Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. SZPUNAR
fremsat den 13. januar 2016 [1]

Sag C-597/14 P

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM)
mod

Xavier Grau Ferrer

»Appel — EF-varemærker — indsigelse fra indehaveren af et ældre varemærke — bevis for det ældre varemærkes eksistens, gyldighed og beskyttelsesomfang — appelkammerets hensyntagen til et for sent fremlagt bevis — forordning (EF) nr. 207/2009 — artikel 74, stk. 2 — forordning (EF) nr. 2868 — regel 50, stk. 1, tredje afsnit«

I – **Indledning**

1. I appelskriftet har Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«) nedlagt påstand om ophævelse af Den Europæiske Unions Rets dom af 24. oktober 2014, Grau Ferrer mod KHIM – Rubio Ferrer (Bugui va) [2], hvorved Retten annullerede afgørelsen truffet af Fjerde Appelkammer ved Harmoniseringskontoret vedrørende en indsigelsessag mellem på den ene side Xavier Grau Ferrer og på den anden side Juan Cándido Rubio Ferrer og Alberto Rubio Ferrer [3].

2. Appellen rejser bl.a. et processuel spørgsmål, der er væsentligt for Harmoniseringskontorets praksis, nemlig omfanget af appelkammerets beføjelser i forhold til at tillade et bevis, der er fremlagt for sent i medfør af artikel 76, stk. 2, i forordning (EF) nr. 207/2009 [4].

3. Denne problemstilling, som Domstolen allerede har haft lejlighed til at uddybe [5], giver igen anledning til spørgsmål i forhold til såvel retspraksis som lovgivning.

1 — Originalsprog: fransk.

2 — T-543/12, EU:T:2014:911, herefter »den appellerede dom«.

3 — Afgørelse af 11.10.2012 (forenede sager R-274/2011-4 og R-520/2011-4, herefter »den omtvistede afgørelse«).

4 — Rådets forordning af 26.2.2009 om EF-varemærker (EUT L 78, s. 1).

5 — Domme KHIM mod Kaul (C-29/05 P, EU:C:2007:162), New Yorker SHK Jeans mod KHIM (C-621/11 P, EU:C:2013:484), Centrotherm Systemtechnik mod centrotherm Clean Solutions (C-609/11 P, EU:C:2013:592), Centrotherm Systemtechnik mod KHIM (C-610/11 P, EU:C:2013:593), Rintisch mod KHIM (C-122/12 P, EU:C:2013:628), Rintisch mod KHIM (C-120/12 P, EU:C:2013:638) og Rintisch mod KHIM (C-121/12 P, EU:C:2013:639).

II – **Retsforskrifter**

A – *Forordning nr. 207/2009*

4. Artikel 41, stk. 3, i forordning nr. 207/2009, der regulerer nedlæggelsen af en indsigelse mod registrering af et EF-varemærke, bestemmer:

»Indsigelsen skal fremsættes skriftligt og skal begrundes. […] Inden for en frist, der fastsættes af Harmoniseringskontoret, kan indsigeren fremlægge kendsgerninger, beviser og argumenter til støtte for sin indsigelse.«

5. Forordningens artikel 76, stk. 2, bestemmer:

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

B – *Forordning nr. 2868/95*

6. Regel 15, stk. 2, i forordning (EF) nr. 2868 [6] bestemmer:

»Indsigelsesskrivelsen skal indeholde:

[…]

b) en klar identifikation af det ældre varemærke eller den ældre rettighed, som indsigelsen er baseret på, dvs.:

   i) […] en angivelse af det ældre varemærkes journalnummer eller registreringsnummer, en angivelse af, om det ældre varemærke er registreret, eller en anmodning om registrering samt en angivelse af de medlemsstater, herunder eventuelt Benelux-landene, i eller for hvilke det ældre varemærke er beskyttet, eller i så fald en angivelse af, at der er tale om et EF-varemærke

[…]

e) den registrerede eller i ansøgningen indeholdte gengivelse af det ældre varemærke; er det ældre varemærke i farver, skal gengivelsen være i farver

[…]«

7. I forordningens regel 19 bestemmes:

»1. Kontoret giver den indsigende part mulighed for – inden for en af Kontoret fastsat frist, som skal være på mindst to måneder fra den dato, hvor indsigelsesproceduren anses for påbegyndt […] – at forelægge oplysninger, beviser og argumenter til støtte for sin indsigelse […].

6 — Kommissionens forordning af 13.12.1995 om gennemførelsesbestemmelser til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 om EF-varemærker, som ændret ved Kommissionens forordning (EF) nr. 1041/2005 af 29.6.2005 (EUT L 172, s. 4, herefter »forordning nr. 2868/95«).

2. Den indsigende part skal inden for den i stk. 1 fastsatte frist også indgive dokumentation for sit ældre varemærkes eller sin ældre rettigheds eksistens, gyldighed og beskyttelsesomfang samt beviser for sin ret til at gøre indsigelse. Den indsigende part skal navnlig forelægge følgende beviser:

   a) hvis indsigelsen støttes på et varemærke, som ikke er et EF-varemærke, bevis for ansøgning om eller registrering af varemærket ved at indgive:

   […]

      ii) hvis varemærket er registreret, en kopi af det pågældende registreringsbevis og i påkommende tilfælde af det seneste fornyelsesbevis, hvoraf det fremgår, at beskyttelsestiden for varemærket rækker ud over den i stk. 1 nævnte frist, med angivelse af eventuelle forlængelser heraf, eller tilsvarende dokumenter fra den administration, ved hvilken varemærket er registreret

[…]«

8. Regel 20, stk. 1, i forordning nr. 2868/95 bestemmer:

»Har den indsigende part ikke inden udløbet af den i regel 19, stk. 1, fastsatte frist godtgjort sit ældre varemærkes […] eksistens, gyldighed og beskyttelsesomfang […], afvises indsigelsen som grundløs.«

9. Forordningens regel 50, stk. 1, tredje afsnit, bestemmer:

»Er klagen rettet imod en afgørelse truffet af indsigelsesafdelingen, begrænser appelkammeret sin behandling af klagen til kendsgerninger og beviser, der er indgivet inden for de frister, der er fastsat i eller fastsættes af indsigelsesafdelingen i overensstemmelse med forordningen og disse regler, medmindre der efter appelkammerets opfattelse bør tages hensyn til yderligere eller supplerende kendsgerninger og beviser, jf. […] artikel [76], stk. 2,[i forordning nr. 207/2009].«

III – **Tvistens baggrund**

10. Den 23. oktober 2008 indleverede Juan Cándido Rubio Ferrer og Alberto Rubio Ferrer en ansøgning til Harmoniseringskontoret om registrering af et EF-varemærke bestående af et figurtegn, der indeholdt ordbestanddelene »Bugui va«, for visse varer og tjenesteydelser i klasse 31, 35 og 39 i Nicearrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret (herefter »Nicearrangementet«).

11. Den 10. august 2009 nedlagde Xavier Grau Ferrer indsigelse mod registreringen under påberåbelse af to ældre varemærker, der hver især bestod af figurtegn, som indeholdt ordbestanddelen »Bugui«:

— det spanske varemærke nr. 2600724 registreret for alle varer i klasse 31 i Nicearrangementet

— EF-varemærke nr. 2087534 registreret for varer og tjenesteydelser i klasse 31, 32 og 39 i Nicearrangementet.

12. Den 21. december 2010 tog indsigelsesafdelingen ved Harmoniseringskontoret indsigelsen delvist til følge.

13. Indsigelsesafdelingen afviste for det første indsigelsen støttet på det spanske varemærke, idet den fastslog, at sagsøgeren ikke inden for den fastsatte frist havde fremlagt noget dokument, der indeholdt en gengivelse af dette varemærke, og dermed bevis på dets eksistens. For det andet tog indsigelsesafdelingen indsigelsen støttet på EF-varemærket delvist til følge under hensyntagen til en risiko for forveksling med det ansøgte varemærke for visse af de ansøgte varer.

14. Der blev indgivet to klager over denne afgørelse henholdsvis den 10. og den 14. februar 2011 af Xavier Grau Ferrer samt af Juan Cándido Rubio Ferrer og Alberto Rubio Ferrer.

15. Ved den omtvistede afgørelse tog Harmoniseringskontorets Fjerde Appelkammer Juan Cándido Rubio Ferrer og Alberto Rubio Ferrers klage til følge, men afviste Xavier Grau Ferrers klage.

16. For så vidt angik indsigelsen støttet på det spanske varemærke stadfæstede appelkammeret indsigelsesafdelingens afgørelse om, at der ikke var fremlagt bevist for dette varemærkes eksistens.

17. For så vidt angik indsigelsen støttet på EF-varemærket fandt appelkammeret i modsætning til indsigelsesafdelingen, at de fremlagte beviser ikke var tilstrækkelige til at godtgøre, at dette varemærke havde været gjort til genstand for reel brug i en form, der ikke forandrede dets særpræg. Følgelig annullerede appelkammeret indsigelsesafdelingens afgørelse og forkastede den af Xavier Grau Ferrer nedlagte indsigelse som helhed.

IV – **Den appellerede dom**

18. Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 18. december 2012 anlagde Xavier Grau Ferrer sag med påstand om annullation af den omtvistede afgørelse.

19. Til støtte for søgsmålet gjorde Xavier Grau Ferrer tre anbringender gældende vedrørende for det første tilsidesættelse af artikel 75 og 76 i forordning nr. 207/2009 samt regel 50 i forordning nr. 2868/95, for det andet fejlagtig bedømmelse af reel brug af EF-varemærket og for det tredje fejlagtig bedømmelse af risikoen for forveksling.

20. Retten tog i den appellerede doms præmis 17-52 det første anbringende til følge med den begrundelse, at appelkammeret med hensyn til indsigelsen støttet på det spanske varemærke havde undladt at udøve sin skønsbeføjelse i medfør af artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 og regel 50, stk. 1, tredje afsnit, i forordning nr. 2868/95.

21. Retten fastslog, at det påhvilede appelkammeret på en begrundet måde at afgøre, om der var grundlag for at tage hensyn til beviset for gyldigheden af det ældre spanske varemærke, selv om dette bevis blev fremlagt for første gang for appelkammeret og dermed for sent.

22. For så vidt angik følgerne af denne processuelle tilsidesættelse præciserede Retten, at det ikke påhvilede den at undersøge for første gang, om der havde været grundlag for at tage hensyn til det for sent fremlagte bevis for gyldigheden af det ældre varemærke, idet denne bedømmelse skulle foretages af appelkammeret i forbindelse med den afgørelse, som det ville træffe efter annullationen af den omtvistede afgørelse.

23. Desuden tog Retten i den appellerede doms præmis 72-88 ligeledes det tredje led af det andet anbringende til følge efter – for så vidt angik indsigelsen støttet på det ældre EF-varemærke – at have fastslået, at de beviser for reel brug, der var fremlagt af Xavier Grau Ferrer for Harmoniseringskontoret, var tilstrækkelige, eftersom de vedrørte tegn, som samlet set svarede til dette ældre varemærke, sådan som det var registreret.

24. Følgelig annullerede Retten den omtvistede afgørelse, uden at det var fornødent at behandle det tredje anbringende.

V – **Parternes påstande**

25. Ved appellen har Harmoniseringskontoret nedlagt påstand om, at Domstolen ophæver den appellerede dom, og – såfremt der gives medhold i appellen – frifinder Harmoniseringskontoret i søgsmålet anlagt til prøvelse af den omtvistede afgørelse eller alternativt hjemviser sagen til Retten samt tilpligter Xavier Grau Ferrer at betale sagens omkostninger. De øvrige parter i sagen for Retten har ikke fremsat påstande.

VI – **Bedømmelse**

26. Harmoniseringskontoret har fremsat tre appelanbringender.

27. Det første og det andet anbringende vedrører tilsidesættelse fra to forskellige vinkler af de bestemmelser, hvorved appelkammeret er tildelt en beføjelse til at tillade et bevis, der er fremlagt for sent, dvs. artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 og regel 50, stk. 1, tredje afsnit, i forordning nr. 2868/95.

28. Min vurdering vil være koncentreret om disse to anbringender. Således skal det tredje anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 15, stk. 1, andet afsnit, litra a), i forordning nr. 207/2009 afvises uden videre af de grunde, som jeg kort vil redegøre for i det følgende.

A – *Begrundelsen i den appellerede dom*

29. Indledningsvis er jeg af den opfattelse, at der er grundlag for ex officio at påpege en fejl i begrundelsen af de betragtninger, der er anført i den appellerede doms præmis 43-46 og omhandlet i det første og det andet appelanbringende.

30. Med de pågældende betragtninger forholdt Retten sig til Harmoniseringskontorets argument om, at appelkammeret med rette kunne beslutte ikke at udøve sin skønsbeføjelse, når det for sent fremlagte bevis var helt nyt og ikke blot supplerende.

31. Retten fastslog i denne henseende, at appelkammeret afviste det pågældende dokument »uden at undersøge, om der var tale om et nyt eller et supplerende dokument« (den appellerede doms præmis 43), og desuden, at dette dokument ikke var »fuldstændigt nyt« (denne doms præmis 44). Dernæst fastslog Retten, at appelkammeret »desuden helt uafhængigt af, om [det omhandlede dokument] var eller ikke var af supplerede karakter«, rådede over en skønsbeføjelse, der tillod det at tage dokumentet i betragtning (præmis 45), og forkastede Harmoniseringskontorets argument om, at nye beviser var udelukket fra denne skønsbeføjelse (nævnte doms præmis 46).

32. Jeg bemærker, at den logiske rækkefølge af disse betragtninger ikke fremgår klart af argumentationen i den appellerede dom.

33. For det første kritiserer Retten på den ene side appelkammeret for at have afvist det omhandlede dokument uden at undersøge, om det var »nyt eller supplerende«, og bemærker, at det omhandlede dokument ikke var »fuldstændigt nyt« (den appellerede doms præmis 43 og 44). På den anden side anfører Retten, at dette spørgsmål »desuden« ikke er relevant, da de påberåbte bestemmelser finder anvendelse »uafhængigt af, om dokumentet er eller ikke er af supplerede karakter«, og omfatter ligeledes »nye beviser« (nævnte doms præmis 45 og 46).

34. Da disse to grunde er modstridende, kan det ikke antages, at den ene af de to er afgørende, og den anden er angivet for fuldstændighedens skyld.

35. Retten undlod således at give et entydigt svar på Harmoniseringskontorets argument om, at appelkamrene ikke havde nogen skønsbeføjelse i forhold til nye beviser, og undlod følgelig at uddybe indholdet af den processuelle regel, som Retten havde til hensigt at anvende.

36. Jeg skal imidlertid påpege, at en fejl i begrundelsen ikke medfører, at den appellerede dom skal ophæves, hvis domskonklusionen forekommer at finde støtte i andre retlige begrundelser [7]. Dette er efter min mening tilfældet i den foreliggende sag [8].

B – *Tilsidesættelse af artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 og regel 50, stk. 1, tredje afsnit, i forordning nr. 2868/95 (det første og det andet appelanbringende)*

37. Med sit første anbringende har Harmoniseringskontoret gjort gældende, at Retten støttede sig på fejlagtige kriterier med henblik på at fastslå, at det for sent fremlagt dokument ikke var »fuldstændigt nyt« (den appellerede doms præmis 43 og 44). Med sit andet anbringende har Harmoniseringskontoret kritiseret den appellerede doms begrundelse, hvorefter appelkammeret rådede over en skønsbeføjelse, der gjorde det muligt for det at tage det for sent fremlagte bevis i betragtning uafhængigt af spørgsmålet om, hvorvidt det var nyt eller ikke var nyt (nævnte doms præmis 45 og 46).

38. Jeg foreslår at ændre rækkefølgen af disse anbringender og først behandle spørgsmålet om, hvorvidt appelkamrene i indsigelsessager råder over en skønsbeføjelse med hensyn til at tage helt nye beviser i betragtning.

1. Henvisning til retspraksis

39. Den problemstilling, der rejses med det første og andet anbringende i appellen, vedrører i det væsentlige fortolkningen af dommen i sagen Harmoniseringskontoret mod Kaul [9] og af retspraksis i forlængelse af denne dom.

40. I denne dom fastslog Domstolen, at det følger af bestemmelsen i artikel 74, stk. 2, i forordning (EF) nr. 40/94 [10], nu indeholdt i artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009, at parternes fremlæggelse af kendsgerninger og beviser som udgangspunkt, og medmindre andet er fastsat, fortsat er mulig efter udløbet af de frister, som er fastsat i overensstemmelse med nævnte forordning [11].

41. Denne bestemmelse giver ikke den berørte part en ubetinget ret, men giver Harmoniseringskontoret en vid skønsmargen, som kontoret skal udøve under hensyntagen til dels dokumentets betydning for sagen, dels tidspunktet, hvorpå fremsættelsen sker, samt øvrige omstændigheder omkring fremlæggelsen [12].

42. Såfremt dette skøn ikke udøves på en effektiv, objektiv og begrundet måde, udgør det en uregelmæssighed, som kan medføre, at afgørelsen annulleres [13].

7 — Domme Kommissionen mod Sytraval og Brink's France (C-367/95 P, EU:C:1998:154, præmis 47) og Biret International mod Rådet (C-93/02 P, EU:C:2003:517, præmis 60).

8 — Jf. nærværende forslag til afgørelses punkt 99.

9 — C-29/05 P, EU:C:2007:162.

10 — Rådets forordning af 20.12.1993 om EF-varemærker (EFT 1994, L 11, s. 1).

11 — Dom KHIM/Kaul (C-29/05 P, EU:C:2007:162, præmis 42).

12 — Ibidem (præmis 43 og 44).

13 — Jf. bl.a. dom Centrotherm Systemtechnik mod KHIM (C-610/11 P, EU:C:2013:593, præmis 110 og 111).

43. Artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 finder anvendelse på alle Harmoniseringskontorets instanser.

44. Det følger heraf, at Harmoniseringskontorets appelkamre i princippet ikke er bundet af de frister, der er fastsat under sagen for første instans, og kan tillade beviser, der er fremlagt for sent, i medfør af deres skønsbeføjelse fastsat i artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009, for så vidt de udøver dette skøn på en effektiv, objektiv og begrundet måde.

45. For så vidt angår indsigelsessager fremgår dette udtrykkeligt af regel 50, stk. 1, tredje afsnit, i forordning nr. 2868/95, hvorefter appelkammeret begrænser sin behandling af klagen til kendsgerninger og beviser, der er indgivet inden for de frister, der er fastsat i første instans, medmindre der efter appelkammerets opfattelse bør tages hensyn til »yderligere eller supplerende« [14] kendsgerninger og beviser, jf. artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009.

46. Dommen i sagen Harmoniseringskontoret mod Kaul [15] vedrører ikke spørgsmålet om, hvorvidt appelkammeret også kan acceptere beviser fremlagt efter fristudløb, når beviserne udgør den første bevisfremlæggelse i den forstand, at der ikke har været fremlagt noget relevant bevis inden for den fastsatte frist.

47. Domstolen har behandlet dette spørgsmål i sagerne vedrørende dels bevis for brug af varemærket, dels bevis for dets eksistens, gyldighed og beskyttelsesomfang.

48. For så vidt angår bevis for brug fastlog Domstolen i dommen i sagen New Yorker SHK Jeans mod KHIM [16], at når der ikke er fremlagt noget bevis for brugen af det omhandlede varemærke inden for den fremsatte frist, afviser Harmoniseringskontoret indsigelsen ex-officio. Såfremt der derimod er fremlagt relevante beviser inden for fristen, er det muligt at fremlægge supplerende beviser for sent, hvilket er omfattet af skønsbeføjelsen i artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009.

49. I dommene i sagerne Centrotherm Clean Solutions og Centrotherm Systemtechnik [17] anlagde Domstolen den samme fortolkning af artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 vedrørende fremlæggelsen af bevis for brug af varemærket i forbindelse med en fortabelsessag. Domstolen fastslog, at udøvelsen af den omhandlede skønsbeføjelse er underlagt den betingelse, at der skal være tale om supplerende beviser, som fremsættes som et tillæg til de relevante beviser, der er fremlagt inden for fristen.

50. Hvad angår bevis for varemærkets eksistens, gyldighed og beskyttelsesomfang fastslog Domstolen i dommene i sagerne Rintisch mod KHIM, at appelkammeret ved Harmoniseringskontoret har en skønsbeføjelse, som følger af både regel 50, stk. 1, tredje afsnit, i forordning nr. 2868/95 og af artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009, med hensyn til at afgøre, om der er anledning til at tage hensyn til »yderligere eller supplerende« kendsgerninger og beviser, der er blevet fremlagt efter fristudløb [18].

14 — Dette udtryk varierer betydeligt i de forskellige sprogversioner af forordningen, jf. fodnote 26 i dette forslag til afgørelse.

15 — C-29/05 P, EU:C:2007:162.

16 — C-621/11 P, EU:C:2013:484, præmis 27-30 og 34.

17 — Jf. vedrørende fristen fastsat i regel 40, stk. 5, andet punktum, i forordning nr. 2868/95 domme Centrotherm Systemtechnik mod centrotherm Clean Solutions (C-609/11 P, EU:C:2013:592) og Centrotherm Systemtechnik mod KHIM (C-610/11 P, EU:C:2013:593).

18 — Domme Rintisch mod KHIM (C 122/12 P, EU:C:2013:628, præmis 33 og 34), Rintisch mod KHIM (C-120/12 P, EU:C:2013:638, præmis 32 og 33) og Rintisch mod KHIM (C-121/12 P, EU:C:2013:639, præmis 33 og 34).

51. Det skal bemærkes, at Domstolen på dette punkt ikke fulgte generaladvokat Sharpstons forslag i disse sager [19], der fremhævede forskellene mellem bevis for brug på den ene side og bevis for varemærkets eksistens, gyldighed og beskyttelsesomfang på den anden side. Vedrørende denne sidstnævnte kategori er den bevismæssige tærskel fastsat i regel 19 i forordning nr. 2868/65, hvorefter det bl.a. er påkrævet at fremlægge registreringsbeviset for det ældre varemærke. Ifølge generaladvokat Sharpston er der ikke noget spillerum for at drøfte, om det for sent fremlagte bevis er et yderligere eller et supplerende bevis, når der tale om et dokument, der udtrykkeligt er defineret som absolut nødvendigt. Det dokument, der attesterer registreringen af det ældre varemærke, kan i intet tilfælde accepteres på tidspunktet for klagesagen.

52. Selv om Domstolen afviste denne tilgang, tog den ikke desto mindre hensyn til den særlige karakter af den omhandlede beviskategori, dvs. den omstændighed, at der var tale om dokumenter, som er opregnet i regel 19, stk. 2, litra a), nr. ii), i forordning nr. 2868/95.

53. Domstolen præciserede, at skønsbeføjelsen i artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 for så vidt angår den omhandlede kategori af beviser skal udøves på en restriktiv måde, således at en for sen fremlæggelse af sådanne beviser kun kan tillades, hvis forsinkelsen er begrundet af omstændighederne, hvilket det påhviler den berørte at godtgøre [20]. Domstolen lagde i denne henseende afstand til den tilgang, at hensyntagen til beviser i overensstemmelse med artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 ikke kræver, at forsinkelsen begrundes [21].

2. Rækkevidden af appelkamrenes skøn i forhold til helt nye beviser

54. Det følger af fast retspraksis vedrørende bevis for brug af et varemærke, at artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 ikke gør det muligt for appelkammeret at tage hensyn til et helt nyt bevis, der er fremlagt for sent – såfremt der ikke har været fremlagt relevante beviser herfor inden for den fastsatte frist.

55. Jeg er, som det også er gjort gældende af Harmoniseringskontoret i forbindelse med nærværende appel, af den opfattelse, at der skal anlægges den samme fortolkning af den omhandlede bestemmelse, for så vidt angår bevis for varemærkets eksistens, gyldighed og beskyttelsesomfang.

56. Denne tilgang forekommer mig først og fremmest at være begrundet i de relevante bestemmelsers opbygning.

57. Artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 indeholder således en regel, som har en horisontal rolle i denne forordnings system, idet bestemmelsen finder anvendelse uafhængigt af karakteren af den omhandlede procedure.

58. Jeg ser ingen grund til, at reglen skal anvendes forskelligt afhængigt af bevisets karakter.

59. I denne henseende er der efter min opfattelse ingen relevant forskel mellem bevis for brug af et varemærke som omhandlet i regel 22 i forordning nr. 2868/95 og bevis for varemærkets eksistens, gyldighed og beskyttelsesomfang som omhandlet i samme forordnings regel 19, stk. 2.

19 — Forslag til afgørelse fra generaladvokat Sharpston i sagerne Rintisch mod KHIM (C- 120/12 P, EU:C:213:311, C-121/12 P, EU:C:2013:312 og C-122/12 P, EU:C:2013:313, punkt 71-74).

20 — Jf. bl.a. dom Rintisch mod KHIM (C-120/12 P, EU:C:2013:638, præmis 40 og 41).

21 — Jf. bl.a. dom Centrotherm Systemtechnik mod KHIM (C-610/11 P, EU:C:2013:593, præmis 117).

60. Der er endda et vist overlap imellem disse to kategorier af beviser for så vidt angår bevis for et vitterligt kendt varemærke eller for et velkendt varemærke som omhandlet i regel 19, stk. 2, litra b), og c). De beviser, der skal godtgøre varemærkets renommé, kan være identiske med dem, der skal bevise brug af varemærket, hvilket fuldt ud berettiger, at disse to tilfælde skal behandles på samme måde.

61. Desuden forekommer det mig, at en ensartet fortolkning af artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 uafhængigt af beviskategorien har fuldt støtte i denne bestemmelses formål.

62. Den omhandlede bestemmelse har således et dobbelt formål. For det første har den til formål at tilskynde parterne til at overholde fristerne, da de ved at fremlægge beviser for sent risikerer afvisning. For det andet har den til formål at bevare Harmoniseringskontorets beføjelse til at tage hensyn til relevante beviser, selv om de er fremlagt efter fristudløb, af hensyn til retssikkerhed og god forvaltning [22].

63. Ved udøvelsen af den omhandlede skønsbeføjelse skal Harmoniseringskontoret ligeledes tage hensyn til den dobbelte funktion af de processuelle frister, som dels skal sikre en smidig og effektiv sagsbehandling, dels gøre det muligt at sikre overholdelsen af retten til kontradiktion i inter-partes sager.

64. Efter min opfattelse gør alle disse hensyn sig gældende såvel i forhold til bevis for brug af et varemærke som for bevis for varemærkets eksistens, gyldighed og beskyttelsesomfang.

65. Således ville selve muligheden for på tidspunktet for klagen at tillade et nyt bevis for den ældre rettigheds eksistens, gyldighed og beskyttelsesomfang i en situation, hvor ingen relevante beviser var fremlagt inden for den frist, der oprindeligt var fastsat i denne henseende, i væsentlig grad fratage denne part tilskyndelsen til at overholde denne frist.

66. Desuden ville en hensyntagen til et bevis, der blev fremlagt for sent under sådanne omstændigheder, fremkalde en betydelig ulighed mellem parterne, fordi den ville gøre det muligt for indsigeren i det hele at udskyde diskussionen vedrørende den pågældendes ældre rets eksistens, gyldighed og beskyttelsesomfang til klagesagen.

67. Efter min opfattelse kan et helt nyt bevis således ikke accepteres i klagesagen, uden at der sættes spørgsmålstegn ved ordningen vedrørende processuelle frister, som blandt andet har til formål at skabe balance mellem parterne.

68. Endelig skal det undersøges, om denne løsning er i overensstemmelse med de principper, der ligger til grund for dommene i sagerne Rintisch mod KHIM [23].

69. I nævnte domme fastslog Domstolen for så vidt angik bevis for gyldigheden af det ældre varemærke, at appelkammeret i medfør af artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 har en skønsbeføjelse med hensyn til at afgøre, om der er anledning til at tage hensyn til »yderligere eller supplerende« kendsgerninger og beviser, der fremlagt efter fristudløb [24].

22 — Jf. dom KHIM mod Kaul (C-29/05 P, EU:C:2007:162, præmis 47 og 48).

23 — Domme Rintisch mod KHIM (C 122/12 P, EU:C:2013:628), Rintisch mod KHIM (C-120/12 P, EU:C:2013:638) og Rintisch mod KHIM (C-121/12 P, EU:C:2013:639).

24 — Dom Rintisch mod KHIM (C 122/12 P, EU:C:2013:628, præmis 33), Rintisch mod KHIM (C-120/12 P, EU:C:2013:638, præmis 32) og Rintisch mod KHIM (C-121/12 P, EU:C:2013:639, præmis 33).

70. Jeg skal indledningsvis påpege, at den udgave af dommene i sagerne Rintisch mod KHIM [25], der er affattet på processproget engelsk, ligesom størstedelen af de øvrige sprogversioner – med undtagelse af den spanske, franske, rumænske og finske sprogversion, hvis ikke jeg tager fejl – ikke henviser til »nye eller supplerende« kendsgerninger og beviser, men til »yderligere eller supplerende« [26].

71. Denne afvigelse mellem de forskellige sprogudgaver af de omhandlede præmisser i dommene i sagerne Rintisch mod KHIM [27], som skyldes den samme afvigelse mellem de forskellige sprogudgaver af regel 50, stk. 1, tredje afsnit, i forordning nr. 2868/95, synes at give anledning til tvivl med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt denne bestemmelse giver appelkamrene ret til at tage hensyn til et bevis, der er fremlagt for sent, herunder også når beviset er fuldstændigt nyt.

72. Dette er imidlertid ikke tilfældet.

73. Ifølge fast retspraksis kan den formulering, der er anvendt i en sproglig version af en EU-retlig bestemmelse, ikke alene tjene som grundlag for fortolkning. Såfremt der er afvigelser mellem sprogversionerne, skal den pågældende bestemmelse fortolkes ensartet i lyset af den almindelige opbygning af og formålet med ordningen [28].

74. I det foreliggende tilfælde indeholder regel 50, stk. 1, tredje afsnit, i forordning nr. 2868/95, der finder anvendelse på indsigelsessager, alene en henvisning til artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009. For så vidt som der er tale om en bestemmelse i gennemførelsesforordningen, udgør regel 50 derfor ikke hjemlen til den omhandlede skønsbeføjelse og kan så meget mindre udvide omfanget af den beføjelse, som appelkamrene udøver i medfør af artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009.

75. Som jeg allerede har anført, skal denne bestemmelse, henset til dens formål og den sammenhæng, hvori den indgår, gøres til genstand for en ensartet fortolkning uanset karakteren af de omhandlede bevis.

76. Følgelig skal afvigelserne mellem de sproglige formuleringer af regel 50, stk. 1, tredje afsnit, i forordning nr. 2868/95, som ligeledes påvirker de omhandlede præmisser i dommene i sagerne Rintisch mod KHIM [29], afklares i den forstand, at appelkamrenes skønsbeføjelse i henhold til artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 udelukkende vedrører en hensyntagen til supplerende beviser og ikke omfatter det tilfælde, hvor ingen relevante beviser har været fremlagt indenfor den fastsatte frist.

3. Anvendelsen af denne fortolkning ved vurderingen af det andet appelanbringende

77. Med sit andet anbringende har Harmoniseringskontoret gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl, da den i den appellerede doms præmis 45 og 46 fandt, at appelkammeret i medfør af artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 råder over en skønsbeføjelse, der også omfatter nye beviser.

78. Henset til mine ovenfor anførte bemærkninger er det med rette, at Harmoniseringskontoret indtager dette standpunkt.

25 — Domme Rintisch mod KHIM (C 122/12 P, EU:C:2013:628), Rintisch mod KHIM (C-120/12 P, EU:C:2013:638) og Rintisch mod KHIM (C-121/12 P, EU:C:2013:639).

26 — Som for eksempel den tyske version («zusätzliche oder ergänzende Sachverhalte und Beweismittel»), den engelske version («additional or supplementary facts and evidence»), den italienske version («fatti e prove ulteriori o complementari»), den litauiske version («papildomi arba pridėtiniai faktai bei įrodymai») eller den polske version («dodatkowe lub uzupełniające fakty i dowody»).

27 — Domme Rintisch mod KHIM (C 122/12 P, EU:C:2013:628), Rintisch mod KHIM (C-120/12 P, EU:C:2013:638) og Rintisch mod KHIM (C-121/12 P, EU:C:2013:639).

28 — Dom Cricket St Thomas (C-372/88, EU:C:1990:140, præmis 18 og 19) og Brey (C-140/12, EU:C:2013:565, præmis 74).

29 — Domme Rintisch mod KHIM (C 122/12 P, EU:C:2013:628), Rintisch mod KHIM (C-120/12 P, EU:C:2013:638) og Rintisch mod KHIM (C-121/12 P, EU:C:2013:639).

79. Følgelig er den appellerede dom behæftet med en retlig fejl, idet Retten i den appellerede doms præmis 45 og 46 fastslog, at det omhandlede skøn skal foretages, uanset om beviset er af supplerende karakter eller ikke, og at det ligeledes omfatter nye beviser.

80. Jeg skal imidlertid bemærke, at det følger af fast retspraksis, at hvis præmisserne i en dom afsagt af Retten indeholder en tilsidesættelse af EU-retten, men konklusionen er berettiget af andre retlige grunde, kan en sådan tilsidesættelse ikke medføre en ophævelse af den appellerede dom [30].

81. Jeg bemærker i denne henseende, at Retten med henblik på at tage dette anbringende fremsat i stævningen i første instans til følge ikke alene lagde vægt på den omhandlede begrundelse, men ligeledes støttede sig på den omstændighed, at appelkammeret havde afvist det omhandlede bevis uden at undersøge, om det kunne anses for at være »supplerende« (den appellerede doms præmis 43).

82. I henhold til den tilgang, som jeg har redegjort for ovenfor, burde appelkammeret imidlertid med henblik på anvendelsen af artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 i det foreliggende tilfælde have undersøgt, om det for sent fremlagte bevis kunne anses for at være supplerende.

83. Appelkammeret tilsidesatte således artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 ved ikke at undersøge, hvorvidt det omhandlede for sent fremlagte bevis var af supplerende karakter.

84. Rettens dertil svarende konstatering kan således bekræftes på grundlag af denne rent retlige begrundelse, som kan erstatte den begrundelse, der fremgår af den appellerede doms præmis 43.

4. Anvendelsen af denne fortolkning ved vurderingen af det første appelanbringende

85. Harmoniseringskontoret har med sit første anbringende gjort gældende, at det omhandlede for sent fremlagte bevis ikke kan anses for at være af supplerende karakter, og at Retten i den appellerede doms præmis 43 og 44 støttede sig på fejlagtige kriterier med henblik på at fastslå det modsatte.

86. Det fremgår af den appellerede dom, at Xavier Grau Ferrer, den indsigende part ved Harmoniseringskontoret, inden for den fastsatte frist fremlagde registreringsbeviset på sit spanske varemærke, hvilket var ufuldstændigt, da det ikke indeholdt en grafisk gengivelse af varemærket, men kun indeholdt en beskrivelse af varemærkets farver. Den omhandlede sort/hvide gengivelse, var indeholdt i begrundelsen for indsigelsen, som var indleveret til indsigelsesafdelingen. Det fuldstændige officielle certifikat, som indeholdt denne gengivelse, blev fremlagt for sent for appelkammeret.

87. I den appellerede doms præmis 44 anførte Retten, at den officielle grafiske gengivelse, som blev fremlagt for første gang for appelkammeret, ikke var »fuldstændig ny«, eftersom den sort/hvide gengivelse fremgik af det skriftlige indlæg for indsigelsesafdelingen, og det ufuldstændige certifikat indeholdt en henvisning til farverne.

88. Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at den grafiske gengivelse af det ældre varemærke er et væsentligt element i forbindelse med indsigelsen, da det alene er ved hjælp af den, at den præcise genstand for og omfanget af beskyttelsen for det ældre figurmærke kan fastslås. I mangel af en sådan gengivelse kan omfanget af dette varemærkes beskyttelse ikke fastlægges på en relevant måde.

89. I denne henseende har Harmoniseringskontoret – med rette efter min opfattelse – anført, at identifikationen af tegnet skal fastslås på en officiel måde ved hjælp af et dokument, der udtrykkeligt er nævnt i regel 19, stk. 2, litra a), nr. ii), i forordning nr. 2868/95, i det foreliggende tilfælde registreringsbeviset.

30 — Dom Lestelle mod Kommissionen (C-30/91 P, EU:C:1992:252, præmis 28) og FIAMM m.fl. mod Rådet og Kommissionen (C-120/06 P og C-121/06 P, EU:C:2008:476, præmis 187).

90. Følgelig kan det ikke anses for at være et relevant bevis blot at vedlægge den grafiske gengivelse i det skriftlige indlæg for Harmoniseringskontoret, eftersom den type bevis, der er påkrævet i denne henseende, er udtrykkeligt beskrevet i regel 19, stk. 2, i forordning nr. 2868/95.

91. Imidlertid er jeg ikke overbevist af Harmoniseringskontorets argument om, at den officielle grafiske gengivelse, der blev fremlagt for sent med henblik på at supplere det ufuldstændige certifikat, på ingen måde kunne anses for at være et supplerende bevis.

92. Det kan ganske vist være vanskeligt at sondre mellem et oprindeligt bevis og et supplerende bevis, når der er tale om beviser som omhandlet i regel 19, stk. 2, i forordning nr. 2868/95.

93. Ikke desto mindre er det efter min opfattelse tilstrækkeligt til, at appelkammeret skal igangsætte udøvelsen af skønsbeføjelsen i artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009, at den berørte part inden for den fastsatte frist har fremlagt visse beviser, der er relevante med henblik på at godtgøre den ældre rettigheds eksistens, gyldighed og beskyttelsesomfang i overensstemmelse med regel 19, stk. 2, i forordning nr. 2868/95, selv om disse beviser er utilstrækkelige til at godtgøre alle disse elementer.

94. Denne tilgang synes at være i overensstemmelse med den, der blev fulgt af Domstolen i de sager, der har givet anledning til dommene i sagerne Rintisch mod KHIM [31], hvor indsigeren havde fremlagt registreringsbeviset for det ældre varemærke, men først havde vedlagt bevis på dets fornyelse på tidspunktet for klagesagen, hvorfor beviset for gyldigheden af varemærket blev fremlagt for sent.

95. Dette omfatter ligeledes den situation, hentet fra Rettens praksis, hvor indsigeren har fremlagt registreringsbeviset, men har undladt at supplere det indenfor den fastsatte frist med beviset på overdragelsen af ejendomsretten, således at beviset vedrørende indehaveren af den ældre rettighed er fremlagt efter fristudløb [32].

96. Harmoniseringskontoret har således selv medgivet, at et bevis, der er ufuldstændigt, idet det alene vedrører et af de elementer, der er nævnt i regel 19, stk. 2, i forordning nr. 2868/95, såsom gyldigheden, varemærkets beskyttelsesomfang eller en angivelse af, at indsigeren er berettiget til at fremsætte indsigelsen, kan anses for at være relevant. Harmoniseringskontoret har nemlig anført sin appel under henvisning til de faktiske omstændigheder, der lå til grund for dommene i sagerne Rintisch mod KHIM [33], at de registreringsbeviser, som blev fremlagt inden for den fastsatte frist, var relevante, i det mindste med henblik på at identificere det ældre varemærke og fastlægge dets beskyttelsesomfang, selv om gyldigheden af dette varemærke ikke var blevet bevist.

97. Efter min opfattelse gælder denne analyse vedrørende et utilstrækkeligt, men relevant bevis ligeledes i et tilfælde som det i hovedsagen foreliggende, hvor indsigeren har fremlagt et ufuldstændigt registreringsbevis, der ikke indeholder en grafisk gengivelse af varemærket, således at det relevante bevis er begrænset til det ældre varemærkes eksistens, dets ordbestanddel og dets indehaver, men dets genstand og beskyttelsesomfang ikke er godtgjort på en præcis og relevant måde.

98. Denne argumentation, der kan erstatte de fejlagtige begrundelser i den appellerede dom, som Harmoniseringskontoret har kritiseret, fører til at konstatere, at Retten med rette fandt i den appellerede doms præmis 40, at appelkammeret ikke kunne afvise det omhandlede bevis uden at undersøge, om det kunne anses for at være supplerende, og i givet fald om det kunne fremlægges for sent i overensstemmelse med artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009.

31 — Domme Rintisch mod KHIM (C-122/12 P, EU:C:2013:628), Rintisch mod KHIM (C-120/12 P, EU:C:2013:638) og Rintisch mod KHIM (C-121/12 P, EU:C:2013:639).

32 — Jf. dom You-View.tv mod KHIM – YouView TV (YouView+) (T-480/13, EU:T:2014:591).

33 — Domme Rintisch mod KHIM (C 122/12 P, EU:C:2013:628), Rintisch mod KHIM (C-120/12 P, EU:C:2013:638) og Rintisch mod KHIM (C-121/12 P, EU:C:2013:639).

5. Foreløbig konklusion

99. Det følger af samtlige ovenstående betragtninger, at selv om argumentationen i den appellerede doms præmis 43-46 er fejlagtig, må Rettens konklusion i dommens præmis 40, hvorefter appelkammeret begik en fejl ved anvendelsen af artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009, tiltrædes.

100. Følgelig foreslår jeg, at det første og det andet appelanbringende forkastes.

C – *Tilsidesættelse af artikel 15, stk. 1, andet afsnit, litra a), i forordning nr. 207/2009 (det tredje appelanbringende)*

101. I henhold til artikel 15, stk. 1, andet afsnit, litra a), i forordning nr. 207/2009 anses det for brug af et EF-varemærke, at det bruges i en form, der kun ved enkeltheder, som ikke forandrer dets særpræg, afviger fra den registrerede form.

102. Ved at undgå at kræve en nøje overensstemmelse mellem den benyttede form og den registrerede form har denne bestemmelse til hensigt at gøre det muligt for indehaveren af varemærket at foretage de variationer af tegnet i forbindelse med dettes erhvervsmæssige udnyttelse, som uden at ændre dets særpræg muliggør en bedre tilpasning til de faktiske forhold på et marked under udvikling [34].

103. Ved anvendelsen af denne bestemmelse fastslog Retten i den appellerede doms præmis 82-86 ved sin analyse af det andet anbringende fremsat i stævningen i første instans, at de tegn, der er anvendt af Xavier Grau Ferrer til at påvise reel brug af det ældre EF-varemærke, ikke forandrer dets særpræg, idet de omhandlede forskelle udgjorde »ubetydelige variationer« eller var »meget lidt særprægede«, og de anvendte tegn »i det store og hele« svarede til varemærket, sådan som det var registreret.

104. Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl ved anvendelsen af denne bestemmelse i den appellerede doms præmis 83-85, idet den betegnede visse bestanddele af de tegn, der blev sammenlignet, som ubetydelige, idet den ikke undersøgte, om ændringen af de individuelle bestanddele medførte en forandring af det registrerede varemærke som helhed, og idet den derfor ikke foretog en helhedsvurdering af de anvendte tegn.

105. Jeg bemærker, at konstateringerne i den appellerede doms præmis 83-85, hvor Retten foretog en sammenligning af det helhedsindtryk, som hvert af de anvendte tegn fremkalder, med helhedsindtrykket af det registrerede varemærke under hensyntagen til de bestanddele, der har særpræg, udgør bedømmelser af faktuel karakter.

106. Harmoniseringskontorets argumenter skal derfor forkastes, idet det derved har søgt at opnå, at Domstolen erstatter Rettens bedømmelse af de faktiske omstændigheder med sin egen, uden at det i øvrigt er gjort gældende, at de faktiske omstændigheder og beviser er blevet forkert gengivet [35].

107. Det ville forholde sig anderledes i det tilfælde, hvor det måtte antages, at Retten, selv om den henviste til kravet om, at vurderingen af tegnene skal være støttet på helhedsindtrykket, ikke reelt har foretaget en helhedsvurdering [36].

108. Dette tilfælde skal fortolkes indskrænkende med henblik på at bevare den effektive virkning af artikel 58, stk. 1, i statutten for Den Europæiske Unions Domstol, hvorefter det ikke er tilladt at sanktionere Retten i relation til dens selvstændige vurdering af de faktiske omstændigheder.

34 — Jf. dom Specsavers International Healthcare m.fl. (C-252/12, EU:C:2013:497, præmis 29). Jf. analogt dom Rintisch (C-553/11, EU:C:2012:671, præmis 21 og 22).

35 — Jf. bl.a. domme Rossi mod KHIM (C-214/05 P, EU:C:2006:494, præmis 26) og Alcon mod KHIM (C-412/05 P, EU:C:2007:252, præmis 71).

36 — Dom KHIM mod Shaker (C-334/05 P, EU:C:2007:333, præmis 37-43).

109. Jeg medgiver, at man ved at betragte de tegn, der er gengivet i den appellerede doms præmis 66, indsat nedenfor, kan stille spørgsmålstegn ved rigtigheden af den konklusion, som Retten nåede frem til i den appellerede doms præmis 86, hvorefter de anvendte tegn »i det store og hele« svarede til det registrerede varemærke:

De anvendte tegn	Det registrerede varemærke
	

110. Det forholder sig ikke desto mindre således, at Harmoniseringskontorets argumenter ikke efter min opfattelse gør det muligt at fastslå, at Retten på trods af den udtrykkelige ordlyd i den appellerede dom ikke reelt har foretaget en helhedsvurdering af tegnene støttet på helhedsindtrykket af dem, hvilket ville kunne udgøre en retlig fejl.

111. Den efterprøvelse, der er foretaget af Retten med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt variationerne af det registrerede varemærke forandrede dets særpræg, kan ikke anses for at være en fortolkning af retsregler, og den kan således ikke anfægtes inden for rammerne af en appel, uden at der gribes ind i Rettens kompetence til at fastslå de faktiske omstændigheder.

112. Følgelig foreslår jeg, at det tredje anbringende afvises, og at appellen dermed forkastes i det hele.

113. Da Harmoniseringskontoret har tabt appelsagen, og de øvrige parter i sagen for Retten ikke har nedlagt påstande, foreslår jeg i henhold til artikel 184, stk. 1, og artikel 138, stk. 1, i Domstolens procesreglement, at Harmoniseringskontoret tilpligtes at bære sine egne omkostninger.

VII – **Forslag til afgørelse**

114. Henset til det ovenstående foreslår jeg Domstolen, at appellen forkastes, og at Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.