TRIBUNALENS DOM (tredje avdelningen)

den 14 december 2011 *

I mål T-504/09,

Völkl GmbH & Co. KG, Erding (Tyskland), företrätt av advokaten C. Raßmann,

sökande,

mot

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

svarande,

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

Marker Völkl International GmbH, Baar (Schweiz), företrätt av advokaten J. Bauer,

* Rättegångsspråk: tyska.

angående en talan mot det beslut som meddelades av harmoniseringsbyråns första överklagandenämnd den 30 september 2009 (ärende R 1387/2008-1) om ett invändningsförfarande mellan Marker Völkl International GmbH och Völkl GmbH & Co. KG,

meddelar

TRIBUNALEN (tredje avdelningen)

sammansatt av ordföranden O. Czúcz samt domarna I. Labucka och D. Gratsias (referent),

justitiesekreterare: handläggaren T. Weiler,

med beaktande av ansökan som inkom till tribunalens kansli den 16 december 2009,

med beaktande av harmoniseringsbyråns svarsinlaga som inkom till tribunalens kansli den 29 mars 2010,

med beaktande av intervenientens svarsinlaga som inkom till tribunalens kansli den 8 mars 2010,

med beaktande av beslutet av den 19 april 2010 att inte låta sökanden inge någon replik,

efter förhandlingen den 14 juli 2011,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

1 Völkl GmbH & Co. KG, som är sökande i målet, ingav den 25 april 2005 en ansökan om registrering av gemenskapsvarumärke till harmoniseringsbyrån i enlighet med rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken (EGT L 11, 1994, s. 1; svensk specialutgåva, område 17, volym 2, s. 3), i dess ändrade lydelse (ersatt av rådets förordning (EG) nr 207/2009 av den 26 februari 2009 om gemenskapsvarumärken (EUT L 78, s. 1)).

2 Det sökta varumärket utgörs av ordkännetecknet VÖLKL.

3 De varor som registreringsansökan avsåg omfattas av klasserna 3, 9, 18 och 25 i Niceöverenskommelsen om internationell klassificering av varor och tjänster vid varumärkesregistrering av den 15 juni 1957, med ändringar och tillägg, och motsvarar följande beskrivningar:

— Klass 3: ”Vårdmedel för skor”.

— Klass 9: ”Specialskor (skor för brandmän)”.

— Klass 18: ”Läder och lädervaror undantaget sport- och resväskor”.

— Klass 25: ”Skor, speciellt skidpjäxor, stövlar efter skidåkning, bergsklättringsstövlar, pälsstövlar, klätterskor, vandringsskor, sport- och fritidsskor”.

4 Registreringsansökan offentliggjordes i *Bulletinen för gemenskapsvarumärken* nr 5/2006 av den 30 januari 2006.

5 Marker Völkl International GmbH, som är intervenient i målet, framställde den 27 april 2006, med stöd av artikel 42 i förordning nr 40/94 (nu artikel 41 i förordning nr 207/2009), en invändning mot registrering av det sökta varumärket.

6 Som grund för invändningen åberopade intervenienten sitt internationella ordmärke VÖLKL (nedan kallat det äldre varumärket) som registrerats den 31 juli 1991 under nummer 571440. Registreringen täcker bland annat Spanien och Italien, och varumärket är registrerat bland annat för varor i klasserna 18, 25 och 28. Dessa varor motsvarar följande beskrivning:

— Klass 18: ”Sportväskor”.

— Klass 25: ”Klädesartiklar”.

— Klass 28: ”Gymnastik- och sportutrustning”.

7 Till stöd för invändningen åberopades det registreringshinder som avses i artikel 8.1 b i förordning nr 40/94 (nu artikel 8.1 b i förordning nr 207/2009).

8 Sökandens yttrande inkom till harmoniseringsbyrån den 20 december 2006. Däri begärde sökanden, i enlighet med artikel 43.2 och 43.3 i förordning nr 40/94 (nu artikel 42.2 och 42.3 i förordning nr 207/2009), att intervenienten skulle inkomma med bevisning till styrkande av att det äldre varumärket verkligen hade använts för de varor som åberopats till stöd för invändningen.

9 Med anledning av sökandens begäran inkom intervenienten med ett yttrande till harmoniseringsbyrån den 1 mars 2007. Intervenienten bilade till sitt yttrande bland annat följande bevisning:

— Statistik över intervenientens omsättning åren 2002–2006 avseende bland annat försäljning av skidor, snowboardar, skid- och snowboardkläder och sportaccessoarer (såsom sportväskor).

— Två kataloger över de varor som intervenienten saluförde säsongen 2006/2007; den ena katalogen avsåg skidor, snowboardar och skidväskor, medan den andra avsåg skid- och snowboardkläder.

— Två uppsättningar med fakturor avseende intervenientens försäljning av varor till spanska respektive italienska återförsäljare.

10 Dessutom inkom intervenienten den 2 mars 2007 med en förklaring som lämnats på heder och samvete. Denna förklaring hade avgetts av G, som arbetar på ett till intervenienten närstående bolag. I förklaringen intygar G på heder och samvete att uppgifterna om intervenientens omsättning åren 2002–2006 är riktiga, bland annat vad avsåg försäljningen av de i punkt 9 ovan angivna varorna. Vidare uppger G i denna förklaring att alla dessa varor var försedda med det äldre varumärket.

11 I beslut av den 31 juli 2008 biföll invändningsenheten invändningen såvitt avser ”skidskor, snowboardskor och sportskor” i klass 25 (nedan kallade de tre varorna) (se punkt 1 i slutet i invändningsenhetens beslut). Invändningsenheten kom nämligen fram till att invändningen endast avsåg registrering av det sökta varumärket för dessa tre varor.

12 Invändningsenheten ansåg att intervenienten hade styrkt att det äldre varumärket verkligen hade använts för de varor som anges i punkt 6 ovan. Invändningsenheten hänvisade till de fakturor, den omsättningsstatistik och G:s förklaring på heder och samvete som åberopats av intervenienten. Dessa dokument avsåg enligt enheten den relevanta perioden och de medlemsstater som var relevanta i sammanhanget, nämligen Spanien och Italien. Dessutom visade dessa dokument att intervenienten sålt en imponerande stor mängd varor. Invändningsenheten konstaterade därvid att fakturorna var försedda med det nedan återgivna figurkännetecknet (nedan kallat det första figurmärket):



13 Invändningsenheten fann emellertid att detta kännetecken använts på ett sätt som kunde likställas med att det äldre varumärket använts i en form som inte förändrar

märkets särskiljande egenskaper i den mening som avses i artikel 15.2 a i förordning nr 40/94 (nu artikel 15.1 andra stycket a i förordning nr 207/2009), vilken är analogt tillämplig. Vad beträffar sökandens argument att det var ett annat företag, och inte intervenienten, som använt det äldre varumärket, fann invändningsenheten att sökanden inte kunde vinna framgång med detta argument. I och med att intervenienten själv hade gjort gällande att tredje man använt intervenientens varumärke, kom invändningsenheten fram till att intervenienten implicit påstått att bruket av märket skett med intervenientens medgivande i den mening som avses i artikel 15.3 i förordning nr 40/94 (nu artikel 15.2 i förordning nr 207/2009).

14 Såvitt avser de tre varorna, kom invändningsenheten fram till att det fanns en risk för att det sökta varumärket förväxlas med det äldre varumärket, i den mening som avses i artikel 8.1 b i förordning nr 40/94. Märkena var nämligen identiska, och de aktuella varorna var av liknande slag. I punkt 2 i slutet i invändningsenhetens beslut slogs det dessutom fast att det sökta varumärket kunde registreras för varor i klasserna 3, 9 och 18 (se punkt 3 ovan) och för ”skor, förutom skidskor, snowboardskor och sportskor” i klass 25 (nedan gemensamt kallade de övriga varorna).

15 Den 25 september 2008 överklagade sökanden invändningsenhetens beslut till harmoniseringsbyrån enligt artiklarna 57–62 i förordning nr 40/94 (nu artiklarna 58–64 i förordning nr 207/2009).

16 Första överklagandenämnden meddelade sitt beslut den 30 september 2009 (nedan kallat det angripna beslutet), vilket delgavs sökanden den 16 oktober 2009. Överklagandenämnden upphävde invändningsenhetens beslut ”i den del invändningsenheten kom fram till att de motstående kännetecknen kunde förväxlas med varandra, och [återförvisade] ärendet till invändningsenheten för vidare handläggning” (punkt 1 i slutet i det angripna beslutet). Nämnden avslog däremot ”överklagandet i den del som avsåg bevisvärderingen av huruvida det äldre varumärket verkligen använts” (punkt 2 i slutet i det angripna beslutet).

17 Överklagandenämnden kom inledningsvis fram till att invändningsenheten hade gjort en felaktig identifiering av de varor som var föremål för invändningen. Enligt nämnden hade intervenienten i sin invändning inte lämnat någon uppgift om vilka varor som var föremål för invändningen. Enligt regel 15.3 a i kommissionens förordning (EG) nr 2868/95 av den 13 december 1995 om genomförande av förordning nr 40/94 (EGT L 303, s. 1), i dess ändrade lydelse, ska invändningen anses avse alla de varor som avses med det sökta varumärket. Nämnden påpekade vidare att det visserligen var riktigt att ”sportskor” och ”skidskor” kunde ingå i begreppet ”skidpjäxor”, vilket är det begrepp som sökanden använt i sin registreringsansökan. ”Snowboardskor” angavs emellertid inte i registreringsansökan. Överklagandenämnden kom därför fram till att invändningsenheten hade tagit ställning till varor som inte återfanns i varuförteckningen i registreringsansökan. Trots att parterna inte uttalat sig i denna fråga utan enbart yttrat sig angående frågan om huruvida det äldre varumärket verkligen hade använts, kom överklagandenämnden fram till att invändningsenhetens beslut skulle upphävas i den del som avsåg bedömningen av om det fanns någon risk för att de motstående varumärkena kunde förväxlas med varandra (punkterna 15–18 i det angripna beslutet).

18 Därefter delade överklagandenämnden invändningsenhetens bedömning att intervenienten hade styrkt att det äldre varumärket verkligen använts i Italien och i Spanien för de varor som märket var registrerat för (punkt 22 i det angripna beslutet).

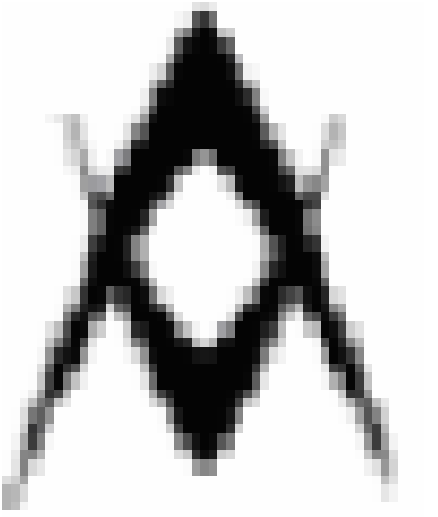
19 Överklagandenämnden angav följande som skäl för sin bedömning (punkterna 24 och 25 i det angripna beslutet):

”24. De fakturor som åberopats av [intervenienten] för åren 2002–2006 styrker vilken omsättning som uppnåtts under dessa år i Spanien och i Italien, det vill säga platsen och tiden för samt omfattningen av varumärkets användning. Det är visserligen riktigt att det bara är [intervenientens första figurmärke] som visas i dessa

fakturor, men överklagandenämnden finner att det inte kan krävas att invändaren, när det bara är fråga om fakturor, ger in en separat redogörelse för omsättningen från försäljningen av de varor som är försedda med [det äldre] varumärket. I allmänhet är det helt enkelt inte möjligt att särskilja varorna på detta sätt, och detta är i särskilt hög grad fallet när inte alla varor är försedda med samma varumärke. I normalfallet är det inte rimligt att förvänta sig att det aktuella företaget ska vidta de administrativa åtgärder som krävs för att ge in en sådan separat redogörelse. I annat fall skulle företaget försättas i en situation där det i praktiken blir omöjligt att styrka att det äldre varumärket verkligen använts.

25. När det gäller det sätt på vilket det äldre varumärket använts, gör överklagandenämnden följande bedömning. Utdrag från [intervenientens] kataloger ger vid handen att intervenienten inte bara använder [det första figurmärket] för sina varor, utan dessa varor är även försedda med [ett annat figurmärke] och [det äldre] varumärket. [Det äldre] varumärket används ensamt, som ett rent ordelement, på skidor, skidstavar och ett stort antal sportklädesartiklar. De varor som visas på bild i de kataloger som ingetts av invändaren nämns även på de fakturor som getts in i ärendet. I fakturan av den 12 januari 2006 till en spansk kund nämns exempelvis artikelnummer 106001 (Racetiger OS Racing Titanium), 106021 (Racetiger RC Titanium) och 106051 (Supersport Allstar Titanium). I fakturan av den 21 december 2005 nämns artikelnummer 106031 (Racetiger SC Titanium) och 106240 (Attiva Star). Dessa varor är försedda med [det äldre] varumärket såsom ett rent ordmärke, och på ett annat ställe finns [ett annat figurmärke som tillhör intervenienten]. Den spanska skidkatalogen rör endast den relevanta spanska marknaden, och detta beror på att katalogen är avfattad på spanska. En jämförelse med de fakturor till italienska kunder som invändaren gett in i ärendet ger emellertid vid handen att dessa varor även saluförs i Italien. Således avser fakturan av den 18 november 2005 exempelvis artikelnummer 106021 (Racetiger RC Titanium), och dessa varor är försedda med [det äldre] varumärket i form av ett rent ordmärke. Vissa av dessa varor är även försedda med intervenientens andra figurmärke, vilket anbringats på ett annat ställe."

20 Detta andra figurmärke som innehas av intervenienten och som nämns i punkt 25 i det angripna beslutet (nedan kallat det andra figurmärket) återges nedan:



21 Med stöd av praxis från tribunalen ansåg överklagandenämnden dessutom att intervenienten inte var skyldig att bevisa att det äldre varumärket använts ensamt. Det var tillfyllest att visa att varumärket hade använts på de relevanta varorna tillsammans med andra varumärken (punkterna 26 och 27 i det angripna beslutet). Mot denna bakgrund kom nämnden fram till att det saknades anledning att pröva den i rättspraxis aktualiserade frågeställningen, nämligen huruvida skyddet för ett registrerat varumärke kan utsträckas till att även omfatta ett annat varumärke som är en knappt förnimbar variant av det registrerade märket (punkt 28 i det angripna beslutet).

Parternas yrkanden

22 Sökanden har yrkat att tribunalen ska

— ogiltigförklara det angripna beslutet,

— upphäva invändningsenhetens beslut i den del invändningen bifalls,

— avslå invändningen, och

— förplikta harmoniseringsbyrån att ersätta rättegångskostnaderna.

23 Harmoniseringsbyrån har yrkat att tribunalen ska

— ogilla talan, i den del talan avser punkt 2 i slutet i det angripna beslutet rörande prövningen av bevisningen på verkligt bruk av det äldre varumärket,

— ogiltigförklara det angripna beslutet i övrigt, och

— förplikta vardera parten att bära sina rättegångskostnader.

24 Intervenienten har yrkat att tribunalen ska

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

Upptagande till sakprövning

25 Tribunalen kommer först att pröva om talan kan tas upp till sakprövning mot bakgrund av artikel 65.4 i förordning nr 207/2009. I denna bestämmelse föreskrivs att ”[v]ar och en som varit part i förfarandet vid överklagandenämnden ska ha rätt att [till tribunalen] överklaga [nämndens] beslut som gått denne emot.”

26 En av parterna ska anses ha vunnit framgång med sitt överklagande till överklagandenämnden när nämnden i sitt beslut bifaller partens yrkande mot bakgrund av ett av registreringshindren eller ogiltighetsgrunderna eller, mer allmänt, mot bakgrund av endast en del av partens argument. Detta gäller trots att överklagandenämnden underlåter att pröva de andra grunder och argument som åberopats av parten, eller kommer fram till att överklagandet inte ska bifallas på dessa andra grunder och argument (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens beslut av den 14 juli 2009 i

mål T-300/08, Hoo Hing mot harmoniseringsbyrån – Tresplain Investments (Golden Elephant Brand), ej publicerat i rättsfallssamlingen, punkterna 29–37).

27 Ett beslut från överklagandenämnden ska däremot anses ha gått någon emot i den mening som avses i artikel 65.4 i förordning nr 207/2009, då nämnden tar ställning till partens yrkande på ett sätt som är betungande för densamme (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 17 mars 2009 i mål T-171/06, Laytoncrest mot harmoniseringsbyrån – Erico (TRENTON), REG 2009, s. II-539, punkterna 20 och 21).

28 Sistnämnda hypotes ska anses innefatta de beslut där överklagandenämnden först avslår ett yrkande som, om det hade bifallits, skulle ha inneburit att ärendet avgjordes till fördel för den som framställde yrkandet, och där nämnden därefter återförvisar ärendet till lägre instans för fortsatt handläggning. Detta gäller trots att det finns en möjlighet att den lägre instansen, när den återupptar handläggningen av ärendet, kan komma att meddela ett för denna part gynnande beslut. Denna möjlighet är inte tillfyllest för att denna hypotes ska assimileras med den hypotes som nämns i punkt 26 ovan, det vill säga där överklagandenämnden bifaller ett yrkande mot bakgrund av vissa av de åberopade grunderna och argumenten och avslår – eller underlåter att pröva – övriga grunder eller argument.

29 När det gäller förevarande mål finner tribunalen att det är uppenbart att överklagandenämnden inte bifallit sökandens yrkanden, såvitt avser de övriga varorna. I punkt 1 i slutet i det angripna beslutet upphäver nämligen överklagandenämnden invändningsenhetens beslut i dess helhet i den del som gäller konstaterandet av risk för förväxling mellan de motstående kännetecknen. I punkt 2 i slutet i invändningsenhetens beslut hade invändningsenheten emellertid uttryckligen påpekat att det sökta varumärket kunde registreras för de övriga varorna. Därigenom hade invändningsenheten således bifallit sökandens registreringsansökan såvitt avsåg dessa varor.

30 Talan kan således prövas i den del sökanden har yrkat att det angripna beslutet ska ogiltigförklaras. I beslutet upphävde överklagandenämnden nämligen punkt 2 i slutet i invändningsenhetens beslut rörande de övriga varorna.

31 Vad sedan gäller de tre varorna gör tribunalen följande bedömning. Varken sökanden eller intervenienten har i sina inlagor tagit upp sakprövningsfrågan rörande dessa varor. Harmoniseringsbyrån har i sin svarsskrivelse påpekat att bevisningen för att det äldre varumärket verkligen använts bör bli föremål för prövning innan risken för förväxling prövas, och tribunalen kan pröva frågeställningen om bevisningen oavhängigt från de andra rättsliga grunder som åberopats till stöd för talan. Harmoniseringsbyrån anser att det är relevant att göra en sådan prövning i detta mål, eftersom tribunalen – då den prövar om det finns en risk för att de motstående varumärkena förväxlas, vilket ännu inte prövats av överklagandenämnden – endast får beakta de varor för vilka det styrkts att det äldre varumärket verkligen använts.

32 Tribunalen finner att talan kan prövas även i den del den anser de tre varorna.

33 Det är visserligen så att överklagandenämnden, i punkt 1 i slutet i det angripna beslutet, endast upphäver det beslut av invändningsenheten som var betungande för sökanden samt återförvisar ärendet till invändningsenheten för fortsatt handläggning.

34 I punkt 2 i slutet i det angripna beslutet konstaterar överklagandenämnden emellertid med anledning av sökandens begäran vid invändningsenheten om att bevis ska ges in till styrkande av att det äldre varumärket verkligen använts, att detta förhållande styrkts; syftet med sökandens begäran var dock att invändningsenheten skulle komma fram till motsatt slutsats, vilket skulle ha inneburit att invändningsenheten avslog invändningen.

35 En begäran om att invändaren ska ge in bevisning till styrkande av att det äldre varumärket verkligen använts innebär, enligt fast rättspraxis, att invändningsenheten – inom ramen för invändningsförfarandet – har att ta ställning till den specifika frågeställning som ska prövas först, nämligen huruvida det äldre varumärket verkligen har använts. Denna frågeställning ska, när den väl aktualiserats av den som ansökt om registrering, avgöras innan själva invändningsförfarandet avgörs (förstainstansrättens dom av den 16 mars 2005 i mål T-112/03, L'Oréal mot harmoniseringsbyrån – Revlon (FLEXI AIR), REG 2005, s. II-949, punkt 26, av den 22 mars 2007 i mål T-364/05, Saint-Gobain Pam mot harmoniseringsbyrån – Propamsa (PAM PLUVIAL), REG 2007, s. II-757, punkt 37, och av den 18 oktober 2007 i mål T-425/03, AMS mot harmoniseringsbyrån – American Medical Systems (AMS Advanced Medical Services), REG 2007, s. II-4265, punkt 106).

36 I och med att denna frågeställning är specifik, och ska prövas först, ska den inte vara föremål för invändningsenhetens prövning av invändningen i egentlig mening, där det ska prövas om det finns en risk för att det sökta varumärket förväxlas med det äldre märket. När invändningsenheten – såsom är fallet i förevarande mål – kommer fram till att invändaren styrkt att det äldre varumärket verkligen använts och därefter bifaller invändningen, får överklagandenämnden således pröva frågan om bevisningen endast om den som ansökt om varumärkesregistrering tagit upp denna fråga specifikt i sitt överklagande till nämnden (se, för ett liknande resonemang, tribunalens dom av den 13 september 2010 i mål T-292/08, Inditex mot harmoniseringsbyrån – Marín Díaz de Cerio (OFTEN), REU 2010, s. II-5119, punkterna 33, 39 och 40).

37 I punkt 2 i slutet i det angripna beslutet fann överklagandenämnden att sökanden inte kunde vinna framgång med sin begäran – som sökanden specifikt tagit upp inför nämnden – om bevisning till styrkande av att det äldre varumärket verkligen använts. Vidare avslog överklagandenämnden inte invändningen av något annat skäl. Detta skiljer förevarande mål från det fall som tribunalen redogjort för i punkt 26 ovan. Det angripna beslutet, såvitt gäller de tre varorna, anses därmed omfattas av den hypotes som tribunalen redogjort för i punkt 28 ovan. Tribunalen finner således att överklagandenämnden inte biföll sökandens yrkanden, vilket innebär att sökanden får väcka talan mot det angripna beslutet vid tribunalen.

38 Det är visserligen riktigt att överklagandenämnden i punkt 1 i slutet i det angripna beslutet uppmanar invändningsenheten att på nytt pröva frågan om det finns risk för att det sökta varumärket förväxlas med det äldre varumärket såvitt avser de tre varorna.

Invändningsenheten skulle emellertid, med beaktande av punkt 2 i slutet i det angripna beslutet, inom ramen för denna prövning inte ta ställning till den specifika och föregående frågeställningen om det äldre varumärket verkligen använts. Denna fråga har nämligen definitivt avgjorts av överklagandenämnden.

39 Tribunalen kommer därefter att pröva om sökandens andra och tredje yrkande kan tas upp till sakprövning, vilket harmoniseringsbyrån invänt mot. I sitt andra yrkande har sökanden yrkat att tribunalen ska upphäva invändningsenhetens beslut i den del invändningen bifalls, och i det tredje att tribunalen ska avslå invändningen. Harmoniseringsbyrån har yrkat att dessa yrkanden ska avvisas, eftersom syftet med dem i själva verket är att tribunalen ska rikta förelägganden till harmoniseringsbyrån, vilket inte ingår i tribunalens behörighet.

40 Tribunalen finner att harmoniseringsbyrån inte kan vinna framgång med detta argument. Till skillnad från vad som gjorts gällande av harmoniseringsbyrån, har sökanden i själva verket framställt dessa yrkanden för att tribunalen ska fatta det beslut som överklagandenämnden, enligt sökanden, borde ha fattat. Det framgår nämligen av artikel 64.1 andra meningen i förordning nr 207/2009 att överklagandenämnden får upphäva det beslut som meddelats av den enhet som meddelat det överklagade beslutet och utöva den behörighet som tillkommer denna enhet, vilket i förevarande mål är att fatta beslut avseende invändningen och avslå densamma. Dessa åtgärder ingår således i de åtgärder som tribunalen får vidta med stöd av sin behörighet enligt artikel 65.3 i förordning nr 207/2009 att ändra ett beslut (förstainstansrättens dom av den 8 juli 2004 i mål T-334/01, MFE Marienfelde mot harmoniseringsbyrån – Vétoquinol (HIPOVITON), REG 2004, s. II-2787, punkt 19, av den 12 september 2007 i mål T-363/04, Koipe mot harmoniseringsbyrån – Aceites del Sur (La Española), REG 2007, s. II-3355, punkterna 29 och 30, och av den 11 februari 2009 i mål T-413/07, Bayern Innovativ mot harmoniseringsbyrån – Life Sciences Partners Perstock (LifeScience), ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkterna 15 och 16).

41 Följaktligen ska det andra och det tredje yrkandet tas upp till sakprövning.

42 Sökandens tredje yrkande, om att tribunalen ska avslå invändningen, ska emellertid förstås mot bakgrund av sökandens argument i den första grunden. Sökanden har därvid gjort gällande att intervenienten i sin invändning på ett klart och tydligt sätt hade begränsat invändningen till att endast avse de tre varorna, vilket inte beaktats av överklagandenämnden.

43 Tribunalen finner således att det tredje yrkandet endast avser de tre varorna. När det gäller de övriga varorna gör tribunalen följande bedömning. Sökanden har i sitt första yrkande hemställt att tribunalen ogiltigförklarar det angripna beslutet, och om tribunalen bifaller detta yrkande innebär det att invändningsenhetens beslut – i vilket invändningsenheten kom fram till att det sökta varumärket kunde registreras för dessa övriga varor – återfår sin rättsverkan. Detta skulle i sig vara tillräckligt för att sökanden till fullo uppnår det eftersträvade resultatet, såvitt avser dessa varor.

44 Det framgår av ovannämnda överväganden att sökandens talan kan tas upp till sakprövning avseende det första yrkandet (att tribunalen ska ogiltigförklara det angripna beslutet i dess helhet) och även avseende det andra och det tredje yrkandet (att tribunalen ska avslå invändningen avseende de tre varorna).

Prövning i sak

45 Sökanden har åberopat fyra grunder till stöd för sin talan. Som första grund har det gjorts gällande att överklagandenämnden åsidosatte dispositionsprincipen i artikel 76.1 i förordning nr 207/2009. Såvitt avser den andra grunden har sökanden gjort gällande att överklagandenämnden åsidosatte principen om förbud mot *reformatio in pejus* av det beslut som meddelats av invändningsenheten och som överklagats till nämnden. Sökanden har som tredje grund gjort gällande att överklagandenämnden åsidosatte rätten till försvar enligt artikel 37.3 och artikel 75 andra meningen i förordning nr 207/2009. Den fjärde grunden avser åsidosättande av artikel 15.1 andra

stycket a, artikel 42.2 och 42.3 i förordning nr 207/2009 samt regel 22.2 i förordning nr 2868/95.

Den första och den andra grunden: Åsidosättande av dispositionsprincipen i artikel 76.1 i förordning nr 207/2009 och av principen om förbud mot *reformatio in pejus* av det beslut som meddelats av invändningsenheten och som överklagats till överklagandenämnden

46 Tribunalen kommer att pröva den första och den andra grunden tillsammans.

47 Sökanden har gjort gällande följande inom ramen för den första grunden. Överklagandenämnden gjorde fel då den kom fram till att invändningen avsåg alla de varor som avses med det sökta varumärket. I sin invändning angav intervenienten klart och tydligt att invändningen endast avsåg de tre varorna. Det saknar härvid betydelse att de varor som registreringsansökan avsåg inte omfattade ”snowboardskor”. Invändningsenheten borde ha avvisat invändningen såvitt avser dessa varor. Detta utgör däremot inte någon grund för överklagandenämnden att – såsom nämnden gjorde – utvidga invändningen till att avse alla varorna i registreringsansökan.

48 Sökanden har gjort gällande följande inom ramen för den andra grunden. När invändningsenheten gjorde sin prövning, prövade den endast frågan om det fanns någon risk för att de motstående varumärkena skulle förväxlas med varandra i fråga om de tre varorna. I och med att överklagandenämnden återförvisade ärendet till invändningsenheten för att denna skulle göra en förväxlingsriskbedömning i fråga om alla de varor som angavs i sökandens registreringsansökan, innebar detta att överklagandenämnden försatte sökanden i en mindre förmånlig situation än vad som var fallet innan sökanden gav in sitt överklagande. Därmed vidtog överklagandenämnden

en *reformatio in pejus* av invändningsenhetens beslut, vilket inte är tillåtet enligt artikel 59 i förordning nr 207/2009.

49 Harmoniseringsbyrån har redovisat följande inställning till sökandens första och andra grund. Talan ska bifallas såvitt avser punkt 1 i slutet i det angripna beslutet. Invändningsenheten gjorde en riktig bedömning då den kom fram till att invändningen endast avsåg de tre varorna. Överklagandenämnden beaktade inte denna avgränsning, och harmoniseringsbyrån kan inte ge någon förklaring till varför så skett.

50 Intervenienten har i detta sammanhang vitsordat att invändningen endast avsåg de tre varorna. Till skillnad från vad som gjorts gällande av sökanden, har intervenienten tillagt att invändningsenheten gjorde en riktig bedömning då den kom fram till att invändningen inte skulle avvisas i fråga om ”snowboardskor”. Sökandens registreringsansökan avsåg nämligen alla slags skor, inklusive snowboardskor. De olika slags skor som finns angivna i den i registreringsansökan angivna förteckningen över varor i klass 25 (se punkt 3 ovan) föregås av ordet ”speciellt”, vilket innebär att varorna endast anges såsom exempel. De riktlinjer som finns för invändningsförfarandet ger vid handen att en invändning kan avse specifika varor som ingår i ett större begrepp i registreringsansökan.

51 Tribunalen gör följande bedömning. Även om harmoniseringsbyrån saknar saklegitimation och därmed rätt att väcka talan mot ett beslut som fattats av en överklagandenämnd, så är den inte skyldig att alltid försvara sådana beslut när de är föremål för talan vid tribunalen eller yrka att talan som väcks mot ett sådant beslut ska ogillas. Det finns således inget som hindrar att harmoniseringsbyrån ställer sig bakom ett yrkande som framställts av sökanden, såsom harmoniseringsbyrån gjort i förevarande mål avseende sökandens första yrkande (se förstainstansrättens dom av den 14 december 2006 i de förenade målen T-81/03, T-82/03 och T-103/03, Mast-Jägermeister mot harmoniseringsbyrån – Licorera Zacapaneca (VENADO med ram m.fl.), REG 2006, s. II-5409, punkterna 26 och 27 och där angiven rättspraxis).

52 Trots formuleringen av rubriken på den andra grunden, aktualiserar denna grund den mer specifika frågeställningen om vilken behörighet som tillkommer en överklagandenämnd att pröva en invändning mot en registreringsansökan för vissa varor eller tjänster, trots att den som ansökt om varumärkesregistrering endast överklagat invändningsenhetens beslut att bifalla invändningen för andra varor eller tjänster i registreringsansökan. Denna frågeställning ska logiskt sett prövas innan tribunalen prövar den första grunden i den del sökanden bestritt överklagandenämndens bedömning i det angripna beslutet att intervenienten inte hade begränsat förteckningen över de varor som avses med invändningen.

53 Det framgår av artikel 64.1 i förordning nr 207/2009 att överklagandenämnden, efter det att den har prövat om överklagandet är befogat, ska avgöra överklagandet, och att den därvid får ”vidta de åtgärder som kunnat vidtas av den enhet som meddelat det överklagade beslutet”. I förevarande fall innebär det att överklagandenämnden själv ska pröva invändningen och avslå eller bifalla densamma, och därigenom fastställa eller upphäva det överklagade beslutet. Såsom slagits fast i domstolens dom av den 13 mars 2007 i mål C-29/05 P, harmoniseringsbyrån mot Kaul (REG 2007, s. I-2213), punkt 57, framgår det av denna bestämmelse att överklagandenämnden till följd av överklagandet ska göra en ny, fullständig prövning av invändningen i sak, det vill säga både en rättslig prövning och en prövning av de faktiska omständigheterna.

54 När överklagandet till överklagandenämnden endast avser en del av varorna och tjänsterna i registreringsansökan eller i invändningen, innebär överklagandet att överklagandenämnden får göra en ny prövning i sak av invändningen. Denna prövning får dock endast avse nämnda varor eller tjänster. Överklagandet till överklagandenämnden, såvitt avser registreringsansökan och invändningen, avser nämligen inte de övriga varorna eller tjänsterna.

55 Så är fallet i förevarande mål. Sökanden har till överklagandenämnden gett in ett överklagande av invändningsenhetens beslut, och detta överklagande avser endast den del där invändningsenheten biföll invändningen och avslog registreringsansökan för de tre varorna. Sökanden saknade för övrigt talerätt mot invändningsenhetens beslut i den del invändningsenheten slog fast att det sökta varumärket kunde registreras

för de övriga varorna. Artikel 59 första meningen i förordning nr 207/2009 föreskriver nämligen att ”[e]n part får överklaga ett beslut som gått honom emot”, och det följer av denna bestämmelse att i den mån som beslutet från den lägre instansen bifaller en parts yrkanden, saknar denne talerätt vid överklagandenämnden (förstainstansrättens beslut av den 11 maj 2006 i mål T-194/05, TeleTech Holdings mot harmoniseringsbyrån – Teletech International (TELETECH INTERNATIONAL), REG 2006, s. II-1367, punkt 22).

56 Tribunalen delar således sökandens bedömning (i den andra grunden), nämligen att överklagandenämnden överskred sin behörighet enligt artikel 64.1 i förordning nr 207/2009 genom att upphäva punkt 2 i slutet i invändningsenhetens beslut rörande de övriga varorna. Sökanden ska således vinna framgång såvitt avser den andra grunden.

57 I vart fall är det ostridigt mellan parterna att invändningen – till skillnad från vad överklagandenämnden kom fram till i det angripna beslutet – verkligen var begränsad på så sätt att den endast avsåg de tre varorna. Att så är fallet framgår även av själva invändningen, som finns i akten vid harmoniseringsbyrån, vilken översänts till tribunalen enligt artikel 133.3 i tribunalens rättegångsregler. Sökanden ska således vinna framgång även såvitt avser den första grunden.

58 Under dessa omständigheter saknas det anledning att pröva den tredje grunden. Eftersom överklagandenämnden saknade behörighet att pröva registreringsansökan avseende de övriga varorna, saknas det anledning att pröva om nämnden borde ha underrättat sökanden om sin avsikt att göra en sådan prövning och ha berett sökanden tillfälla att yttra sig. Tribunalen kommer däremot att pröva den fjärde grunden, eftersom den rör de tre varorna. Denna grund aktualiserar således en annan aspekt av det angripna beslutet än vad som aktualiserades i den första, den andra och den tredje grunden.

Den fjärde grunden: Åsidosättande av artikel 15.1 andra stycket a och artikel 42.2 och 42.3 i förordning nr 207/2009 samt regel 22.2 i förordning nr 2868/95

59 I den fjärde grunden har sökanden gjort gällande att intervenienten inte styrkt att det äldre varumärket verkligen har använts. I och med att överklagandenämnden kom fram till en motsatt slutsats, åsidosatte nämnden artikel 15.1 andra stycket a och artikel 42.2 och 42.3 i förordning nr 207/2009 samt regel 22.2 i förordning nr 2868/95.

60 Sökandens argument kan delas in i två delgrunder. Som första delgrund har sökanden gjort gällande att överklagandenämnden gjorde en felaktig värdering av den bevisning som intervenienten åberopat till styrkande av att det äldre varumärket verkligen använts.

61 Som andra delgrund har sökanden gjort gällande följande. Med beaktande av att bevisningen inte styrkte att det äldre varumärket verkligen använts, borde överklagandenämnden ha prövat om det – som bevisning – var möjligt att beakta användningen av intervenientens första figurmärke. Enligt sökanden strider det mot rättspraxis och harmoniseringsbyråns beslutspraxis att beakta användningen av detta sistnämnda märke.

62 Tribunalen finner att den andra delgrunden saknar verkan, och att den därför ska lämnas utan avseende. Såsom framgår av punkt 28 i det angripna beslutet (se även punkt 20 ovan), beslutade överklagandenämnden nämligen att inte beakta den omständigheten att intervenientens första figurmärke hade använts. Skälet för detta var att nämnden fann att den av intervenienten åberopade bevisningen styrkte att det äldre varumärket – i den form som det registrerats – verkligen hade använts.

63 Härav följer att om – vilket gjorts gällande av sökanden i den första delgrunden – överklagandenämnden gjorde en felaktig bedömning då den kom fram till att det styrkts att det äldre varumärket verkligen använts, så ska det angripna beslutet ogiltigförklaras, utan att det därvid finns anledning att beakta att intervenientens första figurmärke eventuellt använts. Eftersom överklagandenämnden inte prövade denna fråga i sak, ankommer det inte på tribunalen att för första gången göra denna prövning inom ramen för sin lagenlighetskontroll av det angripna beslutet (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 5 juli 2011 i mål C-263/09 P, Edwin mot harmoniseringsbyrån, REU 2011, s. I-5853, punkterna 72 och 73, och tribunalens dom av den 12 maj 2010 i mål T-148/08, Beifa Group mot harmoniseringsbyrån – Schwan-Stabilo Schwanhäuβer (skrivdon), REU 2010, s. II-1681, punkt 124 och där angiven rättspraxis).

64 Inom ramen för den första delen av den fjärde grunden har sökanden anfört en rad argument för att visa att överklagandenämnden gjorde fel när den kom fram till att det styrkts att det äldre varumärket verkligen använts.

65 Sökanden har för det första påpekat att det äldre varumärket inte finns återgivet på de av intervenienten åberopade fakturorna. I stället är det det första figurmärket som finns på dessa fakturor. Sökanden ställer sig frågande till varför det skulle vara omöjligt – vilket överklagandenämnden påstått i punkt 24 i det angripna beslutet – att separera de varor som nämns på en faktura utifrån vilket varumärke som varorna är försedda med. I vart fall måste fakturor där detta varumärke finns återgivet ges in för att det ska kunna anses styrkt att det äldre varumärket verkligen använts.

66 För det andra anser sökanden att det inte framgår av intervenientens bevisning till styrkande av att det äldre varumärket verkligen använts att denna bevisning är hänförlig till varor som är försedda med detta varumärke. Den i punkt 25 i det angripna beslutet nämnda varukatalogen är inte tillfyllest i detta avseende. Dels innehåller katalogen flera varor som endast är försedda med intervenientens första eller andra figurmärke, dels är den endast hänförlig till säsongen 2006/2007 och riktar sig bara till den spanska marknaden.

67 För det tredje är det fråga om minimala kvantiteter varor försedda med det äldre varumärket (punkt 25 i det angripna beslutet) som sålts. Enligt rättspraxis och harmoniseringsbyråns beslutspraxis räcker detta inte för att styrka verkligt bruk av ett varumärke (som det äldre varumärket) som registrerats för masskonsumtionsvaror.

68 Harmoniseringsbyrån och intervenienten anser att överklagandenämnden gjorde en riktig bedömning när den fann det styrkt att det äldre varumärket verkligen använts.

69 Harmoniseringsbyrån anser att överklagandenämnden gjorde rätt då den till grund för sin bedömning lade de fakturor som intervenienten åberopat till styrkande av var, hur länge och i vilken utsträckning som det äldre varumärket använts. Till skillnad från vad som gjorts gällande av sökanden, är det inte erforderligt att varumärket nämns på själva fakturorna. Det som är avgörande för bedömningen är nämligen att varorna i sig har försetts med detta märke.

70 När det gäller bedömningen av på vilket sätt varumärket använts, gjorde överklagandenämnden rätt då den lade intervenientens kataloger till grund för sin bedömning. Med hjälp av dessa kataloger går det – tack vare de aktuella artikelnumren – att dra ett samband mellan varorna och intervenientens fakturor. Det går för övrigt inte att påstå att de varor som enbart är försedda med det äldre varumärket tagits med i katalogerna endast för att påvisa ett symboliskt bruk.

71 Harmoniseringsbyrån har vidare anfört följande angående sökandens argument om att det är minimala kvantiteter varor (punkt 25 i det angripna beslutet) som sålts. Överklagandenämnden gjorde inte någon beräkning av omsättningen för varje varuartikel som var försedd med det äldre varumärket. I stället lyfte överklagandenämnden, såsom belysande exempel, fram vissa poster i de fakturor som åberopats av intervenienten. Det finns andra exempel på försäljning av varor som är försedda med detta

märke, men det är under alla omständigheter inte nödvändigt med en rent kvantitativ sammanställning över omsättningen för dessa varor, eftersom det enligt rättspraxis inte är möjligt att definiera en miniminivå på användningen.

72 Intervenienten har gjort gällande följande. Sökanden har påstått att de fakturor som överklagandenämnden beaktade endast styrker att 21 varuartiklar har sålts. Detta påstående är oriktigt, vilket framgår av många andra exempel på att varor försedda med det äldre varumärket har sålts, vilka finns upptagna i dessa fakturor. Vidare delar intervenienten överklagandenämndens bedömning att det vore orimligt att kräva att intervenienten ska identifiera varje vara som finns upptagen i dessa fakturor.

73 De ifrågavarande fakturorna har åberopats som belysande exempel, och de täcker inte intervenientens totala försäljning i Spanien och Italien under den relevanta perioden. Det framgår av G:s förklaring på heder och samvete (se punkt 10 ovan) att intervenienten kunnat visa upp en imponerande stor försäljningsvolym.

74 När sökanden framför argument rörande den påstått ringa försäljningsvolymen för varor som är försedda med det äldre varumärket, så underlåter sökanden att beakta att harmoniseringsbyrån ska göra en helhetsbedömning av den bevisning som åberopats till styrkande av verkligt bruk. En sådan helhetsbedömning ger vid handen att det inte råder något som helst tvivel om att det äldre varumärket verkligen har använts. Med beaktande av de kriterier som ställts upp i rättspraxis, är den försäljningsvolym som sökanden hänvisat till inte otillräcklig.

75 Tribunalen gör följande bedömning. Enligt artikel 42.2 och 42.3 i förordning nr 207/2009 kan varumärkessökanden begära att innehavaren av ett äldre internationellt varumärke med verkan i en eller flera medlemsstater, vilken gjort en invändning, ska lägga fram bevis för att det äldre varumärket under en tid av fem år före dagen

för offentliggörandet av ansökan om gemenskapsvarumärke verkligen har använts i nämnda medlemsstater.

76 Enligt regel 22.3 i förordning nr 2868/95, i dess ändrade lydelse, ska bevis om användning utgöras av information om plats, tid, omfattning och typ av användning av det äldre varumärket.

77 Enligt fast rättspraxis framgår det av ovannämnda bestämmelser, samt av skäl 10 i förordning nr 207/2009, att syftet med kravet på att det har gjorts verkligt bruk av det äldre varumärket för att det ska kunna åberopas som hinder mot en ansökan om registrering av gemenskapsvarumärke är att begränsa antalet konflikter mellan två varumärken, om det inte finns några giltiga ekonomiska skäl som följer av en faktisk funktion som varumärket fyller på marknaden. Syftet med nämnda bestämmelser är däremot varken att uppskatta hur framgångsrikt ett företag är eller att kontrollera dess ekonomiska strategi eller ens att uteslutande ge varumärkesskydd åt kommersiellt utnyttjande som sker i stor omfattning (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 8 juli 2004 i mål T-203/02, Sunrider mot harmoniseringsbyrån – Espadafor Caba (VITAFRUIT), REG 2004, s. II-2811, punkterna 36–38 och där angiven rättspraxis).

78 Det är fråga om verkligt bruk av ett varumärke när detta används i enlighet med dess grundläggande funktion, vilken är att garantera ursprungsidentiteten hos de varor och tjänster för vilka det har registrerats, i syfte att skapa eller bibehålla avsättningsmöjligheter för dessa varor och tjänster. Detta gäller inte fiktiv användning som enbart har till syfte att bibehålla varumärkesrätten (se, analogt, domstolens dom av den 11 mars 2003 i mål C-40/01, Ansul, REG 2003, s. I-2439, punkt 43). Villkoret om verkligt bruk av varumärket förutsätter dessutom att märket, såsom det är skyddat inom det relevanta området, används offentligt och utåt (domen i det ovan i punkt 77 nämnda målet VITAFRUIT, punkt 39, se även, för ett liknande resonemang och analogt, domen i det ovannämnda målet Ansul, punkt 37).

79 Vid prövningen av huruvida det har gjorts verkligt bruk av varumärket, ska det göras en helhetsbedömning med hänsyn till samtliga relevanta omständigheter i fallet som kan visa att märket använts i kommersiella sammanhang. Sådana omständigheter är i synnerhet användning som anses motiverad i den berörda ekonomiska sektorn för att bibehålla eller skapa marknadsandelar för de varor och tjänster som skyddas av varumärket, dessa varors eller tjänsters art, marknadens egenskaper samt i vilken omfattning och hur ofta varumärket har använts (domen i det ovan i punkt 77 nämnda målet VITAFRUIT, punkt 40, se även, analogt, domen i det ovan i punkt 78 nämnda målet Ansul, punkt 43).

80 När det gäller frågan i vilken omfattning det äldre varumärket har använts, ska det särskilt tas hänsyn till dels den försäljningsvolym som all användning motsvarar, dels hur länge och hur ofta nämnda varumärke har använts (dom i det ovan i punkt 77 nämnda målet VITAFRUIT, punkt 41, och dom i det ovan i punkt 40 nämnda målet HIPOVITON, punkt 35).

81 Vid prövningen av huruvida det har gjorts verkligt bruk av ett äldre varumärke ska det göras en helhetsbedömning mot bakgrund av samtliga relevanta faktorer i det enskilda fallet. Vid denna bedömning föreligger ett visst samspel mellan de faktorer som beaktas. Således kan den omständigheten att de varor som sålts under det ifrågavarande varumärket har saluförts i liten omfattning kompenseras av att varumärket tidigare har använts mycket intensivt eller regelbundet och omvänt (dom i det ovan i punkt 77 nämnda målet VITAFRUIT, punkt 42, och dom i det ovan i punkt 40 nämnda målet HIPOVITON, punkt 36).

82 Den omsättning som uppnåtts och den kvantitet varor som har sålts under det äldre varumärket kan inte heller bedömas utan att de jämförs med andra relevanta omständigheter, såsom försäljningsvolymen, produktions- och saluföringskapaciteten eller diversifieringen hos det företag som utnyttjar varumärket samt de egenskaper som varorna eller tjänsterna har på marknaden i fråga. Det är därför inte nödvändigt att användningen av det äldre varumärket alltid är kvantitativt betydande för att den ska kunna anses utgöra verkligt bruk (dom i det ovan i punkt 77 nämnda målet VITAFRUIT, punkt 42, och dom i det ovan i punkt 40 nämnda målet HIPOVITON, punkt 36). Till och med en ytterst liten användning kan således anses vara tillräcklig för att det ska anses vara fråga om verkligt bruk. Detta förutsätter att användningen

kan anses vara motiverad inom den berörda ekonomiska sektorn för att bibehålla eller skapa marknadsandelar för de varor eller tjänster som skyddas av märket. Av detta följer att det inte är möjligt att på förhand abstrakt fastställa vilken kvantitativ gräns som ska användas vid prövningen av huruvida det är fråga om verkligt bruk. Det går således inte att fastställa någon *de minimis*-regel, eftersom en sådan inte skulle göra det möjligt för harmoniseringsbyrån eller, efter överklagande, för tribunalen att bedöma samtliga omständigheter i den tvist som de har att pröva (domstolens dom av den 11 maj 2006 i mål C-416/04 P, Sunrider mot harmoniseringsbyrån, REG 2006, s. I-4237, punkt 72).

83 Såsom framgår av artikel 15.1 första stycket i förordning nr 207/2009 omfattas endast varumärken av vilka verkligt bruk inte skett inom en period av fem år i följd av de sanktionsåtgärder som föreskrivs i den ovannämnda bestämmelsen. Det är därför tillräckligt att ett varumärke har varit föremål för verkligt bruk under en del av den relevanta tidsperioden för att inte omfattas av dessa sanktionsåtgärder (dom i det ovan i punkt 77 nämnda målet VITAFRUIT, punkt 45, och dom i det ovan i punkt 40 nämnda målet HIPOVITON, punkt 40).

84 Att verkligt bruk har gjorts av ett varumärke kan inte visas genom antaganden eller presumtioner. Genom konkreta och objektiva omständigheter ska det styrkas att varumärket verkligen och i tillräcklig omfattning har använts på den berörda marknaden (förstainstansrättens dom av den 12 december 2002 i mål T-39/01, Kabushiki Kaisha Fernandes mot harmoniseringsbyrån – Harrison (HIWATT), REG 2002, s. II-5233, punkt 47, och av den 6 oktober 2004 i mål T-356/02, Vitakraft-Werke Wührmann mot harmoniseringsbyrån – Krafft (VITAKRAFT), REG 2004, s. II-3445, punkt 28).

85 Det är mot denna bakgrund som tribunalen ska pröva huruvida överklagandenämnden hade fog för sin bedömning att den bevisning som intervenienten kommit in med styrker att det äldre varumärket verkligen har använts.

86 Sökandens registreringsansökan offentliggjordes den 30 januari 2006 (se punkt 4 ovan). Den relevanta femårsperioden enligt artikel 42.2 i förordning nr 207/2009 sträcker sig således från den 30 januari 2001 fram till den 30 januari 2006. Detta konstaterade även överklagandenämnden i punkt 22 i det angripna beslutet.

87 Det är visserligen riktigt att både invändningsenheten och överklagandenämnden ansåg att det hade styrkts att det äldre varumärket verkligen använts under den ovannämnda femårsperioden. Överklagandenämndens skäl för denna slutsats skiljer sig emellertid i allt väsentligt från de skäl som lämnades i invändningsenhetens beslut.

88 Invändningsenhetens beslut (sammanfattning i punkterna 12 och 13 ovan) ger nämligen vid handen att invändningsenheten inte bara lade intervenientens fakturor till grund för sin bedömning, utan även de statistiska uppgifter som intervenienten åberopat samt G:s förklaring på heder och samvete. Såvitt avser de aktuella fakturorna beaktade invändningsenheten endast det första figurmärket som fanns återgivet längst upp på fakturorna. Invändningsenheten fann det därmed vara styrkt att det äldre varumärket – som är identiskt med ordelementet i detta figurmärke – hade använts. Invändningsenhetens beslut ger emellertid intrycket av att enheten underlät att beakta att det första figurmärket inte bara utgjordes av en sammansättning av det äldre varumärket och ett figurelement, utan utgjorde ett eget registrerat varumärke. Därmed tog invändningsenheten inte ställning till frågeställningen huruvida ett verkligt bruk av ett figurmärke med ett ordelement även kan användas som bevis för att ett eget ordmärke som bara består av nämnda ordelement verkligen har använts.

89 Överklagandenämnden hänvisade i sitt beslut endast till två av intervenientens bevismedel, nämligen fakturorna och katalogerna (se punkterna 24 och 25 i det angripna beslutet). Dessutom fann överklagandenämnden det styrkt att det äldre varumärket – såsom det registrerats – verkligen hade använts, och att det i detta avseende därför

saknades anledning att beakta att det första figurmärket eventuellt hade blivit föremål för verkligt bruk. Detta framgår av punkt 28 i det angripna beslutet.

90 I punkt 24 i det angripna beslutet fann överklagandenämnden att de fakturor som åberopats av intervenienten för åren 2002–2006 styrker ”vilken omsättning som uppnåtts under dessa år i Spanien och i Italien, det vill säga platsen och tiden för samt omfattningen av varumärkets användning”. I punkt 25 hänvisade nämnden till intervenientens kataloger, och nämnden fann därvid att dessa kataloger utgjorde bevisning för typen av användning av det äldre varumärket, eftersom det äldre varumärket ”används ensamt, som ett rent ordelement, på skidor, skidstavar och ett stort antal sportklädesartiklar”.

91 Överklagandenämnden konstaterade även att varorna i katalogerna ”även [nämns] på de fakturor som getts in i ärendet”, och nämnden hänförde sig såsom exempel till två fakturor rörande försäljning av fem olika varor till en kund i Spanien. Nämnden godtog att skidkatalogen – som avfattats på spanska – endast var avsedd för den spanska marknaden, men nämnden tillade att en jämförelse med fakturorna till intervenientens italienska återförsäljare ger vid handen att de i den spanska skidkatalogen angivna varorna även såldes i Italien. Som exempel nämnde överklagandenämnden en faktura från den 18 november 2005 som avsåg försäljning av en vara försedd med det äldre varumärket.

92 Som angetts ovan i punkt 53, ska överklagandenämnden till följd av överklagandet göra en ny, fullständig prövning av invändningen i sak, det vill säga både en rättslig prövning och en prövning av de faktiska omständigheterna. Nämnden får efter denna prövning bland annat fastställa invändningsenhetens beslut med angivande av andra skäl än de som angavs av invändningsenheten. I ett sådant fall ska tribunalen, när talan väcks mot överklagandenämndens beslut, pröva om skälen i överklagandenämndens

beslut är lagenliga, men någon prövning av skälen i invändningsenhetens beslut ska däremot inte företas.

93 Det har visserligen vid upprepade tillfällen slagits fast att det faktum att överklagandenämnden har fastställt beslutet från den lägre enheten vid harmoniseringsbyrån i dess helhet innebär att detta beslut, liksom dess motivering, utgör en del av bakgrunden till överklagandenämndens beslut. Parterna känner till denna bakgrund, och den gör det möjligt för rätten att fullt ut utöva sin lagenlighetskontroll vad gäller frågan huruvida överklagandenämndens bedömning är befogad (förstainstansrättens dom av den 9 juli 2008 i mål T-304/06, Reber mot harmoniseringsbyrån – Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli (Mozart), REG 2008, s. II-1927, punkt 47, och av den 24 september 2008 i mål T-248/05, HUP Uslugi Polska mot harmoniseringsbyrån – Manpower (I.T.@MANPOWER), ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 48). Detta innebär dock inte att rätten får beakta skälen i beslutet från den lägre enheten när överklagandenämnden, som visserligen kommit fram till samma slutsats som den lägre enheten, inte angett samma skäl som den lägre enheten och inte ens hänvisat till dem i sitt eget beslut (se, för ett liknande resonemang, tribunalens dom av den 30 juni 2010 i mål T-351/08, Matratzen Concord mot harmoniseringsbyrån – Barranco Schnitzler (MATRATZEN CONCORD), ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 26).

94 Detta är fallet i förevarande mål. Tribunalen kommer därför att pröva de skäl som överklagandenämnden angett i det angripna beslutet till stöd för sin slutsats att det styrkts att det äldre varumärket verkligen använts. Tribunalen kommer därvid inte att beakta de skäl som angetts i invändningsenhetens beslut.

95 Akten vid harmoniseringsbyrån innehåller ett stort antal fakturor som styrker att intervenienten sålt vissa varor till ett företag i Italien och till ett annat företag i Spanien. Enligt de uppgifter som intervenienten lämnat till harmoniseringsbyrån är det fråga om återförsäljare av intervenientens varor i de båda länderna. Längst upp på dessa fakturor finns intervenientens första figurmärke återgivet. På vissa av fakturorna presenteras märket bredvid ett annat figurkännetecken som innehåller ordelementet ”marker”. På varje faktura identifieras de sålda varorna medelst en kod och ett

modellnamn. Däremot nämns inget om varuslag och inte heller finns det äldre varumärket återgivet. Den försäljningsvolym och det totalvärde avseende de aktuella varorna som anges på varje faktura är betydande; på flera fakturor uppgår köpesumman till hundratusentals euro. När det gäller Italien sträcker sig försäljningsperioden från den 19 februari 2002 till den 14 december 2006, och när det gäller Spanien sträcker sig försäljningsperioden från den 11 december 2002 till den 18 augusti 2006. För båda länderna är det således en stor del av den relevanta perioden (se punkt 86 ovan) som täcks in.

96 Den omständigheten att det äldre varumärket inte anges i fakturorna kan inte i sig anses innebära att fakturorna saknar relevans som bevis på att varumärket verkligen använts (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 27 september 2007 i mål T-418/03, La Mer Technology mot harmoniseringsbyrån – Laboratoires Goëmar (LA MER), ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 65). Detta gäller i ännu högre utsträckning i förevarande mål, eftersom fakturorna inte var ställda till slutkonsumenterna av de varor som täcks av det äldre varumärket (det vill säga den breda allmänheten), utan till intervenientens återförsäljare.

97 För att fakturorna skulle kunna anses utgöra relevant bevisning för att det äldre varumärket använts för de varor som nämns i punkt 6 ovan, var det emellertid nödvändigt att pröva om fakturorna verkligen avser dessa varor. Om så är fallet, var det nödvändigt att pröva om varorna var försedda med det äldre varumärket eller i vart fall om märket använts – i enlighet med sin grundläggande funktion – offentligt och utåt i samband med att varorna utbjöds till försäljning till konsumenterna.

98 I detta avseende var det inte helt nödvändigt att intervenienten gav in separata uppgifter om omsättningen för enbart de varor som var försedda med det äldre varumärket, vilket överklagandenämnden ansåg vara alltför arbetskrävande och, när allt kommer omkring, omöjligt. Det skulle ha varit tillfyllest om intervenienten på fakturorna – i förekommande fall med hänvisning till annan bevisning – identifierade de varor som ingår i de kategorier som nämns i punkt 6 ovan och som var försedda med det äldre varumärket; detta ska avse en så pass stor volym att man med säkerhet kan slå fast att

det inte är fråga om en rent fiktiv användning av märket och att det kan anses styrkt att varumärket verkligen har använts.

99 De två varukataloger som intervenienten åberopat utgör sådan bevisning, vilket även överklagandenämnden kom fram till i punkt 25 i det angripna beslutet. Den första katalogen är på spanska och innehåller flera skidmodeller som saluförs av intervenienten. Varje modell illustreras med ett fotografi och modellens namn anges jämte övriga relevanta upplysningar, såsom den kod som intervenienten använder som identifikationsmedel. Den andra katalogen är på italienska och engelska, och den innehåller jämförbara upplysningar om de sportkläder som intervenienten saluför.

100 Tribunalen delar överklagandenämndens bedömning i punkt 25 i det angripna beslutet, nämligen att ett stort antal av de varor som finns illustrerade i de båda katalogerna var försedda med det äldre varumärket. I flera fall var varorna försedda med det äldre varumärket tillsammans med det första figurmärket eller det andra figurmärket. Såsom överklagandenämnden angav i punkt 26 i det angripna beslutet, saknar denna omständighet emellertid relevans för bedömningen av om intervenienten styrkt att det äldre varumärket verkligen använts. Det finns nämligen inte någon gemenskapsvarumärkesrättslig regel som säger att invändaren måste styrka att det äldre varumärket använts separat, fristående från varje annat märke (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 8 december 2005 i mål T-29/04, Castellblanch mot harmoniseringsbyrån – Champagne Roederer (CRISTAL CASTELLBLANCH), REG 2005, s. II-5309, punkterna 33 och 34).

101 Katalogerna utgör således inte bara bevis som styrker på vilket sätt intervenienten använt det äldre varumärket. Katalogerna innehåller bland annat uppgifter om katalogvarornas kodnummer, och på så sätt blir det möjligt att pröva om varorna även nämns i de fakturor som intervenienten åberopat.

102 Vid denna prövning hänvisade överklagandenämnden i punkt 25 i det angripna beslutet – med användning av ordet ”exempelvis” – till sex olika varor som anges i tre ”fakturor” daterade den 18 november 2005, den 21 december 2005 och den 12 januari 2006. Intervenientens kataloger ger vid handen att alla dessa sex varor är skidor (det vill säga ”gymnastik- och sportutrustning” i klass 28) som faktiskt är försedda med det äldre varumärket.

103 De tre dokument som nämns i punkt 25 i det angripna beslutet ger, tillsammans med intervenientens skidkatalog, vid handen att fakturan av den 18 november 2005 totalt anger sex par skidor av olika slag som är försedda med det äldre varumärket. I fakturan av den 21 december 2005 nämns totalt tio par skidor av olika slag som alla är försedda med det äldre varumärket, vilket framgår av katalogen. I ”fakturan av den 12 januari 2006 till en spansk kund” nämns 43 par skidor av olika slag som också är försedda med det äldre varumärket. Det framgår emellertid av rubriken på detta dokument att det inte är fråga om någon faktura, utan om en leveranssedel där det inte finns någon prisuppgift för de avsedda varorna. Som svar på en fråga från tribunalen uppgav intervenientens ombud vid förhandlingen att det inte var fråga om någon räkenskapshandling.

104 Bland de många fakturor som åberopats av intervenienten finns det en, daterad den 20 december 2005, som ställts till intervenientens återförsäljare i Italien. Fakturan är på 27 sidor, och den rör varor till ett totalt belopp om 54 938,98 euro. På de två första sidorna nämns flera par skidor av olika slag som var försedda med det äldre varumärket, vilket kunnat konstateras tack vare skidkatalogen. Förutom ett par skidor som sålts för 88 euro, uppgår försäljningspriset för alla övriga par emellertid till 0 euro. Som svar på en annan fråga från tribunalen under förhandlingen, uppgav intervenientens ombud sig inte känna till alla detaljer om den aktuella fakturan. Ombudet tillade emellertid att när en återförsäljare får nya skidmodeller som provexemplar, är det vanligt förekommande att priset på fakturan bestäms till 0 euro. Tribunalen antecknade detta i förhandlingsprotokollet.

105 På en annan faktura, daterad den 12 januari 2006 och ställd till intervenientens återförsäljare i Italien, angavs det totala försäljningsvärdet till 408 625,40 euro. Ett stort antal av de varor som nämns i fakturan är skidor som är försedda med det äldre varumärket. I fakturan nämns bland annat försäljningen av 600 skidenheter av modellen ”Racetiger GS Racing Tit Moti 06/07” med kodnummer 106001 till ett totalt värde om 124 200 euro, samt 350 skidenheter av modellen ”Racetiger SL Racing Motion 06/07” med kodnummer 106011 till ett totalt värde om 72 450 euro. Dessa båda modeller finns i intervenientens skidkatalog, och det kan således konstateras att de var försedda med det äldre varumärket.

106 På en tredje faktura, daterad den 27 januari 2006 och ställd till intervenientens återförsäljare i Spanien, angavs det totala försäljningsvärdet till 13 631,90 euro. Fakturan avser försäljning av skidor av olika modeller som nämns i intervenientens skidkatalog och som är försedda med det äldre varumärket. Försäljningsvolymen varierade från ett till fyra par per modell.

107 Förutom de tre dokument som nämns i punkt 25 i det angripna beslutet, de tre fakturor som nämns i punkterna 104–106 ovan och vissa fakturor som är daterade efter utgången av den relevanta tidsperioden (se punkt 86 ovan), avser emellertid resten av de fakturor som intervenienten åberopat, således den stora majoriteten, varor som inte kan identifieras i de kataloger som intervenienten åberopat. Dessa varor har nämligen kodnummer som inte nämns i katalogerna.

108 Intervenientens ombud bereddes under förhandlingen tillfälle att yttra sig angående identifieringen av de varor som berörs av de kodnummer som nämns i de flesta fakturor som intervenienten åberopat. Ombudet uppgav därvid att kodnumren ofta ändras från en säsong till en annan, och detta har logistiska orsaker. Oavsett hur rimlig denna

förklaring än må vara, så löser den dock inte problemet med att identifiera de varor som på fakturorna anges med kodnummer som inte finns i intervenientens kataloger.

109 Utan några ytterligare uppgifter är det därför inte möjligt att utifrån någon faktura dra slutsatsen att intervenienten under den relevanta perioden sålt några ”sportväskor” (klass 18) eller ”klädesartiklar” (klass 25) under det äldre varumärket. Det är visserligen riktigt att av de båda kataloger som intervenienten åberopat, så visar skidkatalogen flera väskmodeller med det äldre varumärket, och den andra katalogen innehåller vissa sportklädesartiklar som är försedda med detsamma. Ingen av dessa varor finns emellertid med på de fakturor som intervenienten åberopat och som är daterade under den relevanta perioden. Harmoniseringsbyrån har i sin svarsinlaga hänvisat till ett enda sådant exempel, men den fakturan är daterad den 18 augusti 2006 (det vill säga efter utgången av den relevanta perioden). Tribunalen konstaterar dessutom att intervenientens kataloger i sig inte kan anses styrka att det äldre varumärket använts. Det framgår nämligen inte av handlingarna i målet i vilken utsträckning som dessa kataloger har delats ut.

110 När det gäller ”gymnastik- och sportutrustning” i klass 28, har tribunalen visserligen i punkterna 102–105 ovan slagit fast att det finns vissa fakturor som styrker att skidor (som ingår i denna varukategori) har sålts. Det som parterna tvistar om är om försäljningsvolymen är så pass stor att det kan anses att det varit fråga om verkligt bruk av det äldre varumärket.

111 Tribunalen kan emellertid inte avgöra denna fråga. Tribunalen konstaterar nämligen att överklagandenämnden inte ansåg att den i punkt 25 i det angripna beslutet angivna varuförsäljningen i sig kunde styrka att det äldre varumärket verkligen använts. I stället framgår det av punkt 25 att denna försäljning angavs enbart såsom exempel. Överklagandenämnden ansåg med andra ord – visserligen implicit, men ändå klart och tydligt – att även de övriga fakturor som intervenienten åberopat åtminstone delvis hänförde sig till försäljning av varor som avsågs med det äldre varumärket och som var försedda med detsamma. Det var mot denna bakgrund som överklagandenämnden fann det styrkt att det äldre varumärket verkligen använts. Det ankommer

således på tribunalen att – inom ramen för sin prövning av om överklagandenämndens beslut är lagenligt –undersöka om handlingarna i ärendet vid överklagandenämnden ger vid handen att nämndens slutsats är riktig.

112 Tribunalen anser att detta inte är fallet. Såsom tribunalen redan har slagit fast i punkt 107 ovan, var det inte möjligt att klart och tydligt identifiera de varor som avses i den stora majoriteten av de fakturor som intervenienten åberopat. Till skillnad från vad som framgår av överklagandenämndens motivering i punkt 25 i det angripna beslutet, kan de tre dokument som nämns i denna punkt inte anses vara typiska exempel som valts ut på ett slumpmässigt sätt. I stället är det fråga om dokument som ingår i en mycket avgränsad samling dokument som samtliga är daterade under en period som varat i lite mer än två månader, nämligen mellan den 18 november 2005 och den 27 januari 2006. Dessutom var det bara dessa dokument som gav vid handen att de hänförde sig till de varor som avsågs med det äldre varumärket och som var försedda med detsamma.

113 Tribunalen finner således att den bevisning som åberopats till styrkande av att det äldre varumärket verkligen använts och som överklagandenämnden lade till grund för sin bedömning – det vill säga de fakturor och kataloger som getts in av intervenienten – inte kan anses stödja överklagandenämndens slutsats, nämligen att det äldre varumärket verkligen använts för varor i klasserna 18, 25 och 28 under hela den period som avses i fakturorna. På sin höjd kan man anse att dessa omständigheter utgör indicier som tyder på att det är troligt att varumärket verkligen använts på detta sätt. Enligt den rättspraxis som tribunalen hänvisat till i punkt 84 ovan, är det emellertid inte tillräckligt med ett hypotetiskt antagande – hur troligt detta än må tyckas vara – för att kravet i artikel 42.2 och 42.3 i förordning nr 207/2009 ska vara uppfyllt, nämligen att bevis ska läggas fram för verkligt bruk.

114 Överklagandenämnden borde således ha fördjupat sin prövning av ärendet och även beaktat den övriga bevisning som intervenienten åberopat, bland annat G:s förklaring på heder och samvete, vars bevisvärde borde ha undersökts. Överklagandenämnden kunde i förekommande fall och med tillämpning av artikel 42.1 i förordning nr 207/2009 ha berett parterna tillfälle att inkomma med kompletterande yttranden. Nämnden kunde även ha vidtagit åtgärder för bevisupptagning enligt artikel 78 i

förordningen (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 40 nämnda målet HIPOVITON, punkterna 57 och 58).

115 Mot denna bakgrund finner tribunalen att sökanden ska vinna framgång även med den fjärde grunden.

Ändringsyrkandet

116 Såsom påpekats i punkt 40 ovan är syftet med sökandens andra och tredje yrkande att tribunalen ska ändra det angripna beslutet. Tribunalen kommer därför att pröva om den första, den andra och den fjärde grunden – som sökanden redan har vunnit framgång med med avseende på yrkandet om ogiltigförklaring av det angripna beslutet – kan utgöra skäl för att ändra nämnda beslut.

117 Inom ramen för den första grunden (se punkt 47 ovan) har sökanden gjort gällande att överklagandenämnden visserligen gjorde en riktig bedömning i det angripna beslutet när den kom fram till att ”snowboardskor” inte avsågs med registreringsansökan. Sökanden har emellertid gjort gällande att konsekvensen av detta borde bli att invändningen avslås i den del den avser sådana skor.

118 Det huvudsakliga syftet med sökandens argument i denna del är således att tribunalen ska ändra det angripna beslutet, på så sätt att punkt 1 i slutet i invändningsenhetens beslut upphävs och invändningen avslås såvitt avser ”snowboardskor”.

119 Detta yrkande kan inte bifallas. I likhet med vad som gjorts gällande av intervenienten, finner tribunalen att samtliga de varor som angavs i invändningen fanns med i sökandens registreringsansökan. När det gäller varor i klass 25 nämner registreringsansökan (se punkt 4 ovan) först och främst ”skor” och sedan olika slags skor som följer på ordet ”speciellt”. När detta ord används i en varubeskrivning har det i rättspraxis slagits fast att ordet bara tjänar som exemplifieringsmarkör (förstainstansrättens dom av den 12 november 2008 i mål T-87/07, Scil proteins mot harmoniseringsbyrån – Indena (affilene), ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 38; se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 9 april 2003 i mål T-224/01, Durferrit mot harmoniseringsbyrån – Kolene (NU-TRIDE), REG 2003, s. II-1589, punkt 41). När ordet används i en varuförteckning tjänar ordet till att peka ut de varor som är av särskilt intresse för varumärkesinnehavaren, utan att det för den sakens skull innebär att någon annan vara ska undantas från förteckningen (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet affilene, punkt 39). Härav följer att sökanden ansökte om registrering för ”skor” i allmänhet och således även för ”skidskor, snowboardskor och sportskor” som avses i invändningen.

120 Tribunalen erinrar dessutom om att registreringsansökan, såvitt avser klass 25, även avser ”sportskor”, som är en mer allmänt hållen kategori som även innefattar ”snowboardskor”.

121 Vad därefter avser den del av ändringsyrkandet som har till syfte att tribunalen själv ska konstatera att det inte styrkts att det äldre varumärket verkligen använts och därför avslå invändningen, gör tribunalen följande bedömning. Harmoniseringsbyrån företog visserligen en prövning i sak av om det äldre varumärket verkligen använts, men denna prövning var ofullständig (se tribunalens slutsatser i punkterna 113 och 114 ovan). Om tribunalen företog en sådan prövning, skulle detta i princip innebära att tribunalen utförde sådana administrativa uppgifter och utredningsuppgifter som ankommer på harmoniseringsbyrån, och detta skulle strida mot den institutionella jämvikten, vilken har legat till grund för principen om fördelning av behörighet mellan harmoniseringsbyrån och tribunalen. Mot denna bakgrund bifaller tribunalen inte sökandens yrkande (förstainstansrättens dom av den 14 maj 2009 i mål T-165/06, Fiorucci mot harmoniseringsbyrån – Edwin (ELIO FIORUCCI), REG 2009, s. II-1375, punkt 67; se även, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den

4 oktober 2006 i mål T-188/04, Freixenet mot harmoniseringsbyrån (formen på en svart matt blästrad flaska), ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 47).

122 Således ska det angripna beslutet ogiltigförklaras. Talan ogillas i övrigt.

Rättegångskostnader

123 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Enligt artikel 87.3 första stycket i rättegångsreglerna kan tribunalen emellertid besluta att kostnaderna ska delas om särskilda omständigheter motiverar det.

124 Harmoniseringsbyrån har yrkat att vardera parten ska bära sina egna rättegångskostnader. Harmoniseringsbyrån har för övrigt medgett yrkandet om ogiltigförklaring av det angripna beslutet, förutom de delar som avser bevisningen på verkligt bruk av det äldre varumärket (se punkt 49 ovan). Detta kan emellertid inte anses vara någon särskild omständighet i den mening som avses i artikel 87.3 första stycket i rättegångsreglerna som skulle motivera att rättegångskostnaderna delas, och det hindrar inte heller att harmoniseringsbyrån förpliktas att bära sökandens rättegångskostnader på sätt som yrkats av sökanden, i och med att det angripna beslutet har fattats av en överklagandenämnd vid harmoniseringsbyrån (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 51 nämnda målet VENADO med ram m.fl., punkt 115 och där angiven rättspraxis). Harmoniseringsbyrån ska således bära sina rättegångskostnader och ersätta sökandens rättegångskostnader.

125 Intervenienten har tappat målet och ska därför bära sina rättegångskostnader.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (tredje avdelningen)

följande:

1) Det beslut som meddelades av första överklagandenämnden vid Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (harmoniseringsbyrån) den 30 september 2009 (ärende R 1387/2008-1) ogiltigförklaras.

2) Talan ogillas i övrigt.

3) Harmoniseringsbyrån ska bära sina rättegångskostnader och ersätta de kostnader som förorsakats Völkl GmbH & Co. KG.

4) Marker Völkl International GmbH ska bära sina rättegångskostnader.

Czúcz Labucka Gratsias

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 14 december 2011.

Underskrifter