at fastslå, at reel brug af det ældre varemærke i den form, hvorunder det var blevet registreret, var godtgjort, ved afgørelsen af dette spørgsmål ikke at tage hensyn til brugen af intervenientens første figurmærke.

63 Det følger heraf, at såfremt det, som sagsøgeren med dette anbringendes første led har hævdet, var med urette, at appelkammeret fastslog, at beviserne for reel brug af det ældre varemærke var tilstrækkelige, må den anfægtede afgørelse annulleres uden at tage hensyn til den eventuelle brug af intervenientens første figurmærke. Idet dette sidstnævnte spørgsmål ikke blev behandlet i realiteten af appelkammeret, tilkommer det ikke Retten at behandle det for første gang ved udøvelsen af sin legalitetskontrol af den anfægtede afgørelse (jf. i denne retning Domstolens dom af 5.7.2011, sag C-263/09 P, Edwin mod KHIM, Sml. I, s. 5853, præmis 72 og 73, og Rettens dom af 12.5.2010, sag T-148/08, Beifa Group mod KHIM - Schwan-Stabilo Schwanhäußer (Skriveredskab), Sml. II, s. 1681, præmis 124 og den deri nævnte retspraksis).

64 Sagsøgeren har inden for rammerne af det fjerde anbringendes første led fremført en række argumenter, der tilsigter at godtgøre, at appelkammerets konklusion om, at det blev godtgjort, at der foreligger reel brug af det ældre varemærke, er fejlagtig.

65 For det første har sagsøgeren anført, at de fakturaer, som intervenienten har fremlagt, ikke omfattede det ældre varemærke, men derimod det første figurmærke. Sagsøgeren tvivler på, at en sondring mellem varer, der er nævnt i en faktura, alt efter det varemærke, der betegner dem, var umulig, som appelkammeret i det væsentlige bemærkede i den anfægtede afgørelses punkt 24. Under alle omstændigheder er sagsøgeren af den opfattelse, at bevis for reel brug af det ældre varemærke forudsætter fremlæggelse af fakturaer, hvori dette varemærke nævnes.

66 For det andet præciserer de øvrige beviser for reel brug af det ældre varemærke ikke, om de vedrører varer, der er omfattet af varemærket. Det varekatalog, der er nævnt i den anfægtede afgørelses punkt 25, er herved ikke tilstrækkeligt, idet det for det første indeholder adskillige varer, der alene bærer intervenientens første eller andet figurmærke, og for det andet alene vedrører 2006-2007-sæsonen og udelukkende angår det spanske marked.

67 For det tredje vedrører de salgsartikler, der er omfattet af det ældre varemærke, og som er nævnt i den anfægtede afgørelses punkt 25, små mængder, som ifølge retspraksis og Harmoniseringskontorets afgørelsespraksis ikke er tilstrækkelige til at godtgøre en reel brug af et varemærke, der er registreret for masseprodukter som det ældre varemærke.

68 Harmoniseringskontoret og intervenienten er af den opfattelse, at det var med rette, at appelkammeret fastslog, at reel brug af det ældre varemærke var blevet godtgjort.

69 Ifølge Harmoniseringskontoret støttede appelkammeret sig med rette til de fakturaer, som intervenienten fremlagde vedrørende beviset for, hvor, hvornår og i hvilket omfang det ældre varemærke er blevet brugt. I modsætning til sagsøgerens påstande er det ikke nødvendigt, at varemærket nævnes i selve fakturaerne, idet det afgørende er anbringelsen af varemærket på selve varerne.

70 Hvad angår undersøgelsen af den form, hvori varemærket er brugt, støttede appelkammeret sig med rette til de kataloger, som intervenienten fremlagde, og som ved hjælp af varenumrene på de pågældende artikler gjorde det muligt at fastslå en forbindelse mellem varerne og intervenientens fakturaer. Det kan endvidere ikke hævdes, at de varer, der kun bar det ældre varemærke, blev bragt i de pågældende kataloger med det ene formål at foretage en symbolsk brug af varemærket.

71 Hvad angår sagsøgerens argument om de påståede små salgsmængder, der er nævnt i den anfægtede afgørelses punkt 25, har Harmoniseringskontoret gjort gældende, at appelkammeret ikke udregnede den omsætning, som hver enkelt artikel, der var omfattet af det ældre varemærke, repræsenterede, men alene anførte nogle eksemplificerende poster i de fakturaer, som intervenienten havde fremlagt. Der findes andre

eksempler på salg af varer, der bærer dette varemærke, men under alle omstændigheder er en ren kvantitativ sammenstilling af omsætningen af disse varer ikke nødvendig, idet det ifølge retspraksis ikke er muligt at definere en minimumsgrad af brug.

72 Intervenienten har gjort gældende, at sagsøgerens påstand, hvorefter de fakturaer, der blev taget hensyn til af appelkammeret, alene beviser salg af 21 artikler, er ukorrekt, hvilket godtgøres af adskillige andre eksempler på salg af varer, der er omfattet af det ældre varemærke, og som var opregnet i de pågældende fakturaer. Appelkammeret fastslog endvidere med rette, at et krav om, at intervenienten skulle identificere hver enkelt vare anført i de pågældende fakturaer, ville være urimeligt.

73 De pågældende fakturaer var blevet fremlagt som illustrerende eksempler og vedrørte ikke de samlede salg, som var blevet gennemført i Spanien og Italien i den relevante periode. Det imponerende omfang af det pågældende salg fremgik af G's beedigede erklæring, som er nævnt i præmis 10 ovenfor.

74 Sagsøgerens argumentation vedrørende det påståede ringe omfang af salg af varer, der bar det ældre varemærke, er endvidere i strid med den omstændighed, at Harmoniseringskontoret skal foretage en helhedsbedømmelse af samtlige beviser for reel brug. En sådan bedømmelse efterlader ingen tvivl for så vidt angår den reelle brug af det ældre varemærke i det foreliggende tilfælde. Omfanget af det salg, som sagsøgeren har henvist til, forekommer på baggrund af de kriterier, der er fastlagt i retspraksis, under alle omstændigheder ikke utilstrækkeligt.

75 Retten bemærker i henhold til artikel 42, stk. 2 og 3, i forordning nr. 207/2009, at ophavsmanden til en ansøgning om registrering af et varemærke, der er omfattet af en indsigelse, kan kræve, at der føres bevis for, at det ældre varemærke, som påberåbes til støtte for denne indsigelse, og som har været genstand for en international

registrering med virkning i en eller flere medlemsstater, har været genstand for reel brug i de pågældende medlemsstater i løbet af de fem år, der ligger forud for offentliggørelsen af denne ansøgning.

76 Endvidere skal beviset for brug i henhold til regel 22, stk. 3, i forordning nr. 2868/95, med senere ændringer, oplyse om, hvor, hvornår samt i hvilket omfang og i hvilken form det ældre varemærke er blevet brugt.

77 I henhold til fast retspraksis følger det af ovennævnte bestemmelser samt af tiende betragtning til forordning nr. 207/2009, at formålet med kravet om, at der skal være gjort reel brug af det ældre varemærke, for at mærket kan gøres gældende over for en EF-varemærkeansøgning, er at begrænse konflikter mellem to varemærker, når der ikke økonomisk er nogen rimelig grund til dem, der udspringer af varemærkets faktiske funktion på markedet. Nævnte bestemmelser omhandler derimod hverken vurderingen af den handelsmæssige succes eller kontrollen med en virksomheds økonomiske strategi og bestemmer heller ikke, at beskyttelsen af varemærker skal forbeholdes en kvantitativt væsentlig handelsmæssig brug (jf. i denne retning Rettens dom af 8.7.2004, sag T-203/02, Sunrider mod KHIM - Espadafor Caba (VITAFRUIT), Sml. II, s. 2811, præmis 36-38 og den deri nævnte retspraksis).

78 Der er 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 (jf. analogt Domstolens dom af 11.3.2003, sag C-40/01, Ansul, Sml. I, s. 2439, præmis 43). 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 (VITAFRUIT-dommen, nævnt ovenfor i præmis 77, præmis 39, jf. ligeledes i denne retning og analogt Ansul-dommen, præmis 37).

79 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 (VITAFRUIT-dommen, nævnt ovenfor i præmis 77, præmis 40, jf. ligeledes analogt Ansul-dommen, nævnt ovenfor i præmis 78, præmis 43).

80 Med hensyn til omfanget af den brug, der er gjort af det ældre varemærke, bør der bl.a. tages hensyn til dels det handelsmæssige omfang af brugen, dels varigheden og hyppigheden af brugen (VITAFRUIT-dommen, nævnt ovenfor i præmis 77, præmis 41, og HIPOVITON-dommen, nævnt ovenfor i præmis 40, præmis 35).

81 For i en konkret sag at undersøge, om der er tale om reel brug af et ældre 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 (VITAFRUIT-dommen, nævnt ovenfor i præmis 77, præmis 42, og HIPOVITON-dommen, nævnt ovenfor i præmis 40, præmis 36).

82 Den faktiske omsætning og det kvantitative salg af varer under det ældre varemærke kan således 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 kræves det ikke, at brugen af det ældre varemærke altid har et betydeligt kvantitativt omfang, for at den kan betegnes som reel (VITAFRUIT-dommen, nævnt ovenfor i præmis 77, præmis 42, og HIPOVITON-dommen, nævnt ovenfor i præmis 40, præmis 36). 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. Det er følgelig ikke på forhånd muligt abstrakt at afgøre, hvilken kvantitativ tærskel der skal anvendes for at afgøre, om brugen er reel, således at en bagatelregel, der ikke giver Harmoniseringskontoret eller, i forbindelse med et søgsmål, Retten, mulighed for at vurdere samtlige omstændigheder i sagen, ikke kan fastsættes (Domstolens dom af 11.5.2006, sag C-416/04 P, Sunrider mod KHIM, Sml. I, s. 4237, præmis 72).

83 Som det fremgår artikel 15, stk. 1, første afsnit, i forordning nr. 207/2009 er det kun de varemærker, for hvilke reel brug har været suspenderet uden afbrydelse i fem år, der underkastes sanktionerne i henhold til denne bestemmelse. Det er derfor tilstrækkeligt til at undgå nævnte sanktioner, at et varemærke har været genstand for reel brug i en del af denne periode (VITAFRUIT-dommen, nævnt ovenfor i præmis 77, præmis 45, og HIPOVITON-dommen, nævnt ovenfor i præmis 40, præmis 40).

84 En reel brug af et varemærke kan endelig ikke 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 (Rettens dom af 12.12.2002, sag T-39/01, Kabushiki Kaisha Fernandes mod KHIM - Harrison (HIWATT), Sml. II, s. 5233, præmis 47, og af 6.10.2004, sag T-356/02, Vitakraft-Werke Wührmann mod KHIM — Krafft (VITAKRAFT), Sml. II, s. 3445, præmis 28).

85 Det er på baggrund af disse betragtninger, at det skal undersøges, om det i det foreliggende tilfælde var med rette, at appelkammeret fastslog, at de af intervenienten fremlagte beviser godtgjorde en reel brug af det ældre varemærke.

86 I den forbindelse skal det først fastslås, at idet den EF-varemærkeansøgning, som sagsøgeren indgav, blev offentliggjort den 30. januar 2006 (jf. præmis 4 ovenfor), er den relevante periode på fem år, som er omhandlet i artikel 42, stk. 2, i forordning nr. 207/2009, perioden mellem den 30. januar 2001 og den 30. januar 2006, som appelkammeret med rette fastslog i den anfægtede afgørelses punkt 22.

87 Det bemærkes dernæst, at selv om appelkammeret ligesom indsigelsesafdelingen fastslog, at brug af det ældre varemærke i den ovennævnte periode var blevet godtgjort, støttede det denne konklusion på en begrundelse, der var væsensforskellig fra indsigelsesafdelingens begrundelse.

88 Som det fremgår af dens afgørelse, som er gengivet i præmis 12 og 13 ovenfor, støttede indsigelsesafdelingen sig for det første ikke kun til intervenientens fakturaer, men ligeledes til statistikker, der blev fremlagt af intervenienten samt til G's beedigede erklæring. For det andet støttede den sig for så vidt angår de omhandlede fakturaer udelukkende til anbringelsen øverst i fakturaerne af det første figurmærke, hvilken omstændighed den anså for at udgøre tilstrækkeligt og passende bevis for brug af det ældre varemærke, som var identisk med dette figurmærkes ordbestanddel. Indsigelsesafdelingens afgørelse giver imidlertid indtryk af, at den så bort fra, at det første figurmærke ikke var en simpel sammenstilling af det ældre varemærke og af en figurbestanddel, men udgjorde et særskilt registreret varemærke. Indsigelsesafdelingen tog således ikke stilling til spørgsmålet om reel brug af et figurmærke, der indeholder en ordbestanddel, ligeledes kan tjene til at godtgøre reel brug af et særskilt ordmærke, som udelukkende er sammensat af den pågældende ordbestanddel.

89 Appelkammeret henviste for sin del udelukkende til to typer beviser, som blev fremlagt af intervenienten, nemlig fakturaerne og katalogerne (jf. punkt 24 og 25 i den anfægtede afgørelse). Det fastslog endvidere, at der var godtgjort en reel brug af det ældre varemærke, som det er registreret, og at det følgelig herved var unødvendigt at

tage hensyn til en eventuel reel brug af det første figurmærke, som det følger af den anfægtede afgørelses punkt 28.

90 Appelkammeret fastslog særligt i den anfægtede afgørelses punkt 24, at de fakturaer, som intervenienten fremlagde for årene 2002-2006 beviste »det salg, som blev opnået i denne periode i Spanien og Italien, dvs. stedet og datoen for samt omfanget af brugen«. I samme afgørelses punkt 25 henviste appelkammeret til intervenientens kataloger, som det anså for beviser for formen for brugen af det ældre varemærke, for så vidt som dette »forekommer isoleret i sin egenskab af ren ordbestanddel på ski, skistøvler og et stort antal øvrige sportsbeklædningsgenstande, der er illustreret i disse kataloger«.

91 Appelkammeret fastslog endvidere, at de varer, der var afbildet i kataloget, »ligeledes [er] nævnt i de fakturaer, der er vedlagt sagsakterne«, og henviste som »eksempel« til to fakturaer, der vedrørte salg til en klient i Spanien af fem forskellige varer. Appelkammeret medgav, at det skikatalog, der var affattet på spansk, alene vedrørte det spanske marked, men tilføjede, at det fulgte af en sammenligning med de fakturaer, der var tilstillet intervenientens italienske distributør, at de varer, som var opført i dette katalog, også blev markedsført i Italien. Appelkammeret nævnte i den forbindelse »eksempelvis« en faktura af 18. november 2005 vedrørende salg af en vare, der bar det ældre varemærke.

92 Som anført ovenfor i præmis 53, skal appelkammeret som følge af den klage, som er forelagt det, foretage en ny og fuldstændig prøvelse af indsigelsens realitet, såvel retligt som faktisk. I forlængelse af denne undersøgelse kan appelkammeret bl.a. stadfæste indsigelsesafdelingens afgørelse på grundlag af grunde, der er forskellige fra dem, som indsigelsesafdelingen lagde til grund. I denne situation er det i tilfælde af et søgsmål for Retten til prøvelse af en afgørelse fra appelkammeret lovligheden af den

begrundelse, som appelkammeret anvendte, og ikke begrundelsen i indsigelsesafdelingens afgørelse, der skal efterprøves.

93 Det er ganske vist gentagne gange blevet fastslået, at når appelkammeret stadfæster en afgørelse, der er truffet af en lavere instans ved Harmoniseringskontoret, i sin helhed, er denne afgørelse i lighed med dens begrundelse en del af den sammenhæng, som appelkammerets afgørelse er truffet i, en sammenhæng, som er kendt af parterne, og som giver Retten mulighed for fuldt ud at udøve sin lovlighedsprøvelse i forhold til appelkammerets bedømmelse (Rettens dom af 9.7.2008, sag T-304/06, Reber mod KHIM - Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli (Mozart), Sml. II, s. 1927, præmis 47, og af 24.9.2008, sag T-248/05, HUP Uslugi Polska mod KHIM — Manpower (I.T.@ MANPOWER), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 48). Denne betragtning tillader imidlertid ikke en inddragelse af en begrundelse fra en lavere instans, når appelkammeret, selv om det når til samme konklusion som den lavere instans, ikke gentager denne afgørelses begrundelse og end ikke henviser dertil i sin egen afgørelse (jf. i denne retning Rettens dom af 30.6.2010, sag T-351/08, Matratzen Concord mod KHIM — Barranco Schnitzler (MATRATZEN CONCORD), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 26).

94 Eftersom dette er tilfældet i denne sag, skal der foretages en prøvelse af den begrundelse, som appelkammeret gav i den anfægtede afgørelse til støtte for dets konklusion, hvorefter det var godtgjort, at der forelå reel brug af det ældre varemærke, uden herved at tage hensyn til den begrundelse, der blev givet i indsigelsesafdelingens afgørelse.

95 I den forbindelse bemærkes, at Harmoniseringskontorets sagsakter rent faktisk omfatter et betydeligt antal fakturaer, som bevidner intervenientens salg af visse varer til et selskab i Italien og til et andet selskab i Spanien, som ifølge intervenientens forklaringer for Harmoniseringskontoret er distributører af selskabets varer i disse to lande. I de pågældende fakturaer er der øverst anført intervenientens første figurmærke. Varemærket er på visse af disse fakturaer anført ved siden af et andet figurtegn, der indeholder ordbestanddelen »marker«. På hver enkelt faktura kan de solgte varer identificeres ved hjælp af et varenummer og en modelbetegnelse uden angivelse

af karakteren af den vare, der er tale om, eller af det ældre varemærke. Mængderne og den samlede værdi af de varer, der omfattes af hver enkelt faktura, forekommer betydelige, idet adskillige fakturaer vedrører salg, der beløber sig til flere hundrede tusind euro. Den periode, hvori de pågældende salg fandt sted, strækker sig fra den 19. februar 2002 til den 14. december 2006 for salgene i Italien, og fra den 11. december 2002 til den 18. august 2006 for salgene i Spanien og omfatter således i de to tilfælde en stor del af den relevante periode, der er nævnt i præmis 86 ovenfor.

96 Den omstændighed, at det ældre varemærke ikke er nævnt i de pågældende fakturaer, godtgør ikke i sig selv, at fakturaerne er uden relevans for spørgsmålet om bevis for reel brug af det pågældende varemærke (jf. i denne retning Rettens dom af 27.9.2007, sag T-418/03, La Mer Technology mod KHIM — Laboratoires Goëmar (LA MER), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 65). Dette gælder så meget desto mere i det foreliggende tilfælde, eftersom disse fakturaer ikke var beregnet på slutbrugerne af de varer, der er omfattet af det ældre varemærke, i det foreliggende tilfælde den brede offentlighed, men på intervenientens distributører.

97 For at disse fakturaer skal kunne anses for at udgøre relevante beviser for reel brug af det ældre varemærke i forhold til de varer, der er nævnt i præmis 6 ovenfor, var det imidlertid nødvendigt at efterprøve, om de rent faktisk vedrørte sådanne varer, og i bekræftende fald om de pågældende varer bar det ældre varemærke eller i det mindste, om dette sidstnævnte blev anvendt i overensstemmelse med dets væsentligste funktion offentligt og i forhold til omverdenen i forbindelse med salg af de pågældende varer til forbrugerne.

98 Intervenientens fremlæggelse i forbindelse med denne efterprøvelse af særskilte salgstal alene for de varer, der bar det ældre varemærke, som af appelkammeret blev anset for at være særdeles byrdefulde og i den sidste ende umulige, var ikke absolut nødvendig. Det ville være have tilstrækkeligt om fornødent med henvisning til øvrige beviser i fakturaerne at identificere varer i de kategorier, der er nævnt i punkt 6 ovenfor, og som bærer det ældre varemærke, og dette i mængder, der gør det muligt

at udelukke enhver mulighed for en rent symbolsk anvendelse af det pågældende varemærke, og som følgelig er tilstrækkelig til at godtgøre, at der foreligger en reel brug.

99 De to kataloger, som intervenienten har fremlagt, udgør beviser, der kan tjene til dette formål, som appelkammeret anførte i den anfægtede afgørelses punkt 25. Det første af disse kataloger er affattet på spansk og gengiver adskillige af de af intervenienten markedsførte skimodeller. Det omfatter for hver model et billede af varen, varens navn samt diverse øvrige relevante oplysninger, herunder navnlig det varenummer, som intervenienten anvender til identifikation af varen. Det andet katalog er affattet på italiensk og engelsk og indeholder tilsvarende oplysninger for den af intervenienten markedsførte sportsbeklædning.

100 Som appelkammeret bemærkede i den anfægtede afgørelses punkt 25, bar en stor del af de varer, der er gengivet i disse to kataloger, det ældre varemærke. I adskillige tilfælde figurerer dette sammen med intervenientens første eller andet figurmærke. Som appelkammeret i det væsentlige anførte i den anfægtede afgørelses punkt 26, var denne omstændighed imidlertid uden relevans for spørgsmålet, om intervenienten havde godtgjort reel brug af det ældre varemærke. Der findes nemlig ikke nogen regel vedrørende EF-varemærker, der forpligter indsigeren til at bevise, at det ældre varemærke er blevet brugt for sig selv uafhængigt af ethvert andet varemærke (jf. i denne retning Rettens dom af 8.12.2005, sag T-29/04, Castellblanch mod KHIM - Champagne Roederer (CHRISTAL CASTELLBLANCH), Sml. II, s. 5309, præmis 33 og 34).

101 De omhandlede kataloger udgør således ikke kun beviser for arten af den brug, som intervenienten har gjort af det ældre varemærke. Eftersom de bl.a. indeholdt varenumrene for de varer, der var illustreret i kataloget, gjorde de det muligt at efterprøve, om disse varer ligeledes var nævnt i de fakturaer, som intervenienten har fremlagt.

102 I forbindelse med denne efterprøvelse henviste appelkammeret ved at anvende udtrykket »eksempel« i den anfægtede afgørelses punkt 25 til seks forskellige varer, der var nævnt i tre »fakturaer« af 18. november og 21. december 2005 og af 12. januar 2006. Det følger af en gennemlæsning af intervenientens kataloger, at disse seks varer alle er ski (dvs. »gymnastik- og sportsartikler« i klasse 28) og rent faktisk bærer det ældre varemærke.

103 Mere generelt kan det fastslås ved en kombineret gennemlæsning af de tre dokumenter, der er nævnt i den anfægtede afgørelses punkt 25, og af intervenientens skikatalog, at fakturaen af 18. november 2005 samlet nævner seks par ski af forskellig type, som bar det ældre varemærke. Fakturaen af 21. december 2005 omfatter i alt henvisning til ti par ski af forskellig type, der således, som en læsning af kataloget bekræfter, alle bar det ældre varemærke. »Fakturaen af 12. januar 2006 i en spansk kundes navn« angiver 43 par ski af forskellig type, der alle ligeledes bar det ældre varemærke. Dette sidstnævnte dokument er imidlertid ifølge sin egen overskrift ikke en faktura, men en følgeseddel, som ikke angiver nogen pris på de artikler, den henviser til. Intervenientens repræsentant præciserede under retsmødet som svar på et spørgsmål fra Retten, at der ikke var tale om et regnskabsdokument.

104 Blandt de adskillige fakturaer, som intervenienten har fremlagt, findes der en enkelt af 20. december 2005, som er tilstillet intervenientens italienske distributør. Den omfatter 27 sider, vedrører varer til en samlet værdi af 54 938,98 EUR og nævner på de to første sider adskillige par ski af forskellig type, der, som det bekræftes af skikataloget, bar det ældre varemærke. Med undtagelse af et par ski, der blev solgt til 88 EUR, er salgsprisen for alle par angivet til 0 EUR. Som svar på et andet af Retten under retsmødet stillet spørgsmål erklærede intervenientens repræsentant sig uden kendskab til den omhandlede fakturas detaljer, men denne tilføjede, at når nye skimodeller blev stillet til rådighed for en distributør til prøve, var det sædvanligt på fakturaen at angive en pris, der svarer til nul. Disse erklæringer blev taget til efterretning ved referatet af den mundtlige forhandling.

105 En anden faktura, der er tilstillet intervenientens italienske distributør, og som er dateret den 12. januar 2006, vedrører salg af varer til en samlet værdi af 408 625,40 EUR. Et stort antal af de nævnte varer er ski, der bærer det ældre varemærke. Særligt nævnes i fakturaen et salg af 600 enheder ski af modellen »Racetiger GS Racing Tit Moti 06/07«, som bar varenummeret 106001, til en samlet værdi af 124 200 EUR og 350 enheder ski af modellen »Racetiger SL Racing Motion 06/07«, som bar varenummeret 106011, til en samlet værdi af 72 450 EUR. Disse to modeller figurerer i intervenientens skikatalog, og det kan således bekræftes, at de bar det ældre varemærke.

106 En tredje faktura af 27. januar 2006, der er tilstillet intervenientens spanske distributør til et samlet beløb på 13 631,90 EUR, vedrører salg af ski af de forskellige modeller, der er nævnt i intervenientens skikatalog, og som bar det ældre varemærke, i mængder, der varierede fra et til fire par pr. model.

107 Ikke desto mindre vedrører de resterende fakturaer, som intervenienten har fremlagt, med undtagelse af de tre dokumenter, som er nævnt i den anfægtede afgørelses punkt 25, de tre fakturaer, der er nævnt i præmis 104-106 ovenfor og visse fakturaer fra tiden efter den relevante periode, som defineret i præmis 86 ovenfor, dvs. langt de fleste fakturaer, varer, der ikke kan identificeres i de kataloger, som er tilført sagen, eftersom de omfatter varenumre, som ikke er nævnt i disse kataloger.

108 Intervenientens repræsentant bemærkede under retsmødet at være blevet opfordret til at fremsætte sine bemærkninger til identifikationen af de varer, der er omfattet af de varenumre, som er nævnt i størstedelen af de af intervenienten fremlagte fakturaer, i det væsentlige, at de varenumre, som intervenienten anvendte, skiftede fra sæson til sæson af logistiske grunde. Denne forklaring, hvor plausibel den end forekommer,

løser ikke problemet med identifikation af de varer, der er angivet i fakturaerne ved hjælp af varenumre, som ikke figurerer i intervenientens katalog.

109 Uden supplerende præciseringer er der således ingen faktura, der gør det muligt at fastslå, at intervenienten i den relevante periode solgte »sportstasker« i klasse 18 og »beklædningsgenstande« i klasse 25, som bar det ældre varemærke. Det er ganske vist korrekt, at af de to kataloger, som intervenienten har fremlagt, fremviser det katalog, der vedrører ski, adskillige typer tasker, der bærer det ældre varemærke, og det andet omfatter visse beklædningsgenstande, der bærer dette varemærke. Der er imidlertid ingen af disse artikler, der figurerer i de fakturaer fra den relevante periode, som intervenienten har fremlagt. Harmoniseringskontoret har i sit svarskrift påberåbt sig et enkelt eksempel på en sådan angivelse, men det vedrører en faktura af 18. august 2006, dvs. et tidspunkt, der ligger efter den relevante periode. Det skal endvidere bemærkes, at intervenientens kataloger ikke i sig selv kan anses for tilstrækkelige beviser for brug af det ældre varemærke, idet omfanget af deres udbredelse på ingen måde fremgår af sagsakterne.

110 Hvad angår »gymnastik- og sportsartikler« i klasse 28 er der, som anført i præmis 102-105 ovenfor, ganske vist fakturaer, der bevidner salg af ski, som udgør varer fra denne kategori, og parterne er uenige om, hvorvidt de mængder, der var omfattet af disse salg, var eller ikke var tilstrækkelige til at udgøre en reel brug af det ældre varemærke.

111 Dette spørgsmål kan imidlertid ikke afgøres af Retten. Det må nemlig fastslås, at appelkammeret ikke fandt, at de salg, der er nævnt i den anfægtede afgørelses punkt 25, i sig selv godtgjorde reel brug af det ældre varemærke. Det fremgår tværtimod af de ord, der anvendes i dette punkt, at disse salg blev nævnt som blotte eksempler. Med andre ord fastslog appelkammeret forudsætningsvist, men klart, at de øvrige af intervenienten fremlagte fakturaer ligeledes i det mindste delvist vedrørte salg af varer, der var omfattet af det ældre varemærke, og som bar dette varemærke. Det er på dette grundlag, at appelkammeret fastslog, at det var godtgjort, at der forelå reel brug af det

ældre varemærke. Det tilkommer således Retten inden for rammerne af dens legalitetskontrol af den anfægtede beslutning at undersøge, om de sagsakter, der forelå for appelkammeret, gjorde det muligt at drage en sådan konklusion.

112 Dette er ikke tilfældet. Som det allerede blev anført i præmis 107 kunne de varer, der var omfattet af størstedelen af de fakturaer, som intervenienten har fremlagt, ikke identificeres klart. I modsætning til hvordan de af appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 25 anvendte ord synes at skulle forstås, var de deri nævnte tre dokumenter ikke tilfældigt valgte typiske eksempler, men var en del af en meget begrænset gruppe af dokumenter, der alle er fra en periode af en varighed på lidt mere end to måneder, i det foreliggende tilfælde fra den 18. november 2005 til den 27. januar 2006, og som var de eneste, hvoraf det kunne bekræftes, at de vedrørte varer, som var omfattet af det ældre varemærke og bar dette.

113 Det følger heraf, at de beviser for reel brug af det ældre varemærke, som appelkammeret tog hensyn til, dvs. de fakturaer og kataloger, som intervenienten har tilført sagen, ikke var tilstrækkelige til at understøtte den anfægtede afgørelses konklusion om, at det ældre varemærke havde været genstand for reel brug for de varer i klasse 18, 25 og 28, som var omfattet af varemærket i hele den periode, der refereres til i de pågældende fakturaer. Disse oplysninger kan højst udgøre indicier, der kan sandsynliggøre hypotesen om en sådan brug. I henhold til den retspraksis, der er nævnt i præmis 84 ovenfor, er en simpel hypotese, hvor sandsynlig den end måtte forekomme, ikke tilstrækkelig ved anvendelsen af artikel 42, stk. 2 og 3, i forordning nr. 207/2009, der opstiller et krav om en sådan brug.

114 Appelkammeret burde således have uddybet dets analyse af sagen og ligeledes have inddraget de øvrige af intervenienten fremlagte beviser, særligt G's beedigede erklæring, hvis beviskraft burde have været fastlagt. Om fornødent kunne appelkammeret i henhold til artikel 42, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 have opfordret parterne til at fremsætte deres supplerende bemærkninger eller endog i medfør af samme

forordnings artikel 78 have anordnet bevisoptagelse (jf. i denne retning HIPOVITON-dommen, nævnt ovenfor i præmis 40, præmis 57 og 58).

115 Det må således på grundlag af samtlige ovenstående betragtninger fastslås, at det fjerde anbringende ligeledes er velbegrundet og må tages til følge.

Påstanden om omgørelse

116 Som det blev anført i præmis 40 ovenfor, har sagsøgeren med sin anden og tredje påstand nedlagt påstand om omgørelse af den anfægtede afgørelse. Det skal således undersøges, om det første, andet og fjerde anbringende, hvorom det allerede er anført, at de i henhold til påstanden om annullation af den anfægtede afgørelse skal tages til følge, begrunder en sådan omgørelse.

117 For det første bemærkes, at sagsøgeren i forbindelse med sin argumentation vedrørende det første anbringende (jf. præmis 47 ovenfor) har gjort gældende, at den konstatering, som blev foretaget i den anfægtede afgørelse, hvorefter »snowboardstøvler« ikke var omfattet af registreringsansøgningen, var korrekt, men at den konsekvens, der skulle drages deraf, skulle være forkastelse af indsigelsen, for så vidt som den vedrørte det pågældende fodtøj.

118 Denne del af sagsøgerens argumentation søger således i det væsentlige en ændring af den anfægtede beslutning, for så vidt som punkt 1 i konklusionen i indsigelsesafdelingens afgørelse annulleres og indsigelsen forkastes, for så vidt som den omfatter »snowboardstøvler«.

119 Denne påstand er ikke velbegrundet og må forkastes. Som intervenienten med rette har gjort gældende, var alle de varer, der var omfattet af indsigelsen, dækket af sagsøgerens registreringsansøgning. Hvad angår varerne i klasse 25 nævner ansøgningens ordlyd (jf. præmis 4 ovenfor) først »fodtøj« og dernæst forskellige former for fodtøj med udtrykket »især« foranstillet. Ifølge retspraksis har dette udtryk, som anvendes i beskrivelsen af varer, imidlertid alene en eksemplificerende karakter (Rettens dom af 12.11.2008, sag T-87/07, Scil proteins mod KHIM — Indena (affilene), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 38, jf. i denne retning Rettens dom af 9.4.2003, sag T-224/01, Durferrit mod KHIM - Kolene (NU-TRIDE), Sml. II, s. 1589, præmis 41). Når udtrykket anvendes i en liste over varer, tjener det til at adskille de varer, som har en særlig interesse for varemærkeindehaveren, uden af den grund at udelukke nogen anden vare fra listen (jf. i denne retning affilene-dommen, præmis 39). Det følger heraf, at sagsøgeren ansøgte om registrering af sit varemærke for »fodtøj« generelt og således også for »skifodtøj, snowboardstøvler og sportssko«, der er omfattet af indsigelsen.

120 Det skal i øvrigt bemærkes, at ordlyden af registreringsansøgningen hvad angår varerne i klasse 25 ligeledes omfatter »sportssko«, som udgør en mere generel kategori, som indbefatter »snowboardstøvler«.

121 For det andet bemærkes, for så vidt som påstanden om omgørelse tilsigter, at Retten selv fastslår, at der ikke er godtgjort en reel brug af det ældre varemærke, og af denne grund forkaster indsigelsen, at spørgsmålet om reel brug af det ældre varemærke ganske vist er blevet realitetsbehandlet af Harmoniseringskontoret, men kun, som det blev anført i præmis 113 og 114 ovenfor, ufuldstændigt. Rettens undersøgelse heraf ville i det væsentlige indebære, at Retten skulle påtage sig opgaver af administrativ og udredende karakter, som retteligt tilkommer Harmoniseringskontoret, og derfor ville være i strid med den institutionelle ligevægt, som ligger til grund for princippet om kompetencefordelingen mellem Harmoniseringskontoret og Retten. På denne baggrund finder Retten, at der ikke er grund til at imødekomme sagsøgerens ovennævnte påstand (Rettens dom af 14.5.2009, sag T-165/06, Fiorucci mod KHIM - Edwin (ELIO FIORUCCI), Sml. II, s. 1375, præmis 67, jf. ligeledes i denne retning Rettens dom af

4.10.2006, sag T-188/04, Freixenet mod KHIM (Form af en matslebet sort flaske), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 47.

122 Den anfægtede afgørelse må således annulleres, og Harmoniseringskontoret frifindes i øvrigt.

Sagens omkostninger

123 Ifølge procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. I medfør af procesreglementets artikel 87, stk. 3, første afsnit, kan Retten imidlertid fordele sagens omkostninger, når der foreligger ganske særlige grunde.

124 I det foreliggende tilfælde har Harmoniseringskontoret nedlagt påstand om, at hver part tilpligtes at bære sine egne omkostninger, og har i øvrigt taget bekræftende til genmæle for så vidt angår påstanden om annullation af den anfægtede afgørelse med undtagelse af dens bestemmelser vedrørende bevis for reel brug af det ældre varemærke (jf. præmis 49 ovenfor). Denne omstændighed udgør imidlertid ikke en særlig grund i henhold procesreglementets artikel 87, stk. 3, første afsnit, som kan begrunde en fordeling af omkostningerne, og er ikke til hinder for, at Harmoniseringskontoret pålægges at betale sagsøgerens omkostninger i overensstemmelse med dennes påstand, for så vidt som den anfægtede afgørelse er truffet af et appelkammer ved Harmoniseringskontoret (jf. i denne retning dommen i sagen VENADO med ramme, nævnt ovenfor i præmis 51, præmis 115 og den deri nævnte retspraksis). Harmoniseringskontoret må således pålægges at bære dets egne omkostninger samt at betale sagsøgerens omkostninger.

125 Intervenienten, der ikke har fået medhold i sine påstande, bærer følgelig sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Tredje Afdeling):

1) Afgørelsen truffet den 30. september 2009 af Første Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (sag R 1387/2008-1) annulleres.

2) I øvrigt frifindes Harmoniseringskontoret.

3) Harmoniseringskontoret bærer sine egne omkostninger og betaler de af Völkl GmbH & Co. KG afholdte omkostninger.

4) Marker Völkl International GmbH bærer sine egne omkostninger.

Czúcz Labucka Gratsias

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 14. december 2011.

Underskrifter