



## Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT  
E. SHARPSTON  
fremsat den 16. maj 2013<sup>1</sup>

**Sagerne C-609/11 P og C-610/11 P**

**Centrotherm Systemtechnik GmbH  
mod Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM)  
og**

**centrotherm Clean Solutions GmbH & Co. KG**

»Appel — EF-varemærker — begæring om fortabelse — bevis fremlagt efter udløbet af den af Harmoniseringskontoret fastsatte frist — bevisbyrdefordeling — Harmoniseringskontorets ex officio prøvelse af de faktiske omstændigheder — bevisværdi af erklæring på tro og love«

1. Den 15. september 2011 afsagde Retten to domme i sager anlagt til prøvelse af den samme afgørelse fra Fjerde Appellkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«) af 25. august 2009 vedrørende en fortabelsessag mellem Clean Solutions GmbH & Co. KG (herefter »Clean Solutions«) og Centrotherm Systemtechnik GmbH (herefter »Systemtechnik«)<sup>2</sup>. Systemtechnik har iværksat appel til prøvelse af hver af disse domme.

2. Der stilles i begge appelsager spørgsmål vedrørende bevisbyrden i fortabelsessager ved Harmoniseringskontoret, og i hvilket omfang appellkammeret kan tage hensyn til bevis, der blev fremlagt efter udløbet af den af annullationsafdelingen fastsatte frist. Jeg drøfter særskilte, men forbundne spørgsmål i forbindelse med indsigelsessager i mit forslag til afgørelse i sag C-621/11 P, New Yorker SHK Jeans mod KHIM, og i forenede sager C-120/12 P, C-121/12 P og C-122/12 P, Rintisch mod KHIM, som også fremsættes i dag.

### **Processuelle bestemmelser**

3. Artikel 134, stk. 2 og 3, i Rettens procesreglement bestemmer:

»2. De i stk. 1 nævnte intervenienter [nemlig parter under sager for appellkammeret bortset fra ansøgeren] har samme rettigheder under sagen som de oprindelige parter.

De kan enten støtte en af de oprindelige parters påstande eller nedlægge påstande og fremføre anbringender, der er selvstændige i forhold til de oprindelige parters.

<sup>1</sup> — Originalsprog: engelsk.

<sup>2</sup> — Sag T-427/09, centrotherm Clean Solutions mod KHIM - Centrotherm Systemtechnik (CENTROTHERM), Sml. II, s. 6207, og sag T-434/09, Centrotherm Systemtechnik mod KHIM - centrotherm Clean Solutions (CENTROTHERM), Sml. II, s. 6227.

3. En intervenient som omhandlet i stk. 1 kan i sit svarskrift, indgivet i overensstemmelse med artikel 135, stk. 1, nedlægge påstand om ophævelse eller omgørelse af appelkammerets afgørelse på et punkt, der ikke er nævnt i stævningen, og fremkomme med anbringender, der ikke er nævnt i stævningen.

Hvis sagsøgeren trækker stævningen tilbage, tjener sådanne påstande og anbringender i intervenientens svarskrift ikke længere noget formål.«

## EU-varemærkeretten

4. Da begæringen om fortabelse blev indgivet den 7. februar 2007, var forordning nr. 40/94 om EF-varemærker (herefter »forordning nr. 40/94«)<sup>3</sup> stadig i kraft. Denne forordning er senere blevet ophævet og erstattet af forordning nr. 207/2009 om EF-varemærker (herefter »forordning nr. 207/2009«)<sup>4</sup>, som trådte i kraft den 13. april 2009 (og dermed inden appelkammeret traf sin afgørelse af 25.8.2009, som var genstand for de to sager for Retten). Jeg vil derfor henvise til forordning nr. 207/2009 i dette forslag til afgørelse.

5. Artikel 15, stk. 1, i forordning nr. 207/2009, der har 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 varemærket de i denne forordning omhandlede sanktioner<sup>5</sup>, medmindre der foreligger rimelig grund til, at brug ikke har fundet sted.

[...]«

6. Artikel 51 opstiller fortabelsesgrundene:

»1. EF-varemærkeindehaverens ret erklæres fortabt efter indgivelse af begæring herom til Harmoniseringskontoret eller ved fremsættelse af modkrav under en sag om varemærkekrænkelse:

(a) når der inden for en sammenhængende periode på fem år ikke inden for Fællesskabet 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; [...]

[...]«

7. Artikel 57 vedrører bl.a. behandlingen af en begæring om fortabelse:

»1. Under behandlingen af begæringen om varemærkets fortabelse eller ugyldighed opfordrer Harmoniseringskontoret om fornødent parterne til inden for en af Harmoniseringskontoret fastsat frist at udtale sig om meddelelser fra dette eller om indlæg fra de øvrige parter.

2. Efter anmodning fra indehaveren af EF-varemærket skal indehaveren af det ældre EF-varemærke, der er part i sagen om ugyldighed, godtgøre, at der inden for de seneste fem år forud for begæringen om ugyldighed, er gjort reel brug af det ældre EF-varemærke i Fællesskabet for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, og som lægges til grund for begæringen om ugyldighed, eller at der foreligger rimelig grund til, at brug ikke har fundet sted, forudsat at det ældre

3 — Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20.12.1993 (EFT 1994 L 11, s. 1), med senere ændringer.

4 — Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26.2.2009 (kodificeret udgave) (EUT L 78, s. 1). Jf. artikel 167.

5 — Sådanne sanktioner omfatter fortabelse af det omhandlede varemærke.

EF-varemærke på dette tidspunkt har været registreret i mindst fem år. Hvis det ældre EF-varemærke på tidspunktet for bekendtgørelsen af EF-varemærkeansøgningen har været registreret i mindst fem år, skal indehaveren af det ældre EF-varemærke ligeledes godtgøre, at betingelserne i artikel 42, stk. 2, er opfyldt på nævnte tidspunkt. Godtgøres dette ikke, afvises begæringen om varemærkets ugyldighed. 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 ugyldighedsbegæringen kun som registreret for denne del af de pågældende varer eller tjenesteydelser.

[...]«

8. Artikel 65 bestemmer, at sager til prøvelse af appelkammerets afgørelser skal indbringes for Domstolen:

»1. Appelkamrenes afgørelser om klager kan indbringes for Domstolen.

[...]

3. Domstolen har kompetence til at ophæve eller omgøre den indklagede afgørelse.

4. Enhver part i sagen ved appelkammeret har adgang til at indbringe en klage, for så vidt den pågældende ikke har fået medhold.

[...]«

9. Artikel 76, der har overskriften »Harmoniseringskontorets ex officio prøvelse af de faktiske omstændigheder«, bestemmer:

»1. Under sagsbehandlingen ved Harmoniseringskontoret prøver dette ex officio de faktiske omstændigheder; i sager vedrørende relative registreringshindringer [<sup>6</sup>] begrænser Harmoniseringskontoret sig imidlertid til at prøve de af parterne fremførte kendsgerninger, beviser og argumenter og de af parterne fremsatte anmodninger.

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

10. Artikel 78, der har overskriften »Bevisoptagelse«, bestemmer:

»1. Under sagsbehandlingen ved Harmoniseringskontoret kan bevisoptagelsen navnlig ske på følgende måder:

[...]

(f) 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.

[...]«

6 — Om den anden del af sætningen i artikel 76 også finder anvendelse i sager om fortabelsesgrunde, jf. punkt 101-108 nedenfor.

11. Forordning nr. 2868/95 (herefter »gennemførelsesforordningen«)<sup>7</sup> opstiller de bestemmelser, som er nødvendige til gennemførelse af forordning nr. 207/2009<sup>8</sup>. Reglerne »bør sikre en smidig og effektiv behandling af varemærkesager, som forelægges [Harmoniseringskontoret]«<sup>9</sup>.

12. Gennemførelsesforordningens regel 22 bestemmer:

- »(1) En begæring om dokumentation for brug, jf. [...] artikel [42, stk. 2 eller 3, [<sup>10</sup> ] i forordning nr. 207/2009], imødekommes kun, hvis ansøgeren indgiver begæringen inden for den af [Harmoniseringskontoret] fastsatte frist, jf. regel 20, stk. 2.
- (2) Skal den indsigende part godtgøre, at brug har fundet sted, eller at der foreligger rimelig grund til manglende brug, opfordrer [Harmoniseringskontoret] vedkommende til inden for en af [Harmoniseringskontoret] fastsat frist at fremlægge fornødent bevis. Fremlægger den indsigende part ikke sådant bevis inden for den fastsatte frist, afviser Harmoniseringskontoret indsigelsen.
- (3) Af de oplysninger og beviser, 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, og disse oplysninger skal underbygges med beviser, jf. stk. 4.
- (4) Beviser skal indgives i overensstemmelse med regel 79 og 79a og bør begrænses til underbyggende dokumentation og bevismidler som f.eks. emballager, etiketter, prislister, kataloger, fakturaer, fotografier, avisannoncer samt de i [...] artikel [78, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009] nævnte skriftlige erklæringer.

[...]«

13. Regel 37 beskriver det, som en begæring om fortabelse eller ugyldighed skal indeholde. Hvad angår den begrundelse, som begæringen støttes på, anfører regel 37, litra b), nr. iv), at den skal indeholde »en angivelse af de kendsgerninger, beviser og argumenter, der fremføres som begrundelse«.

14. Regel 40, der har overskriften »Behandling af begæring om, at et EF-varemærke erklæres fortabt eller ugyldigt«, bestemmer:

- »(1) Enhver begæring om fortabelse eller ugyldighed, som anses for indgivet, meddeles til EF-varemærkets indehaver. Har [Harmoniseringskontoret] konstateret, at begæringen kan antages, opfordrer det EF-varemærkets indehaver til at fremkomme med sine bemærkninger inden for en af [Harmoniseringskontoret] fastsat frist.
- (2) Fremkommer EF-varemærkeindehaveren ikke med bemærkninger, kan [Harmoniseringskontoret] træffe afgørelse om fortabelses- eller ugyldighedsspørgsmålet på grundlag af de forelagte beviser.
- (3) [Harmoniseringskontoret] meddeler den begærende part de bemærkninger, som EF-varemærkeindehaveren er fremkommet med, og opfordrer, hvis det anser det for nødvendigt, vedkommende til at svare inden for en af [Harmoniseringskontoret] fastsat frist.

[...]

7 — Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13.12.1995 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 40/94 (EFT L 303, s. 1), som ændret ved bl.a. Kommissionens forordning (EF) nr. 1041/2005 af 29.6.2005 (EUT L 172, s. 4).

8 — Jf. femte betragtning til gennemførelsesforordningen.

9 — Jf. sjette betragtning til gennemførelsesforordningen.

10 — Artikel 42, stk. 2 og 3, i forordning nr. 207/2009 beskriver behandlingen af en indsigelse, hvor varemærkeansøgeren har anmodet indsigeren om at fremlægge bevis for reel brug af hans EF-varemærke eller nationale varemærke. Grundlaget for at anvende regel 22, stk. 2-4, på fortabelsessager findes i gennemførelsesforordningens regel 40. Jf. punkt 13 nedenfor.

- (5) Hvis begæringen om fortabelse er baseret på [...] artikel [51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009,] [<sup>11</sup>] anmoder [Harmoniseringskontoret] EF-varemærkets indehaver om at godtgøre reel brug af varemærket inden for en af [Harmoniseringskontoret] fastsat frist. Fremlægges der ikke dokumentation inden for fristen, fortabes EF-varemærket. Regel 22, stk. 2-4, finder tilsvarende anvendelse.
- (6) Skal den begærende part godtgøre brug eller godtgøre, at der foreligger rimelig grund til, at brug ikke har fundet sted, jf. [...] artikel [57, stk. 2 eller 3, i forordning nr. 207/2009,] anmoder [Harmoniseringskontoret] den begærende part om at godtgøre reel brug af varemærket inden for en af [Harmoniseringskontoret] fastsat frist. Fremlægges der ikke dokumentation inden for fristen, afvises begæringen om ugyldighed. Regel 22, stk. 2-4, finder tilsvarende anvendelse.«

### **Proceduren for Harmoniseringskontoret**

15. Systemtechnik ansøgte den 7. september 1999 om registrering af ordmærket »CENTROTHERM« som EF-varemærke for varer og tjenesteydelser i Nicearrangementets klasse 11, 17, 19 og 42<sup>12</sup>. Varemærket blev registreret den 19. januar 2001.

16. Den 7. februar 2007 indgav Clean Solutions begæring om fortabelse af dette varemærke for alle de varer og tjenesteydelser, for hvilke det var registreret. Begæringen blev støttet på den omstændighed, at varemærket ikke havde været brugt.

17. Efter at have fået meddelelse om begæringen om fortabelse blev Systemtechnik den 15. februar 2007 opfordret til at fremsætte bemærkninger og fremlægge bevis for reel brug af varemærket inden for en frist på tre måneder. Den 11. maj 2007 anfægtede Systemtechnik begæringen om fortabelse og fremlagde flere dokumenter som bevis for reel brug af varemærket: fjorten digitale fotografier, fire fakturaer og en erklæring fra selskabets forretningsfører af 26. april 2007 med overskriften »erklæring på tro og love«. Systemtechnik anførte også, at selskabet var i besiddelse af adskillige andre kopier af fakturaer, som det af fortrolighedshensyn havde valgt ikke at fremlægge på dette tidspunkt i sagen. Systemtechnik anmodede annullationsafdelingen om at angive, hvis den ønskede yderligere beviser og enkelte dokumenter tilført sagsakterne.

18. Den 30. oktober 2007 ophævede annullationsafdelingen Systemtechniks EF-varemærke for alle de varer og tjenesteydelser, for hvilke det var registreret. Ophævelsen byggede på det, der nu er artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009: Systemtechnik havde ikke fremlagt tilstrækkeligt bevis for reel brug af varemærket.

19. Systemtechnik påklagede denne afgørelse. Sammen med klagen fremlagde selskabet yderligere beviser, herunder produktprøver, certifikater, erklæringer, fakturaer og billeder.

20. Den 25. august 2009 ophævede appelkammeret annullationsafdelingens afgørelse og afslog begæringen om fortabelse for så vidt angik visse varer i klasse 11, 17 og 19. Appelkammeret var vedrørende disse varer af den opfattelse, at der var ført bevis for reel brug af varemærket, idet fotografierne godtgjorde brugens art, og fakturaerne godtgjorde markedsføring under det omtvistede varemærke. Appelkammeret forkastede imidlertid den resterende del af klagen. Det var vedrørende tjenesteydelserne og de øvrige varer af den opfattelse, at forretningsførerens erklæring på tro og love

11 — Jf. punkt 6 ovenfor.

12 — Nicearrangementet af 15.6.1957 om international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret.



ikke var tilstrækkeligt bevis, medmindre den blev støttet af yderligere beviser for indholdet heri. Annullationsafdelingen var endvidere ikke forpligtet til at anmode om yderligere dokumenter. Den var heller ikke forpligtet til at tage hensyn til sagsakterne i en anden sag, der verserede for Harmoniseringskontoret.

21. Den 22. oktober 2009 indgav Clean Solutions søgsmål til prøvelse af appelkammerets afgørelse (sag T-427/09). Den 26. oktober 2009 gjorde Systemtechnik det samme (sag T-434/09).

## **Retten domme**

*Sag T-427/09 (der er genstand for appellen i sag C-609/11 P)*

22. Retten gav Clean Solutions medhold i søgsmålet ved at ophæve appelkammerets afgørelse, for så vidt som den ophævede annullationsafdelingens afgørelse af 30. oktober 2007. Retten pålagde Harmoniseringskontoret at bære sine egne omkostninger og betale Clean Solutions' omkostninger. Systemtechnik blev pålagt at bære sine egne omkostninger.

23. Clean Solutions' søgsmål blev støttet på et enkelt anbringende, nemlig at appelkammeret havde tilsidesat artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009 og gennemførelsesforordningens regel 22, stk. 2 og 3, og regel 40, stk. 5, ved at antage, at de af Systemtechnik fremlagte beviser var tilstrækkelige til at godtgøre reel brug af varemærket.

24. Retten redegjorde i dommens præmis 21-30 for den retlige baggrund for bedømmelsen af dette anbringende. Retten sammenfattede ikke blot retspraksis vedrørende definitionen af reel brug og beviserne for en sådan brug, men skitserede også formålet med og proceduren for pålæggelse af sanktionen for tabelse og de principper, som regulerer beviset i fortabelsessager.

25. Retten udtalte i præmis 25, at »der [er] gjort reel brug af et varemærke, når dette er anvendt i overensstemmelse med varemærkets væsentligste funktion, som er at garantere oprindelsen af de varer eller tjenesteydelser, som det er blevet registreret for, med henblik på at skabe eller bevare en afsætningsmulighed for disse varer og tjenesteydelser, bortset fra en rent symbolsk brug, der alene gøres med henblik på at bevare de til varemærket knyttede rettigheder. 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«.

26. Retten udtalte videre i præmis 26, at »[s]elv om begrebet reel brug [...] 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«.

27. Retten fandt i præmis 27, at der ved bedømmelsen af, om et bestemt varemærke har været i reel brug, skal 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«. Retten tilføjede i præmis 30, at »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«.

28. Retten begyndte i præmis 31 at behandle Clean Solutions' argument, hvorefter appelkammerets konklusion savnede tilstrækkeligt faktisk grundlag. De for denne appel relevante præmisser er de følgende:

»32 I den foreliggende sag var de beviser, som intervenienten fremlagde for annullationsafdelingen for at bevise, at selskabet gjorde reel brug af varemærket, erklæringen på tro og love fra selskabets forretningsfører, fire fakturaer og fjorten digitale fotografier.

33 Indledningsvis bemærkes, at det ikke fremgår af det af appelkammeret anførte, at dets konklusion vedrørende beviset for reel brug for de varer [...] er støttet på intervenientens forretningsførers erklæring på tro og love. Som det nemlig fremgår [...], var det samspillet mellem fotografiernes bevisværdi og bevisværdien af de fire fakturaer, der førte til, at appelkammeret fastslog, at det var blevet bevist, at der var gjort reel brug af varemærket CENTROTHERM. [Henvisningerne] til den nævnte erklæring [...] har kun til formål at gøre opmærksom på dennes mangler og den omstændighed, at der mangler supplerende oplysninger, der bekræfter dens indhold.

34 Det følger heraf, at det skal undersøges, om en helhedsvurdering af fotografierne og de fire fakturaer gør det muligt at fastslå, at det omtvistede varemærke har været genstand for en reel brug i overensstemmelse med de principper, der er blevet uddraget af [...] retspraksis [...]

[...]

37 Det følger heraf, at intervenienten 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.

[...]

43 Det skal således konstateres, at en helhedsvurdering af [...] oplysninger[ne] [...], medmindre der lægges sandsynlighedsbetragtninger eller formodninger til grund, ikke gør det muligt at konkludere, at det anfægtede varemærke har været genstand for reel brug i den relevante periode for de varer, der er nævnt ovenfor i præmis 11.

44 Det følger heraf, at appelkammeret begik en fejl, da det fandt, at beviset for reel brug af varemærket CENTROTHERM var blevet ført af intervenienten for de nævnte varer.

45 Intervenientens argumenter [...], hvorefter i det væsentlige markedets specificitet gør det svært at samle beviser, kan ikke ændre ved denne konklusion.

46 Måderne, hvorpå reel brug af et varemærke kan godtgøres, og bevismidlerne herfor er nemlig ikke begrænsede. Rettens konklusion, hvorefter den reelle brug ikke er blevet bevist i den foreliggende sag, skyldes ikke kravet om en særligt høj bevistærskel, men den omstændighed, at intervenienten har valgt at begrænse fremlæggelsen af beviser [...]. Annullationsafdelingen har modtaget fotografier af dårlig kvalitet, som viser genstande, hvis artikelnumre ikke svarer til de artikler, der ifølge de få fremlagte fakturaer er blevet solgt. De nævnte fakturaer dækker

endvidere en kort periode og viser salg til en minimal værdi i forhold til, hvad intervenienten påstår at have afsat. Det skal endvidere konstateres, at intervenienten under retsmødet har bekræftet, at der ikke var nogen direkte forbindelse mellem fakturaerne og fotografierne, som selskabet fremlagde for Harmoniseringskontoret.«

*Sag T-434/09 (der er genstand for appellen i sag C-610/11 P)*

29. Retten frifandt i dommen i sag T-434/09 Harmoniseringskontoret. Den pålagde Systemtechnik at betale sagens omkostninger og pålagde Clean Solutions at bære sine egne omkostninger.

30. Hvad angår det første anbringende, hvorefter Harmoniseringskontoret foretog en forkert bedømmelse af det for annullationsafdelingen fremlagte bevis for reel brug, beskrev Retten i præmis 21-32 den retlige baggrund, hvorpå dette anbringende skulle bedømmes (ligesom i præmis 21-32 i dommen i sag T-427/09).

31. Retten koncentrerede sig derefter i præmis 32-34 om bevisværdien af erklæringen på tro og love afgivet af Systemtechniks forretningsfører:

»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 [...]

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.«

32. Retten undersøgte derefter fakturaerne (præmis 35-37) og fotografierne (præmis 38-43), inden den konkluderede:

»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, 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.«



33. Hvad angår det andet anbringende, hvorefter Harmoniseringskontoret havde tilsidesat sin pligt til at prøve relevante faktiske omstændigheder ex officio, lagde Retten følgende argumentation til grund:

- »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 [...], 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 [...], eller hvis varemærket som følge af den brug, der af varemærkeindehaveren eller med dennes samtykke gøres deraf, vil kunne vildlede offentligheden [...].
- 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.«

34. Hvad angår det tredje anbringende, hvorefter Harmoniseringskontoret ikke havde taget hensyn til bevis, der var fremlagt for appelkammeret, udtalte Retten følgende:

- »61 Indledningsvis bemærkes, at Harmoniseringskontorets prøvelse af spørgsmålet, om der er gjort reel brug af EF-varemærket [...], 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 [...]
- 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 [gennemførelsesforordningens] regel 40, stk. 5 [...].«

35. Hvad endelig angår ulovlighedsindsigelsen mod gennemførelsesforordningens regel 40, stk. 5, forkastede Retten denne indsigelse på grundlag af følgende betragtninger:

- »67 Det bemærkes, at selv om reglerne i [gennemførelsesforordningen] ikke må være i strid med bestemmelserne i og opbygningen af forordning nr. 207/2009, kan der dog ikke konstateres nogen modsigelse mellem [gennemførelsesforordningens] regel 40, stk. 5, [...] og bestemmelserne vedrørende fortabelse, der er indeholdt i forordning nr. 207/2009.
- 68 Mens forordning nr. 207/2009 fastsætter den materielle regel, nemlig sanktionen fortabelse af EF-varemærker, der ikke har været genstand for reel brug, præciserer [gennemførelsesforordningen] de anvendelige processuelle regler, navnlig fordelingen af bevisbyrden og konsekvenserne af, at de fastsatte frister ikke overholdes. Som det tidligere er blevet fastslået [...], 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 [gennemførelsesforordningens] regel 40, stk. 5 [...], 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 [...]
- 71 Endelig har det anførte om, at [gennemførelsesforordningens] regel 40, stk. 5, [...] 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.«

### **Sammenfatning af appellerne og de retsmidler, der er nedlagt påstand om**

#### *Sag C-609/11 P*

36. Systemtechnik har anmodet Domstolen om at ophæve Rettens dom i sag T-427/09, at frifinde Harmoniseringskontoret i Clean Solutions' søgsmål til prøvelse af appelkammerets afgørelse af 25. august 2009 og at tilpligte Clean Solutions at betale sagens omkostninger.

37. Appellen bygger på fire anbringender: (i) tilsidesættelse af artikel 65 i forordning nr. 2007/2009, sammenholdt med artikel 134, stk. 2 og 3, i Rettens procesreglement, fordi Retten ikke tog stilling til alle anbringender, (ii) tilsidesættelse af artikel 51, stk. 1, litra a), og artikel 76 i forordning nr. 207/2009, idet Retten støttede sig til den forkerte forudsætning, at varemærkeindehaveren i fortabelsessager har bevisbyrden for, at der er gjort reel brug af varemærket, (iii) tilsidesættelse af artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009, idet Retten fandt, at enhver minimal brug ikke

kan udgøre reel brug, hvilket strider mod Domstolens praksis, og (iv) tilsidesættelse af artikel 78, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009, sammenholdt med gennemførelsesforordningens regel 22, idet Retten ikke forkastede Harmoniseringskontorets standpunkt, hvorefter forretningsførerens erklæring på tro og love ikke udgjorde bevis som omhandlet i disse bestemmelser.

#### *Sag C-610/11 P*

38. Systemtechnik har anmodet Domstolen om at ophæve Rettens dom i sag T-434/09 og at annullere appelkammerets afgørelse, for så vidt som den tager begæringen om fortabelse til følge. Systemtechnik har også anmodet Domstolen om at tilpligte Harmoniseringskontoret og Clean Solutions at betale sagens omkostninger.

39. Systemtechniks appel bygger på fire anbringender: (i) tilsidesættelse af artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009, idet Retten så bort fra bevisværdien af erklæringen på tro og love, (ii) tilsidesættelse af artikel 76, stk. 1, i forordning nr. 207/2009, idet Retten ikke fortolkede denne bestemmelse, således at den kompetente myndighed har en forpligtelse til at prøve de relevante faktiske omstændigheder ex officio i fortabelsessager, (iii) tilsidesættelse af artikel 51, stk. 1, litra a), og artikel 76, stk. 1 og 2, i forordning nr. 207/2009, idet Retten ikke fandt, at Harmoniseringskontoret har en skønsmæssig mulighed for at tage hensyn til dokumenter, som appellanten har fremlagt i sager for appelkammeret, og (iv) subsidiært at Retten begik en fejl ved at finde, at gennemførelsesforordningens regel 40, stk. 5, ikke finder anvendelse.

#### **Sammenfatning af parternes argumenter**

#### *Sag C-609/11 P*

Det første anbringende: artikel 65 i forordning nr. 207/2009 og artikel 134, stk. 2 og 3, i Rettens procesreglement

40. Ifølge Systemtechnik begik Retten en fejl ved ikke at behandle selskabets argumenter vedrørende appelkammerets manglende hensyntagen til (i) erklæringen på tro og love, (ii) dokumenterne i sagsakterne og (iii) de beviser, der var fremlagt til støtte for den klage, det skulle behandle. Retten burde navnlig have fortolket disse argumenter således, at Systemtechnik nedlagde påstand om, at Retten skulle stadfæste appelkammerets afgørelse, men med en anden begrundelse.

41. Harmoniseringskontoret har anmodet Domstolen om at forkaste dette appelanbringende, fordi Systemtechnik nedlagde påstand om frifindelse uden at nedlægge påstand om annulation eller ændring af appelkammerets afgørelse angående et punkt, der ikke var anført i stævningen.

42. Clean Solutions har gjort gældende, at Retten i den appellerede doms præmis 32 både beskrev beviserne i sagsakterne og i det, som blev fremlagt for appelkammeret. Det fremgår også af præmis 37, at Retten ikke undlod at tage stilling til Systemtechniks argument vedrørende behovet for at tage hensyn til erklæringen på tro og love. Retten anførte snarere her, at indholdet af denne erklæring under ingen omstændigheder var underbygget af sagsakterne. Endvidere viser indledningen i den appellerede dom, at Retten tog hensyn til alle Systemtechniks argumenter. Clean Solutions har videre gjort gældende, at Retten ikke er forpligtet til udtrykkeligt at angive begrundelsen for sin afgørelse hvad angår alle de forskellige punkter i parternes bemærkninger. Endelig har Clean Solutions argumenteret for, at det første anbringende skal forkastes, idet Systemtechnik har anmodet Domstolen om at afgøre, om Retten fastlagde og bedømte de omtvistede faktiske omstændigheder korrekt. Denne form for efterprøvelse er ikke omfattet af Domstolens kompetence i en appelsag.

Det andet anbringende: artikel 51, stk. 1, litra a), og artikel 76 i forordning nr. 207/2009

43. Systemtechnik har gjort gældende, at Retten i præmis 46 i den appellerede dom antydede, at indehaveren af det anfægtede varemærke har bevisbyrden for, at der er gjort reel brug af varemærket. Dette standpunkt er i strid med forordning nr. 207/2009, fordi fortabelsessager på den ene side er underlagt reglen i artikel 76, stk. 1, første led, i forordning nr. 207/2009, hvorefter Harmoniseringskontoret skal prøve de faktiske omstændigheder *ex officio*, mens andre bestemmelser i denne forordning på den anden side viser, at bevisbyrden – i sammenhæng med artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009 – ikke påhviler varemærkeindehaveren. Retten burde derfor have fundet, at Harmoniseringskontoret burde have prøvet de faktiske omstændigheder *ex officio*.

44. Systemtechnik har argumenteret for, at den i artikel 76, stk. 1, beskrevne kompetence kræver, at Harmoniseringskontoret skal undersøge alle de oplysninger, der fremlægges for det, uanset hvornår de blev fremlagt. Harmoniseringskontoret kan dermed ikke afslå at behandle beviser, fordi de blev fremlagt efter udløbet af den fastsatte frist. I modsætning til reglerne om bevis for reel brug i indsigelses- og ugyldighedssager<sup>13</sup> fastsætter artikel 51 i forordning nr. 207/2009 i fortabelsessager hverken en pligt til at bevise brug eller de retlige følger af, at der ikke fremlægges et sådant bevis. Varemærkeindehaveren skal således ikke bevise reel brug af varemærket efter en sådan begæring fra en tredjemand. Varemærket kan heller ikke automatisk ophæves, fordi indehaveren ikke beviste brug af varemærket. Denne fortolkning af artikel 51 er også helt i overensstemmelse med de almindelige principper, der regulerer bevisbyrdefordelingen, navnlig princippet om, at den part, der gør en ret gældende, skal bevise de faktiske omstændigheder, som støtter denne påstand.

45. En anden fortolkning vil indebære en risiko for, at varemærkeindehaveren stedse skal forsvare sig mod begæringer om fortabelse og dermed være genstand for lange og bekostelige sager. I denne henseende er fortabelsessager også anderledes end indsigelses- og ugyldighedssager, fordi resultatet af afvisningen af en indsigelse eller begæring om ugyldighed ikke er, at varemærket fortages for evigt.

46. Harmoniseringskontoret er af den opfattelse, at Retten med rette fandt, at fortabelsessager er omfattet af en bestemmelse, som regulerer relative registreringshindringer, nemlig artikel 42, stk. 2, i forordning nr. 207/2009. En fortabelsessag er, ligesom sager vedrørende relative registreringshindringer, en *inter partes*-sag rettet mod at beskytte konkurrenters interesser i at begrænse monoopolet for indehavere, som ikke bruger deres varemærke. Det princip, at Harmoniseringskontoret prøver *ex officio*, finder ikke anvendelse i denne slags sager. Dette er logisk, fordi indehaveren er den part, der er bedst i stand til at fremlægge de nødvendige beviser for varemærkets tilstedeværelse på det relevante marked. Endvidere vil det være vanskeligt at anmode den part, der har fremsat begæringen, om at godtgøre, at der ikke er gjort brug af den anden parts varemærke.

47. Hvad angår argumentet, hvorefter Retten burde have taget hensyn til beviser, der var fremlagt for appelkammeret, er Harmoniseringskontoret enig i Rettens standpunkt i sager såsom dommen i sagen New Yorker SHK Jeans mod KHIM<sup>14</sup> og gør gældende, at den samme fortolkning skal anvendes på både gennemførelsesforordningens regel 22, stk. 2, og regel 40, stk. 5, henset til de paralleller, der er herimellem.

48. Clean Solutions har ikke fortolket artikel 76, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 således, at Harmoniseringskontoret skal prøve de faktiske omstændigheder *ex officio* i fortabelsessager, hvor det kun er spørgsmålet om reel brug, der er omtvistet. I denne henseende bestemmer gennemførelsesforordningens artikel 40, stk. 5, at et EF-varemærke kan fortages, hvis indehaveren ikke

13 — Navnlign artikel 15, stk. 1, artikel 42, stk. 2, og artikel 57, stk. 2, i forordning nr. 207/2009.

14 — Dom af 29.9.2011, sag T-415/09, nu appelleret som sag C-621/11 P, hvori jeg også fremsætter mit forslag til afgørelse i dag.

godtgør reel brug af varemærket inden for den af Harmoniseringskontoret fastsatte frist. Det tredje punktum i den bestemmelse anfører videre, at regel 22, stk. 2-4, finder tilsvarende anvendelse. Det følger heraf, at varemærkeindehaveren har bevisbyrden for, at der er gjort reel brug af varemærket, i sammenhæng med fortabelsessager.

Det tredje anbringende: artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009

49. Systemtechnik har gjort gældende, at Retten i dommens præmis 26 tog fejl, da den fandt, at begrebet reel brug udelukker enhver minimal brug, der ikke er tilstrækkelig. Retten burde have anvendt eksisterende retspraksis vedrørende reel brug, som foreslår en anden fortolkning.

50. Harmoniseringskontoret har argumenteret for, at dette anbringende er åbenlyst ugrundet, fordi det bygger på en ufuldstændig gengivelse af den appellerede dom. Systemtechnik har navnlig undladt at bemærke, at Retten fandt, at minimal brug, der ikke er tilstrækkelig, var udelukket som grundlag for at finde, at der var gjort reel og faktisk brug af et varemærke.

51. Clean Solutions har gjort gældende, at det tredje anbringende er ugrundet af årsager, der svarer til de af Harmoniseringskontoret anførte. Efter Clean Solutions' opfattelse viser begrundelsen i dommens præmis 26-30, at Retten tog hensyn til alle de betingelser, der følger af Domstolens praksis vedrørende begrebet reel brug. Clean Solutions har gjort gældende, at Systemtechnik med det tredje anbringende faktisk har opfordret Domstolen til at erstatte Rettens bedømmelse af de faktiske omstændigheder og beviser med sin egen.

Det fjerde anbringende: artikel 78, stk.1, litra f), i forordning nr. 207/2009 sammenholdt med gennemførelsesforordningens regel 22

52. Systemtechnik har gjort gældende, at Retten med urette i dommens præmis 37 stadfæstede appelkammerets standpunkt, hvorefter en erklæring på tro og love ikke udgør et bevismiddel i henhold til artikel 78, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009. I tidligere sager er en sådan erklæring blevet godtaget som bevis og som havende tilstrækkelig bevisværdi, selv uden yderligere beviser til støtte for oplysningerne deri.

53. Harmoniseringskontoret har argumenteret for, at Domstolen ikke har kompetence til at efterprøve Rettens bedømmelse i dommens præmis 34 af bevisværdien af erklæringen på tro og love, fordi det er en bedømmelse af faktiske omstændigheder. Under alle omstændigheder har Harmoniseringskontoret gjort gældende, at Systemtechnik har misforstået denne del af dommen. Retten forkastede ikke bevisværdien af en erklæring på tro og love *in abstracto*. Den opstillede heller ikke principper, der regulerer antagelsen til realitetsbehandling af denne form for bevis. Den fandt snarere, at det i denne sag var nødvendigt med andre beviser på grund af identiteten af erklæringens ophavsmand.

54. Clean Solutions har anført, at Harmoniseringskontoret i punkt 31 i appelkammerets afgørelse af 25. august 2009 angav, at erklæringen på tro og love udgjorde en del af en parts argumenter. Denne del af afgørelsen var ikke genstand for søgsmålet for Retten. Retten tiltrådte heller ikke appelkammerets standpunkt eller udtalte, at alle oplysninger i erklæringen skulle støttes af yderligere beviser. Clean Solutions har videre gjort gældende, at Systemtechnik har undladt at henvise til Rettens senere praksis, hvorefter en erklæring fra en leder ikke kan udgøre bevis, hvis den ikke støttes af yderligere beviser.



*Sag C-610/11 P*

Det første anbringende: artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009

55. Systemtechnik har påstået, at Retten med urette i dommens præmis 34 fandt, at erklæringen på tro og love kun kan have bevisværdi, hvis den støttes af andre beviser, der blev fremlagt for annullationsafdelingen. Retten har tidligere fundet, at erklæringer på tro og love er bevis, der kan antages til realitetsbehandling, og at indholdet heraf ikke skal støttes af andre beviser. Endvidere handlede Retten i strid med princippet, hvorefter en fastlæggelse af reel brug skal bygge på en helhedsbedømmelse, der tager hensyn til alle sagens relevante forhold, da den undlod at tage hensyn til, at ingen af parterne for alvor eller i det væsentlige anfægtede erklæringens indhold.

56. Harmoniseringskontorets standpunkt i forbindelse med dette appelanbringende er det samme som i forbindelse med det fjerde appelanbringende i sag C-609/11 P.

57. Clean Solutions er af samme opfattelse som Harmoniseringskontoret. Efter Clean Solutions' opfattelse fandt Retten ikke, at en erklæring på tro og love ikke kan have bevisværdi, ligesom den ikke foretog en fejlbedømmelse af den omtvistede erklærings faktiske bevisværdi. Retten overvejede i stedet forbindelsen mellem erklæringens ophavsmand og varemærkeindehaveren og fandt i den sammenhæng, at erklæringen ikke havde bevisværdi, da der ikke var underbyggende beviser. Bedømmelsen af bevisværdien af en erklæring på tro og love er ikke et retsspørgsmål, der kan efterprøves af Domstolen i en appelsag. Det er endvidere uden betydning, at Retten ikke tog hensyn til, at indholdet af erklæringen på tro og love ikke blev anfægtet. For det første afhænger en erklærings bevisværdi ikke kun af, om dets indhold anfægtes. For det andet kunne Systemtechnik have påberåbt sig dette anbringende i forbindelse med selskabets andet appelanbringende. Endelig har Retten fundet, at artikel 76, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 ikke kan fortolkes således, at Harmoniseringskontoret er forpligtet til at anse en faktisk omstændighed, som en part har påberåbt sig, for godtgjort, fordi den ikke er blevet anfægtet<sup>15</sup>.

Det andet anbringende: artikel 76, stk. 1, i forordning nr. 207/2009

58. Systemtechnik har gjort gældende, at Retten med urette undlod at anvende artikel 76, stk. 1, i forordning nr. 207/2009, hvorefter Harmoniseringskontoret skal prøve de faktiske omstændigheder *ex officio* i andre sager end sager vedrørende relative registreringshindringer. Harmoniseringskontoret kan således ikke udelukke bevis på grundlag af, at det blev fremlagt for sent, og skal anmode om yderligere dokumenter, hvis den anser det for nødvendigt.

59. Harmoniseringskontorets standpunkt er det samme, som det gav udtryk for vedrørende det andet appelanbringendes første led i sag C-609/11 P.

60. Clean Solutions er uenig i Systemtechniks fortolkning af forordning nr. 207/2009 og støtter sig til gennemførelsesforordningens regel 40, stk. 5, som argument for, at indehaveren har bevisbyrden for, at der er gjort reel brug af varemærket, i forbindelse med fortabelsessager. Retten fandt også med rette, at Harmoniseringskontoret kun skal prøve de beviser, som indehaveren har fremlagt. For så vidt som Systemtechnik har argumenteret for, at Harmoniseringskontoret burde have prøvet de faktiske omstændigheder *ex officio* og anmodet om yderligere beviser, har Clean Solutions gjort gældende, at et sådant argument vedrører en påstået fejlagtig fastlæggelse og bedømmelse af de faktiske omstændigheder og derfor ikke er omfattet af Domstolens kompetence i en appelsag.

15 — Clean Solutions har i denne henseende nævnt dom af 27.10.2005, sag T-336/03, Éditions Albert René mod KHIM - Orange (MOBILIX), Sml. II, s. 4667.

Det tredje anbringende: artikel 51, stk. 1, litra a), og artikel 76, stk. 1 og 2, i forordning nr. 207/2009

61. Det tredje appelanbringende forekommer at bestå af to led.

62. For det første har Systemtechnik påstået, at Retten med urette fandt, at den for sene fremlæggelse af beviser for appelkammeret udelukker Harmoniseringskontoret fra at tage hensyn hertil. Retten burde have konkluderet, at beviserne ikke var fremlagt for sent. Systemtechnik skulle heller ikke fremlægge bevis for reel brug af mærket. Der er i denne henseende ingen bestemmelser svarende til artikel 42, stk. 2, og artikel 57, stk. 2, i forordning nr. 207/2009, der finder anvendelse i fortabelsessager.

63. For det andet har Systemtechnik (bortset fra argumenter svarende til de argumenter, der er blevet fremsat i forbindelse med det andet appelanbringende i sag C-609/11 P) påstået, at hvis det antages, at Domstolen finder, at Harmoniseringskontoret ikke kan prøve de faktiske omstændigheder ex officio i fortabelsessager, var Retten med urette af den opfattelse, at Harmoniseringskontoret ikke har en skønsbeføjelse til at prøve beviser, der er fremlagt efter udløbet af den af annullationsafdelingen fastsatte frist. Systemtechnik har argumenteret for, at Retten begik en fejl, da den i dommens præmis 63 fandt, at gennemførelsesforordningens artikel 40, stk. 5, er en undtagelse til den almindelige regel om en skønsbeføjelse til at tage hensyn til bevis, der er fremlagt for sent. Retten burde have fundet, at Harmoniseringskontoret havde denne skønsbeføjelse og burde have udøvet den.

64. Harmoniseringskontorets standpunkt er det samme, som det gav udtryk for i forbindelse med det andet appelanbringendes andet led i sag C-609/11 P.

65. Clean Solutions har gjort gældende, at en indehaver skal godtgøre reel brug inden for den fastsatte frist. Det er Clean Solutions' opfattelse, at Rettens argumentation vedrørende spørgsmålet, om Harmoniseringskontoret har en skønsbeføjelse til at prøve beviser, der er fremlagt efter udløbet af den fastsatte frist, er i overensstemmelse med eksisterende retspraksis.

Det fjerde anbringende: gennemførelsesforordningens regel 40, stk. 5

66. Såfremt Domstolen måtte være uenig med Systemtechniks fortolkning af gennemførelsesforordningens regel 40, stk. 5, har Systemtechnik gjort gældende, at Retten begik en fejl ved ikke at erklære, at denne bestemmelse ikke skulle finde anvendelse i denne sag. Bestemmelsen kan ikke finde anvendelse, fordi den på den ene side er uforenelig med ordlyden af og formålet med forordning nr. 207/2009, og fordi anvendelsen herpå på den anden side vil være i strid med proportionalitetsprincippet.

67. Clean Solutions er uenig, fordi hverken Harmoniseringskontoret eller Retten kan afslå at anvende gennemførelsesforordningens regel 40, stk. 5, så længe som denne bestemmelse ikke er fundet ugyldig.

## **Bedømmelse**

### *Indledende bemærkninger*

68. For det første bemærkes, at Domstolens kompetence i appelsager er begrænset til retsspørgsmål<sup>16</sup>. Domstolen kan ikke efterprøve Rettens fastlæggelse og bedømmelse af de faktiske omstændigheder, medmindre der er sket en åbenlys forvanskning af de faktiske omstændigheder i den appellerede dom. For så vidt som Systemtechnik i begge appelsager har anmodet Domstolen om at efterprøve Rettens bedømmelse af de faktiske omstændigheder, skal disse appelanbringender eller argumenter afvises.

16 — Artikel 256 TEUF og artikel 58 i Domstolens statut.

69. For det andet har Systemtechnik påstået, at der er sket tilsidesættelse af forordning nr. 207/2009 og gennemførelsesforordningen. Den sidstnævnte indeholder de nødvendige regler til gennemførelse af den førstnævnte<sup>17</sup>. Den kan derfor ikke fortolkes på en måde, der er i strid med forordning nr. 207/2009. Denne forordning siger måske ikke noget om et bestemt emne, såsom bevisbyrdefordelingen i fortabelsessager, mens gennemførelsesforordningens ordlyd imidlertid kan forstås således, at den opstiller regler i denne henseende. I sådanne tilfælde kan det ikke konkluderes, at gennemførelsesforordningen ikke er i overensstemmelse med forordning nr. 207/2009. Det er derfor min opfattelse, at den af Systemtechnik i forbindelse med flere appelanbringender anvendte logik, hvorefter gennemførelsesforordningen ikke kan opstille en regel, der hverken er bekræftet eller udelukket af ordlyden af forordning nr. 207/2009, ikke har nogen værdi.

70. Endelig har Systemtechnik i forbindelse med artikel 78, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009 gjort en række argumenter gældende vedrørende antagelsen af realitetsbehandling af beviser, såsom en erklæring på tro og love fra selskabets forretningsfører, i henhold til tysk ret. Standpunktet i henhold til tysk ret er åbenbart uden betydning for antagelsen til realitetsbehandling af beviser i henhold til forordning nr. 207/2009 og gennemførelsesforordningen. Jeg vil derfor forkaste disse argumenter uden yderligere efterprøvelse.

71. Appelanbringerne i begge sager er delvist overlappende, og jeg er ikke overbevist om, at der er en åbenlys, klar måde at fremstille min analyse heraf. Efter nærmere overvejelse har jeg besluttet at opdele dem i grupper i henhold til emne, idet jeg vil foretage krydshenvisning mellem de enkelte appelanbringender.

*Undladelse af at tage stilling til alle anbringender: artikel 65 i forordning nr. 207/2009 og artikel 134, stk. 2 og 3, i Rettens procesreglement (det første appelanbringende i sag C-609/11 P)*

72. I sag T-427/09 var Systemtechnik intervenient. Artikel 134, stk. 2, i Rettens procesreglement anfører, at en intervenient »har samme rettigheder under sagen som de oprindelige parter« og kan »fremføre anbringender, der er selvstændige i forhold til de oprindelige parter«. Intervenienten kan også i henhold til procesreglementets artikel 134, stk. 3, »nedlægge påstand om ophævelse eller omgørelse af appelkammerets afgørelse på et punkt, der ikke er nævnt i stævningen, og fremkomme med anbringender, der ikke er nævnt i stævningen«.

73. Det følger heraf, at Retten, på samme måde som for de oprindelige parter, skal besvare intervenientens argumenter i tilstrækkeligt omfang ved at give en begrundelse, som gør det muligt for intervenienten at vide, hvorfor Retten forkastede vedkommendes argumenter. I denne appelsag har Systemtechnik i det væsentlige anmodet Domstolen om at efterprøve, om Retten opfyldte denne forpligtelse.

74. Det gjorde den efter min opfattelse.

75. Systemtechnik nedlagde ikke for Retten påstand om annullation eller ændring af appelkammerets afgørelse. Systemtechnik støttede i stedet Harmoniseringskontorets påstand om frifindelse. Systemtechnik argumenter var koncentreret om, hvorfor appelkammeret havde konkluderet, at de fremlagte beviser var tilstrækkelige til at bevise reel brug<sup>18</sup>.

17 — Jf. syvende betragtning til gennemførelsesforordningen og sidste betragtning til forordning nr. 40/94. Jf. også nittende betragtning til forordning nr. 207/2009 og forordningens artikel 162.

18 — Jf. den appellerede dom, præmis 18-20.

76. Eftersom Systemtechnik undlod at anmode Retten om at ændre begrundelsen i appelkammerets afgørelse, er jeg enig med Harmoniseringskontoret i, at Systemtechnik i appelsagen ikke kan anmode Domstolen om at fastslå, at Retten begik en fejl ved ikke at gøre dette. Systemtechnik skal dermed affinde sig med følgerne af sin egen undladelse.

77. Jeg konkluderer dermed, at dette appelanbringende skal forkastes som ugrundet.

*Undladelse af at finde, at Harmoniseringskontoret skal prøve de relevante faktiske omstændigheder ex officio: artikel 51, stk. 1, litra a), og artikel 76 i forordning nr. 207/2009 (det andet appelanbringende i sag C-609/11 P, det andet appelanbringende og det tredje appelanbringendes første led i sag C-610/11 P)*

78. Systemtechnik har i sag C-609/11 P argumenteret for, at Retten ved at undlade at finde, at Harmoniseringskontoret skal prøve de faktiske omstændigheder ex officio i fortabelsessager, ikke foretog en korrekt anvendelse af princippet om bevisbyrdefordelingen i den form for sager. Forudsætningen for dette argument er, at fortabelsen er en absolut registreringshindring. Det følger også af, at Harmoniseringskontoret ikke kan afslå at tage hensyn til beviser, der blev fremlagt efter den af dette fastsatte frist. Systemtechnik har gjort gældende, at Retten med urette fandt, at Harmoniseringskontoret kan behandle alle de oplysninger, der er fremlagt for det, uanset hvornår de er fremlagt.

79. Dette appelanbringende svarer i det væsentlige til det andet appelanbringende og det tredje appelanbringendes første led i sag C-610/11 P, selv om det førstnævnte ikke bygger på en tilsidesættelse af artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009. Det vedrører bevisbyrdefordelingen i fortabelsessager, der er indledt gennem en begæring, der bygger på den sidstnævnte bestemmelse. Afhængigt af, hvordan bevisbyrden fordeles, er det eller er det ikke nødvendigt at behandle argumentet vedrørende Harmoniseringskontorets behandling af beviser, der er fremlagt efter udløbet af den fastsatte frist.

80. Retten tog i dommen i sag T-427/09 ikke udtrykkeligt stilling til denne problemstilling, selv om Rettens begrundelse vedrørende det eneste anbringende i den sag byggede på den forudsætning, at en varemærkeindehaver, hvis varemærke er genstand for en begæring om fortabelse, skal fremlægge bevis for, at der er gjort reel brug af varemærket. Retten blev derimod i dommen i sag T-434/09 anmodet om at overveje det samme spørgsmål i sammenhæng med det andet anbringende, hvorefter Harmoniseringskontoret tilsidesatte sin pligt til at prøve de relevante faktiske omstændigheder ex officio. Retten fandt i dommens præmis 54, at artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009 vedrører en bestemmelse, der er omfattet af efterprøvelsen af relative registreringshindringer, og at »[d]et følger heraf«, at Harmoniseringskontorets prøvelse er begrænset til faktiske omstændigheder, som parterne har påberåbt sig.

81. Selv om jeg er uenig i Rettens begrundelse i sag T-434/09, er det ikke min opfattelse, at den nåede til den forkerte konklusion.

82. Et registreret EF-varemærke kan erklæres fortabt efter indgivelse af begæring herom til Harmoniseringskontoret eller ved fremsættelse af modkrav under en sag om varemærkekrænkelse<sup>19</sup>. Fortabelse af et varemærke ophæver i princippet indehaverens rettigheder i forhold til dette varemærke og de varer eller tjenesteydelser, dette er registreret for, med virkning fra det tidspunkt, hvor begæring om fortabelse er indgivet, eller der er fremsat modkrav<sup>20</sup>. Fortabelse er en form for sanktion, som EF-varemærket underkastes, hvis indehaveren ikke har gjort reel brug af varemærket inden for Fællesskabet for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret<sup>21</sup>.

83. I modsætning til ugyldighedsgrunde eller registreringshindringer og i modsætning til det af Retten udtalte i præmis 52 i dommen i sag T-434/09 sondres der ikke i artikel 51 i forordning nr. 207/2009 eller andre steder mellem relative og absolutte fortabelsesgrunde. I denne sag fremsatte Clean Solutions begæring om fortabelse i henhold til artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009. Den bestemmelse opstiller ingen procedurekrav. Den løser dermed ikke spørgsmålet om, hvem der har bevisbyrden i sådanne sager.

84. De relevante processuelle bestemmelser findes i artikel 56 og 57 i forordning nr. 207/2009. Bortset fra, at det (i artikel 56, stk. 2) bestemmes, at begæringen om fortabelse skal indgives »skriftligt og skal begrundes«, tager hverken artikel 56 eller 57 fuldstændig stilling til bevisbyrdefordelingen. Navnlig vedrører artikel 57, stk. 2, den situation, hvor indehaveren af det ældre varemærke, som er part i en *ugyldighedssag*, efter anmodning fra indehaveren af det anfægtede varemærke »skal [...] godtgøre«, at der er gjort reel brug af varemærket. Den løser ikke spørgsmålet om, hvem der skal bevise, at der ikke er gjort reel brug af varemærket i fortabelsessager.

85. Forordning nr. 207/2009 skal sammenholdes med gennemførelsesforordningen.

86. Gennemførelsesforordningens regel 37 uddyber kravene til en begæring om fortabelse, dvs. den skriftlige og begrundede begæring, der er henvist til i artikel 56, stk. 2, i forordning nr. 207/2009. Navnlig bestemmer regel 37, litra b), nr. iv), at begæringen skal indeholde »en *angivelse* af de kendsgerninger, beviser og argumenter, der fremføres som begrundelse [for begæringen]«<sup>22</sup>. Den anvendte ordlyd forekommer at antyde, at det ikke er nødvendigt at fremlægge alle disse kendsgerninger og beviser, selv om jeg godtager, at andre sprogversioner af reglen kan forstås på anden måde<sup>23</sup>.

87. Begæringen meddeles derefter indehaveren af EF-varemærket og undersøges af Harmoniseringskontoret, som afgør, om den kan antages til realitetsbehandling<sup>24</sup>. Hvis den kan antages til realitetsbehandling, skal Harmoniseringskontoret i henhold til regel 40, stk. 1, »[opfordre] EF-varemærkets indehaver til at fremkomme med sine bemærkninger inden for en af [Harmoniseringskontoret] fastsat frist«. Hvis begæringen bygger på de grunde, der er beskrevet i artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009, anmoder Harmoniseringskontoret i henhold til regel 40, stk. 5, »EF-varemærkets indehaver om at godtgøre reel brug af varemærket inden for en af [Harmoniseringskontoret] fastsat frist«.

19 — Artikel 51, stk. 1, i forordning nr. 207/2009.

20 — Artikel 55, stk. 1, i forordning nr. 207/2009.

21 — Artikel 15, stk. 1, i forordning nr. 207/2009.

22 — Min fremhævelse.

23 — F.eks. forekommer den franske tekst at være mere neutral på dette punkt, idet den bestemmer, at begæringen skal indeholde »les faits, preuves et observations présentés à l'appui de la demande«. Den nederlandske og den tyske tekst – bare for at give to eksempler – forekommer at være mere lignende den engelske tekst: Den nederlandske tekst anfører »een opgave van de feiten, bewijsmateriaal en argumenten die ter staving van deze gronden worden aangevoerd«, mens den tyske tekst anfører »die Angabe der zur Begründung vorgebrachten Tatsachen, Beweismittel und Bemerkungen«.

24 — Gennemførelsesforordningens regel 40, stk. 1. Sådanne begæringer kan afvises af de grunde, der er fastsat i gennemførelsesforordningens regel 39.



88. Kravet om, at den, der har fremsat begæringen, godtgør sin påstand i begæringen, er dermed et forhold i bedømmelsen af, om begæringen om fortabelse skal antages til realitetsbehandling. Derimod finder kravet om, at indehaveren skal bevise brug, kun anvendelse, for så vidt som begæringen antages til realitetsbehandling og dermed kan påvirke EF-varemærkets materielle beskyttelse.

89. En samlet læsning af de relevante bestemmelser i forordning nr. 207/2009 og gennemførelsesforordningen viser også, at under omstændigheder som de i denne sag omhandlede, kan den part, der fremsætter begæring om fortabelse, på den ene side ikke gøre dette uden at *angive begrundelsen* for sin påstand om, at der ikke er gjort reel brug af det anfægtede varemærke inden for Fællesskabet, og på den anden side skal den part, mod hvem begæringen om fortabelse er rettet, *godtgøre*, at der er gjort reel brug af varemærket<sup>25</sup>.

90. Det er åbenbart mere bebyrdende at godtgøre reel brug af varemærket end blot at angive de kendsgerninger, beviser og argumenter, der begrunder påstanden om, at der ikke er gjort reel brug af det anfægtede varemærke inden for Fællesskabet.

91. Efter min opfattelse skal den, der fremsætter begæringen, klart angive de retlige påstande, han nedlægger, og identificere de relevante faktiske omstændigheder og beviser til støtte herfor, som får ham til at fremsætte begæring om fortabelse af det omtvistede varemærke. Det er dermed utilstrækkeligt at fremsætte en betydningsløs eller uunderbygget begæring om fortabelse. Harmoniseringskontoret skal afvise sådanne begæringer. Jeg er enig med Systemtechnik i, at varemærkeindehaveren ellers risikerer stedse at skulle forsvare sig mod begæringer om fortabelse.

92. Samtidig bliver udøvelsen af retten til at fremsætte begæring om fortabelse umulig eller uforholdsmæssigt vanskelig, hvis den, der fremsætter begæringen, skal fremlægge negativt bevis, dvs. godtgøre, at der ikke foreligger reel brug.

93. Det er derfor min opfattelse, at den, der fremsætter begæringen, ikke skal fremlægge detaljerede beviser for varemærkeindehaverens manglende reelle brug. Vedkommende skal snarere komme med gode argumenter for, at der er rimelig tvivl om brugen af varemærket.

94. Hvis begæringen kan antages til realitetsbehandling, bestemmer gennemførelsesforordningen udtrykkeligt, at indehaveren skal godtgøre, at der er gjort reel brug af varemærket. Det er indehaveren, der er bedst i stand til at fremlægge detaljerede beviser for, hvordan varemærket er blevet brugt i overensstemmelse med den almindelige brugspligt i artikel 15, stk. 1, i forordning nr. 207/2009, og at godtgøre, hvorfor der ikke er grundlag for fortabelse af varemærket. Hvis indehaveren ikke gør dette, er varemærkebeskyttelsen ikke længere berettiget.

95. I modsætning til Systemtechnik er jeg ikke af den opfattelse, at artikel 76, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 giver grundlag for en anden fortolkning.

96. Artikel 76, stk. 1, vedrører ikke bevisbyrdefordelingen mellem den, der fremsætter begæringen, og varemærkeindehaveren i en fortabelsessag. Den definerer snarere omfanget af Harmoniseringskontorets bidrag til udredningen af sager, der verserer for det, og afgrænser fordelingen af ansvaret for udredningen mellem den kompetente myndighed og parterne i den for myndigheden verserende sag.

25 — Andre sprogversioner forekommer ikke at modsige denne forståelse. F.eks. anfører den franske tekst »l'Office demande au titulaire de la marque communautaire la preuve de l'usage de la marque au cours d'une période qu'il précise«, den nederlandske tekst anfører: »verzoekt het Bureau de eigenaar van het Gemeenschapsmerk binnen een door het Bureau te stellen termijn het bewijs van het normale gebruik van het merk te leveren«, og den tyske tekst har følgende ordlyd: »setzt das Amt dem Inhaber der Gemeinschaftsmarke eine Frist, innerhalb der er den Nachweis der ernsthaften Benutzung der Marke zu führen hat«.

97. Den første del af artikel 76, stk. 1, formulerer det brede princip, hvorefter Harmoniseringskontoret »[...] ex officio [prøver] de faktiske omstændigheder« »[u]nder sagsbehandlingen ved [dette]«. Den anden del opstiller en undtagelse, som finder anvendelse i sager vedrørende relative registreringshindringer. Når Harmoniseringskontoret prøver absolutte registreringshindringer, skal det dermed ex officio prøve de relevante faktiske omstændigheder, der vil kunne føre det til at bringe en sådan registreringshindring i anvendelse<sup>26</sup>.

98. Hvis den første del finder anvendelse, opstår spørgsmålet om bevisbyrdefordelingen mellem indehaveren af det anfægtede varemærke og den part, der fremsætter begæring om fortabelse, ikke nødvendigvis, eftersom Harmoniseringskontoret udtrykkeligt har pligt til at spille en aktiv rolle i undersøgelsen af de relevante faktiske omstændigheder.

99. Den finder dog efter min opfattelse ikke anvendelse.

100. Det er korrekt, at den første dels rækkevidde er beskrevet med den brede betegnelse »sagsbehandlingen«. Den sonderer ikke mellem sagerne. Den anden del finder derimod anvendelse i »sager vedrørende relative registreringshindringer«. En streng ordlydsfortolkning af begge dele forekommer at antyde, at fortabelsessager er omfattet af den almindelige regels rækkevidde, fordi sådanne sager er sager ved Harmoniseringskontoret, og de er ikke sager vedrørende relative registreringshindringer.

101. Så vidt jeg ved, har Domstolen endnu ikke behandlet anvendelsen af den første eller den anden del af artikel 76 i fortabelsessager såsom den her omhandlede. Domstolen har snarere bekræftet, at den første del finder anvendelse, når sagen omhandler absolutte registreringshindringer, dvs. hindringer, der *ikke* vedrører ældre rettigheder, og som fører til en *ex parte*-procedure ved Harmoniseringskontoret. Fortabelsessager er derimod *inter partes*-sager.

102. Systemtechnik, Clean Solutions og Harmoniseringskontoret har hver især forsøgt at udvide rækkevidden af enten den første eller den anden del.

103. Det er min opfattelse, at disse argumenter ikke kan tages til følge, da ordlyden af artikel 76, stk. 1, er klar: Den første del finder anvendelse på sagsbehandlingen ved Harmoniseringskontoret, mens den anden del finder anvendelse i sager vedrørende relative *registreringshindringer* for et varemærke. Selv hvis, således som Retten udtalte i præmis 52 i dommen i sag T-434/09, der kan drages en parallel mellem relative og absolutte fortabelsesgrunde og registreringshindringer, er det ikke min opfattelse, at der er en tilsvarende parallel mellem selve fortabelsen og udelukkelsen fra registrering.

104. En læsning af artikel 76, stk. 1, i lyset af bestemmelsens sammenhæng, genstand og formål viser – på trods af ordlyden – at Harmoniseringskontoret ikke har pligt til at prøve de faktiske omstændigheder ex officio under omstændigheder som i denne sag omtvistede.

105. For det første kan en påstand om, at der ikke er gjort reel brug af et registreret EF-varemærke, kun nedlægges i *inter partes*-procedurer. Harmoniseringskontoret kan ikke ex officio forkaste en indsigelse mod registrering eller ophæve et registreret varemærke af grunde, der er knyttet til manglende reel brug. En påstand kan snarere nedlægges (i) af en ansøger i dennes forsvar mod en part, der rejser indsigelse mod registreringen (artikel 42, stk. 2, i forordning nr. 207/2009), (ii) som begrundelse for at begære fortabelse af et eksisterende EF-varemærke [artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009], eller (iii) som grundlag for et modkrav i en indsigelsessag (artikel 100 i

26 — Jf. f.eks. dom af 9.9.2010, sag C-265/09 P, KHIM mod Borco-Marken-Import Matthiesen, Sml. I, s. 8265, præmis 57.

forordning nr. 207/2009). Efter min opfattelse vil det være absurd, hvis artikel 76 skulle forstås således, at den i hvert af disse tilfælde medfører, at en part skal nedlægge en påstand, og det derefter er op til Harmoniseringskontoret at eftersøge og fremlægge bevis til støtte for denne påstand eller til støtte for den part, der påstås ikke at have brugt sit varemærke.

106. For det andet vil det være fuldstændigt upraktisk og ineffektivt, hvis Harmoniseringskontoret ex officio skal prøve, om der er gjort reel brug af et varemærke eller ikke. Harmoniseringskontoret kan ikke forventes at fremskaffe »samtlige faktiske omstændigheder, der kan godtgøre, at den handelsmæssige brug af varemærket virkelig finder sted i erhvervsmæssigt øjemed, navnlig om der er tale om 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«<sup>27</sup>.

107. Disse faktiske forhold og omstændigheder kan fremlægges for Harmoniseringskontoret gennem forskellige former for bevis, der er beskrevet i artikel 78 i forordning nr. 207/2009 og i individuelle bestemmelser, der vedrører pligten til reel brug, selv om andre former for bevis forekommer at kunne antages til realitetsbehandling. Disse former for bevis, såsom emballager, etiketter, prislister, kataloger mv., er væsentlige beviser, der er til rådighed for den part, der påstås ikke at have brugt sit varemærke. Selv om Harmoniseringskontoret kan anmode parten om at fremlægge sådanne beviser, kan det ikke selv finde dem. Det er åbenbart, at hvis fortabelsessager skal forløbe gnidningsløst og effektivt, skal Harmoniseringskontoret ikke pålægges den byrde ex officio at prøve de faktiske omstændigheder, der er relevant for at godtgøre, om der er faktisk er gjort reel brug af varemærket.

108. For det tredje opstiller forordning nr. 207/2009 og gennemførelsesforordningen specifikke regler, der regulerer bevisbyrdefordelingen i ugyldigheds- og indsigelsessager, hvor der er fremsat påstand om manglende brug<sup>28</sup>. Hvad angår hver af disse sager bestemmer dette regelsæts ordlyd udtrykkeligt – med næsten identisk ordlyd – hvilken part der skal fremlægge bevis for reel brug. Hvis en ordlydsfortolkning af artikel 76, stk. 1, var korrekt, ville indehaveren af et ældre varemærke imidlertid have bevisbyrden i ugyldigheds- og indsigelsessager, mens det i fortabelsessager (hvor der også kan nedlægges påstand om manglende brug) ville være op til Harmoniseringskontoret at prøve den samme slags spørgsmål ex officio.

109. Det følger også heraf, at Systemtechniks argument, hvorefter Harmoniseringskontoret kan prøve alle de oplysninger, der er blevet fremlagt for det, uanset fremlæggelsesdatoen, ikke har nogen værdi.

110. Det er på denne baggrund min opfattelse, at det andet appelanbringende i sag C-609/11 P og det andet appelanbringende og det tredje appelanbringendes første led i sag C-610/11 P skal forkastes som ugrundet. Retten begik ikke en retlig fejl ved i præmis 46 i dommen i sag T-427/09 at konkludere, at den reelle brug ikke var bevist, fordi Systemtechnik valgte at begrænse de fremlagte beviser, hvorved Retten angav, at indehaveren har bevisbyrden i denne form for sager. Retten begik heller ikke en retlig fejl ved at indtage samme standpunkt på et mere udtrykkeligt grundlag i præmis 55 i dommen i T-434/09.

27 — Kendelse af 27.1.2004, sag C-259/02, La Mer Technology, Sml. I, s. 1159, præmis 27. Jf. også dom af 11.3.2003, sag C-40/01, Ansul, Sml. I, s. 2439, præmis 36-43, af 11.5.2006, sag C-416/04 P, Sunrider mod KHIM, Sml. I, s. 4237, præmis 70, og af 19.12.2012, sag C-149/11, Leno Marken, præmis 29.

28 — Jf. f.eks. artikel 42, stk. 2, og artikel 57, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 og gennemførelsesforordningens regel 22. Jf. også punkt 115-118 nedenfor.

*Manglende fastslåelse af, at Harmoniseringskontoret kan tage hensyn til dokumenter, der er fremlagt af klageren i sager ved appelkammeret: artikel 51, stk. 1, litra a), og artikel 76 i forordning nr. 207/2009 (det tredje appelanbringendes andet led i sag C-610/11 P)*

111. Det tredje appelanbringendes andet led i sag C-610/11 P bliver relevant, hvis Domstolen forkaster det argument, at Harmoniseringskontoret skal prøve de relevante faktiske omstændigheder ex officio.

112. Hvis Harmoniseringskontorets efterprøvelse i fortabelsessager som den her omhandlede er begrænset til kendsgerninger, beviser og argumenter, som parterne har gjort gældende, har Systemtechnik gjort gældende, at Retten tilsidesatte artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009, da den fandt, at Harmoniseringskontoret ikke havde en skønsmæssig beføjelse til at tage hensyn til beviser, der blev fremlagt efter udløbet af den af Harmoniseringskontoret fastsatte frist. Systemtechnik har i denne henseende gjort gældende, at gennemførelsesforordningens regel 40, stk. 5, ikke er en undtagelse til det almindelige princip, hvorefter Harmoniseringskontoret har et skøn i sådanne sager.

113. Systemtechniks argument er tilsvarende det argument, som støttede det eneste appelanbringende i sag C-621/11 P, New Yorker SHK Jeans mod KHIM – en sag, hvori jeg også fremsætter mit forslag til afgørelse i dag. Den sag vedrører en indsigelsessag, hvor indsigeren efter ansøgerens anmodning skulle fremlægge bevis for reel brug af sit varemærke. Harmoniseringskontoret tog hensyn til det af indsigeren fremlagte materiale som svar på Harmoniseringskontoret opfordring til at svare på ansøgerens argument, hvorefter de allerede fremlagte beviser var utilstrækkelige til at godtgøre reel brug. I mit forslag til afgørelse i den sag konkluderede jeg, at gennemførelsesforordningens regel 22, stk. 2, sammenholdt med artikel 42 i forordning nr. 207/2009, ikke er til hinder for, at Harmoniseringskontoret har en skønsmæssig beføjelse til at tage hensyn til beviser, der er fremlagt efter udløbet af den oprindeligt fastsatte frist, forudsat at dette skøn udøves på en måde, som garanterer overholdelsen af princippet om god forvaltningsskik, procesøkonomi og beskyttelse af retten til at blive hørt. Det er med andre ord ikke min opfattelse, at det aldrig er muligt for Harmoniseringskontoret at udøve et skøn i indsigelsessager med henblik på at tage hensyn til yderligere beviser.

114. I sammenhæng med fortabelsessager er det min opfattelse, at et tilsvarende spørgsmål skal besvares anderledes.

115. Der er ingen bestemmelse tilsvarende artikel 42, stk. 2, i forordning nr. 207/2009, der finder anvendelse i fortabelsessager. Selv om artikel 57, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 er funktionelt tilsvarende artikel 42, stk. 2, finder den kun anvendelse i ugyldighedssager.

116. Hvorfor er der ikke en sådan tilsvarende bestemmelse for fortabelsessager, når begæringen bygger på manglende brug af det anfægtede varemærke?

117. I indsigelses- og ugyldighedssager påberåbes den manglende reelle brug som en reaktion på henholdsvis indsigelsen eller begæringen om, at varemærket erklæres ugyldigt. Artikel 42, stk. 2, og artikel 57, stk. 2, opstiller de processuelle rammer, der finder anvendelse på en processuel problemstilling under sager, der reguleres af et særskilt regelsæt.

118. I en fortabelsessag gøres den manglende reelle brug ikke gældende på en tilsvarende måde. Den udgør snarere grundlaget for selve begæringen. Det er derfor logisk, at lovgiver ikke opstillede et særskilt regelsæt, der svarer til det i artikel 42, stk. 2, og artikel 57, stk. 2, opstillede.

119. Hvis dette er tilfældet, er der da nogen andre bestemmelser i forordning nr. 207/2009, som forhindrer Harmoniseringskontoret i at udøve denne form for skønsmæssig beføjelse, der er beskrevet i artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009, i fortabelsessager?

120. Artikel 57, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 er den eneste bestemmelse, som regulerer indleveringen af bemærkninger i fortabelsessager. Den formulerer den samme regel som den, der finder anvendelse på efterprøvelsen af en indsigelse og begæringen om ugyldighed, nemlig at »Harmoniseringskontoret [under behandlingen af begæringen] om fornødent [opfordrer] parterne til inden for en af Harmoniseringskontoret fastsat frist at udtale sig om meddelelser fra dette eller om indlæg fra de øvrige parter«<sup>29</sup>. Denne bestemmelse fastsætter ikke de følger, der er knyttet til en for sen fremlæggelse af beviser. Den specificerer heller ikke på nogen anden måde en regel, der adskiller sig fra den i artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 formulerede, som – således som det erindres – udtrykkeligt giver Harmoniseringskontoret mulighed for at »se bort fra kendsgerninger og beviser, som ikke er påberåbt eller fremført rettidigt af de pågældende parter«.

121. I denne sag havde Harmoniseringskontoret derfor en skønsbeføjelse til at se bort fra fremlæggelse af yderligere beviser til støtte for forretningsførerens erklæring på tro og love efter udløbet af den fastsatte tidsfrist.

122. Kan en bestemmelse i gennemførelsesforordningen, såsom regel 40, stk. 5, ikke desto mindre udelukke dette skøn?

123. Nej.

124. Det er ikke min opfattelse, at gennemførelsesforordningen kan udelukke anvendelsen af artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 uden hjemmel i selve forordning nr. 207/2009 for en sådan udelukkelse.

125. Jeg tager udgangspunkt i den regel, der er opstillet i artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009. I dommen i sagen KHIM mod Kaul fandt Domstolen, at den almindelige regel finder anvendelse, medmindre der er en udtrykkelig bestemmelse om det modsatte, som udelukker dette skøn<sup>30</sup>.

126. Hvor kan vi lede efter en sådan bestemmelse?

127. I forordning nr. 207/2009 eller i gennemførelsesforordningen.

128. Hvad angår den sidstnævnte sonderer jeg mellem to mulige kategorier af regler. For det første kan der være en regel i gennemførelsesforordningen, som bekræfter en regel, der findes i forordning nr. 207/2009, som udelukker skønnet. Der kan bestemt argumenteres for, at dette er den korrekte forståelse af forholdet mellem gennemførelsesforordningens regel 22, stk. 2, og artikel 42, stk. 2, andet punktum, i forordning nr. 207/2009<sup>31</sup>. For det andet kan det være, at der ikke findes nogen bestemmelse i forordning nr. 207/2009, som udelukker skønnet, mens der kan være en regel i gennemførelsesforordningen. Kan en regel i gennemførelsesforordningen under disse omstændigheder imidlertid udgøre et tilstrækkeligt grundlag for at konkludere, at Harmoniseringskontoret ikke har et skøn?

129. Det kan det efter min opfattelse ikke. Gennemførelsesforordningen kan ikke modsige forordning nr. 207/2009.

29 — Artikel 42, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 fastsætter den samme regel i sammenhæng med indsigelsessager. Artikel 57, stk. 1, finder også anvendelse på efterprøvelsen af begæringen om ugyldighed.

30 — Dom af 13.3.2007, sag C-29/05 P, Sml. I, s. 2213, præmis 42.

31 — Denne problemstilling behandles i appellen i sag C-621/11 P, New Yorker SHK Jeans mod KHIM.



130. Efter min opfattelse er gennemførelsesforordningens regel 40, stk. 5, et eksempel på den anden form for regel. Det første punktum i den regel gør artikel 57, stk. 1, praktisk gennemførlig og gennemfører den ved at fastlægge, hvordan Harmoniseringskontoret skal udøve det skøn, det har i sammenhæng med en begæring om fortabelse i henhold til artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009. Derimod opstiller det andet punktum en regel, der er modsat den regel, der findes i forordning nr. 207/2009: Den udelukker skønnet og anvendelsen af artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009.

131. Forordning nr. 207/2009 siger dermed »ja, der er et skøn«, og gennemførelsesforordningen siger »der er *ikke* et skøn«. Under disse omstændigheder er det min opfattelse, at gennemførelsesforordningen modsiger forordning nr. 207/2009. Den sidstnævnte skal derfor gives fortrinsret.

132. Jeg er dermed enig med Systemtechnik i, at Retten tilsidesatte artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 ved i præmis 63 i dommen i sag T-434/09 at finde, at gennemførelsesforordningens regel 40, stk. 5, er en bestemmelse, der er til hinder for den form for skøn, der er beskrevet i artikel 76, stk. 2.

133. Jeg konkluderer derfor, at appellen er begrundet, for så vidt som den angår det tredje appelanbringendes andet led i sag C-609/11 P.

134. Retten burde have konkluderet, at Harmoniseringskontoret havde et skøn, og derefter have undersøgt, hvordan Harmoniseringskontoret og navnlig appelkammeret havde udøvet dette skøn i denne sag.

*Konstateringen, hvorefter blot minimal brug ikke kan udgøre reel brug: artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009 (tredje appelanbringende i sag C-609/11 P)*

135. Jeg forkaster den påstand, at Retten begik en retlig fejl i præmis 26 i dommen i sag T-427/09 ved at lægge til grund, at reel brug ikke kan fortolkes således, at den omfatter minimal brug, der ikke er tilstrækkelig.

136. Clean Solutions og Harmoniseringskontoret har med rette anført, at dette appelanbringende er ugrundet, fordi Systemtechnik har forvansket indholdet af konklusionen i dommens præmis 26.

137. Præmis 26 indledes som følger: »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 [...]«. Retten beskrev, hvorledes brugen på et givet marked kan bevises og anses for at bidrage til at godtgøre den reelle brug af varemærket. Det fremgår klart af den første del af sætningen, sammenholdt med den anden del, hvor Retten fortsatte med at fastslå, at godtgørelse for brug på et givet marked ikke kræver bevis for handelsmæssig succes, økonomisk strategi eller en kvantitativt væsentlig handelsmæssig brug. Det følger også af præmis 26, sammenholdt med præmis 25, hvor Retten definerede begrebet »reel brug af et varemærke«.

138. Jeg tiltræder Rettens fremgangsmåde her.

139. Efter min opfattelse gjorde Retten det i dommens præmis 26 klart, at ingen af disse faktorer i sig selv kan danne grundlag for at konkludere, at der er gjort faktisk brug af et varemærke på et givet marked. Retten bemærkede i overensstemmelse hermed videre i præmis 28, at »[e]t mindre antal varer eller tjenesteydelser, der markedsføres under det omhandlede varemærke, [...] således [kan] kompenseres ved, at det pågældende varemærke tidligere er anvendt meget intensivt eller med en vis regelmæssighed og omvendt«, og i præmis 29, at »[j]o 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 [...]«. Efter min opfattelse er begrundelsen helt overensstemmende med behovet for en samlet bedømmelse af alle relevante faktorer, således som Domstolen har udtalt for nylig i Leno Merken-dommen<sup>32</sup>.

140. Jeg konkluderer derfor, at det tredje appelanbringende er ugrundet.

*Undladelse af at forkaste Harmoniseringskontorets standpunkt vedrørende bevisværdien af erklæringen på tro og love fra appellansens forretningsfører: artikel 78, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009 og gennemførelsesforordningens regel 22 (det fjerde appelanbringende i sag C-609/11 P) og artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009 (det første appelanbringende i sag C-610/11 P)*

141. Systemtechnik forekommer i sag C-609/11 P at argumentere for, at Retten i dommen i sag T-427/09 fandt, at erklæringen på tro og love fra appellansens forretningsfører ikke kan antages som bevis.

142. Efter min opfattelse drog Retten ikke en sådan konklusion.

143. Jeg kan intet sted i dommen finde nogen angivelse af, at Retten erklærede erklæringen på tro og love (eller nogen andre af de former for bevis, der var blevet fremlagt for appelkammeret) for at være bevis, der ikke kunne antages til realitetsbehandling. Retten bedømte snarere i præmis 37 bevisværdien af erklæringen på tro og love under de særlige omstændigheder i den sag, den skulle behandle. I præmis 33 bemærkede Retten, at appelkammerets begrundelse byggede på samspillet mellem fotografiernes og de fire fakturaers bevisværdi. Retten granskede derefter denne begrundelse i præmis 34-36. Retten konkluderede på grundlag af den faktiske bedømmelse af disse to former for bevis i præmis 37 med udtalelsen om, at der var »relativt svage beviser for salg i forhold til det beløb, der var angivet i forretningsførerens erklæring«. Denne bedømmelse af faktiske omstændigheder er ikke omfattet af Domstolens beføjelser i en appelsag.

144. Det er derfor min opfattelse, at det fjerde appelanbringende i sag C-609/11 P skal afvises.

145. Det første appelanbringende i sag C-610/11 P er overlappende med det fjerde appelanbringende i sag C-609/11 P om Rettens standpunkt vedrørende erklæringen på tro og love.

146. I sag C-610/11 P har Systemtechnik påstået, at Retten begik en retlig fejl i præmis 34 i dommen i sag T-434/09 ved at finde, at en erklæring på tro og love fra varemærkeindehaverens forretningsfører kun kan have bevisværdi, hvis erklæringen støttes af andre beviser.

147. Rettens begrundelse i sag T-434/09 vedrørte den principielle bevisværdi af en erklæring på tro og love. Retten koncentrerede sig i præmis 33 om de faktorer, der er relevante for bedømmelsen af bevisværdien og ikke antagelsen til realitetsbehandling af den form for erklæringer, der er opregnet i artikel 78, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009. Disse faktorer omfatter »dokumentets oprindelse, omstændighederne ved dets udarbejdelse, modtageren af dokumentet og [...] spørgsmålet, om dokumentet efter sit indhold forekommer fornuftigt og troværdigt«. Retten bedømte derefter i præmis 34 på grundlag af disse betragtninger bevisværdien af den erklæring på tro og love, som Systemtechnik havde fremlagt. Retten besluttede »[u]nder hensyntagen til den åbenbare forbindelse mellem erklæringens ophavsmand og sagsøgeren«, at »erklæring[en] kun kan tillægges bevisværdi, hvis den er bekræftet af det, der fremgår af de fremlagte fjorten fotografier og fire fakturaer«.

32 — Nævnt i fodnote 27 ovenfor, præmis 29.

148. Systemtechnik har udtrykkeligt anfægtet bedømmelsen i præmis 34 i dommen i sag T-434/09. Præmissen indeholder imidlertid (i modsætning til begrundelsen i præmis 33) Rettens bedømmelse af faktiske omstændigheder. Den er dermed ikke omfattet af Domstolens kompetence i appelsagen.

149. Det er derfor min opfattelse, at det første appelanbringende i sag C-610/11 P skal afvises.

*Undladelse af at fastslå, at regel 40, stk. 5, ikke finder anvendelse: gennemførelsesforordningens regel 40, stk. 5 (det fjerde appelanbringende i sag C-610/11 P)*

150. I lyset af min konklusion vedrørende det tredje appelanbringende i sag C-610/11 P er det min opfattelse, at det er uforholdsmæssigt at undersøge anvendelsen af gennemførelsesforordningens regel 40, stk. 5.

### Hjemvisning

151. I henhold til artikel 61, stk. 1, i Domstolens statut skal Domstolen ophæve Rettens dom, hvis Domstolen giver appellanten medhold. Hvis sagen er moden til påkendelse, kan Domstolen selv træffe endelig afgørelse i sagen. Den kan også hjemvise sagen til Retten.

152. Jeg har konkluderet, at appellanten skal have medhold i sag C-610/11 P for så vidt angår det forhold, at Harmoniseringskontoret har en skønsmæssig beføjelse til at tage hensyn til bevis for reel brug, der ikke er fremlagt rettidigt.

153. På baggrund af de faktiske omstændigheder, der er til rådighed, og parternes udveksling af argumenter herom, både for Retten og for Domstolen, er det min opfattelse, at det er muligt for Domstolen at træffe endelig afgørelse om, hvorvidt appelkammeret udøvede sit skøn korrekt.

154. I denne sag behandlede Retten ikke i forbindelse med det tredje anbringende appelkammerets subsidiære konklusion, hvorefter det, hvis det havde haft et skøn, ville have besluttet ikke at tage hensyn til beviserne, fordi der ikke var givet nogen forklaring på, hvorfor de først blev fremlagt for appelkammeret.

155. Efter min opfattelse gav appelkammeret en utilstrækkelig begrundelse for sin afgørelse om at udøve skønnet til skade for appellanten. Appelkammeret undlod navnlig at overveje bevisernes relevans for fortabelsessagens resultat, dvs. problemstillingen om, hvorvidt appellanten skulle miste rettighederne til sit varemærke, og at tage stilling til annullationsafdelingens manglende svar på Systemtechniks anmodning (på grundlag af fortrolighedshensyn) om, at der skulle træffes en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse, og om at angive, hvorvidt den ønskede fremlæggelse af andre beviser og individuelle dokumenter til sagsakterne. På baggrund af de faktiske omstændigheder, der er til rådighed, er det min opfattelse, at appelkammeret skulle have overvejet og vurderet disse to forhold, da det tog stilling til, hvordan dets skøn skulle udøves.

156. Jeg konkluderer derfor, at appelkammerets afgørelse skal annulleres.

### Sagens omkostninger

157. Ifølge procesreglementets artikel 138, stk. 1, som i medfør af samme reglements artikel 184, stk. 1, finder anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter, anfører artikel 138, stk. 3, at hver part bærer sine egne omkostninger, og hvis det efter omstændighederne findes begrundet, kan Domstolen beslutte, at en part skal betale en del af modpartens omkostninger.

158. Alle parterne har i hver sag nedlagt påstand om, at modparten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

159. I sag C-609/11 P er det min opfattelse, at Systemtechnik skal betale sagens omkostninger, da virksomheden har tabt sagen. I sag C-610/11 P skal hver part bære sine egne omkostninger, fordi de hver især har vundet på visse punkter.

### **Forslag til afgørelse**

#### *Sag C-609/11 P*

160. På baggrund af ovenstående begrundelse foreslår jeg, at Domstolen bør:

- »forkaste appellen i sin helhed, og
- pålægge Systemtechnik at betale de af Harmoniseringskontoret og Clean Solutions afholdte omkostninger.«

#### *Sag C-610/11 P*

161. På baggrund af ovenstående begrundelse foreslår jeg, at Domstolen bør:

- »ophæve Rettens dom i sag T-434/09, Centrotherm Systemtechnik mod KHIM – centrotherm Clean Solutions (CENTROTHERM)
- annullere afgørelsen truffet den 25. august 2009 af appelkammeret ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM), for så vidt som den afslog klagen over annullationsafdelingens afgørelse af 30. oktober 2007, og
- pålægge hver part at bære sine egne omkostninger.«