

SUNRIDER MOD KHIM

DOMSTOLENS DOM (Første Afdeling)

11. maj 2006 \*

I sag C-416/04 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i Domstolens statut, iværksat den 27. september 2004,

**The Sunrider Corp.**, Torrance, Californien (USA), ved Rechtsanwalt A. Kockläuner,

appellant,

den anden part i appelsagen:

**Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design)**  
(KHIM) ved S. Laitinen og A. Folliard-Monguiral, som befuldmægtigede,

sagsøgte i første instans,

\* Processprog: engelsk.

har

## DOMSTOLEN (Første Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, P. Jann, og dommerne K. Schiemann, K. Lenaerts, E. Juhász og M. Ilešič (refererende dommer),

generaladvokat: F.G. Jacobs  
justitssekretær: fuldmægtig B. Fülöp,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 17. november 2005,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 15. december 2005,

afsagt følgende

### Dom

- I appelskriftet har The Sunrider Corp. nedlagt påstand om ophævelse af den dom, der blev afsagt af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans den 8. juli 2004, Sunrider mod KHIM — Espadafor Caba (VITAFRUIT) (sag T-203/02, Sml. II, s. 2811, herefter »den appellerede dom«), hvorved appellanten ikke fik medhold i sin påstand om ophævelse af den afgørelse, der var blevet truffet af Første Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«) den 8. april 2002 (sag R 1046/2000-1), hvorved dette afslog at registrere ordmærket VITAFRUIT (herefter »den anfægtede afgørelse«).

## Retsforskrifter

- 2 Artikel 8 i Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), der har overskriften »Relative hindringer for registrering«, bestemmer i stk. 1, litra b), og stk. 2, litra a), nr. ii):

»1. Hvis indehaveren af et ældre varemærke rejser indsigelse, er det varemærke, der søges registreret, udelukket fra registrering:

[...]

- b) såfremt der i offentlighedens bevidsthed inden for det område, hvor det ældre mærke er beskyttet, er risiko for forveksling, fordi det yngre mærke er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og varerne eller tjenesteydelserne er af samme eller lignende art; risikoen for forveksling indbefatter risikoen for, at der antages at være en forbindelse med det ældre varemærke

2. Ved »ældre varemærker« efter stk. 1 forstås:

- a) varemærker af følgende kategorier, hvis ansøgningsdato ligger før datoen for EF-varemærkeansøgningen, i givet fald under hensyntagen til den prioritet, der gøres gældende til støtte for disse mærker:

[...]

ii) varemærker, som er registreret i en medlemsstat [...]«

3 Artikel 15 i forordning nr. 40/94 med overskriften »Brug af EF-varemærket« bestemmer:

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

[...]

3. Brug af EF-varemærket med indehaverens samtykke ligestilles med indehaverens brug af mærket.«

4 Artikel 43 i forordning nr. 40/94 med overskriften »Behandling af indsigelsen« bestemmer i stk. 2 og 3:

»2. På begæring af ansøgeren skal indehaveren af et ældre EF-varemærke, der har rejst indsigelse, godtgøre, at der inden for de seneste fem år forud for offentliggørelsen af EF-varemærkeansøgningen, er gjort reel brug af det ældre EF-

varemærke i Fællesskabet for de varer og tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, og som lægges til grund for indsigelsen [...], forudsat at det ældre EF-varemærke på dette tidspunkt har været registreret i mindst fem år. Godtgøres dette ikke, forkastes indsigelsen. Har det ældre EF-varemærke kun været anvendt for en del af de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, anses det ved behandlingen af indsigelsen kun som registreret for denne del af varerne eller tjenesteydelserne.

3. Stk. 2 finder anvendelse på de i artikel 8, stk. 2, litra a), omhandlede ældre nationale varemærker, dog således at brug i den medlemsstat, hvor det ældre nationale varemærke er beskyttet, træder i stedet for brug i Fællesskabet.«

- 5 Regel 22, stk. 2, i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til Rådets forordning nr. 40/94 om EF-varemærker (EFT L 303, s. 1) bestemmer, at »[a]f de oplysninger og bevisligheder, der fremlægges som dokumentation for brug, skal det fremgå, hvor, hvornår samt i hvilket omfang og i hvilken form det varemærke, som indsigelsen støttes på, er blevet brugt til de varer og tjenesteydelser, for hvilke varemærket er registreret, og hvorpå indsigelsen støttes [...]«.

## Sagens baggrund

- 6 Den 1. april 1996 indgav appellanten en ansøgning om EF-varemærkeregistriering af ordmærket VITAFRUIT til Harmoniseringskontoret i medfør af forordning nr. 40/94.

- 7 De varer, som registreringsansøgningen vedrører, henhører under klasse 5, 29 og 32 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret. Varerne i klasse 32 er følgende: »Øl; mineralvand og kulsyreholdige vande og andre ikke-alkoholholdige drikke; frugt- og grøntsagsdrikke, frugtsaft; saft og andre præparater til fremstilling af drikke; urte- og vitamindrikke«.
- 8 Den 1. april 1998 rejste Juan Espadafor Caba indsigelse i medfør af artikel 42, stk. 1, i forordning nr. 40/94 mod registrering af det ansøgte varemærke for alle de varer, der var omfattet af ansøgningen.
- 9 Det ældre varemærke som Juan Espadafor Caba er indehaver af, er det nationale ordmærke VITAFRUT, som var registreret i Spanien for »ikke-alkoholholdige og ikke-terapeutiske kulsyreholdige drikke, alle former for ikke-terapeutiske kolde drikke, kulsyreholdige præparater, brusende granuler, ugærede frugt- og grøntsagsdrikke (bortset fra most), limonade, orangeade, kolde drikke (bortset fra mandelmælk), kulsyreholdige vande, Seidlitzvand og kunstig is« henhørende under klasse 30 og 32.
- 10 Efter anmodning fra appellanten opfordrede Harmoniseringskontorets Indsigelsesafdeling i henhold til artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 Juan Espadafor Caba til at føre bevis for, at der inden for de seneste fem år forud for offentliggørelsen af EF-varemærkeansøgningen var gjort reel brug af det ældre varemærke i Spanien.
- 11 Juan Espadafor Caba fremsendte dels seks flaskeetiketter, som var påført det ældre varemærke, dels fjorten fakturaer og ordreskrivelser, hvoraf ti var dateret i perioden før den nævnte offentliggørelse.

- 12 Ved afgørelse af 23. august 2000 afslog Indsigelsesafdelingen varemærkeansøgningen for de varer i klasse 32, der var omfattet af varemærkeansøgningen, bortset fra øl. Indsigelsesafdelingen fandt for det første, at de beviser, som Juan Espadafor Caba havde fremlagt, godtgjorde, at det ældre varemærke havde været genstand for reel brug i henhold til artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 for varerne »ugærede frugt- og grøntsagsdrikke, limonade, orangeade«. For det andet fandt Indsigelsesafdelingen, at disse varer samt varerne i klasse 32 — bortset fra øl — der var omfattet af EF-varemærkeansøgningen, delvis var af lignede art, og delvis var identiske, og at der var risiko for forveksling, som omhandlet i forordningens artikel 8, stk. 1, litra b), mellem det ældre varemærke og det ansøgte varemærke.
- 13 Den klage, som appellanten indbragte over afgørelsen, blev med den anfægtede afgørelse afvist. Første Appellationsret ved Harmoniseringskontoret bekræftede i det væsentlige bedømmelsen i Indsigelsesafdelingens afgørelse, men understregede imidlertid, at brugen af det ældre varemærke kun var godtgjort for de varer, der betegnes »saftkoncentrater«.

### Retsforhandlinger ved Retten og den appellerede dom

- 14 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 2. juli 2002 anlagde appellanten sag med påstand om ophævelse af den anfægtede afgørelse på grund af tilsidesættelse af henholdsvis artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94, og af forordningens artikel 8, stk. 1, litra b).
- 15 Med det første anbringendes første led gjorde appellanten gældende, at appellationsretten urigtigt havde henset til en tredjemands brug af varemærket. Appellanten anførte nemlig, at indsigeren ikke havde godtgjort, at den påståede brug af det ældre varemærke havde fundet sted med indsigerens samtykke.

- 16 Retten konstaterede i den appellerede doms præmis 23, at den påståede brug af det ældre varemærke blev foretaget af selskabet Industrias Espadafor SA, og ikke af varemærkeindehaveren Juan Espadafor Caba, selv om dennes navn også indgår i det omhandlede selskabs navn. Imidlertid fandt Retten i dommens præmis 24-28, at appelkammeret lovligt kunne lægge en formodning om, at brugen af det ældre varemærke fandt sted med indehaverens samtykke, til grund, ikke mindst fordi appellanten ikke havde bestridt dette punkt for Retten.
- 17 Retten forkastede derfor det første anbringendes første led.
- 18 I det første anbringendes andet led hævdede sagsøgeren, at appelkammeret foretog en urigtig fortolkning af begrebet »reel brug«. Appellanten gjorde i det væsentlige gældende, at det bevismateriale, Juan Espadafor Caba havde fremlagt, ikke godtgjorde hverken tidspunktet, stedet eller i hvilken form brugen af varemærket havde fundet sted, eller endelig om den hævdede brug var tilstrækkelig til at være reel.
- 19 Efter i den appellerede doms præmis 36-42 at have gengivet Domstolens praksis (dom af 11.3.2003, sag C-40/01, Ansul, Sml. I, s. 2439) og sin egen praksis, og efter i dommens præmis 43-53 at have gennemgået indsigerens bevismateriale, fastslog Retten følgende i dommens præmis 54:

»Det følger heraf, at den anden part i sagen for appelkammeret har godtgjort, at der med dennes samtykke i perioden fra maj 1996 til maj 1997 blev solgt ca. 300 [kasser] af hver 12 stk. koncentrat af forskellige frugtsafter til en spansk kunde, hvilket svarer til en omsætning på ca. 4 800 EUR. Selv om omfanget af den brug, der er gjort af det ældre varemærke, er begrænset, og det ville være at foretrække, om der forelå flere beviser for arten af den brug, der er gjort i den relevante periode, er de faktiske omstændigheder og de beviser, som den anden part i sagen har fremlagt,



tilstrækkelige til at fastslå, at der foreligger en reel brug. Det er derfor med rette, at Harmoniseringskontoret i den anfægtede afgørelse har fastslået, at det ældre varemærke har været genstand for en reel brug for en del af de varer, for hvilke det er registreret, nemlig frugtsaft.«

- 20 Følgelig tiltrådte Retten ikke det første anbringendes andet led.
- 21 Med det andet anbringende gjorde appellanten gældende, at appelkammeret havde tilsidesat artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, idet det fastslog, at der var lighed mellem varerne »urte- og vitamindrikke« som er omfattet af EF-varemærkeansøgningen, og varerne »saftkoncentrat«, for hvilke det ældre varemærke reelt har været genstand for brug. Ifølge appellanten er der højst en svag lighed mellem disse varer.
- 22 I den appellerede doms præmis 66 fastslog Retten, at det ældre varemærke havde været brugt for koncentreret frugtsaft af forskellige frugter, bestemt til de endelige forbrugere, og ikke for frugtsaftkoncentrater, bestemt til frugtsaftindustrien. Retten forkastede derfor appellants argument om, at der var forskel på målgrupperne for henholdsvis urte- og vitamindrikke og de varer, for hvilke det ældre varemærke havde været genstand for reel brug.
- 23 Retten fandt i dommens præmis 67, at urte- og vitamindrikke og frugtsaftkoncentrater har samme formål, nemlig at slukke tørsten, og at det i begge tilfælde drejer sig om ikke-alkoholholdige drikke, der almindeligvis nydes kolde, og at de i vidt omfang er i et konkurrenceforhold med hinanden. Retten vurderede, at disse varers sammensætning, der ganske vist var forskellig, ikke ændrede den konstatering, at de er substituerbare, idet de skal opfylde samme behov.

24 Retten forkastede derfor det andet anbringende og frifandt Harmoniseringskontoret i det hele.

## **Appellen**

25 Appellanten har i appelskriftet nedlagt følgende påstande, der er støttet af tre anbringender:

- Principalt ophæves den appellerede dom.
  
- Subsidiært ophæves den appellerede dom, for så vidt afslaget på registrering af det ansøgte varemærke for varerne »urte- og vitamindrikke« blev stadfæstet.
  
- Den anfægtede afgørelse annulleres.
  
- Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale omkostningerne i forbindelse med sagen for Harmoniseringskontorets instanser samt for Retten og Domstolen.

26 Harmoniseringskontoret har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og at appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

*Om antagelse til realitetsbehandling af Harmoniseringskontorets svarskrift*

27 Appellanten har i replikken nedlagt påstand om, at Harmoniseringskontorets svarskrift ikke bør antages til realitetsbehandling, da det ikke har nedlagt påstand om, at der helt eller delvist gives medhold i de påstande, der er nedlagt i første instans, som påkrævet i henhold til artikel 116 i Domstolens procesreglement.

28 Denne bestemmelses stk. 1 bestemmer:

»Påstandene i svarskriftet skal gå ud på:

— at appellen helt eller delvis afvises eller forkastes, eller at Rettens afgørelse helt eller delvis ophæves

— at der gives helt eller delvis medhold i de påstande, der er nedlagt i første instans, idet nye påstande ikke kan nedlægges.«

29 I denne bestemmelse præciseres, med hvilket formål de andre parter i sagen end appellanten kan indgive et svarskrift.

30 Disse andre parter skal med henblik på at give dette processkrift en effektiv virkning deri udtrykke deres stillingtagen til appellen ved at nedlægge påstand om, at appellen helt eller delvis afvises eller forkastes, eller ved helt eller delvist, evt. i form af en kontraappel, at støtte sig til alle de i procesreglementets artikel 116, stk. 1, første led, omhandlede påstande.

- 31 Derimod stilles der ikke fra de andre parter i sagen, som en forudsætning for gyldigheden af svarskriftet, krav om, at de i denne bestemmelses andet led nævnte påstande nedlægges. Hver part kan nemlig for en retsinstans frit nedlægge de påstande, parten finder passende. Såfremt Retten således ikke, eller ikke i sin helhed, har givet medhold i en parts påstande, kan parten vælge — i forbindelse med en appel til prøvelse af Rettens dom — ikke at nedlægge påstand for Domstolen om, at der gives medhold i disse.
- 32 Så meget mere gælder det, at når en part, som i den foreliggende sag, har fået fuldstændig medhold fra Retten og i svarskriftet for Domstolen nedlægger påstand om, at appellen forkastes i sin helhed, skal parten ikke nedlægge påstand om, at der gives medhold i de påstande, der blev nedlagt i første instans. I øvrigt bemærkes, at hvis Domstolen giver medhold i appellen og i medfør af den mulighed, der tilkommer den i henhold til artikel 61 i Domstolens statut, beslutter selv at træffe endelig afgørelse i sagen, er den forpligtet til at tage stilling til disse påstande og enten igen at give helt eller delvist medhold i dem eller forkaste dem, uden at kunne begrunde forkastelsen med, at parten ikke har gentaget påstandene for den.
- 33 På denne baggrund må formalitetsindsigelsen vedrørende Harmoniseringskontorets svarskrift forkastes.

### *Om det første anbringende*

#### Parternes argumenter

- 34 Med det første anbringende har appellanten gjort gældende, at Retten har tilsidesat artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94, sammenholdt med forordningens artikel 15, stk. 1 og 3, idet den tog en tredjemands brug af det ældre varemærke i betragtning.

- 35 Med dette anbringendes første led har appellanten både kritiseret Retten for at have foretaget en urigtig fortolkning af fordelingen af bevisbyrden, at have henset til materiale uden beviskraft, fremlagt af indsigeren, og at have lagt formodninger til grund i stedet for beviser.
- 36 Ifølge appellanten følger det af Rettens praksis, at en reel brug af et varemærke ikke kan bevises ved hjælp af sandsynlighedsbetragtninger eller formodninger, men skal hvile på konkrete og objektive omstændigheder, der godtgør en faktisk og tilstrækkelig brug af varemærket på det pågældende marked.
- 37 I denne sag har indsigeren, på trods af at det påhviler denne at føre bevis for, at brugen af det ældre varemærke foretaget af selskabet Industrias Espadafor SA, fandt sted med indsigerens samtykke, ikke ført noget bevis for sit samtykke til brugen. Appellationskammeret og Retten har således urigtigt baseret konstateringen af, at indsigeren havde givet sit samtykke til brugen, på sandsynlighedsbetragtninger og formodninger.
- 38 I første anbringendes andet led har appellanten gjort gældende, at Retten har gjort sig skyldig i en urigtig retsanvendelse, idet den ikke som led i gennemgangen af første anbringendes første led i første instans efterprøvede, om den på tidspunktet for afsigelsen af dommen lovligt kunne træffe en ny afgørelse med samme konklusion som den anfægtede afgørelse, under henvisning til dens egen praksis (Rettens dom af 23.9.2003, sag T-308/01, Henkel mod KHIM — LHS (UK) (KLEENCARE), Sml. II, s. 3253, præmis 29).
- 39 Det fremgår af den appellerede doms præmis 25 og 26, at Retten således blot har efterprøvet, om appellationskammeret på det tidspunkt, hvor den anfægtede afgørelse blev truffet, kunne lægge den formodning til grund, at indsigeren havde givet sit samtykke til den brug af det ældre varemærke, der var foretaget af selskabet Industrias Espadafor SA.

- 40 Hvad angår det første anbringendes første led har Harmoniseringskontoret anført, at formodningen i denne sag om, at indsigeren havde givet samtykke til brugen af det ældre varemærke foretaget af selskabet Industrias Espadafor SA, hvilken formodning blev gentaget af Retten af de i den appellerede doms præmis 24-29 nævnte årsager, er fuldt ud begrundet. Følgelig er Rettens bedømmelse af de faktiske omstændigheder, hvorefter den tiltrådte, at indsigeren havde givet samtykke til den hævdede brug af det ældre varemærke, hverken en urigtig bedømmelse eller en forkert gengivelse, der tillader Domstolen at ændre Rettens konstateringer.
- 41 Hvad angår det første anbringendes andet led har Harmoniseringskontoret gjort gældende, at sagen for Retten ifølge fast retspraksis har til formål at sikre en legalitetskontrol af appelkammerets afgørelse som omhandlet i artikel 63 i forordning nr. 40/94, hvorfor det på ingen måde påhvilede Retten at efterprøve, hvorvidt en ny afgørelse med samme konklusion som den anfægtede afgørelse lovligt kunne træffes på tidspunktet for afsigelsen af dommen.

### Domstolens bemærkninger

- 42 For det første skal indehaveren af et ældre varemærke, der har rejst indsigelse, i henhold til artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94, på begæring af ansøgeren om et EF-varemærke godtgøre, at der er gjort reel brug af det ældre varemærke.
- 43 Desuden fremgår det af forordningens artikel 15, stk. 3, at reel brug af et varemærke er indehaverens brug af mærket, eller brug med dennes samtykke.

- 44 Heraf følger, at det er indehaveren af det ældre varemærke, der har gjort indsigelse, som skal føre bevis for at have givet sit samtykke til en tredjemands hævdede brug af varemærket.
- 45 Det bemærkes for det første, at i den foreliggende sag er det første anbringendes første led, for så vidt som Retten heri kritiseres for at have foretaget en urigtig fortolkning af fordelingen af bevisbyrden, ugrundet.
- 46 Efter i den appellerede doms præmis 23 at have anført, at en del af varemærkets indehavers efternavn indgik i navnet på selskabet Industrias Espadafor SA, der brugte det ældre varemærke, og efter i dommens præmis 24 og 25 at have fastslået, at det er lidet sandsynligt, at Juan Espadafor Caba havde kunnet fremskaffe det bevismateriale for brugen af det ældre varemærke, som han fremlagde for Indsigelsesafdelingen og appelkammeret ved Harmoniseringskontoret, hvis brugen havde fundet sted imod hans vilje, fandt Retten, at Harmoniseringskontoret med rette havde lagt formodningen til grund om, at indsigeren havde givet sit samtykke til den hævdede brug af det ældre varemærke.
- 47 Retten har på denne måde intet krav stillet om, at appellanten godtgør, at der manglede samtykke, men har af indsigerens beviser udledt, at der forelå bevis for samtykket til den hævdede brug. Retten omvendte således ikke bevisbyrden.
- 48 For det andet bemærkes vedrørende dette led, at for så vidt som Retten heri kritiseres for at have fastslået, at indsigerens bevismateriale godtgjorde, at der forelå samtykke til den hævdede brug, tilsigtes det hermed, at Domstolen erstatter Rettens bedømmelse af de faktiske omstændigheder med sin egen, og det må derfor afvises fra realitetsbehandling.

- 49 I overensstemmelse med artikel 225, stk. 1, EF og artikel 58, stk. 1, i Domstolens statut er appel nemlig begrænset til retsspørgsmål. Det er derfor alene Retten, der har kompetence til at fastlægge og bedømme de relevante faktiske omstændigheder såvel som til at vurdere beviserne. Bedømmelsen af disse faktiske omstændigheder og beviser er således ikke et retsspørgsmål, der som sådan kan efterprøves af Domstolen under en appelsag, medmindre disse omstændigheder og beviser er blevet forkert gengivet (jf. bl.a. dom af 15.9.2005, sag C-37/03 P, BioID mod KHIM, Sml. I, s. 7975, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis).
- 50 Det fremgår dog ikke, at Retten i den appellerede doms præmis 23-25 har foretaget en forkert gengivelse af de faktiske omstændigheder og af det bevismateriale, der var blevet fremlagt.
- 51 Det bør tilføjes, at Retten som en supplerende betragtning i den appellerede doms præmis 26 og 27 konstaterede, at »[H]armoniseringskontoret [...] så meget desto mere [kunne] gå ud fra [den] formodning, som sagsøgeren ikke har bestridt, at den brug, som selskabet Industrias Espador SA, har gjort af det ældre varemærke, er sket med indsigerens samtykke«.
- 52 Første anbringendes første led forkastes derfor, da det delvis er ugrundet, delvis ikke kan antages til realitetsbehandling.
- 53 For det andet følger det ikke, i modsætning til appellants anbringende herom, af Rettens praksis, at det påhviler den at efterprøve, om den på tidspunktet for afsigelsen af dom i en sag med påstand om annullation af en afgørelse, som er truffet af et appelkammer ved Harmoniseringskontoret, lovligt kan træffe en ny afgørelse med samme konklusion som den anfægtede afgørelse. I præmis 25 og 26 i dommen i sagen Henkel mod KHIM — LHS (UK) (KLEENCARE) har Retten kun udtalt, at denne forpligtelse påhviler appelkamrene ved Harmoniseringskontoret, som følge af



princippet om funktionel kontinuitet mellem de af kontorets instanser, der træffer afgørelse i første instans — såsom undersøgerne og indsigelses- og annullationsafdelingerne — og kamrene.

- 54 I medfør af artikel 63 i forordning nr. 40/94 kan Retten kun ophæve eller omgøre en afgørelse, der er truffet af et appelkammer ved Harmoniseringskontoret, i tilfælde af »inkompetence, væsentlige formmangler eller overtrædelse af traktaten, af [forordning nr. 40/94] eller af retsregler vedrørende deres gennemførelse eller under påberåbelse af magtfordrejning«.
- 55 Heraf følger, at Retten kun kan ophæve eller omgøre den anfægtede afgørelse, hvis den på det tidspunkt, den blev truffet, var behæftet med en af disse ophævelses- eller omgørelsesgrunde. Retten kan derimod ikke ophæve eller omgøre en sådan afgørelse af årsager, der indtræder, efter at afgørelsen er truffet.
- 56 På denne baggrund er det første anbringendes andet led ugrundet, og anbringendet må forkastes i det hele.

### *Om det andet anbringende*

#### Parternes argumenter

- 57 Med det andet anbringendes første led har appellanten gjort gældende, at da etiketterne, som indsigeren har fremlagt, ikke var forsynet med en dato, godtgør de ikke brugen af det ældre varemærke i den relevante periode, og de kan følgelig heller ikke anvendes til støtte for de andre beviser, der blev fremlagt i sagen.

- 58 Med dette anbringendes andet led har appellanten gjort gældende, at Retten har tilsidesat artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94, idet den ikke har anvendt begrebet »reel brug« i den i denne artikel omhandlede betydning. Retten har bl.a. ikke overholdt betingelserne for, hvornår brugen af et varemærke kan antages for reel.
- 59 Ifølge appellanten følger det af generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse i Ansul-sagen, af Domstolens dom i samme sag, såvel som af Rettens praksis, at reel brug ikke omfatter rent symbolsk brug, alene med henblik på at bevare varemærkerettigheden, at skæringspunktet for, hvornår en kommerciel brug af varemærket kan kvalificeres som egnet og reel, er direkte forbundet med varens art eller tjenesteydelsens type, at der — uafhængigt af omfanget af de transaktioner, der er gennemført under varemærket, og deres hyppighed — skal være tale om en uafbrudt brug, der på ingen måde er sporadisk eller tilfældig, og at reel brug forudsætter, at mærket findes på en væsentlig del af det område, hvor det er beskyttet.
- 60 Appellanten har understreget, at de i den foreliggende sag solgte varer er almindelige produktions- og forbrugsvarer, bestemt til den endelige forbrugers daglige brug, og som er billige og derfor nemme at afsætte. Henset til varernes art kan omfanget af det salg, som er godtgjort i denne sag, ikke anses for tilstrækkeligt i henhold til artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94. Hertil kommer, at indsigeren, der har fremlagt beviser for kun fem handler på elleve måneder, højst har godtgjort en sporadisk og tilfældig brug af det ældre mærke. En sådan brug kan i alle tilfælde ikke anses for at være uafbrudt, effektiv og vedholdende. Desuden er de fremlagte fakturaer alle tilstillet den samme kunde, og der er ikke ført bevis for, at det ældre varemærke fandtes på en væsentlig del af det område, hvor det er beskyttet.
- 61 Appellanten har tilføjet, at selskabets opfattelse af, at Retten ikke har anvendt begrebet »reel brug« i den i artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94 omhandlede

betydning, støttes af, at Bundesgerichtshof (Tyskland) i en anden sag har fastslået, at en månedlig omsætning på 4 400 EUR er udtryk for en rent formel brug.

- 62 Ifølge appellanten er det på ingen måde Rettens faktiske konstateringer og bevisbedømmelse, der anfægtes, men i stedet tilsidesættelsen af begrebet »reel brug«. Det drejer sig om et retsspørgsmål, der kan rejses som led i en appelsag.
- 63 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at Retten i den appellerede doms præmis 32-42 korrekt har anført de principper vedrørende »reel brug«, der er blevet formuleret såvel af Retten selv som af Domstolen, og det har anført, at appellanten ikke har bestridt disse principper, men at selskabet er af den opfattelse, at den foreliggende sags faktiske omstændigheder ikke udgør bevis for en sådan brug.
- 64 Harmoniseringskontoret har således påstået, at hensigten med appellens andet anbringende er, at Domstolen foretager en fornyet vurdering af de faktiske omstændigheder og bevismaterialet, hvorfor dette anbringende bør afvises fra realitetsbehandling.
- 65 Harmoniseringskontoret har subsidiært anført, at Retten med rette har fastslået, at den reelle brug af det ældre varemærke var godtgjort, hvorfor anbringendet er ugrundet. Harmoniseringskontoret har erkendt, at den brug, der er godtgjort, er af begrænset omfang, og at den tilsyneladende kun vedrører en enkelt kunde, men det har understreget, at transaktionernes samlede beløb blev opnået over en temmelig kort periode. Harmoniseringskontoret har tillige påpeget, at der ikke efter Domstolens praksis gælder en »bagatelregel«, og det finder, at Retten med rette fastslog, at en begrænset brug er forenelig med en faktisk tilstedeværelse på markedet.

- 66 Hvad angår appellantens påstand om, at for at brugen af et varemærke kan anses for reel, skal mærket findes på en væsentlig del af det område, hvor det er beskyttet, er Harmoniseringskontoret af den opfattelse, at dette krav ikke er gyldigt set i lyset af Ansul-dommen og af kendelsen af 27. januar 2004, La Mer Technology (sag C-259/02, Sml. I, s. 1159), og at størrelsen af det beskyttede område blot er et af de forhold, der skal henses til for at afgøre, om brugen er reel.
- 67 For så vidt angår argumentet vedrørende afgørelsen truffet af Bundesgerichtshof har Harmoniseringskontoret anført, at afgørelser truffet af en national retsinstans ikke er bindende for den foreliggende sag, og desuden, at eftersom der i hver enkelt sag skal tages stilling til, om et varemærke er blevet brugt reelt, er det næsten umuligt at udlede generelle konklusioner fra andre sager.

### Domstolens bemærkninger

- 68 Det bemærkes for det første, at appellanten ikke har anfægtet Rettens konstatering i den appellerede doms præmis 46-48 på grundlag af de fakturaer, indsigeren fremlagde, og hvorefter værdien af de varer under det ældre varemærke, der blev afsat fra maj 1996 til maj 1997 til en enkelt kunde i Spanien, ikke overstiger 4 800 EUR, hvilket svarer til 293 kasser med 12 enheder hver.
- 69 På denne baggrund kan det andet anbringendes første led, vedrørende den omstændighed, at de etiketter, indsigeren har fremlagt, i sagens natur hverken kan udgøre bevis for brugen af det ældre varemærke i den relevante periode eller støtte de andre beviser, ikke lægges til grund for ophævelsen af den appellerede dom, og må derfor forkastes som irrelevant.

- 70 For det andet bemærkes, at som det fremgår af Domstolens praksis, er der gjort »reel brug« af et varemærke, når dette er anvendt i overensstemmelse med varemærkets grundlæggende funktion, som er at garantere oprindelsen af de varer eller tjenesteydelser, som det er blevet registreret for, med henblik på at skabe eller bevare en afsætningsmulighed for disse varer og tjenesteydelser, bortset fra en rent symbolsk brug, der alene gøres med henblik på at bevare de til varemærket knyttede rettigheder. Bedømmelsen af, om brugen af varemærket er reel, skal foretages på grundlag af samtlige faktiske omstændigheder, der kan godtgøre, at varemærket virkelig anvendes handelsmæssigt, navnlig de former for brug, der i den pågældende branche anses for begrundet i fastholdelse eller erhvervelse af markedsandele for de varer eller tjenesteydelser, der beskyttes af varemærket, disse varers eller tjenesteydelsers art, de særlige forhold på markedet samt omfanget og hyppigheden af brugen af varemærket (jf. vedrørende artikel 10, stk. 1, i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1), hvilken bestemmelse er identisk med artikel 15, stk. 1, i forordning nr. 40/94, Ansul-dommen, præmis 43, og La Mer Technology-kendelsen, præmis 27).
- 71 Spørgsmålet, om en brug er kvantitativt tilstrækkelig til at fastholde eller erhverve markedsandele for de varer eller tjenesteydelser, der er beskyttet af varemærket, afhænger således af flere forhold og af en vurdering af hvert enkelt tilfælde. Varernes eller tjenesteydelsernes egenskaber, hyppigheden eller regelmæssigheden af brugen af varemærket, hvorvidt varemærket anvendes til at markedsføre samtlige identiske varer eller tjenesteydelser fra varemærkeindehaverens virksomhed eller udelukkende enkelte af disse, samt de beviser, som varemærkeindehaveren er i stand til at fremlægge vedrørende brug af varemærket, er blandt de faktorer, der kan tages i betragtning (jf. i denne retning La Mer Technology-kendelsen, præmis 22).
- 72 Under disse omstændigheder er det ikke på forhånd muligt abstrakt at afgøre, hvilken kvantitativ tærskel der skal anvendes for at afgøre, om brugen er reel. En »bagatelregel«, der ikke giver Harmoniseringskontoret, eller i forbindelse med et søgsmål, Retten, mulighed for at vurdere samtlige omstændigheder i sagen, kan derfor ikke fastsættes (jf. i denne retning La Mer Technology-kendelsen, præmis 25).

Således kan selv brug af varemærket i meget begrænset omfang være tilstrækkelig til at fastslå reel brug, såfremt det virkelig anvendes handelsmæssigt (La Mer Technology-kendelsen, præmis 27).

- 73 I den foreliggende sag har Retten ikke gjort sig skyldig i en urigtig retsanvendelse som led i bedømmelsen af, om det ældre varemærke reelt er blevet brugt.
- 74 For det første har Retten i henhold til regel 22, stk. 2, i forordning nr. 2868/95 i den appellerede doms præmis 46-54 analyseret, hvor, hvornår samt i hvilket omfang og i hvilken form brugen fandt sted.
- 75 For det andet har retten i overensstemmelse med den i denne doms præmis 70-72 nævnte retspraksis undersøgt, om det ældre varemærke blev brugt med henblik på at skabe eller bevare en afsætningsmulighed for varerne »saftkoncentrater«, for hvilke den hævdede brug er godtgjort, eller om brugen derimod alene skete med henblik på at bevare varemærkerettighederne, og derfor var symbolsk.
- 76 For det tredje er det ikke muligt på forhånd — i modsætning til, hvad appellanten har gjort gældende — som følge af den omstændighed, at brugen af det ældre varemærke i den foreliggende sag kun er godtgjort for salget af varer til en enkelt kunde, at udelukke, at brugen var reel (jf. i denne retning La Mer Technology-kendelsen, præmis 24), selv om denne omstændighed viser, at mærket ikke fandtes på en væsentlig del af det spanske område, hvorpå det er beskyttet. Som Harmoniseringskontoret har gjort gældende, er størrelsen af det område, hvor brugen fandt sted, blot et af de forhold, der skal tages i betragtning ved bedømmelsen af, hvorvidt brugen er reel.

- 77 For det fjerde bemærkes, i forbindelse med appellantens argument vedrørende en dom afsagt af Bundesgerichtshof i en sag om et andet mærke end VITAFRUT-mærket, og som det fremgår af den i nærværende doms præmis 70-72 nævnte retspraksis, at det i forbindelse med bedømmelsen af den reelle brug af et varemærke er nødvendigt at hense til alle sagens forhold, og det er ikke på forhånd muligt abstrakt at afgøre, hvilken kvantitativ tærskel der skal anvendes for at afgøre, hvorvidt brugen er reel. Heraf følger, at retsinstanser, der træffer afgørelse i to forskellige sager, kan foretage en forskellig bedømmelse af den reelle karakter af den brug, der er gjort gældende, selv om brugen i begge tilfælde har resulteret i sammenlignelige omsætninger.
- 78 Desuden har appellantens argumenter om, at det kvantitative omfang af brugen af mærket er utilstrækkeligt til at betegne den som reel i henhold til artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94, bl.a. henset til arten af de varer, der er markedsført under det ældre varemærke, til formål, at Domstolen erstatter Rettens bedømmelse af de faktiske omstændigheder og af beviserne med sin egen. Bortset fra tilfælde af forkert gengivelse, hvilket ikke er blevet påberåbt i denne sag, udgør denne argumentation ikke et retsspørgsmål, der som sådan er undergivet Domstolens kontrol, jf. de i denne doms præmis 49 nævnte grunde.
- 79 På denne baggrund skal det andet anbringendes andet led vedrørende tilside-sættelsen af begrebet »reel brug« i artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94 dels ikke antages til realitetsbehandling, dels er det ugrundet, og anbringendet må derfor forkastes i det hele.

### *Om det tredje anbringende*

#### Parternes argumenter

- 80 Med det tredje anbringende, der er gjort gældende til støtte for den subsidiære påstand vedrørende delvis ophævelse af den appellerede dom, har appellanten

anført, at Retten har tilsidesat artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, da den fandt, at varerne »urte- og vitamindrikke«, som registreringsansøgningen vedrører, og varerne »saftkoncentrater«, for hvilke den reelle brug af det ældre varemærke er godtgjort, er varer af lignende art, som omhandlet i denne bestemmelse.

- 81 Appellanten har for det første hævdet, at Retten ikke har henset til varernes art, hvilket imidlertid ifølge Domstolens praksis er et relevant forhold, der skal henses til ved bedømmelsen af, om varerne eller tjenesteydelserne er af lignende art.
- 82 For det andet har appellanten gjort gældende, at der er stor forskel på metoderne til fremstilling af varerne, benyttelsen af dem, deres anvendelsesformål og de steder, hvor de bliver markedsført, og at disse forskelle samlet set er af større betydning end den eneste egenskab de har til fælles, nemlig at de er bestemt til de samme, potentielle forbrugere.
- 83 Appellanten har gjort gældende, at selskabet med dette anbringende på ingen måde anfægter Rettens faktiske konstateringer og bevisbedømmelse, men at selskabet derimod kritiserer Retten for at have tilsidesat begrebet varer af »lignende art«. Dette er ifølge appellanten et retsspørgsmål, der kan rejses som led i en appellsag.
- 84 Harmoniseringskontoret har principalt nedlagt påstand om, at det tredje appelanbringende bør afvises, da appellanten kun har anfægtet Rettens bedømmelse af de faktiske omstændigheder. Subsidiært har Harmoniseringskontoret gjort gældende, at de omhandlede varer er af lignende art.



## Domstolens bemærkninger

- 85 Som Retten korrekt har anført i den appellerede doms præmis 65, skal der ved vurderingen af ligheden mellem varer eller tjenesteydelser tages hensyn til alle de relevante faktorer, der kendetegner forbindelsen mellem varerne eller tjenesteydelserne. Disse faktorer omfatter navnlig deres art, deres anvendelsesformål og benyttelsen af dem, samt om de er i et konkurrenceforhold eller supplerer hinanden (jf. med hensyn til artikel 4, stk. 1, litra b), i direktiv 89/104, hvilken bestemmelse i det væsentlige er identisk med artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, dom af 29.9.1998, sag C-39/97, Canon, Sml. I, s. 5507, præmis 23).
- 86 Retten har i overensstemmelse med denne retspraksis i den appellerede doms præmis 66 fastslået, at varerne »urte- og vitamindrikke«, som registreringsansøgningen vedrører, og varerne »saftkoncentrater«, for hvilke den reelle brug af det ældre varemærke er godtgjort, er bestemt til de endelige forbrugere. Retten har ligeledes i den appellerede doms præmis 67 fastslået, at de omhandlede varer har samme formål, nemlig at slukke tørsten, at de i vidt omfang er i et konkurrenceforhold med hinanden, at de er af samme art, og at de anvendes på samme måde — det drejer sig i begge tilfælde om ikke-alkoholholdige drikke, der almindeligvis nydes kolde — og at den forskellige sammensætning af varerne ikke ændrer det forhold, at de er indbyrdes substituerbare, idet de skal opfylde samme behov.
- 87 Appellantens klagepunkt vedrørende det forhold, at Retten ikke har henset til de omhandlede varers art ved bedømmelsen af ligheden, er baseret på en fejlfortolkning af den appellerede dom. Retten har nemlig i den appellerede doms præmis 67 efterprøvet, hvorvidt varerne var lignende, bl.a. set i betragtning af varernes art.
- 88 Appellantens klagepunkt vedrørende det forhold, at Retten ikke har fastslået, at forskellen på de omhandlede varer er af større betydning end den eneste egenskab, de har til fælles, nemlig at de er bestemt til de samme, potentielle forbrugere, svarer i realiteten til at anmode Domstolen om at erstatte Rettens bedømmelse af de faktiske omstændigheder i den appellerede doms præmis 66 og 67 med sin egen (jf. analogt

for så vidt angår bedømmelsen af ligheden mellem to varemærker dom af 12.1.2006, sag C-361/04 P, Ruiz-Picasso m.fl. mod KHIM, Sml. I, s. 643,, præmis 23, og af 23.3.2006, sag C-206/04 P, Mühlens mod KHIM, Sml. I, s. 2717, præmis 41). Bortset fra tilfælde af forkert gengivelse, hvilket ikke er gjort gældende i den foreliggende sag, udgør denne argumentation ikke et retsspørgsmål, der som sådan er undergivet Domstolens kontrol, jf. de i denne doms præmis 49 anførte grunde.

- 89 På denne baggrund forkastes appellens tredje anbringende, da det delvis er ugrundet og delvis ikke kan antages til realitetsbehandling, og appellen må følgelig som helhed forkastes.

### **Sagens omkostninger**

- 90 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, der i medfør af samme forordnings artikel 118 finder tilsvarende anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Harmoniseringskontoret har nedlagt påstand om, at appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger, og appellanten har tabt sagen, bør det pålægges sidstnævnte at betale sagens omkostninger.

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

- 1) **Appellen forkastes.**
  
- 2) **The Sunrider Corp. betaler sagens omkostninger.**

Underskrifter