

RETTENS DOM (Sjette Afdeling)

15. september 2011 \*

I sag T-434/09,

**Centrotherm Systemtechnik GmbH**, Brilon (Tyskland), ved advokaterne J. Albrecht og U. Vormbrock,

sagsøger,

mod

**Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM)** ved G. Schneider og R. Manea, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

\* Processprog: tysk.

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

**centrotherm Clean Solutions GmbH & Co. KG**, Blaubeuren (Tyskland), ved advokat O. Löffel,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 25. august 2009 af Fjerde Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 6/2008-4) vedrørende en fortabelsessag mellem centrotherm Clean Solutions GmbH & Co. KG og Centrotherm Systemtechnik GmbH,

har

RETTEN (Sjette Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, E. Moavero Milanesi, og dommerne N. Wahl (refererende dommer) og S. Soldevila Frago, og

justitssekretær: fuldmægtig T. Weiler,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 26. oktober 2009,

under henvisning til Harmoniseringskontorets svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 15. februar 2010,

under henvisning til intervenientens svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 2. februar 2010,

under henvisning til parternes begæring om, at der blev afholdt et retsmøde,

under henvisning til kendelsen afsagt den 30. marts 2011, hvorved sagerne T-427/09 og T-434/09 blev forenet med henblik på den mundtlige forhandling,

og efter retsmødet den 5. maj 2011,

afsagt følgende

## **Dom**

### **Sagens baggrund**

- <sup>1</sup> Den 7. september 1999 indgav sagsøgeren, Centrotherm Systemtechnik GmbH, en ansøgning om registrering af et EF-varemærke til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«) i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), med senere ændringer (erstattet af Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26.2.2009 om EF-varemærker (EUT L 78, s. 1)).
- <sup>2</sup> Varemærket, der blev søgt registreret, var ordmærket CENTROTHERM.

- 3 De varer og tjenesteydelser, som varemærkeansøgningen vedrørte, henhører under klasse 11, 17, 19 og 42 i Nicearrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og er i hver enkelt af disse klasser blevet beskrevet på følgende måde:
- Klasse 11: »Røggasledninger til varmeanlæg, røgkanaler, rør til varmeinstallationer; konsoller til gasbrændere; mekaniske dele til anlæg til opvarmning, klimastyring, dampdannelse, tørring og ventilation; apparater til luftfiltrering og dele hertil; mekaniske dele til gasanlæg; rørledningshaner; skorstensspjæld«.
  - Klasse 17: »Rørforbindelsesstykker, rørmuffer, forstærkningsmateriale til rør, slanger, førnævnte varer ikke af metal; pakninger, tætningsmidler; tætnings-, paknings- og isoleringsmateriale; plastic i halvforarbejdet tilstand (halvfabrikata); varer af plastic, indeholdt i klasse 17«.
  - Klasse 19: »Byggematerialer; rør, rørledninger, særlig til bygningsbrug; vandledninger, fordelerrør; armeringer til bygningsbrug; dele til mur- og vægbeklædning, plader til bygningsbrug, plader; forlængelsesstykker til skorstene, skorstensrør, anordninger til påsætning på skorstene, skorstenshætter, skorstenskapper, førnævnte varer ikke af metal«.
  - Klasse 42: »Byggerådgivning, konstruktionsplanlægning, ingeniørvirksomhed, teknisk projektplanlægning; udarbejdelse af tekniske rapporter.«

- 4 Varemærket CENTROTHERM blev den 19. januar 2001 registreret som EF-varemærke for de varer og tjenesteydelser, der er nævnt ovenfor i præmis 3.
  
- 5 Den 7. februar 2007 indgav intervenienten, centrotherm Clean Solutions GmbH & Co. KG, i henhold til artikel 15 og artikel 50, stk. 1, litra a), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 15 og artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009] en begæring om fortabelse af varemærket CENTROTHERM for alle de registrerede varer og tjenesteydelser til Harmoniseringskontoret.
  
- 6 Begæringen om fortabelse blev den 15. februar 2007 meddelt sagsøgeren, som blev opfordret til eventuelt at udtale sig og at fremlægge bevis for reel brug af det omtvistede varemærke inden for en frist på tre måneder.
  
- 7 I sin udtalelse af 11. maj 2007 anfægtede sagsøgeren begæringen om fortabelse og fremlagde følgende oplysninger for at godtgøre reel brug af sit varemærke:

— fjorten digitale fotografier

— fire fakturaer

— en erklæring med overskriften »eidesstattliche Versicherung« (erklæring på tro og love), der var udarbejdet af sagsøgerens forretningsfører, W.

- 8 Sagsøgeren erklærede, at selskabet var i besiddelse af en række andre kopier af fakturaer, som det af fortrolighedshensyn ikke ville fremlægge i første omgang. Idet sagsøgeren anførte, at selskabet kunne fremlægge yderligere dokumenter, anmodede det Harmoniseringskontorets annullationsafdeling om at træffe en processuel foranstaltning herom for det tilfælde, at afdelingen fandt, at sagsakterne skulle tilføres yderligere beviser og enkelte dokumenter.
- 9 Den 30. oktober 2007 fastslog annullationsafdelingen, at varemærket CENTROTHERM var fortabt, idet den fastslog, at de beviser, som sagsøgeren havde fremlagt, ikke var tilstrækkelige til at godtgøre, at der var gjort reel brug af det nævnte varemærke.
- 10 Den 14. december 2007 indgav sagsøgeren en klage over denne afgørelse, som Fjerde Appellkammer ved Harmoniseringskontoret tog delvist til følge ved afgørelse af 25. august 2009 (herefter »den anfægtede afgørelse«). Sagsøgeren gjorde navnlig gældende, at annullationsafdelingen burde have anmodet selskabet om andre oplysende dokumenter. Sagsøgeren foreholdt endvidere annullationsafdelingen, at den ikke havde taget hensyn til de oplysninger, der fremgik af akterne i en anden sag, der ligeledes verserede for Harmoniseringskontoret vedrørende varemærket CENTROTHERM.
- 11 Appellkammeret ophævede annullationsafdelingens afgørelse og afslog begæringen om fortabelse for varerne »røggasledninger til varmeanlæg, røgkanaler, rør til varmeinstallationer; konsoller til gasbrændere; mekaniske dele til anlæg til opvarmning, mekaniske dele til gasanlæg; rørledningshaner; skorstensspjæld«, der henhører under klasse 11, »rørforbindelsesstykker, rørmuffer, forstærkningsmateriale til rør, slanger, førnævnte varer ikke af metal«, der henhører under klasse 17, og »rør, rørledninger, særlig til bygningsbrug; fordelerrør; skorstensrør«, der henhører under klasse 19. I øvrigt afslog appellkammeret klagen.

- 12 Appellkammeret fandt navnlig, at det var blevet godtgjort, at der var gjort reel brug af varemærket CENTROTHERM for så vidt angik den periode på fem år, der gik forud for indgivelsen af begæringen om fortabelse, dvs. den 7. februar 2007 (herefter »den relevante periode«), for de varer, der er nævnt ovenfor i præmis 11, eftersom de fotografier, som sagsøgeren havde indgivet, beviste arten af brug af varemærket, og de fremlagte fakturaer viste, at de nævnte varer var blevet markedsført under det omtvistede varemærke.
- 13 For så vidt angik de andre varer og tjenesteydelser, som varemærket CENTROTHERM var blevet registreret for (jf. ovenfor præmis 3), fandt appelkammeret imidlertid, at sagsøgeren alene havde fremlagt erklæringen fra forretningsføreren som bevis, hvilket ifølge appelkammeret ikke var tilstrækkeligt til at godtgøre, at der blev gjort reel brug af varemærket. I denne forbindelse bemærkede appelkammeret, at annullationsafdelingen hverken var forpligtet til at anmode om andre dokumenter eller til at tage hensyn til akterne i en anden sag, der også verserede for Harmoniseringskontoret.

### **Parternes påstande**

- 14 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:
- Den anfægtede afgørelse annulleres for så vidt som den tager begæringen om fortabelse af varemærket CENTROTHERM til følge.
  
  - Harmoniseringskontoret og intervenienten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

15 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

16 Intervenienten har nedlagt påstand om frifindelse.

### **Retlige bemærkninger**

17 Sagsøgeren har til støtte for søgsmålet fremført tre anbringender til støtte for påstanden om annullation samt en ulovlighedsindsigelse. Anbringenderne vedrører henholdsvis en fejlagtig vurdering af de beviser for brug, der er blevet fremlagt for Harmoniseringskontorets annullationsafdeling, en tilsidesættelse af forpligtelsen til ex officio at prøve de faktiske omstændigheder, jf. artikel 76, stk. 1, i forordning nr. 207/2009, og den omstændighed, at der ikke er blevet taget hensyn til de beviser, der er blevet fremlagt for appelkammeret. Subsidiært er ulovlighedsindsigelsen blevet gjort gældende mod regel 40, stk. 5, i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 40/94 (EFT L 303, s.1), med senere ændringer.



*Det første anbringende om en fejlagtig vurdering af de beviser for brug, der er blevet fremlagt for Harmoniseringskontorets annullationsafdeling*

## Parternes argumenter

- 18 Sagsøgeren har gjort gældende, at de aktstykker, der er blevet fremlagt for annullationsafdelingen (jf. ovenfor præmis 7), på retlig tilstrækkelig måde beviser, at der er blevet gjort reel brug af varemærket CENTROTHERM, eftersom de indeholder oplysninger om, hvor, hvornår, i hvilket omfang og i hvilken form der er blevet gjort brug af det omtvistede varemærke for alle de varer og tjenesteydelser, der er nævnt ovenfor i præmis 3.
- 19 Sagsøgeren foreholder navnlig appelkammeret, at det har underkendt bevisværdien af selskabets forretningsførers erklæring på tro og love. I denne forbindelse har selskabet anført, at der skal tages hensyn til, at nævnte erklæring er præcis i sin helhed, eftersom den langt overvejende del af de oplysninger, der er indeholdt i erklæringen, bekræftes af de yderligere beviser, der fremgår af sagen.
- 20 Harmoniseringskontoret og intervenienten har nedlagt påstand om, at dette anbringende forkastes.

## Rettens bemærkninger

- 21 Indledningsvis henvises til proceduren for og formålet med sanktionen fortabelse samt de principper, der fastlægger bevisoptagelsen i en fortabelsessag.

- 22 Det fremgår af artikel 15, stk. 1, første afsnit, og af artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009, at indehaveren af et EF-varemærkes ret erklæres fortabt efter indgivelse af begæring herom til Harmoniseringskontoret, når der inden for en sammenhængende periode på fem år ikke inden for Den Europæiske Union er gjort reel brug af varemærket for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, og der ikke foreligger rimelig grund til, at brug ikke har fundet sted.
- 23 Regel 40, stk. 5, i forordning nr. 2868/95 bestemmer, at Harmoniseringskontoret, hvis der er indgivet begæring om fortabelse, fastsætter en frist for EF-varemærkets indehaver til at godtgøre reel brug af varemærket. Fremlægges der ikke dokumentation inden for fristen, fortabes EF-varemærket. I henhold til regel 22, stk. 3, i forordning nr. 2868/95, der i medfør af samme forordnings regel 40, stk. 5, finder anvendelse på begæringer om fortabelse, skal det af beviset for brug af varemærket fremgå, hvor, hvornår samt i hvilket omfang og i hvilken form varemærket er blevet brugt.
- 24 Formålet med kravet om, at der skal være gjort reel brug af et varemærke, for at det kan være beskyttet i henhold til EU-retten, ligger i det forhold, at Harmoniseringskontorets register ikke kan sammenlignes med en strategisk og statisk deponering, der tilfører en inaktiv indehaver et retligt monopol af ubegrænset varighed. I henhold til tiende betragtning til forordning nr. 207/2009 skal nævnte register derimod på realistisk måde afspejle de angivelser, som virksomhederne faktisk bruger på markedet for at adskille deres varer og tjenesteydelser i erhvervslivet (jf. i denne retning og analogt Domstolens kendelse af 27.1.2004, sag C-259/02, La Mer Technology, Sml. I, s. 1159, præmis 18-22).
- 25 Ifølge retspraksis er der gjort reel brug af et varemærke, når dette er anvendt i overensstemmelse med varemærkets væsentligste funktion, som er at garantere oprindelsen af de varer eller tjenesteydelser, som det er blevet registreret for, med henblik på at skabe eller bevare en afsætningsmulighed for disse varer og tjenesteydelser, bortset fra en rent symbolsk brug, der alene gøres med henblik på at bevare de til varemærket knyttede rettigheder. Betingelsen om reel brug af varemærket er desuden kun opfyldt, når varemærket med den beskyttelse, det har inden for det relevante

geografiske område, bruges offentligt og i forhold til omverdenen (jf. Rettens dom af 27.9.2007, sag T-418/03, La Mer Technology mod KHIM — Laboratoires Goëmar (LA MER), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 54, og den deri nævnte retspraksis).

- 26 Selv om begrebet reel brug således udgør en modsætning til enhver minimal brug, der ikke er tilstrækkelig til, at et varemærke kan anses for reelt og faktisk benyttet på et bestemt marked, omhandler kravet om reel brug ikke desto mindre hverken vurderingen af den handelsmæssige succes eller kontrollen med en virksomheds økonomiske strategi og bestemmer heller ikke, at beskyttelsen af varemærker kun skal forbeholdes en kvantitativt væsentlig handelsmæssig brug (Rettens dom af 23.2.2006, sag T-194/03, Il Ponte Finanziaria mod KHIM - Marine Enterprise Projects (BAINBRIDGE), Sml. II, s. 445, præmis 32).
- 27 For nærmere præcist i den konkrete sag at undersøge, om brugen af det omhandlede varemærke er reel, skal der foretages en helhedsbedømmelse af oplysningerne i sagen, idet der skal tages hensyn til alle de relevante faktorer i det konkrete tilfælde. En sådan bedømmelse 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. LA MER-dommen, præmis 53-55 og den deri nævnte retspraksis).
- 28 Med hensyn til omfanget af den brug, der er gjort af det omhandlede varemærke, bør der bl.a. tages hensyn dels til det handelsmæssige omfang af brugen, dels til varigheden og hyppigheden af brugen (jf. LA MER-dommen, præmis 56 og den deri nævnte retspraksis). Denne vurdering indebærer en vis indbyrdes afhængighed mellem de faktorer, der kommer i betragtning. Et mindre antal varer eller tjenesteydelser, der markedsføres under det omhandlede varemærke, kan således kompenseres ved,

at det pågældende varemærke tidligere er anvendt meget intensivt eller med en vis regelmæssighed og omvendt (jf. LA MER-dommen, præmis 57 og den deri nævnte retspraksis).

- 29 Jo mere begrænset det handelsmæssige omfang af brugen af varemærket er, jo mere nødvendigt er det imidlertid, at indehaveren af varemærket fremlægger yderligere oplysninger, som gør det muligt at afhjælpe en eventuel tvivl med hensyn til karakteren af den reelle brug, der er gjort af det pågældende varemærke (Rettens dom af 18.1.2011, sag T-382/08, Advance Magazine Publishers mod KHIM — Capela & Irmãos (VOGUE), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 31).
- 30 Desuden kan en reel brug af et varemærke ikke bevises ved hjælp af sandsynlighedsbetragtninger eller formodninger, men skal hvile på konkrete og objektive omstændigheder, der godtgør en faktisk og tilstrækkelig brug af varemærket på det pågældende marked (jf. LA MER-dommen, præmis 59 og den deri nævnte retspraksis).
- 31 Det er på grundlag af disse betragtninger, at det skal vurderes, om det var med rette, at appelkammeret fandt, at de beviser, som sagsøgeren havde fremlagt, ikke godtgjorde, at der blev gjort reel brug af varemærket CENTROTHERM for andre varer og tjenesteydelser end dem, der er nævnt ovenfor i præmis 11.
- 32 Det bemærkes, at de beviser, som sagsøgeren fremlagde for annullationsafdelingen for at bevise, at selskabet gjorde reel brug af varemærket, var erklæringen på tro og love fra selskabets forretningsfører, fire fakturaer og fjorten digitale fotografier.

- 33 Indledningsvis bemærkes, at det fremgår af fast retspraksis, at for at vurdere bevisværdien af »skriftlige erklæringer, der er afgivet under ed eller på tro og love, eller som har tilsvarende virkning i henhold til lovgivningen i den stat, hvor de er afgivet«, jf. artikel 78, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009, må sandsynligheden af indholdet efterprøves, idet der skal tages hensyn til dokumentets oprindelse, omstændighederne ved dets udarbejdelse, modtageren af dokumentet, og til spørgsmålet, om dokumentet efter sit indhold forekommer fornuftigt og troværdigt (jf. i denne retning Rettens dom af 16.12.2008, sag T-86/07, Deichmann-Schuhe mod KHIM — Design for Woman (DEITECH), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 47, og af 13.5.2009, sag T-183/08, Schuhpark Fascies mod KHIM — Leder & Schuh (jello SCHUHPARK), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 38).
- 34 Under hensyntagen til den åbenbare forbindelse mellem erklæringens ophavsmand og sagsøgeren bemærkes, at nævnte erklæring kun kan tillægges bevisværdi, hvis den er bekræftet af det, der fremgår af de fremlagte fjorten fotografier og fire fakturaer.
- 35 Hvad angår fakturaerne bemærkes, at tre af disse er dateret i juli 2006 og vedrører Danmark, Ungarn og Slovakiet, og at en af disse er dateret i januar 2007 og vedrører Tyskland. Ordet »centrotherm« fremgår af nævnte fakturaers brevhoveder og efterfølges af sagsøgerens logo, der udgør firmanavnet og firmaets postadresse.
- 36 Disse fakturaer viser, at et stort antal varer inden for sanitetsområdet (rør, muffe, kedeltilslutninger, reparationsvinkler, afdækningsskærme til udstødningssystemer) var blevet solgt af sagsøgeren til fire kunder til et beløb, der — idet fakturaen fra 2007 er medregnet — svarer til mindre end 0,03 % af den omsætning, som sagsøgerens forretningsfører havde erklæret at have omsat i 2006 ved salget af varer under varemærket CENTROTHERM.

37 Det følger heraf, at sagsøgeren for Harmoniseringskontoret har fremlagt relativt svage beviser for salg i forhold til det beløb, der var angivet i forretningsførerens erklæring. Følgelig må det, selv hvis appelkammeret har taget hensyn til nævnte erklæring, fastslås, at der i sagsakterne ikke er tilstrækkelige oplysninger, der kan underbygge indholdet heraf for så vidt angår salgenes værdi. Hvad herudover angår det tidsmæssige aspekt for brugen af varemærket vedrører de nævnte fakturaer en meget kort eller punktuelt periode, nemlig den 12., 18. og 21. juli 2006 og den 9. januar 2007.

38 Hvad angår de indleverede fotografier skal det fastslås, at det kun er på syv ud af de fjorten fotografier, at varemærket CENTROTHERM er klart synligt, nemlig:

— som påtryk på to rør

— som påtryk på to genstande, der synes at være rørdele

— som klistermærker, der er anbragt på en genstand, der synes at være en palette, og på to kartoner.

39 På fire andre fotografier er det på ingen måde muligt at få øje på det omtvistede varemærke.

40 På de sidste tre fotografier er det muligt at opfatte en del af varemærket CENTROTHERM, nemlig:

— bogstaverne »centroth« på et ansatsrør

— sagsøgerens selskabslogo og en ulæselig tekst ved siden af dette logo, der formodentlig svarer til de indleverede fakturaers brevhoveders tekst, på et rør og på en genstand, der synes at være et ansatsrør.

41 Det skal endvidere fastslås, at ingen af disse fotografier er daterede, og at sagsøgeren under retsmødet har medgivet, at de ikke er blevet taget i den relevante periode.

42 De nævnte fotografier gør det heller ikke muligt at identificere de varer, der er emballeret på paletten og i de to kartoner, hvorpå klistermærkerne CENTROTHERM er anbragt. Ganske vist indeholder to af disse klistermærker en angivelse vedrørende sanitetsområdet, men hverken fotografierne eller fakturaerne giver nogen oplysninger, der gør det muligt at udlede, hvad disse emballager faktisk indeholder.

43 Herudover svarer de artikelnumre, der kan identificeres på klistermærkerne, ikke til artikelnumrene på de fakturaer, som sagsøgeren har fremlagt. Det følger heraf, at det ikke på grundlag af de nævnte fotografier og fakturaer kan konkluderes, at sagsøgeren faktisk i den relevante periode har markedsført de emballager, som klistermærkerne med varemærket CENTROTHERM er anbragt på.

44 Det fremgår af det ovenstående, at hverken fotografierne eller fakturaerne gør det muligt at bekræfte sagsøgerens forretningsførers erklæring, for så vidt som det heri

anføres, at følgende varer er blevet markedsført under varemærket CENTROTHERM i den relevante periode: mekaniske dele til klimastyring, dampdannelse, tørring og ventilation; apparater til luftfiltrering og dele hertil; pakninger, tætningsmidler; tætnings-, paknings- og isoleringsmateriale; plastic i halvforarbejdet tilstand (halvfabrikata); byggematerialer; armeringer til bygningsbrug; dele til mur- og vægbeklædning, plader til bygningsbrug, plader; forlængelsesstykker til skorstene, anordninger til påsætning på skorstene, skorstenshætter, skorstenskapper.

- 45 Det skal konkluderes, at det ud fra en helhedsvurdering af de oplysninger, der fremgår af sagen, medmindre der lægges sandsynlighedsbetragtninger eller formodninger til grund, ikke er muligt at udlede, at varemærket CENTROTHERM har været genstand for reel brug i den relevante periode for andre varer og tjenesteydelser end dem, der er nævnt ovenfor i præmis 11.
- 46 Det første anbringende må følgelig forkastes.

*Det andet anbringende om en tilsidesættelse af forpligtelsen til ex officio at prøve de faktiske omstændigheder*

#### Parternes argumenter

- 47 Efter sagsøgerens opfattelse har Harmoniseringskontoret begået en retlig fejl, idet det har tilsidesat forpligtelsen til ex officio at prøve de faktiske omstændigheder. Ifølge



sagsøgeren har annullationsafdelingen tilsidesat artikel 76, stk. 1, første punktum, i forordning nr. 207/2009, idet den har undladt at tage hensyn til de oplysninger, der er indeholdt i Harmoniseringskontorets sagsakter vedrørende den begæring om ugyldighed for så vidt angår varemærket CENTROTHERM, der blev indgivet den 5. december 2006 af et selskab, der havde forbindelse til intervenienten.

- 48 Harmoniseringskontorets sagsakter vedrørende ugyldighedssagen indeholdt relevante oplysninger til efterprøvelsen af den reelle brug af varemærket CENTROTHERM, bl.a. en angivelse af, at varemærket forefandtes på markedet for fremstilling af kunststofudstødningssystemer til kondensationskedler, salgstal for sagsøgerens varer mellem 1994 og 2001 og henvisninger til sagsøgerens hjemmeside.
- 49 Ifølge sagsøgeren kan det i betragtning af de nævnte oplysninger konkluderes, at »der er stor sandsynlighed for«, at selskabet har markedsført et bredt udvalg af varer i den relevante periode under varemærket CENTROTHERM.
- 50 Harmoniseringskontoret og intervenienten har tilbagevist sagsøgerens argumenter.

#### Rettens bemærkninger

- 51 Indledningsvis henvises til artikel 76, stk. 1, i forordning nr. 207/2009, der har følgende ordlyd: »Under sagsbehandlingen ved Harmoniseringskontoret prøver dette ex officio de faktiske omstændigheder; i sager vedrørende relative registreringshindringer begrænser Harmoniseringskontoret sig imidlertid til at prøve de af parterne fremførte kendsgerninger, beviser og argumenter og de af parterne fremsatte anmodninger.«

- 52 I det foreliggende tilfælde bemærkes, at grundene til, at et varemærke kan erklæres fortabt — på samme måde som registreringshindringerne — både er absolutte og relative.
- 53 Det fremgår nemlig af artikel 51, stk. 1, i forordning nr. 207/2009, at EF-varemærkeindehaverens ret erklæres fortabt, hvis der ikke er gjort reel brug af varemærket i fem år [artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009], hvis varemærket på grund af indehaverens virksomhed eller passivitet er blevet en almindelig betegnelse inden for handelen for en vare eller tjenesteydelse, for hvilken det er registreret [artikel 51, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009], eller hvis varemærket som følge af den brug, der af varemærkeindehaveren eller med dennes samtykke gøres deraf, vil kunne vildlede offentligheden [artikel 51, stk. 1, litra c), i forordning nr. 207/2009].
- 54 De to sidste betingelser hænger ganske vist sammen med absolutte registreringshindringer, således som det fremgår af artikel 7, stk. 1, litra b)-d) og g), i forordning nr. 207/2009, men den første betingelse vedrører en bestemmelse, der henhører under efterprøvelsen af relative registreringshindringer, nemlig artikel 42, stk. 2, i forordning nr. 207/2009. Det følger heraf, at det kan konkluderes, at Harmoniseringskontorets efterprøvelse af spørgsmålet om reel brug af EF-varemærket inden for rammerne af en fortabelsessag er underlagt anvendelsen af artikel 76, stk. 1, in fine, i forordning nr. 207/2009, der bestemmer, at denne prøvelse er begrænset til faktiske omstændigheder, som parterne har påberåbt sig.
- 55 Det følger heraf, at sagsøgerens forudgående antagelse, hvorefter Harmoniseringskontoret med urette har begrænset sin efterprøvelse til de beviser, som sagsøgeren har indgivet, er fejlagtig.
- 56 Det andet anbringende må følgelig forkastes.

*Det tredje anbringende om den omstændighed, at der ikke er blevet taget hensyn til de beviser, der er blevet fremlagt for appelkammeret*

## Parternes argumenter

- 57 Sagsøgeren har gjort gældende, at Harmoniseringskontoret skulle have taget hensyn til de beviser for brug af det omtvistede varemærke, som sagsøgeren havde fremlagt for første gang for appelkammeret.
- 58 I denne forbindelse har sagsøgeren principalt anført, at artikel 51, stk. 1, litra a), og artikel 76, stk. 1, første sætning, i forordning nr. 207/2009 samt regel 40, stk. 5, i forordning nr. 2868/95, skal fortolkes således, at Harmoniseringskontoret er forpligtet til at supplere sine akter i en fortabelsessag, når disse er åbenbart ufuldstændige. I den foreliggende sag havde appelkammeret følgelig været forpligtet til at tage hensyn til de beviser, der var blevet fremlagt for første gang for det.
- 59 Subsidiært har sagsøgeren anført, at selv hvis appelkammeret ikke havde en sådan forpligtelse, burde dette ved en rigtig udøvelse af sin skønsbeføjelse, jf. artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009, have taget hensyn til de beviser, der var blevet fremlagt for første gang for det.
- 60 Harmoniseringskontoret og intervenienten har nedlagt påstand om, at anbringendet forkastes.

## Rettens bemærkninger

- 61 Indledningsvis bemærkes, at Harmoniseringskontorets prøvelse af spørgsmålet, om der er gjort reel brug af EF-varemærket, således som det blev fastslået ovenfor i præmis 51-54, er underlagt anvendelsen af artikel 76, stk. 1, in fine, i forordning nr. 207/2009. Nævnte bestemmelse fastsætter, at Harmoniseringskontorets prøvelse er begrænset til de af parterne fremførte faktiske omstændigheder. Det følger heraf, at det af sagsøgeren anførte, hvorefter Harmoniseringskontoret har en forpligtelse til ex officio at supplere sine sagsakter, må forkastes.
- 62 For det andet bemærkes, at den mulighed, parterne i sagen for Harmoniseringskontoret har for at fremlægge kendsgerninger og beviser efter udløbet af de frister, der er fastsat i denne henseende, ikke er ubetinget, men — som det fremgår af retspraksis — er underlagt den betingelse, at andet ikke er fastsat. Det er kun, såfremt denne betingelse er opfyldt, at Harmoniseringskontoret råder over skønsbeføjelsen med hensyn til at afgøre, om der kan tages hensyn til kendsgerninger og beviser, der er fremlagt for sent (Rettens dom af 12.12.2007, sag T-86/05, K & L Ruppert Stiftung mod KHIM - Lopes de Almeida Cunha m.fl. (CORPO livre), Sml. II, s. 4923, præmis 47).
- 63 I den foreliggende sag findes der imidlertid en bestemmelse, der er til hinder for, at der tages hensyn til de oplysninger, der er blevet fremlagt for appelkammeret, nemlig regel 40, stk. 5, i forordning nr. 2868/95.
- 64 Som følge af ovenstående overvejelser må det tredje anbringende forkastes.

*Ulovlighedsindsigelsen mod regel 40, stk. 5, i forordning nr. 2868/95*

Parternes argumenter

- <sup>65</sup> Sagsøgeren har i det væsentlige gjort gældende, at regel 40, stk. 5, i forordning nr. 2868/95 ikke finder anvendelse, for så vidt som den hindrer Harmoniseringskontoret i at tage hensyn til beviser, der er blevet indleveret efter fristen inden for rammerne af en fortabelsessag i henhold til artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009. I denne forbindelse har sagsøgeren gjort gældende, at regel 40, stk. 5, i forordning nr. 2868/95 er i strid med artikel 202 EF samt med artikel 57, stk. 1, artikel 76, stk. 1, og artikel 162, stk. 1, i forordning nr. 207/2009. Sagsøgeren har endvidere gjort gældende, at nævnte regel er i strid med de generelle fællesskabsretlige principper, bl.a. proportionalitetsprincippet, ejendomsretten og retten til en retfærdig rettergang.
- <sup>66</sup> Harmoniseringskontoret og intervenienten har nedlagt påstand om, at ulovlighedsindsigelsen forkastes.

Rettens bemærkninger

- <sup>67</sup> Det bemærkes, at selv om reglerne i forordning nr. 2868/95 ikke må være i strid med bestemmelserne i og opbygningen af forordning nr. 207/2009, kan der dog ikke konstateres nogen modsigelse mellem regel 40, stk. 5, i forordning nr. 2868/95 og bestemmelserne vedrørende fortabelse, der er indeholdt i forordning nr. 207/2009.

- 68 Mens forordning nr. 207/2009 fastsætter den materielle regel, nemlig sanktionen for tabelse af EF-varemærker, der ikke har været genstand for reel brug, præciserer forordning nr. 2868/95 de anvendelige processuelle regler, navnlig fordelingen af bevisbyrden og konsekvenserne af, at de fastsatte frister ikke overholdes. Som det tidligere er blevet fastslået (jf. ovenfor, præmis 51 og 54), fremgår det endvidere af opbygningen af forordning nr. 207/2009, at omfanget og intensiteten af Harmoniseringskontorets prøvelse for så vidt angår begæringen om fortabelse på grund af manglende reel brug, afhænger af de af parterne fremførte anbringender og faktiske omstændigheder.
- 69 Det bemærkes, at de argumenter, som sagsøgeren har fremført, på ingen måde beviser, at den processuelle bestemmelse regel 40, stk. 5, i forordning nr. 2868/95, som tillægger EF-varemærkeindehaveren bevisbyrden og bestemmer, at manglende fremlæggelse af tilstrækkelige beviser inden for de fastsatte frister fører til, at varemærket erklæres fortabt, kan være i strid med forordning nr. 207/2009.
- 70 For så vidt angår den påståede tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet bemærkes, at manglende overholdelse uden rimelig grund af frister, der er fundamentale for en fællesskabsordnings rette funktion, i henhold til fællesskabsbestemmelserne kan sanktioneres med fortabelse af en rettighed, uden at dette er uforeneligt med proportionalitetsprincippet (jf. i denne retning Rettens dom af 17.9.2008, sag T-218/06, Neurim Pharmaceuticals (1991) mod KHIM - Eurim-Pharm Arzneimittel (Neurim PHARMACEUTICALS), Sml. II, s. 2275, præmis 55).
- 71 Endelig har det anførte om, at regel 40, stk. 5, i forordning nr. 2868/95 tilsidesætter ejendomsretten og retten til en retfærdig rettergang, ikke noget grundlag. Nævnte regel påvirker på ingen måde en EF-varemærkeindehavers rettigheder, medmindre denne — således som sagsøgeren har gjort det i den foreliggende sag — vælger ikke at indlevere oplysninger til Harmoniseringskontoret, som han er i besiddelse af, og som beviser reel brug af hans varemærke, inden for den fastsatte frist.

72 Det fremgår af det ovenstående, at den ulovlighedsindsigelse, som sagsøgeren har gjort gældende, også må forkastes.

73 Harmoniseringskontoret skal således frifindes i det hele.

### **Sagens omkostninger**

74 I henhold til Rettens procesreglements artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom.

75 Da sagsøgeren har tabt sagen, bør det pålægges selskabet at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Harmoniseringskontorets påstand herom. Da intervenienten ikke har nedlagt påstand om, at sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger, bør intervenienten bære sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Sjette Afdeling):

**1) Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) frifindes.**

- 2) **Centrotherm Systemtechnik GmbH betaler sagens omkostninger.**
  
- 3) **centrotherm Clean Solutions GmbH & Co. KG bærer sine egne omkostninger.**

Moavero Milanesi

Wahl

Soldevila Fragoso

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

Underskrifter