



Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Ottende Afdeling)

11. december 2014*

»EF-varemærker — indsigelsessag — ansøgning om et tredimensionalt EF-varemærke — form som et græsstrå i en flaske — ældre nationalt tredimensionalt varemærke — reel brug af det ældre varemærke — artikel 75 og artikel 76, stk. 1 og 2, i forordning (EF) nr. 207/2009 — fremlæggelse af beviser for første gang for appelkammeret — skønsmæssig beføjelse i henhold til artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 — begrundelsespligt«

I sag T-235/12,

CEDC International sp. z o.o., Oborniki Wielkopolskie (Polen), ved advokaterne M. Siciarek, G. Rząsa og J. Mrozowski,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved D. Walicka, som befuldmægtiget,

sagsøgt,

den anden part i sagen for appelkammeret ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) og intervenient ved Retten:

Underberg AG, Dietlikon (Schweiz), ved advokaterne V. von Bomhard, A. Renck og J. Fuhrmann,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 26. marts 2012 af Fjerde Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 2506/2010-4) vedrørende en indsigelsessag mellem Przedsiębiorstwo Polmos Białystok (Spółka Akcyjna) og Underberg AG,

har

RETTEN (Ottende Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, D. Gratsias, og dommerne M. Kancheva (refererende dommer) og C. Wetter,

justitssekretær: fuldmægtig C. Heeren,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 29. maj 2012,

* Processprog: tysk.

under henvisning til svarskriftet fra Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design), der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 31. oktober 2012,

under henvisning til intervenientens svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 31. oktober 2012,

under henvisning til replikken, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 29. januar 2013,

under henvisning til duplikken fra Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design), der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 6. maj 2013,

under henvisning til intervenientens duplik, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 6. maj 2013,

under henvisning til Rettens skriftlige spørgsmål til parterne,

under henvisning til de indlæg, der blev indleveret af parterne til Rettens Justitskontor den 30. april og den 5. maj 2014,

og efter retsmødet den 5. juni 2014,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

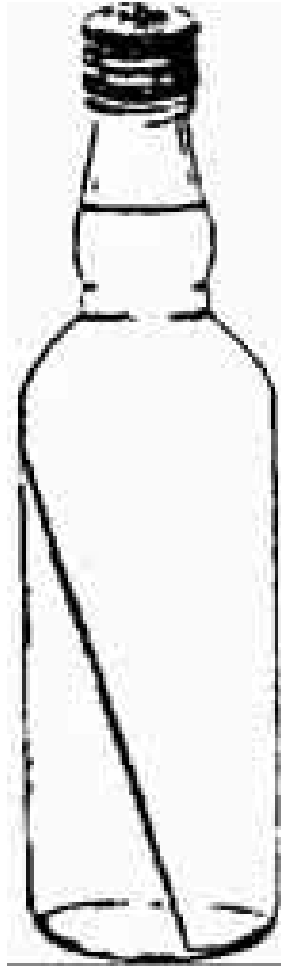
- 1 Den 1. april 1996 indgav intervenienten, Underberg AG, en ansøgning om registrering af et EF-varemærke til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«) i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), med senere ændringer (erstattet af Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26.2.2009 om EF-varemærker (EUT L 78, s. 1)).

- 2 Det varemærke, der er søgt registreret, er det nedenfor gengivne tredimensionale tegn:



- 3 Det ansøgte tredimensionale EF-varemærke svarer til følgende beskrivelse: »Et grønbrunt græsstrå i en flaske; længden på græsstrået svarer til ca. tredjedele af flasken.«
- 4 De varer, som registreringsansøgningen vedrører, henhører bl.a. under klasse 33 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer til følgende beskrivelse: »spirituosa og likører«.
- 5 EF-varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EF-Varemærketidende* nr. 51/2003 af 23. juni 2003.
- 6 Den 15. september 2003 rejste Przedsiębiorstwo Polmos Białystok (Spółka Akcyjna) – som sagsøgeren, CEDC International sp. z o.o., er trådt i stedet for efter en fusion gennem overtagelse, der fandt sted i 2011 – indsigelse i henhold til artikel 42 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 41 i forordning nr. 207/2009) mod registreringen af det ansøgte varemærke for de ovenfor i præmis 4 nævnte varer.

- 7 Indsigelsen var bl.a. støttet på det ældre franske tredimensionale varemærke i den form, det blev ansøgt den 18. september 1995, registreret den 18. april 1997 under nr. 95588457 og fornyet den 9. juni 2005 for »alkoholdige drikkevarer«, indeholdt i klasse 33 i Nicearrangementet, således som det er gengivet herunder:



- 8 Dette franske tredimensionale varemærke svarer til følgende beskrivelse: »En flaske, som gengivet ovenfor, hvori der er placeret et græsstrå, der er placeret næsten diagonalt i flaskens krop«.
- 9 Indsigelsen var ligeledes støttet på det tyske varemærke nr. 39848553, de polske varemærker nr. 62018, 62081 og 85811, det japanske varemærke nr. 2092826, det franske varemærke nr. 98746752 samt nogle ikke-registrerede tegn, der er blevet påberåbt i forskellige medlemsstater i Den Europæiske Union.
- 10 De registreringshindringer, der blev påberåbt til støtte for indsigelsen, var for det første dem, der er omhandlet i artikel 8, stk. 1, litra a) og b), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 8, stk. 1, litra a) og b), i forordning nr. 207/2009] for det ældre franske tredimensionale varemærke, der er gengivet i præmis 7 ovenfor, for det andet dem i artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 40/94 (nu artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 207/2009) for samme varemærke samt de registrerede varemærker, der er angivet i præmis 9 ovenfor, og for det tredje dem i artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 (nu artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 207/2009) for de ikke-registrerede tegn, der er nævnt i præmis 9 ovenfor.
- 11 Den 11. juli 2007 indgav sagsøgeren beviser for brug af det ældre franske tredimensionale varemærke inden for den af indsigelsesafdelingen fastsatte frist den 1. august 2007 som svar på en anmodning herom fra intervenienten. Den 3. juli 2008 fremførte sagsøgeren sin argumentation angående beviserne for denne brug.

- 12 Den 18. oktober 2010 forkastede indsigelsesafdelingen indsigelsen i sin helhed. Den fandt bl.a., at de fremlagte beviser var utilstrækkelige med henblik på at fastslå en reel brug af det ældre franske tredimensionale varemærke, og at den omstændighed, at etiketten på den markedsførte flaske indeholdt begrebet »żubrówka« og gengav en bisonokse, forandrer dette varemærkes særpræg og afviger fra den form, hvorunder det er registreret.
- 13 Den 17. december 2010 indgav sagsøgeren i henhold til artikel 58-64 i forordning nr. 207/2009 en klage til Harmoniseringskontoret over indsigelsesafdelingens afgørelse. Den 18. februar 2011 indleverede sagsøgeren en skriftlig begrundelse for klagen, hvortil der var vedlagt beviser for brugen, som ikke var blevet fremlagt for indsigelsesafdelingen.
- 14 Ved afgørelse af 26. marts 2012 (herefter »den anfægtede afgørelse«) afslog Fjerde Appellkammer ved Harmoniseringskontoret klagen i sin helhed.
- 15 Hvad for det første angår indsigelsesgrunden i artikel 8, stk. 1, litra a) og b), i forordning nr. 207/2009 har appelkammeret for så vidt angår de beviser for brugen, som sagsøgeren har fremlagt for det, indledningsvis bemærket følgende:

»13 De beviser for brugen, som [sagsøgeren] har fremlagt, omfatter bl.a. to beedigede erklæringer, hvoraf den ene hidrører fra [sagsøgerens] økonomidirektør og bestyrelsesformand og den anden fra den administrerende direktør for Pernod S.A., som er eneforhandler af [sagsøgerens] »Żubrówka«-vodka på det franske område. Disse beedigede erklæringer angiver, at i løbet af perioden mellem 2000 og 2004 blev »alle flasker ZUBROWKA-vodka, der blev solgt i Frankrig, markedsført i en flaske, der indeholder et bøffelgræsstrå, som er identisk med det, der er gengivet i den franske registrering nr. 95 588 457«. Den følgende gengivelse af vodkaen af mærket

ZUBROWKA, således som den er angivet at være blevet solgt i Frankrig i løbet af den relevante periode[, der strækker sig fra den 23. juni 1998 til den 22. juni 2003], var vedlagt de to beedigede erklæringer:



- 14 Beviserne omfatter desuden et vist antal brochurer rettet mod de franske forhandlere vedrørende årene 1999-2002, der viser de følgende gengivelser af vodkaen »Żubrówka«:
- 15 På samme måde omfatter beviserne et vist antal brochurer fra årene 2003-2006, der blev distribueret af franske supermarkeder, der viser de følgende gengivelser af »Żubrówka«-vodkaen:
- 16 Der er ikke blevet fremlagt nogen andre gengivelser end dem, der er gengivet i de tre ovenstående punkter.«
- 16 Appellammeret fandt dernæst, at det franske varemærke, hvis brug var blevet bevist, bestod af en »almindelig formet flaske, der på flaskekroppen indeholdt en linje, der str[akte] sig diagonalt fra den venstre del af flasken lige under flaskehalsen til den modsatte kant af bunden«, således som den er gengivet i præmis 7 ovenfor, at beviset for brugen viste flasker med to forskellige former, men altid med den samme bemærkelsesværdige og uigennemtsigtige etikette »ZUBROWKA BISON VODKA«, der dækkede en væsentlig del af flaskerne, og at den diagonale linje ikke var anbragt på ydersiden og ikke fandtes på selve etiketten. Appellammeret fandt desuden, at det på grund af etiketten ikke var muligt at se, hvad der befandt sig bagved etiketten eller inde i flaskerne.
- 17 Appellammeret fastslog endelig, at under disse omstændigheder havde sagsøgeren ikke bevist arten af brugen af det ældre franske tredimensionale varemærke, dvs. brugen af dette varemærke, således som det er registreret eller i en form, der kun ved enkeltheder, som ikke forandrer dette varemærkes

særpræg, afviger fra den form, hvorunder det er registreret. Heraf udledte appelkammeret, at idet dette varemærke var det eneste ældre varemærke, hvorpå indsigelsen i henhold til artikel 8, stk. 1, litra a) og b), i forordning nr. 207/2009 var støttet, måtte indsigelsen forkastes.

- 18 Hvad for det andet angår indsigelsesgrunden i artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 207/2009 fandt appelkammeret, at sagsøgeren ikke havde godtgjort den reelle brug af de ikke-registrerede tegn, der var blevet påberåbt i diverse medlemsstater i Den Europæiske Union (jf. præmis 9 ovenfor) bl.a. i Tyskland, og forkastede følgelig indsigelsen, der var støttet herpå.
- 19 Hvad for det tredje angår indsigelsesgrunden i artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 207/2009 fandt appelkammeret, at sagsøgeren hverken havde godtgjort den reelle brug af de påberåbte varemærker (jf. præmis 9 ovenfor), eller at der i henhold til de fremlagte kontrakter forelå et repræsentantforhold eller et forretningsmæssigt forhold til intervenienten, og forkastede følgelig indsigelsen, der var støttet herpå. For fuldstændighedens skyld tilføjede appelkammeret, at for visse af de påberåbte varemærker var det ikke bevist, at sagsøgeren var indehaveren, eller også lå tidspunktet for indgivelse af ansøgning herom senere end tidspunktet for indgivelsen af ansøgning om det anfægtede varemærke, eller at deres eksistens ikke var tilstrækkeligt understøttet i overensstemmelse med regel 19 i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 om EF-varemærker (EFT L 303, s. 1), bl.a. i mangel af oversættelse til engelsk, der var processprog i sagen for appelkammeret.

Parternes påstande

- 20 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:
- Den anfægtede afgørelse annulleres i sin helhed.
 - Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.
- 21 Harmoniseringskontoret og intervenienten har nedlagt følgende påstande:
- Frifindelse.
 - Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

Om formaliteten for så vidt angår de bilag, der er blevet fremlagt for første gang for Retten

- 22 Sagsøgeren har fremlagt bilag for første gang for Retten, der omfatter en dom af 24. august 2011 fra forvaltningsdomstolen i Warszawa (bilag C.2) og en afgørelse, truffet af det polske patentkontor den 19. oktober 2012 (bilag C.3) vedlagt et uddrag af den polske lov om industriel ejendomsret fra 2000 (bilag C.4.), der kunne have bekræftet, at det polske tredimensionale varemærke nr. 85811, der gengiver den famøse flaske med et græsstrå, netop har fået sin velkendte karakter på grund af det karakteristiske græsstrå i flasken. Sagsøgeren har gjort gældende, at disse bilag »fremlægger national retspraksis«, og støtter sig i denne henseende på Rettens retspraksis, hvorefter national retspraksis er blevet antaget til realitetsbehandling, selv om der ikke er blevet henvist hertil i forbindelse med sagen for Harmoniseringskontoret, således at hverken parterne eller Retten selv forhindres i ved fortolkningen af EU-retten at lade sig inspirere af elementer fra EU-retspraksis, national eller international retspraksis (jf. dom af 1.2.2012, T-291/09, Carrols mod KHIM – Gambettola (Pollo Tropical CHICKEN ON THE GRILL), Sml., EU:T:2012:39, præmis 34 og 35 og den deri nævnte retspraksis).

- 23 Harmoniseringskontoret og intervenienten har bestridt, at disse bilag kan antages til realitetsbehandling, og har anført, at disse bør afvises, da der er tale om fremlæggelse af nye faktiske omstændigheder. Intervenienten har ligeledes bestridt relevansen af, at sagsøgeren har påberåbt sig en flaske vodka, der indeholder et græsstrå, som var velkendt i Polen i 2011, med henblik på at afgøre, hvorvidt det ældre franske varemærke var velkendt i Frankrig mellem 1998 og 2003.
- 24 Det skal for det første fastslås, at disse bilag er fremlagt for første gang for Retten, ikke som nationale retsafgørelser, som Retten kan lade sig inspirere af ved fortolkningen af EU-retten, bl.a. forordning nr. 207/2009, som i den i dennes doms præmis 22 nævnte retspraksis, men som beviser for påstanden om, at et polsk tredimensionalt varemærke er velkendt, fordi der indgår et græsstrå heri.
- 25 Det er imidlertid fast retspraksis, at en sag, der er blevet indbragt for Retten, har til formål at efterprøve lovligheden af afgørelser fra Harmoniseringskontorets appelkamre i henhold til artikel 65 i forordning nr. 207/2009. Det følger af denne bestemmelse, at kendsgerninger, som ikke blev påberåbt af parterne ved Harmoniseringskontorets instanser, ikke kan påberåbes i forbindelse med et søgsmål, der indbringes for Retten, og at Retten ikke kan efterprøve de faktiske omstændigheder ved at tage hensyn til nye beviser, der fremlægges for første gang for Retten. Lovligheden af en afgørelse truffet af et appelkammer ved Harmoniseringskontoret må således vurderes på grundlag af de oplysninger, der forelå for appelkammeret på det tidspunkt, hvor det traf afgørelsen (jf. dom af 18.7.2006, C-214/05 P, Rossi mod KHIM, Sml., EU:C:2006:494, præmis 50-52 og den deri nævnte retspraksis, af 18.12.2008, C-16/06 P, Les Éditions Albert René mod KHIM, Sml., EU:C:2008:739, præmis 136-138 og den deri nævnte retspraksis, og dom af 16.1.2014, T-538/12, Optilingua mod KHIM – Esposito (ALPHATRAD), EU:T:2014:9, præmis 19 og den deri nævnte retspraksis).
- 26 Der skal derfor ses bort fra de af sagsøgeren fremlagte bilag C.2-C.4, idet de afvises, og det er ufornuddent at undersøge deres beviskraft.
- 27 Under alle omstændigheder bør disse beviser forkastes som irrelevante, eftersom de ikke vedrører brugen af det i denne sag omhandlede ældre franske varemærke i den relevante periode, men den nyere påstand angående et velkendt polsk varemærke, der ikke har nogen territorial tilknytning til det franske varemærke, og hvis eksistens desuden på ingen måde blev godtgjort for Harmoniseringskontoret inden for den relevante frist, således som Harmoniseringskontoret har anført i den anfægtede afgørelses punkt 34, hvilket sagsøgeren ikke har bestridt inden for rammerne af denne sag.

Om realiteten

- 28 Til støtte for sit søgsmål har sagsøgeren fremført tre anbringender, der henholdsvis vedrører for det første tilsidesættelse af legalitetsprincippet og af Harmoniseringskontorets *Vejledning for varemærkepraksis*, for det andet tilsidesættelse af artikel 15, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 og af regel 22, stk. 3, i forordning nr. 2868/95 samt af artikel 8, stk. 1, litra a), og af artikel 42, stk. 2 og 3, i forordning nr. 207/2009, og for det tredje tilsidesættelse af artikel 75 og artikel 76, stk. 1 og 2, i forordning nr. 207/2009.
- 29 Det bemærkes indledningsvis, at sagsøgeren har bestridt alle Harmoniseringskontorets konstateringer og vurderinger vedrørende indsigelsesgrundene, dvs. dem, der er anført i artikel 8, stk. 1, litra a), artikel 8, stk. 3, og i artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 207/2009. Sagsøgeren har imidlertid anført, at selskabet har begrænset sin argumentation alene til appelkammerets konklusioner vedrørende vurderingen af de fremlagte beviser, eftersom disse konklusioner på samme vis omfatter alle indsigelsesgrundene.

- 30 Retten har fundet det hensigtsmæssigt først at undersøge det tredje anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 75 og artikel 76, stk. 1 og 2, i forordning nr. 207/2009, som omhandler de beviser, der skal tages hensyn til i forbindelse med vurderingen af den reelle brug af det ældre franske varemærke.
- 31 Med dette tredje anbringende har sagsøgeren hævdet, at Harmoniseringskontoret har undladt at undersøge visse faktiske omstændigheder uden at give begrundelse herfor og derfor har tilsidesat artikel 75 og artikel 76, stk. 1 og 2, i forordning nr. 207/2009. Især skulle Harmoniseringskontoret have undladt at undersøge de gengivelser, som sagsøgeren har indleveret, der viser den omtvistede vare fra fire forskellige vinkler, ikke blot forfra, men ligeledes fra bagsiden og fra siden, hvilket ifølge sagsøgeren beviser, at det tredimensionale varemærke, der har form som et græsstrå i en flaske, i høj grad var synligt og faktisk havde været i brug. Harmoniseringskontoret skulle ligeledes have undladt at behandle andre beviser, såsom de artikler fra pressen og beskeder, der var offentliggjort på internetfora, som i sagsøgerens øjne bekræfter, at græsstrået i flasken af de franske forbrugere opfattes som et originalt og særpræget karakteristikum, og som således vedrører arten af varemærkets brug.
- 32 Sagsøgeren har i denne henseende gjort gældende, at idet appelkammeret ikke har rejst nogen kritik af, hvorvidt de beviser, der er vedlagt begrundelsen for klagen af 18. februar 2011 (jf. præmis 13 ovenfor), kan antages til realitetsbehandling, og ikke har henvist til artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009, bør det med rette antages, at appelkammeret fandt, at disse nævnte bevismidler kunne antages til realitetsbehandling. Selv hvis det antages, at appelkammeret havde til hensigt at afvise disse bevismidler fra realitetsbehandling, er begrundelsen for den anfægtede afgørelse under alle omstændigheder fejlbehæftet, for så vidt som appelkammeret i et sådant tilfælde skulle have givet en tilstrækkelig begrundelse for denne vurdering. Sagsøgeren har i denne henseende henvist til Domstolens retspraksis vedrørende nævnte bestemmelse. Sagsøgeren udleder heraf, at i det omfang, appelkammeret hverken har afvist de ovenfor nævnte bevismidler eller har afvist deres beviskraft, er det forpligtet til at tage hensyn til dem og undersøge dem. Undladelsen heraf udgør en tilsidesættelse af artikel 75 og artikel 76, stk. 1 og 2, i forordning nr. 207/2009.
- 33 Sagsøgeren har desuden kritiseret Harmoniseringskontoret for at have tilsidesat artikel 75 og artikel 76, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 ved ikke at begrunde sin afgørelse, navnlig for så vidt angår den manglende synlighed af græsstrået i flasken, og ved at undersøge bevismidlerne isoleret, bl.a. ved ikke at tage hensyn til de fremlagte bevismidler, hvori flasken vises fra siden eller fra bagsiden.
- 34 Harmoniseringskontoret har svaret, at sagsøgeren ikke har en ret til, at der tages hensyn til de dokumenter, der blev indleveret sammen med det indlæg, der angav søgsmålsgrundene for appelkammeret, og dermed efter udløbet af den af indsigelsesafdelingen fastsatte frist. Selv den skønsbeføjelse, som er overladt Harmoniseringskontoret i medfør af artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009, angående hvorvidt faktiske omstændigheder og beviser, der er indgivet for sent, er, således som den fortolkes af Domstolen, betinget af, at andet ikke er bestemt. Artikel 42, stk. 2 og 3, i forordning nr. 207/2009, som gennemført ved regel 22, stk. 2, i forordning nr. 2868/95, indeholder netop en bestemmelse, der er til hinder for, at der tages hensyn til beviser for brug, som fremføres for første gang for appelkammeret.
- 35 Harmoniseringskontoret har ligeledes bestridt anvendelsen i den foreliggende sag af undtagelsen, der er fastsat i henhold til retspraksis, der gør det muligt at tage hensyn til supplerende beviser eller nye faktiske omstændigheder. De nye dokumenter er ikke supplerende til dem, der blev indgivet inden for fristerne, eftersom de gengiver en anden flaske end den, der er synlig på de foregående dokumenter, samt en liggende genstand, der kunne være et græsstrå, der til stadighed vises inde i en flaske, således at den udgør det oprindelige og eneste bevis på brugen af nævnte genstand, placeret inde i en flaske. Sagsøgeren har desuden ikke forklaret, på hvilken måde disse beviser er supplerende til dem, der allerede er indgivet, eller hvorfor selskabet ikke indleverede dem inden for den fastsatte frist.

- 36 Harmoniseringskontoret har ydermere gjort gældende, at det ikke kan udledes, at appelkammeret ville have tilladt de dokumenter, der blev indleveret for sent, fordi det ikke afviste dem fra realitetsbehandlingen. Den omstændighed, at appelkammeret ikke inkluderede disse dokumenter blandt dem, det tog hensyn til i forbindelse med vurderingen af arten af brugen, skal snarere opfattes som appelkammerets beslutning om ikke at tage hensyn til dem.
- 37 Harmoniseringskontoret har endelig anført, at en manglende begrundelse, selv hvis den antages bevist, ikke i sig selv kan medføre en annullation af den anfægtede afgørelse, når den ikke har nogen indvirkning på spørgsmålet, om den anfægtede afgørelse er velbegrundet.
- 38 Harmoniseringskontoret har desuden anført, at konstateringen af den manglende synlighed af græsstrået er understøttet af gengivelserne af flasken (jf. præmis 15 ovenfor) og er begrundet med tilstedeværelsen af etiketten, der dækker en væsentlig del af flasken og skjuler, hvad der befinder sig bag denne eller i flasken (jf. præmis 16 ovenfor). Det har fundet, at de fremlagte beviser for brugen er taget i betragtning i deres helhed, og at sagsøgeren i virkeligheden har anfægtet vurderingen af disse nævnte forhold.
- 39 Intervenienten har hævdet, at sidebillederne af flasken åbenlyst er indleveret for sent. For det første er de ikke blevet indgivet inden for den af indsigelsesafdelingen fastsatte frist (dvs. inden den 1.8.2007), men tre et halvt år senere (dvs. den 18.2.2011) for første gang for appelkammeret. De har dernæst ingen indholdsmæssig sammenhæng med de beviser for brugen, der allerede er indgivet, idet de viser en flaske med en bulet flaskehals snarere end en lige. Desuden har sagsøgeren ikke bevist, at der foreligger en sådan sammenhæng, og har navnlig hverken gjort gældende, at dette er et bevis på brugen, eller at det er et tillæg til de beviser, der allerede er indgivet. Sagsøgeren har heller ikke fremført argumenter på baggrund af disse sidebilleder under indsigelsessagen. Endelig angiver kopien af gengivelserne af flasken i den anfægtede afgørelses punkt 13-16 klart dem, som appelkammeret havde taget i betragtning i forbindelse med udøvelsen af dets skønsbeføjelse, der alle ses forfra, og dem, som appelkammeret havde tilsidesat som for sent indgivet. I denne henseende kan appelkammerets begrundelse være implicit, hvilket er muligt i henhold til retspraksis.
- 40 Derudover har intervenienten anført, at Harmoniseringskontoret har givet en tilstrækkelig begrundelse for afgørelsen på baggrund af de fremlagte dokumenter og ville ikke kunne støtte sin vurdering på sandsynligheder eller formodninger ved at spekulere i eller antage, at græsstrået trods etikettens tilstedeværelse var synlig fra siden for forbrugeren på købstidspunktet.
- 41 Indledningsvis bemærkes, at sagsøgeren med sit tredje anbringende, der er støttet på en tilsidesættelse af artikel 75 og artikel 76, stk. 1 og 2, i forordning nr. 207/2009, i det væsentlige har anført, at appelkammeret begik en fejl ved at undlade at undersøge de bevismidler, som blev fremlagt for første gang for appelkammeret, bl.a. de gengivelser, der viser vodkaflasken med navnet »Żubrówka« fra fire forskellige vinkler, og ikke kun forfra, men ligeledes fra bagsiden og fra siden, og at det ikke gav nogen begrundelse herfor.
- 42 Det bemærkes i denne henseende, at i medfør af artikel 75, første punktum, i forordning nr. 207/2009 skal Harmoniseringskontorets afgørelser begrundes. Desuden bestemmer regel 50, stk. 2, litra h), i forordning nr. 2868/95, at appelkammerets afgørelse skal indeholde begrundelserne for afgørelsen. Denne forpligtelse har samme rækkevidde som forpligtelsen i artikel 296 TEUF. Det fremgår af fast retspraksis, at begrundelsen i henhold til artikel 296 TEUF klart og utvetydigt skal angive, hvilke overvejelser udstederen af akten har gjort sig. Denne pligt har til formål dels, at de berørte personer kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, for at de kan forsvare deres rettigheder, dels, at Unionens retsinstanser kan efterprøve beslutningens lovlighed. Spørgsmålet om, hvorvidt begrundelsen for en afgørelse opfylder disse krav, skal ikke blot vurderes i forhold til dens ordlyd, men ligeledes i forhold til den sammenhæng, hvori den indgår, samt alle de retsregler, som gælder på det pågældende område (jf. dom af 8.3.2013, T-498/10, Mayer Naman mod KHIM – Daniel e Mayer (David Mayer), EU:T:2013:117, præmis 56 og den deri nævnte retspraksis).

- 43 Artikel 76 i forordning nr. 207/2009, der har overskriften »Harmoniseringskontorets ex officio prøvelse af de faktiske omstændigheder«, har for sit vedkommende følgende ordlyd:
- »1. 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.
2. [Harmoniseringskontoret] kan se bort fra kendsgerninger og beviser, som ikke er påberåbt eller fremført rettidigt af de pågældende parter.«
- 44 I henhold til fast retspraksis følger det af ordlyden af artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009, at parternes fremlæggelse af kendsgerninger og beviser som udgangspunkt, og medmindre andet er fastsat, fortsat er mulig efter udløbet af de frister, som en sådan fremlæggelse er underlagt ved anvendelse af bestemmelserne i forordning nr. 207/2009, og at det på ingen måde er forbudt for Harmoniseringskontoret at tage hensyn til kendsgerninger og beviser, som således er påberåbt eller fremført for sent (dom af 13.3.2007, C-29/05 P, KHIM mod Kaul, Sml., EU:C:2007:162, præmis 42, af 18.7.2013, C-621/11 P, New Yorker SHK Jeans mod KHIM, Sml., EU:C:2013:484, præmis 22, og af 26.9.2013, C-610/11 P, Centrotherm Systemtechnik mod KHIM og centrotherm Clean Solutions, Sml., EU:C:2013:593, præmis 77), dvs. uden for den af indsigelsesafdelingen fastsatte frist og om nødvendigt for første gang for appelkammeret.
- 45 Ved at præcisere, at Harmoniseringskontoret »kan« beslutte at se bort fra faktiske omstændigheder og beviser, der er påberåbt eller fremlagt for det, overlader artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 Harmoniseringskontoret en vid skønsbeføjelse med hensyn til at afgøre – med en begrundelse herfor – om der skal tages hensyn til disse (domme KHIM mod Kaul, nævnt ovenfor i præmis 44, EU:C:2007:162, præmis 43 og 68, New Yorker SHK Jeans mod KHIM, nævnt ovenfor i præmis 44, EU:C:2013:484, præmis 23, og Centrotherm Systemtechnik mod KHIM og centrotherm Clean Solutions, nævnt ovenfor i præmis 44, EU:C:2013:593, præmis 78).
- 46 Retssikkerheds- og retsplejehensyn taler for Harmoniseringskontorets skønsbeføjelse i forhold til spørgsmålet om, hvorvidt kendsgerninger og beviser, som er fremlagt af parterne for sent, skal tages i betragtning. En sådan beføjelse er nemlig, i det mindste når det drejer sig om en indsigelsessag, med til at hindre, at de varemærker, hvis brug efterfølgende med held ville kunne anfægtes ved en sag om ugyldighedserklæring eller i forbindelse med en krænkelsessag, bliver genstand for en registrering (jf. i denne retning dom KHIM mod Kaul, nævnt ovenfor i præmis 44, EU:C:2007:162, præmis 48 og den deri nævnte retspraksis).
- 47 I den foreliggende sag skal det afgøres, om appelkammeret har udøvet sin skønsbeføjelse for så vidt angår de bevismidler, der blev fremlagt for første gang for appelkammeret af sagsøgeren.
- 48 Det er ubestridt, at beviserne for brug, der er gengivet i den anfægtede afgørelses punkt 13-16 (jf. præmis 15 ovenfor), er blevet fremlagt af sagsøgeren for indsigelsesafdelingen inden for den af indsigelsesafdelingen fastsatte frist.
- 49 Det fremgår ligeledes af sagsakterne, at sagsøgeren i modsætning til det af intervenienten anførte på s. 7-23 i sin skriftlige begrundelse for klagen, som blev indgivet til appelkammeret den 18. februar 2011, har fremlagt fem dokumenter som bilag hertil. Det er ubestridt, at disse bilag ikke blev fremlagt inden for den af indsigelsesafdelingen fastsatte frist.

50 De fem bilag, der blev fremlagt for første gang for appelkammeret, er følgende:

- artikler fra den franske presse og uddrag fra franske internetfora fra perioden fra 1998 til 2003, som indeholder gengivelser af vodkaflasken med navnet »Żubrówka«, samt erklæringer, der i det væsentlige angiver, at Żubrówka-vodkaen med det »famøse bøffelgræs« »er letgenkendelig på grund af det aromatiske græsstrå, der er i flasken«
- et uddrag fra *Wallpaper City Guide* over byen Warszawa (Polen)
- en erklæring af 16. februar 2011, affattet på polsk og oversat til engelsk, afgivet af K., teknisk specialist, der har været ansvarlig for etikeringen hos sagsøgeren siden 1992 (herefter »erklæringen fra K.«)
- en plakat med overskriften »Żubrówka bøffelgræs vodka«
- et uddrag fra internetsiden »Wikipedia«.

51 Erklæringen fra K. indeholdte især følgende oplysninger. For det første hævdede K., at sagsøgeren, tidligere Przedsiębiorstwo POLMOS Białystok SA, fra 1970 og indtil 2011 havde fremstillet Żubrówka-vodkaen både til det polske marked og til eksport. Selv om denne vodka gennem årene havde haft forskellige etiketter, havde den ifølge K. altid kunnet og kan stadig udpeges ved hjælp af et græsstrå, der er placeret inde i flaskerne, som i Polen og i flere andre lande er beskyttet af et varemærke, der består af en »flaske med urteblad«. For det andet tilføjede K., at Żubrówka-vodkaen med en grøn etikette, der blev fremstillet af sagsøgeren i 0,5, 0,7 og 1 liters flasker i perioden fra 1998 til 2003, blev eksporteret til Frankrig via agenturet PHZ AGROS, og derefter direkte fra sagsøgeren. Han præciserede, at inden år 2000 var Żubrówka-vodkaen med en grøn etikette, rettet mod eksport til Frankrig, blevet fremstillet af POLMOS Poznań, men at flaskernes udseende, etiketterne og græsstrået, der placeres inde i flaskerne, var nøjagtig magen til, hvad sagsøgeren anvendte fra år 2000. For det tredje vedlagde K. fotografier som bilag til sin erklæring med henblik på at vise, hvordan flaskerne med Żubrówka-vodka blev påført en grøn etikette og græsmotivet, der ofte blev anvendt på disse flasker, herunder dem, der var rettet mod det franske marked for perioden fra 1998-2003. Efter K.s opfattelse viser disse fotografier uden tvivl, at et græsstrå var tydeligt synligt for enhver forbruger, uanset om vedkommende så flasken forfra eller bagfra.

52 Til K.s erklæring var ligeledes vedlagt fire fotografier af flasker af Żubrówka-vodka på 700 ml, der ifølge K. var blevet eksporteret til Frankrig, og som viste de fire følgende præsentationer, hvor flasken ses henholdsvis forfra, fra begge sider og bagfra.



- 53 I den anfægtede afgørelses punkt 13-15 (jf. præmis 15 ovenfor) har appelkammeret imidlertid anført, at de beviser for brugen, som sagsøgeren har fremlagt, »bl.a.« omfattede to beedigede erklæringer, den ene fra økonomidirektøren og bestyrelsesformanden for dette selskab og den anden fra den administrerende direktør for Pernod S.A., som er eneforhandler af Żubrówka-vodka på det franske territorium, som var vedlagt en gengivelse af nævnte vodka, brochurer rettet mod de franske forhandlere for så vidt angår årene 1999-2002, der viser fire gengivelser, og brochurer, som blev distribueret af franske supermarkeder i årene 2003-2006, der viser otte gengivelser.
- 54 Heraf følger, at appelkammerets påstand i den anfægtede afgørelses punkt 16, hvorefter »der ikke er blevet indgivet nogen andre gengivelser end dem, der er gengivet i de tre ovenstående punkter«, skal forstås som en henvisning til de bevismidler, der blev indgivet til indsigelsesafdelingen inden den frist, som nævnte indsigelsesafdeling havde fastsat, og ikke til de bevismidler, der blev indgivet for sent for appelkammeret.
- 55 Det skal således fastslås, at appelkammeret udelukkende tog hensyn til de beviser, som sagsøgeren har indgivet for indsigelsesafdelingen, og at det ikke udøvede sin skønsmagt for så vidt angår hensyntagen til de beviser for brug, der blev fremlagt for første gang for appelkammeret, navnlig erklæringen fra K. og de fotografier, der var vedlagt denne, samt artiklerne fra den franske presse og uddragene fra fora på de franske internetsider.
- 56 Det er således med urette, at sagsøgeren har gjort gældende, at idet appelkammeret ikke har forholdt sig kritisk til formaliteten vedrørende beviserne vedlagt begrundelsen for klagen af 18. februar 2011, og idet det ikke har henvist til artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009, kan det med rette antages, at appelkammeret fandt, at disse nævnte bevismidler kunne antages til realitetsbehandling. Eftersom appelkammeret ikke har udøvet sin skønsmagt, kunne det således ikke implicit afgøre, at de nævnte dele kunne antages til realitetsbehandling.
- 57 Desuden følger det i henhold til retspraksis af ordlyden af artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009, at en part, som efter fristens udløb påberåber sig eller fremfører kendsgerninger og beviser, ikke har en ubetinget ret til, at Harmoniseringskontoret tager hensyn til sådanne kendsgerninger eller beviser (dom KHIM mod Kaul, nævnt ovenfor i præmis 44, EU:C:2007:162, præmis 43 og 63). I den foreliggende sag er det netop den omstændighed, at bevismidlerne er indgivet for sent, der adskiller denne sags faktuelle kontekst fra retspraksis i henhold til den sag, som sagsøgeren har påberåbt sig (dom af 10.10.2012, T-569/10, Bimbo mod KHIM mod – Panrico (BIMBO DOUGHNUTS), EU:T:2012:535, præmis 35), hvor de argumenter og bevismidler, der kunne antages til realitetsbehandling, var blevet indgivet i rette tid.

- 58 Det er ligeledes med urette, at Harmoniseringskontoret har svaret, at den omstændighed, at appelkammeret ikke inkluderede disse dokumenter blandt dem, det tog hensyn til i forbindelse med vurderingen af arten af brugen, snarere skal opfattes som appelkammerets beslutning om ikke at tage hensyn til dem. Eftersom appelkammeret ikke har udøvet sin skønsbeføjelse, kunne det således ikke implicit afgøre, at de nævnte dele skulle afvises fra realitetsbehandling.
- 59 Selv hvis det antages, at det fastslås, at Harmoniseringskontoret har udøvet sin skønsbeføjelse – uanset i hvilken retning – skal det bemærkes, at Harmoniseringskontoret i henhold til retspraksis, når det udøver sin skønsbeføjelse med hensyn til at afgøre, om der skal tages hensyn til et dokument, der er indgivet for sent, skal give en begrundelse for sin afgørelse (domme KHIM mod Kaul, nævnt i præmis 44 ovenfor, EU:C:2007:162, præmis 43, New Yorker SHK Jeans mod KHIM, nævnt i præmis 44 ovenfor, EU:C:2013:484, præmis 23, og Centrotherm Systemtechnik mod KHIM og centrotherm Clean Solutions, nævnt i præmis 44 ovenfor, EU:C:2013:593, præmis 78).
- 60 Som Domstolen har fremhævet, udgør Harmoniseringskontorets eventuelle hensyntagen til de nævnte supplerende beviser ikke på nogen måde en »tjeneste«, der ydes den ene eller den anden part, men den bør udgøre resultatet af en objektiv og begrundet udøvelse af den skønsbeføjelse, som den nævnte artikel 76, stk. 2, tildeler dette organ. Den begrundelse, der således kræves, er så meget desto mere nødvendig, når Harmoniseringskontoret træffer afgørelse om at afvise de beviser, der er fremlagt for sent (dom Centrotherm Systemtechnik mod KHIM og centrotherm Clean Solutions, nævnt ovenfor i præmis 44, EU:C:2013:593, præmis 111 og 112).
- 61 I den foreliggende sag skal det imidlertid konstateres, at appelkammeret ikke har udøvet den skønsbeføjelse, appelkammeret råder over for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt der skal tages hensyn til beviser for brug, der er indgivet for første gang for det, og ikke har givet nogen begrundelse herfor. Denne konstatering anfægtes ikke af anvendelsen af begrebet »bl.a.« i den anfægtede afgørelses punkt 13, hvilket ikke erstatter en objektiv og begrundet udøvelse af nævnte skønsbeføjelse med henblik på at forkaste sådanne bevismidler.
- 62 Ud over denne begrundelsespligt opstiller retspraksis kriterier for udøvelsen af Harmoniseringskontorets skønsbeføjelse i forhold til den eventuelle hensyntagen til bevismidler, der indgives for sent. Således kan en sådan hensyntagen fra Harmoniseringskontorets side bl.a. være berettiget, når Harmoniseringskontoret er af den opfattelse, at de for sent fremførte elementer for en umiddelbar betragtning kan have en afgørende betydning for udfaldet af indsigelsen, og tidspunktet for proceduren, hvorpå denne sene fremsættelse sker, og omstændighederne omkring den ikke er til hinder for en sådan hensyntagen (domme KHIM mod Kaul, nævnt ovenfor i præmis 44, EU:C:2007:162, præmis 44, New Yorker SHK Jeans mod KHIM, nævnt ovenfor i præmis 44, EU:C:2013:484, præmis 33, og Centrotherm Systemtechnik mod KHIM og centrotherm Clean Solutions, EU:C:2013:593, nævnt ovenfor i præmis 44, præmis 113).
- 63 I den foreliggende sag skal det imidlertid fastslås, at blandt de bevismidler, der blev indgivet for sent, opfylder i det mindste erklæringen fra K. og gengivelserne af flasken, set forfra, fra begge sider og fra bagsiden, der var vedlagt nævnte erklæring (jf. præmis 50 og 51 ovenfor), samt artiklerne fra den franske presse og uddragene fra fora på franske internetsider disse to betingelser, der kan begrunde, at de tages i betragtning af Harmoniseringskontoret.
- 64 På den ene side kunne erklæringen fra K. og gengivelserne af flasken, set forfra, fra begge sider og fra bagsiden, der var vedlagt nævnte erklæring, derfor som udgangspunkt være af relevans for så vidt angår spørgsmålet om, hvilken type indsigelse der skulle indgives for Harmoniseringskontoret, for så vidt som den eventuelle hensyntagen hertil, ville kunne anfægte appelkammerets vurderinger i den anfægtede afgørelses punkt 17 og 18 (jf. præmis 16 og 17 ovenfor), hvori det for det første er anført, at »den diagonale linje ikke var anbragt på ydersiden og ikke fandtes på selve etiketten«, for det andet, at

det »på grund af etiketten [ikke var] muligt at se, hvad der befandt sig bagved etiketten eller inde i flaskerne«, og for det tredje, at »under disse omstændigheder havde sagsøgeren ikke bevist arten af brugen af det ældre franske tredimensionale varemærke«.

- 65 Det skal i denne henseende fremhæves, at den tredimensionale karakter af et varemærke som det i hovedsagen omhandlede er til hinder for et statisk syn i to dimensioner og kræver en dynamisk opfattelse i tre dimensioner. Et tredimensionalt varemærke vil derfor i princippet kunne ses fra flere sider af den relevante forbruger. Hvad angår beviserne for brugen af et sådan varemærke må der derfor tages hensyn til disse, ikke som gengivelser af varemærkets synlighed i to dimensioner, men som gengivelser af den relevante forbrugers opfattelse af varemærket i tre dimensioner. Heraf følger, at gengivelserne fra siden og bagfra i princippet kan være af relevans i forbindelse med en vurdering af den reelle brug af det nævnte varemærke og kan ikke tilsidesættes alene som følge af den omstændighed, at de ikke udgør gengivelser af forsiden.
- 66 Det samme gør sig gældende for artiklerne fra den franske presse og uddragene fra fora på franske internetsider med erklæringer, der i det væsentlige angiver, at Żubrówka-vodkaen med det »famøse bøffelgræs« »er letgenkendelig på grund af det aromatiske græsstrå, der er i flasken« (jf. præmis 50 ovenfor), som for en umiddelbar betragtning kunne have en afgørende betydning for udfaldet af indsigelsen for Harmoniseringskontoret, i det omfang den omstændighed, at der eventuelt vil blive taget hensyn til disse, vil kunne lette bevisbyrden i forhold til den reelle brug af det ældre franske varemærke på det franske område i den relevante periode.
- 67 På den anden side er tidspunktet for proceduren, hvorpå denne sene fremsættelse sker, og omstændighederne omkring den ikke til hinder for, at Harmoniseringskontoret tager hensyn til disse bevismidler, i det omfang sagsøgeren har indgivet disse sidstnævnte på tidspunktet for indleveringen af sin skriftlige begrundelse for klagen for appelkammeret, der gør det muligt for dette sidstnævnte at udøve sin skønsbeføjelse objektivt og begrundet for så vidt angår en sådan hensyntagen til disse bevismidler.
- 68 Heraf følger, at appelkammeret i henhold til den i denne doms præmis 62 nævnte retspraksis var forpligtet til at udøve sin skønsbeføjelse objektivt og begrundet for så vidt angår hensyntagen til de for sent indgivne bevismidler, der opfyldte de to kriterier, der opstilles i nævnte retspraksis, dvs. i det mindste erklæringen fra K. og de vedlagte gengivelser af flasken, set forfra, fra begge sider og fra bagsiden, samt artiklerne fra den franske presse og uddragene fra fora på franske internetsider.
- 69 Det skal dermed fastslås, at appelkammeret ved at undlade at udøve sin skønsbeføjelse objektivt og begrundet for så vidt angår hensyntagen til beviserne for brugen af det ældre franske tredimensionale varemærke, der blev indgivet for første gang for dette, har tilsidesat artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009, og henset til den konstaterede manglende begrundelse, også artikel 75 i samme forordning.
- 70 Denne konklusion anfægtes ikke af Harmoniseringskontorets og intervenientens påstande.
- 71 Det skal indledningsvis fastslås, at selv om Harmoniseringskontoret for Retten har påstået at have støttet den anfægtede afgørelse på forhold, der ikke er blevet medtaget i denne, kan en sådan supplerende begrundelse med henblik på at komplettere den eventuelt utilstrækkelige begrundelse, som er indeholdt i den anfægtede afgørelse ikke med føje påberåbes for Retten (jf. i denne retning og analogt dom af 11.12.2012, T-15/11, Sina Bank mod Rådet, Sml., EU:T:2012:661, præmis 62 og den deri nævnte retspraksis).
- 72 Det bemærkes således, at begrundelsen for en retsakt skal meddeles den af denne retsakt berørte part, inden sidstnævnte anlægger en sag til prøvelse af nævnte retsakt. Tilsidesættelsen af kravet om begrundelse kan nemlig ikke afhjælpes gennem den omstændighed, at den berørte person får kendskab til begrundelsen for retsakten under sagen for Unionens retsinstanser (jf. i denne retning og

analogt dom Sina Bank mod Rådet, nævnt ovenfor i præmis 71, EU:T:2012:661, præmis 56 og den deri nævnte retspraksis). Muligheden for en EU-institution eller et EU-organ for at påberåbe sig sådanne supplerende begrundelser med henblik på at komplettere dem, der er angivet i den anfægtede afgørelse, er til skade for den berørte persons ret til forsvar, retten til en effektiv domstolsbeskyttelse samt princippet om parternes ligestilling for Unionens retsinstanser (jf. i denne retning og analogt dom af 6.9.2013, T-42/12 og T-181/12, Bateni mod Rådet, EU:T:2013:409, præmis 54 og den deri nævnte retspraksis).

- 73 Trods denne konklusion finder Retten det hensigtsmæssigt at undersøge og tilbagevise nævnte påstande.
- 74 For det første skal Harmoniseringskontorets påstand om, at artikel 42, stk. 2 og 3, i forordning nr. 207/2009, som gennemført ved regel 22, stk. 2, i forordning nr. 2868/95, der indeholder en bestemmelse, som i den i denne doms præmis 44 nævnte retspraksis' forstand er til hinder for, at der tages hensyn til beviser for brug, som fremlægges for første gang for appelkammeret, forkastes af de i det følgende nævnte grunde.
- 75 Under overskriften »Behandling af indsigelsen« bestemmer artikel 42, stk. 2 og 3, i forordning nr. 207/2009 i det væsentlige, at indehaveren af et ældre EF-varemærke, der har rejst indsigelse, på begæring af ansøgeren skal godtgøre, at der inden for de seneste fem år forud for offentliggørelsen af EF-varemærkeansøgningen er gjort reel brug af det ældre EF-varemærke i Unionen for de varer og tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, og som lægges til grund for indsigelsen, eller at der foreligger rimelig grund til, at brug ikke har fundet sted, forudsat at det ældre EF-varemærke på dette tidspunkt har været registreret i mindst fem år. Godtgøres dette ikke, forkastes indsigelsen.
- 76 Det fastslås i denne henseende, at artikel 42, stk. 2 og 3, i forordning nr. 207/2009 som materiel bestemmelse ikke indeholder nogen krav angående den frist, der er givet indsigeren med henblik på at godtgøre brugen af det ældre varemærke (dom New Yorker SHK Jeans mod KHIM, nævnt ovenfor i præmis 44, EU:C:2013:484, præmis 24; jf. ligeledes analogt dom Centrotherm Systemtechnik mod KHIM og centrotherm Clean Solutions, nævnt ovenfor i præmis 44, EU:C:2013:593, præmis 79). Forkastelsen af indsigelsen, når »brugen ikke godtgøres«, er dermed resultatet af en grundig vurdering af sagens realitet vedrørende det fremlagte bevis og ikke en følge af en manglende overholdelse af en proceduremæssig frist.
- 77 Artikel 42, stk. 2 og 3, i forordning nr. 207/2009 har derfor ikke indflydelse på den skønsbeføjelse, der er overladt Harmoniseringskontoret i henhold til artikel 76, stk. 2, i samme forordning med hensyn til at afgøre, om der skal tages hensyn til bevismidler, der blev indleveret for sent for Harmoniseringskontoret.
- 78 Regel 22, stk. 2, i forordning nr. 2868/95 bestemmer, at såfremt den indsigende part skal godtgøre brugen af varemærket, eller at der foreligger rimelig grund til manglende brug, opfordrer Harmoniseringskontoret vedkommende til inden for den fastsatte frist at fremlægge fornødent bevis. Fremlægger den indsigende part ikke sådant bevis inden for den fastsatte frist, afviser Harmoniseringskontoret indsigelsen.
- 79 På samme vis angiver regel 40, stk. 5, i forordning nr. 2868/95, at hvis begæringen om fortabelse er baseret på forordningens artikel 51, stk. 1, litra a), 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.
- 80 Det bemærkes, at Domstolen har fastslået, at regel 40, stk. 5, i forordning nr. 2868/95 ikke havde en sådan karakter, at den var til hinder for, at appelkammeret kunne udøve den skønsbeføjelse, som artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 i princippet tillægger dette med henblik på en eventuel

hensyntagen til de supplerende beviser, der var blevet fremlagt for dette (jf. i denne retning dom Centrotherm Systemtechnik mod KHIM og centrotherm Clean Solutions, nævnt ovenfor i præmis 44, EU:C:2013:593, præmis 90).

- 81 Det samme gælder af de samme grunde for regel 22, stk. 2, i forordning nr. 2868/95, der for så vidt angår proceduren for indsigelse svarer til regel 40 i samme forordning, som regulerer proceduren for fortabelse.
- 82 Selv om det er korrekt, at det i denne forbindelse fremgår af ordlyden af regel 22, stk. 2, i forordning nr. 2868/95, at når der ikke er fremlagt noget bevis for brugen af det omhandlede varemærke inden for den af Harmoniseringskontoret fastsatte frist, skal dette sidstnævnte i princippet ex officio fastslå, at der ikke foreligger nogen reel brug af det ældre varemærke, kan samme konklusion ikke drages, når der er fremlagt beviser for en sådan brug inden for denne frist (dom New Yorker SHK Jeans mod KHIM, nævnt i præmis 44 ovenfor, EU:C:2013:484, præmis 28; jf. ligeledes analogt dom Centrotherm Systemtechnik mod KHIM og centrotherm Clean Solutions, nævnt ovenfor i præmis 44, EU:C:2013:593, præmis 86).
- 83 I sådanne tilfælde, og såfremt det ikke fremgår, at beviserne er irrelevante med henblik på at godtgøre, at der er gjort reel brug af varemærket, må sagen fortsætte. Harmoniseringskontoret skal således, som det fremgår af artikel 42, stk. 1, i forordning nr. 207/2009, opfordre parterne til at udtale sig om meddelelser fra de øvrige parter eller fra Harmoniseringskontoret selv (dom New Yorker SHK Jeans mod KHIM, nævnt i præmis 44 ovenfor, EU:C:2013:484, præmis 29; jf. ligeledes analogt dom Centrotherm Systemtechnik mod KHIM og centrotherm Clean Solutions, nævnt ovenfor i præmis 44, EU:C:2013:593, præmis 87).
- 84 Hvis det i denne sammenhæng senere konstateres, at der ikke foreligger reel brug af det ældre varemærke, følger dette ikke af anvendelsen af regel 22, stk. 2, i forordning nr. 2868/95, der er af ren formel karakter, men udelukkende ved anvendelse af den materielle bestemmelse i artikel 42, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 (dom New Yorker SHK Jeans mod KHIM, nævnt i præmis 44 ovenfor, EU:C:2013:484, præmis 29; jf. ligeledes analogt dom Centrotherm Systemtechnik mod KHIM og centrotherm Clean Solutions, nævnt ovenfor i præmis 44, EU:C:2013:593, præmis 87).
- 85 Det fremgår bl.a. af det ovenfor anførte, at fremlæggelsen af beviser for den reelle brug af varemærket som en tilføjelse til de beviser, der er blevet indgivet inden for den frist, der er fastsat af Harmoniseringskontoret i medfør af regel 22, stk. 2, i forordning nr. 2868/95, kan finde sted efter udløbet af denne frist, og at det på ingen måde er forbudt for Harmoniseringskontoret i medfør af den skønsbeføjelse, det er tillagt ved artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009, at tage hensyn til beviser, som er fremført for sent (dom New Yorker SHK Jeans mod KHIM, nævnt i præmis 44 ovenfor, EU:C:2013:484, præmis 30; jf. ligeledes analogt dom Centrotherm Systemtechnik mod KHIM og centrotherm Clean Solutions, nævnt i præmis 44 ovenfor, EU:C:2013:593, præmis 88).
- 86 Det skal derfor fastslås, at regel 22, stk. 2, i forordning nr. 2868/95 ikke har en sådan karakter, at den er til hinder for, at appelkammeret kan udøve den skønsbeføjelse, som artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 overlader dette sidstnævnte med henblik på en eventuel hensyntagen til de supplerende beviser, der fremlægges for første gang for appelkammeret.
- 87 Som anført i denne doms præmis 48, er det i den foreliggende sag ubestridt, at sagsøgeren inden for den af harmoniseringskontoret fastsatte frist havde indgivet forskellige beviser med henblik på at godtgøre brugen af det ældre franske varemærke. Det skal ligeledes fastslås, at de beviser, der således oprindeligt blev fremlagt, ikke var irrelevante i denne forbindelse, og endvidere tog appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 13-18 hensyn til dem, men fandt dem dog utilstrækkelige. Heraf følger, at fremlæggelsen af supplerende beviser som en tilføjelse til de beviser, der blev indgivet inden for den frist, der er fastsat af Harmoniseringskontoret i medfør af regel 22, stk. 2, i forordning

nr. 2868/95, kunne finde sted efter udløbet af denne frist, og det var på ingen måde forbudt for Harmoniseringskontoret i medfør af den skønsbeføjelse, det er tillagt ved artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009, at tage hensyn hertil.

- 88 For det andet kan Harmoniseringskontorets og intervenientens påstand, der angiveligt støttes på retspraksis, hvorefter de nye dokumenter ikke er supplerende i forhold til dem, der blev indgivet inden for fristerne, dvs. ikke har nogen indholdsmæssig sammenhæng med disse, eftersom de gengiver en anden flaske med en bulet flaskehals, snarere end en lige, samt en liggende genstand, der kunne være et græsstrå, der til stadighed vises inde i en flaske, således at den udgør det oprindelige og eneste bevis på brugen af nævnte genstand placeret inde i en flaske, heller ikke tiltrædes.
- 89 Det bemærkes i denne henseende for det første, at retspraksis ikke stiller krav om en indholdsmæssig sammenhæng mellem de supplerende og de oprindelige beviser. I henhold til retspraksis kræves udelukkende, at de beviser, der fremlægges efter den af indsigelsesafdelingen fastsatte frist, ikke var de oprindelige og eneste beviser for brugen, men at det drejer sig om såkaldte »komplementerende« eller »supplerende« beviser ud over de relevante beviser, der blev indgivet inden for den fastsatte frist (dom New Yorker SHK Jeans mod KHIM, nævnt ovenfor i præmis 44, EU:C:2013:484, præmis 30, og dom af 29.9.2011, T-415/09, New Yorker SHK Jeans mod KHIM – Vallis K. – Vallis A. (FISHBONE), EU:T:2011:550, præmis 33).
- 90 Dernæst skal det fremhæves, at de i denne doms præmis 62 nævnte kriterier, der er fastslået i retspraksis, heller ikke stiller krav om en indholdsmæssig sammenhæng mellem de supplerende og de tidligere fremlagte beviser, men om deres iboende relevans for udfaldet af indsigelsessagen for Harmoniseringskontoret.
- 91 Det skal desuden bemærkes, at denne påstand fra Harmoniseringskontoret og intervenienten ikke er underbygget, eftersom den fordrejer de beviser, der er fremlagt inden for den af indsigelsesafdelingens fastsatte frist. Det skal således fastslås, at de i den anfægtede afgørelses punkt 14 og 15 (jf. denne doms præmis 15) kopierede fotografier viser et græsstrå og ikke en hvilken som helst aflang genstand, der befinder sig inde i en flaske, som er synlig for betragteren. De i præmis 52 gengivne fotografier kan derfor ikke udgøre det oprindelige og eneste bevis for brug af et græsstrå, der er placeret inde i en flaske.
- 92 For det tredje kan Harmoniseringskontorets og intervenientens påstand om, at sagsøgeren ikke havde forklaret, på hvilken måde de beviser, der blev fremlagt for første gang for appelkammeret, var komplementerende i forhold til dem, der allerede var fremlagt, eller hvorfor sagsøgerne ikke havde fremlagt dem inden for den fastsatte frist, derfor heller ikke tiltrædes.
- 93 Indledningsvis skal det bemærkes, at en sådan forklaring ikke kræves i henhold til den retspraksis, der er nævnt i denne doms præmis 62.
- 94 Ydermere bemærkes, at sagsøgeren i sin skriftlige begrundelse for klagen for appelkammeret faktisk både har henvist til indsigelsesafdelingens afgørelse, hvorved den fandt de beviser for brugen, der var blevet fremlagt for denne, utilstrækkelige, og til de supplerende bevismidler. Sagsøgeren har dermed i modsætning til det af intervenienten anførte påberåbt sig begge disse forhold til støtte for sin argumentation på s. 2 og 3 i nævnte skriftlige begrundelse. En sådan henvisning skal anses for tilstrækkelig med henblik på at angive, at sagsøgeren nedlagde påstand om, at disse bevismidler var relevante i forhold til sagen for appelkammeret. Sidstnævnte har tilsyneladende ikke på behørig vis undersøgt den eventuelle relevans af de yderligere beviser, der blev fremlagt af sagsøgeren (jf. analogt dom Centrotherm Systemtechnik mod KHIM og centrotherm Clean Solutions, nævnt ovenfor i præmis 44, EU:C:2013:593, præmis 116).

- 95 Det er endvidere vigtigt at fremhæve, at en eventuel hensyntagen til yderligere beviser for brug af varemærket, som fremlægges efter udløbet af fristen i regel 22, stk. 2, i forordning nr. 2868/95, ikke nødvendigvis kræver, at den berørte ikke var i stand til at fremlægge disse beviser inden for fristen (jf. analogt dom *Centrotherm Systemtechnik mod KHIM og centrotherm Clean Solutions*, nævnt ovenfor i præmis 44, EU:C:2013:593, præmis 117).
- 96 Endelig for det fjerde kan intervenientens påstand, der angiveligt støttes på retspraksis, hvorefter appelkammerets begrundelse kan være implicit, således som det er tilfældet i den anfægtede afgørelses punkt 16 (jf. præmis 15 ovenfor), eftersom det ikke kan kræves af appelkammeret at foretage en udtømmende gennemgang af hvert enkelt af de argumenter, der er fremført af parterne i sagen for dette sidstnævnte, ikke tiltrædes.
- 97 Det skal i denne henseende bemærkes, at den retspraksis, som intervenienten har påberåbt sig, kun finder anvendelse under forudsætning af dels, at de berørte gennem begrundelsen får kendskab til begrundelsen for, at de pågældende foranstaltninger er truffet, dels, at den kompetente ret råder over de til udøvelse af sin prøvelsesret nødvendige oplysninger (jf. i denne retning dom af 9.7.2008, T-304/06, *Reber mod KHIM – Chocoddefabriken Lindt & Sprüngli (Mozart)*, Sml., EU:T:2008:268, præmis 55 og den deri nævnte retspraksis).
- 98 Det fremgår imidlertid af denne doms præmis 47-69, at denne betingelse ikke er opfyldt i den foreliggende sag, i det mindste ikke for så vidt angår appelkammerets afgørelse om hensyntagen til de beviser, der blev fremlagt for første gang for dette, hvorfor nævnte retspraksis ikke finder anvendelse i den foreliggende sag.
- 99 På samme vis finder den retspraksis, som Harmoniseringskontoret har påberåbt sig, hvorefter en manglende begrundelse, selv hvis den antages bevist, ikke i sig selv kan medføre en annulation af den anfægtede afgørelse, når den ikke har nogen indvirkning på spørgsmålet om, hvorvidt den anfægtede afgørelse er velbegrundet (dom af 12.9.2013, T-492/11, »Rauscher« *Consumer Products mod KHIM* (Gengivelse af en tampon), Sml., EU:T:2013:421, præmis 34), ikke anvendelse i den foreliggende sag, netop fordi en sådan betingelse ikke opfyldes, idet den manglende begrundelses indvirkning på spørgsmålet om, hvorvidt den anfægtede afgørelse er velbegrundet i den foreliggende sag, er anført i denne doms præmis 47-69, herunder navnlig i præmis 64-66.
- 100 På grundlag af de ovenstående betragtninger må det konkluderes, at det tredje anbringende er begrundet, eftersom appelkammeret ikke har udøvet sin skønsbeføjelse på objektiv og begrundet måde for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt der skulle tages hensyn til de supplerende beviser, der blev indgivet for første gang for dette efter udløbet af den frist, som indsigelsesafdelingen havde fastsat.
- 101 Idet spørgsmålet om, hvorvidt appelkammeret skulle tage hensyn til de supplerende beviser, der blev indgivet for dette, ikke blev behandlet af appelkammeret, tilkommer det ikke Retten at behandle det for første gang ved udøvelsen af sin legalitetskontrol af den anfægtede afgørelse (jf. i denne retning dom af 5.7.2011, C-263/09 P, *Edwin mod KHIM*, Sml., EU:C:2011:452, præmis 72 og 73, og Rettens dom af 12.5.2010, T-148/08, *Beifa Group mod KHIM – Schwan-Stabilo Schwanhäuser* (Skriveredskab), Sml., EU:T:2010:190, præmis 124, og dom af 14.12.2011, T-504/09, *Völkl mod KHIM – Marker Völkl (VÖLKL)*, Sml., EU:T:2011:739, præmis 63 og den deri nævnte retspraksis).
- 102 Det tilkommer således appelkammeret under iagttagelse af de oplysninger, der følger af retspraksis og denne dom, og under behørig hensyntagen til alle de relevante omstændigheder samt ved i denne henseende at begrunde afgørelsen at vurdere, om de yderligere beviser fremlagt af sagsøgeren for første gang for appelkammeret skal tages i betragtning med henblik på at træffe afgørelse om den klage, der fortsat verserer for det (jf. i denne retning dom *Centrotherm Systemtechnik mod KHIM og centrotherm Clean Solutions*, nævnt ovenfor i præmis 44, EU:C:2013:593, præmis 119).

- 103 Da det tredje anbringende er begrundet, må sagsøgeren, uden at det er nødvendigt at behandle det første og det andet anbringende, gives medhold, og den anfægtede afgørelse skal dermed annulleres.

Sagens omkostninger

- 104 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom.
- 105 Da Harmoniseringskontoret og intervenienten har tabt sagen, bør Harmoniseringskontoret i overensstemmelse med sagsøgerens påstand herom for det første pålægges at bære sine egne omkostninger og betale sagsøgerens omkostninger, og intervenienten bør for det andet pålægges at bære sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Ottende Afdeling):

- 1) **Afgørelsen, der blev truffet den 26. marts 2012 af Fjerde Appellkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 2506/2010-4), annulleres.**
- 2) **Harmoniseringskontoret bærer sine egne omkostninger og betaler de af CEDC International sp. z o.o. afholdte omkostninger.**
- 3) **Underberg AG bærer sine egne omkostninger.**

Gratsias

Kancheva

Wetter

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 11. december 2014.

Underskrifter