



Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Ottende Afdeling)

7. december 2017*

»EU-varemærker - indsigelsessag - ansøgning om EU-figurmærket Master - de ældre EU-figurmærker Coca-Cola og det ældre nationale figurmærke C - relativ registreringshindring - utilbørlig udnyttelse af de ældre varemærkers renommé - beviser vedrørende den kommercielle anvendelse uden for EU af et tegn, der omfatter det ansøgte varemærke - logiske slutninger - afgørelse truffet efter Rettens annullation af en tidligere afgørelse - artikel 8, stk. 5, og artikel 65, stk. 6, i forordning (EF) nr. 207/2009 (nu artikel 8, stk. 5, og artikel 72, stk. 6, i forordning (EU) nr. 2017/1001)«

I sag T-61/16,

The Coca-Cola Company, Atlanta, Georgia (USA), ved S. Malynicz, QC, barrister S. Baran samt solicitors D. Stone og A. Dykes,

sagsøger,

mod

Den Europæiske Unions Kontor for Intellectuel Ejendomsret (EUIPO) ved J. Crespo Carrillo, som befuldmægtiget,

sagsøgt,

den anden part i sagen for appelkammeret ved EUIPO og intervenient ved Retten,

Modern Industrial & Trading Investment Co. Ltd (Mitico), Damaskus (Syrien), ved advokat A.-E. Malamis,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 2. december 2015 af Fjerde Appelkammer ved EUIPO (sag R 1251/2015-4) vedrørende en indsigelsessag mellem The Coca-Cola Company og Mitico,

har

RETTEN (Ottende Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, A.M. Collins, og dommerne M. Kancheva (refererende dommer) og J. Passer,

justitssekretær: fuldmægtig X. Lopez Bancalari,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 12. februar 2016,

* Processprog: engelsk.

under henvisning til svarskriftet fra EUIPO, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 28. april 2016,

under henvisning til intervenientens svarskrift, som blev indleveret til Rettens Justitskontor den 6. maj 2016,

under henvisning til Rettens skriftlige spørgsmål til parterne og disses besvarelser af dette spørgsmål, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 12. og den 20. april 2017,

på grundlag af retsmødet den 15. juni 2017,

afsagt følgende

Dom

Twistens baggrund

- 1 Den 10. maj 2010 indgav intervenienten, Modern Industrial & Trading Investment Co. Ltd (Mitico), en ansøgning om registrering af et EU-varemærke til Den Europæiske Unions Kontor for Intellectuel Ejendomsret (EUIPO) i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26. februar 2009 om EU-varemærker (EUT 2009, L 78, s. 1) (erstattet af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 2017/1001 af 14. juni 2017 om EU-varemærker (EUT 2017, L 154, s. 1)).
- 2 Det varemærket, der er søgt registreret, er følgende figurmærke:



- 3 De varer, som varemærkeansøgningen vedrørte, henhører under klasse 29, 30 og 32 i Nicearrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer i hver enkelt af disse klasser efter den i forbindelse med sagsbehandlingen ved EUIPO foretagne begrænsning til følgende beskrivelse:
 - klasse 29: »yoghurt, kød, fisk, fjerkræ og vildt, kødekstrakter, konserverede, frosne, tørrede og kogte frugter og grøntsager, geléer, marmelade, frugtkonserver, æg, konserver og pickles, salater i eddike, kartoffelchips«
 - klasse 30: »kaffe, te, kakao, sukker, ris, tapioka, sago, kaffeerstatning, mel og næringsmidler af kornprodukter, konfektvarer, slik, iscreme, honning, melassesirup, dej, mel, gær til bageribrug, bagepulver, salt, sennep, eddike, herunder vineddike, peber, saucer (krydrede), krydderier, dog ikke konditorivarer eller bagerprodukter, is, chokolade, tyggegummi, appetitvækkere af enhver art fremstillet af majs og hvede, dog ikke konditorivarer eller bagerprodukter«

- klasse 32: »mineralvand og kildevand, drikke på basis af byg, ikke-alkoholholdige øl, ikke-alkoholholdige kulsyreholdige vande af enhver art og smag, især med smag (af cola, ananas, mango, appelsin, citron, uden smag, æbler, blandede frugter, tropiske frugter, energidrikke, hindbær, frugt, limonade, granatæble), og alle former for ikke-alkoholholdige drikke af naturlig frugtsaft (æbler, citron, appelsin, frugt, blandet frugt, granatæbler, ananas, mango) og ikke-alkoholholdige saftkoncentrater og koncentrater til fremstilling af ikke-alkoholholdig saft af enhver art, pulver og knuste produkter til fremstilling af ikke-alkoholholdig saft«.
- 4 EU-varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EF-Varemærketidende* nr. 128/2010 af 14. juli 2010.
- 5 Den 14. oktober 2010 rejste sagsøgeren, The Coca-Cola Company, indsigelse i henhold til artikel 41 i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 46 i forordning nr. 2017/1001) mod registreringen af det ansøgte varemærke for de ovenfor i præmis 3 nævnte varer.
- 6 Indsigelsen var for det første støttet på fire ældre EU-figurmærker, som er gengivet nedenfor:

- varemærke registreret under nr. 8792475:



- varemærke registreret under nr. 3021086:



- varemærke registreret under nr. 2117828:



- varemærke registreret under nr. 2107118:



- 7 Disse fire ældre EU-figurmærker omfatter bl.a. varer og tjenesteydelser, der for så vidt angår det første henhører under klasse 30, 32 og 33, det andet klasse 32, det tredje klasse 32 og 43 og det fjerde klasse 32 og 33 og svarer for hvert af disse varemærker og disse klasser til følgende beskrivelser:

- For EU-varemærke nr. 8792475:
 - klasse 30: »kaffe, te, kakao, sukker, ris, tapioka, sago, kaffeerstatning, mel og næringsmidler af korn, brød, konditori- og konfekturvarer, spiseis, honning, sirup, gær, bagepulver, salt, sennep, eddike, herunder vineddike, saucer (krydrede), krydderier, råis«
 - klasse 32: »øl, mineralvand og kulsyreholdige vande og andre ikke-alkoholholdige drikke, frugtdrikke og frugtsaft, saft og andre præparater til fremstilling af drikke«

- klasse 33: »alkoholholdige drikke (dog ikke øl)«.
 - For EU-varemærke nr. 3021086: »drikkevarer, nemlig drikkevand, vande med smag, mineralvande og kulsyreholdige vande, andre ikke-alkoholholdige drikke, nemlig ikke-alkoholholdige drikke, energidrikke og sportsdrikke, frugtdrikke og frugtsaft; saft, koncentrater og pulver til fremstilling af drikke, nemlig vand med smagsstoffer, mineralvande og kulsyreholdige vande, læskedrikke, energidrikke, sportsdrikke, frugtdrikke og frugtsafter« i klasse 32.
 - For EU-varemærke nr. 2117828:
 - klasse 32: »øl, mineralvand og kulsyreholdige vande og andre ikke-alkoholholdige drikke, frugtdrikke og frugtsaft, saft og andre præparater til fremstilling af drikke«
 - klasse 43: »restaurationsvirksomhed og udbringning af mad og drikke, værelsesudlejning«.
 - For EU-varemærke nr. 2107118:
 - klasse 32: »øl, mineralvand og kulsyreholdige vande og andre ikke-alkoholholdige drikke, frugtdrikke og frugtsaft, saft og andre præparater til fremstilling af drikke«
 - klasse 33: »alkoholholdige drikke (dog ikke øl)«.
- 8 Indsigelsen var for det andet støttet på det ældre figurmærke, der er registreret i Det Forenede Kongerige under nr. 2428468, og som er gengivet nedenfor:



- 9 Dette ældre figurmærke i Det Forenede Kongerige omfatter bl.a. varer i klasse 32 svarende til følgende beskrivelse: »øl; mineralvand og kulsyreholdige vande og andre ikke-alkoholholdige drikke; frugtdrikke og frugtsaft; saft og andre præparater til fremstilling af drikke«.
- 10 De registreringshindringer, der påberåbtes til støtte for indsigelserne, var dem, der var indeholdt i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009 [nu artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 2017/1001] og i samme forordnings artikel 8, stk. 5, (nu artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 2017/1001).
- 11 Under indsigelsessagen fremlagde sagsøgeren beviser, der ifølge sagsøgeren vedrørte intervenientens kommercielle anvendelse af det varemærke, der blev ansøgt registreret. Disse beviser omfattede en vidneforklaring dateret den 23. februar 2011 fra R., der på det tidspunkt var sagsøgerens advokat, hvortil der var føjet skærmprents af 16. februar 2011 fra intervenientens internetside, »www.mastercola.com«. Disse skærmprents skulle vise, at intervenienten i sin virksomhed anvendte det ansøgte varemærke, bl.a. i følgende form:



- 12 Den 26. september 2011 forkastede indsigelsesafdelingen indsigelsen i sin helhed.
- 13 Den 17. oktober 2011 indgav sagsøgeren en klage til EUIPO i henhold til artikel 58-64 i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 66-71 i forordning nr. 2017/1001) over indsigelsesafdelingens afgørelse.

- 14 Ved afgørelse af 29. august 2012 (herefter »den første afgørelse«) afviste Andet Appellkammer ved EUIPO klagen. Hvad for det første angår den indsigelsesgrund, der var baseret på artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009, fandt appelkammeret, at det umiddelbart så ud til, at de omtvistede tegn slet ikke lignede hinanden, og konkluderede derfor, at der ikke forelå en risiko for forveksling imellem dem, uanset de omhandlede varers identiske karakter. Hvad for det andet angår den indsigelsesgrund, der var baseret på samme forordnings artikel 8, stk. 5, fandt appelkammeret, at eftersom tegnene ikke lignede hinanden, var den første betingelse for at anvende denne artikel, nemlig at der er en sammenhæng mellem det ansøgte varemærke og det ældre varemærke, ikke opfyldt. I øvrigt forkastede appelkammeret de beviser, som var blevet fremlagt af sagsøgeren (jf. præmis 11 ovenfor), med den begrundelse, at der i sammenhæng med den nævnte artikel alene kunne tages hensyn til brugen af det varemærke, som intervenienten søgte registreret.
- 15 Den 5. november 2012 anlagde sagsøgeren sag ved Retten med påstand om annullation af den første afgørelse. Sagsøgeren anførte til støtte for sagen i det væsentlige et eneste anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009, og som var opdelt i to led. Med det første led foreholdt sagsøgeren EUIPO, at dette sammenblandede vurderingen af de omtvistede varemærkers lighed i henhold til den nævnte forordnings artikel 8, stk. 1, litra b), med vurderingen af, om der foreligger en sammenhæng mellem de nævnte varemærker i henhold til forordningens artikel 8, stk. 5. Med det andet led kritiserede sagsøgeren EUIPO for at have underkendt beviserne vedrørende den kommercielle anvendelse af det ansøgte varemærke, hvilke er relevante med henblik på at godtgøre intervenientens hensigt om at drage utilbørlig fordel af de ældre varemærkers renommé.
- 16 Ved dom af 11. december 2014, Coca-Cola mod KHIM – Mitico (Master) (T-480/12, EU:T:2014:1062), annullerede Retten den første afgørelse.
- 17 Hvad angår det første led af det eneste anbringende bemærkede Retten indledningsvis i præmis 34 og 35 i dom af 11. december 2014, Master (T-480/12, EU:T:2014:1062), at det forhold, at de omtvistede tegn ligner hinanden, udgør en betingelse for anvendelse af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009, idet den forkastede et af sagsøgeren fremsat klagepunkt om det modsatte. I dommens præmis 64 fastslog Retten dernæst, at de omtvistede tegn ud over deres åbenbare visuelle forskelle har visuelle lighedspunkter, der ikke alene skyldes den »hale«, der forlænger deres respektive begyndelsesbogstaver »c« og »m« i en bue som i en underskrift, men også anvendelsen i de omtvistede tegn af samme skrifttype, der ikke er almindelig i det moderne forretningsliv, nemlig spencerskriften, hvilket vil blive opfattet samlet af den relevante forbruger. I den nævnte doms præmis 70 fandt Retten, idet den foretog en helhedsvurdering af lighedspunkter og forskelle, at de omtvistede tegn, i hvert fald de fire ældre varemærker Coca-Cola og det ansøgte varemærke, har en svag grad af lighed, idet deres fonetiske og begrebsmæssige forskelle, til trods for de visuelle forskelle, neutraliseres af de overordnede visuelle lighedspunkter, der har større betydning. Derimod blev det ældre varemærke, der er registreret i Det Forenede Kongerige, bl.a. på grund af dets korthed, fastslået at være forskelligt fra det ansøgte varemærke. I præmis 74-76 i dom af 11. december 2014, Master (T-480/12, EU:T:2014:1062), konkluderede Retten, at de omtvistede tegn havde en grad af lighed, der ganske vist er svag, men ikke desto mindre tilstrækkelig til, at den relevante kundekreds forbinder det ansøgte varemærke med de fire ældre varemærker Coca-Cola, dvs. skaber en sammenhæng mellem dem som omhandlet i den nævnte artikel. Retten opfordrede følgelig appelkammeret til at undersøge de andre betingelser for anvendelse af denne artikel, navnlig hvorvidt der forelå en risiko for, at brugen af det ansøgte varemærke uden rimelig grund ville medføre en utilbørlig udnyttelse af de ældre varemærkers særpræg eller renommé, eller at sådan brug ville skade deres særpræg eller renommé.
- 18 I dom af 11. december 2014, Master (T-480/12, EU:T:2014:1062), fandt Retten det i øvrigt passende at undersøge det andet led af det eneste anbringende i forhold til relevansen af de beviser, sagsøgeren havde fremlagt, og som appelkammeret havde forkastet, dvs. skærmprentene fra intervenientens internetside, »www.mastercola.com« (jf. præmis 11 ovenfor). Retten fastslog i dommens præmis 86-88, at retspraksis på ingen måde begrænser de beviser, som det er relevant at tage hensyn til med henblik

på at fastslå risikoen for snylteri med hensyn til det ansøgte varemærke – dvs. risikoen for en utilbørlig udnyttelse af de ældre varemærkers særpræg eller renommé – men også tillader, at alle de beviser, der skal anvendes i en sandsynlighedsanalyse, for så vidt angår indehaveren af det ansøgte varemærkes hensigter og, endnu vigtigere, beviserne vedrørende den faktiske kommercielle anvendelse af det ansøgte varemærke tages i betragtning. Retten fastslog imidlertid, at de beviser, der var fremlagt af sagsøgeren under indsigelsesproceduren, klart udgjorde relevante beviser med henblik på i det foreliggende tilfælde at fastslå en sådan risiko for snylteri, og konkluderede, at appelkammeret begik en fejl, da det ikke tog hensyn til disse beviser. Følgelig opfordrede Retten i præmis 93 i dom af 11. december 2014, Master (T-480/12, EU:T:2014:1062), appelkammeret til at tage hensyn til de nævnte beviser i forbindelse med dets undersøgelse af betingelserne for anvendelse af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009.

- 19 Ved afgørelse af 23. juni 2015 som følge af dom af 11. december 2014, Master (T-480/12, EU:T:2014:1062), henviste præsidiet for appelkamrene sagen til Fjerde Appelkammer under referencenummer R 1251/2015-4.
- 20 Ved afgørelse af 2. december 2015 (herefter »den anfægtede afgørelse«) gav Fjerde Appelkammer atter afslag på sagsøgerens klage over indsigelsesafdelingens afgørelse om afslag på indsigelsen.
- 21 Indledningsvis, og idet appelkammeret noterede sig, at sagsøgeren ved Retten frafaldt sit klagepunkt støttet på artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 (dom af 11.12.2014, Master, T-480/12, EU:T:2014:1062, præmis 21), konstaterede det, at anvendelsesområdet for søgsmålet var begrænset til indsigelsen på grundlag af samme forordnings artikel 8, stk. 5. Derefter vurderede appelkammeret, idet det noterede sig Rettens konstatering af, at det ansøgte varemærke var forskelligt fra det ældre varemærke i Det Forenede Kongerige (dom af 11.12.2014, Master, T-480/12, EU:T:2014:1062, præmis 70), at indsigelsen var ugrundet i denne henseende. Derudover angav appelkammeret, idet det noterede sig Rettens konstatering af, at der forelå en sammenhæng mellem det ansøgte varemærke og de fire ældre varemærker Coca-Cola (dom af 11.12.2014, Master, T-480/12, EU:T:2014:1062, præmis 74), og idet det mindede om, at det var ubestridt, at disse ældre varemærker er kendt for »ikke-alkoholholdige drikke«, at den eneste betingelse for anvendelse, der endnu skulle undersøges, var betingelsen om risiko for, at brugen af det ansøgte varemærke ville medføre en utilbørlig udnyttelse af dette renommé.
- 22 Hvad angår betingelsen om risiko for en utilbørlig udnyttelse af renomméet mindede appelkammeret om, at det i den første afgørelse i det væsentlige havde fastslået, at beviserne – dvs. skærmprintene fra intervenientens internetside, »www.mastercola.com« (jf. præmis 11 ovenfor) – ikke vedrørte det ansøgte varemærke, og at det følgelig ikke havde taget dem i betragtning. Appelkammeret tilføjede imidlertid, at »[s]åfremt de varemærker, der er præsenteret i billederne ovenfor, rent faktisk er genstand for den omhandlede ansøgning, er der ingen tvivl om, at registreringen heraf ville kunne forhindres«, og at »[s]åfremt det i den foreliggende sag ansøgte varemærke derimod brugtes på markedet, vil[le] spørgsmålet rent faktisk opstå, om brugen af netop dette tegn kunne undgås«. Det konstaterede derudover, at »[b]eviserne viser, at [intervenienten] [solgte] sine drikke i flasker, der har samme udseende, samme billeder, samme stilisering, samme skrifttype og den samme emballage som de flasker, [sagsøgeren] sælger under navnet Coca-Cola«.
- 23 Appelkammeret vurderede imidlertid, at disse beviser havde en sådan rækkevidde, at de i det væsentlige af de tre følgende grunde ikke kunne lægges til grund for indsigelsen, herunder navnlig for fastslåelsen af en risiko for snylteri. For det første konstaterede appelkammeret, at de nævnte beviser ikke påviste, at intervenienten i Den Europæiske Union anvendte den præsentation, der vistest på dennes websted, »www.mastercola.com«. Til støtte for denne konklusion påpegede appelkammeret, at dette websted i det væsentlige var udarbejdet på arabisk – trods eksistensen af en side på engelsk – såvel som fraværet af enhver angivelse med hensyn til muligheden for online-bestilling og afsendelse af de udbudte produkter til EU. For det andet vurderede appelkammeret, at den blotte omstændighed, at et EU-varemærke – hvis præsentation var forskellig fra præsentationen på intervenientens websted –

blev ansøgt, ikke indikerede, at sidstnævnte havde til hensigt at fremme sine varer i EU på samme måde, som denne gjorde det i Syrien og Mellemøsten. Appellammeret anførte navnlig, at det ikke vidste, hvem der besad rettighederne i disse lande, og at sagsøgeren ikke havde påberåbt sig en krænkelse af sine rettigheder i denne region. For det tredje vurderede appellammeret, at sagsøgeren ej heller havde vist det konkrete image, der kunne overføres fra de fire ældre varemærker Coca-Cola til den pågældende ansøgning i eller uden for EU, navnlig for de varer, der er indeholdt i klasse 29 og 30, men også for drikke, der henhører under klasse 32. Ifølge appellammeret gjorde de fremlagte beviser det således ikke muligt klart at fastslå, hvad Coca-Cola betyder. Appellammeret anførte, at det, for så vidt som det var bundet af parternes argumenter i henhold til artikel 76 i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 95 i forordning nr. 2017/1001), ikke tilkom det at forsøge selv at opnå, at disse argumenter blev fremsat. I øvrigt anvendte appellammeret et argument, der svarede til det, der omhandlede risici for udvanding eller tilsmudsning. Endelig vurderede appellammeret i betragtning af samtlige fremlagte beviser, at indsigelsen var ugrundet, og afslog klagen.

Parternes påstande

24 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

- Den anfægtede afgørelse annulleres.
- EUIPO og intervenienten tilpligtes at bære deres egne omkostninger og betale omkostningerne afholdt af sagsøgeren på ethvert stadium af indsigelses- og klageproceduren, herunder omkostningerne i forbindelse med sagens behandling for Retten.

25 EUIPO har nedlagt følgende påstande:

- Frifindelse.
- Sagsøgeren tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

26 Intervenienten har nedlagt følgende påstande:

- Frifindelse.
- Sagsøgeren tilpligtes at betale intervenientens sagsomkostninger såvel ved EUIPO som ved Retten.

Retlige bemærkninger

27 Til støtte for søgsmålet har sagsøgeren i det væsentlige påberåbt sig to anbringender om tilsidesættelse af henholdsvis artikel 8, stk. 5, og artikel 65, stk. 6, i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 72, stk. 6, i forordning nr. 2017/1001). Med det første anbringende har sagsøgeren foreholdt EUIPO, at dette med urette undlod at tage hensyn til beviser, der viste intervenientens hensigter for så vidt angår brugen af det ansøgte varemærke og følgelig tilstedeværelsen af en risiko for, at brugen af det nævnte varemærke uden rimelig grund medfører en utilbørlig udnyttelse af de ældre varemærkers særpræg eller renommé. Med det andet anbringende har sagsøgeren påstået, at EUIPO ikke har opfyldt domskonklusionen i dom af 11. december 2014, Master (T-480/12, EU:T:2014:1062), eller at det i det mindste ikke har opfyldt den på passende vis.

28 EUIPO og intervenienten har påstået disse to anbringender forkastet.

- 29 Indledningsvis er der ingen grund til at stille spørgsmålstejn ved appelkammerets vurderinger, som parterne ikke har bestridt, for så vidt angår den relevante kundekreds og arten af de varer, der er omfattet af de omtvistede varemærker (dom af 11.12.2014, Master, T-480/12, EU:T:2014:1062, præmis 22). Det skal derefter bemærkes, at sagsøgeren udtrykkeligt bifalder den anfægtede afgørelse på forskellige punkter, herunder begrænsningen af indsigelsessagens rækkevidde i henhold til artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009 – som følge af præmis 21 i dom af 11. december 2014, Master (T-480/12, EU:T:2014:1062) – såvel som appelkammerets vurderinger med hensyn til de faktiske omstændigheder vedrørende dels, at der bestod en lighed og en forbindelse mellem de fire ældre varemærker Coca-Cola og det ansøgte varemærke – som følge af præmis 74 i dom af 11. december 2014, Master (T-480/12, EU:T:2014:1062) – dels, at disse ældre varemærker har et renommé for ikke-alkoholholdige drikke henhørende under klasse 32. Endelig bør det noteres, at sagsøgeren ikke har anfægtet, at der ikke blev givet medhold i søgsmålet, og at indsigelsen blev forkastet, for så vidt som det ældre varemærke i Det Forenede Kongerige udgjorde grundlaget herfor, hvilket følger af præmis 70 i dom af 11. december 2014, Master (T-480/12, EU:T:2014:1062, præmis 70) (jf. præmis 21 ovenfor).
- 30 Retten finder det hensigtsmæssigt at behandle det andet anbringende før det første.

Om det andet anbringende vedrørende en tilsidesættelse af artikel 65, stk. 6, i forordning nr. 207/2009

- 31 Sagsøgeren har med det andet anbringende hævdet, at appelkammeret ikke har truffet de fornødne foranstaltninger til opfyldelse af dom af 11. december 2014, Master (T-480/12, EU:T:2014:1062), i strid med artikel 65, stk. 6, i forordning nr. 207/2009. Sagsøgeren har gjort gældende, at Retten i dom af 11. december 2014, Master (T-480/12, EU:T:2014:1062), fastslog, at beviserne vedrørende den kommercielle anvendelse af det ansøgte varemærke klart er relevante »i fuldt kendskab til den geografiske rækkevidde« af de nævnte beviser, eftersom dette spørgsmål blev rejst af intervenienten under den administrative procedure i en erklæring af 9. maj 2012 og således udgjorde en del af det bevismateriale, der blev fremlagt for Retten. Ifølge sagsøgeren burde appelkammeret have begrænset sig til at bedømme spørgsmålet om den utilbørlige udnyttelse under hensyntagen til Rettens konklusioner om relevansen af beviserne vedrørende den kommercielle anvendelse af det ansøgte varemærke. Appelkammeret begik således en fejl, idet det så bort fra disse beviser som følge af deres geografiske rækkevidde.
- 32 EUIPO har bestridt sagsøgerens argumenter. Det skal rigtig nok bemærkes, at appelkammeret oprindeligt begik den fejl at se bort fra disse beviser. EUIPO har imidlertid gjort gældende, at Retten, for så vidt som den ikke vurderede disse beviser, ikke kunne træffe afgørelse om den utilbørlige udnyttelse på grundlag af de nævnte beviser. Følgelig har EUIPO anmodet Retten om at præcisere, hvorvidt spørgsmålet om stedet for brugen af det ansøgte varemærke i eller uden for EU, var en del af de betragtninger, der blev fremlagt for Retten, da denne afsagde dom.
- 33 Intervenienten har gjort gældende, at appelkammeret reelt tog hensyn til uddragene fra intervenientens websted og med rette – efter at have undersøgt dem – konkluderede, at de ikke gav grundlag for at fastslå en risiko for krænkelse af sagsøgerens rettigheder. Ifølge intervenienten var appelkammeret ikke forpligtet til at fastslå, at uddragene fra det nævnte websted beviste det af sagsøgeren hævdede.
- 34 Det skal bemærkes, at inden for rammerne af et søgsmål, der anlægges for Unionens retsinstanser til prøvelse af en afgørelse truffet af et appelkammer ved EUIPO, er dette sidstnævnte forpligtet til i medfør af artikel 266 TEUF og artikel 65, stk. 6, i forordning nr. 207/2009 at træffe de foranstaltninger, der er nødvendige til opfyldelse af en eventuel dom om annullation afsagt af Unionens retsinstanser.

- 35 Ifølge fast retspraksis tilkommer det ikke Retten at give EUIPO pålæg, og det påhviler EUIPO i givet fald at drage konsekvenserne af Rettens doms konklusion og præmisser (dom af 31.1.2001, Mitsubishi HiTec Paper Bielefeld mod KHIM (Giroform), T-331/99, EU:T:2001:33, præmis 33, af 13.6.2007, IVG Immobilien mod KHIM (I), T-441/05, EU:T:2007:178, præmis 13, og af 6.10.2011, Bang & Olufsen mod KHIM (Gengivelse af en højttaler), T-508/08, EU:T:2011:575, præmis 31).
- 36 I den foreliggende sag skal det indledningsvis bemærkes, at den relevante passage på s. 12 i bemærkningerne til klagen (for appelkammeret) fra intervenienten af 9. maj 2012 har følgende ordlyd:
- »[...] [EU]-figurmærket Master bruges for forskellige varer på en måde, der ikke har noget at gøre med den måde, hvorpå varerne fra Coca-Cola markedsføres. Det skal understreges, at [...] [EU]-figurmærket Master ikke ligner varemærkerne Coca-Cola. Derudover har [sagsøgeren] aldrig bevist, at der forelå nogen brug af det nævnte varemærke i EU, der udnyttede [sagsøgerens] markedsføringsbestræbelser.«
- 37 I denne henseende skal det i lighed med EUIPO bemærkes, at intervenienten i sine ovenfor anførte bemærkninger ikke udtalte sig om de pågældende beviser – dvs. uddragene fra webstedet »www.mastercola.com«, der var vedlagt R.'s vidneudsagn dateret den 23. februar 2011 (jf. præmis 11 ovenfor). Det må således antages, at intervenientens erklæring, ifølge hvilken der ikke var fastslået noget snylteri i EU, skal fortolkes som et anbringende om, at intervenienten aldrig havde brugt det ansøgte varemærke i EU. Det må således konstateres, at intervenienten ikke har taget stilling til bevisernes geografiske rækkevidde.
- 38 Derudover har hverken indsigelsesafdelingen eller Andet Appelkammer taget stilling hertil i den første afgørelse.
- 39 Det følger af det ovenstående, at spørgsmålet om disse bevisers geografiske rækkevidde hverken er blevet drøftet mellem parterne under den administrative procedure eller undersøgt af appelkammeret i forbindelse med den første afgørelse.
- 40 Heraf følger det, at dette spørgsmål ikke blev forelagt Retten og ikke udgjorde en del af sagens genstand ved Retten, da den afsagde dom af 11. december 2014, Master (T-480/12, EU:T:2014:1062)
- 41 Følgelig kunne Retten i dom af 11. december 2014, Master (T-480/12, EU:T:2014:1062), ikke tage stilling til spørgsmålet om disse bevisers geografiske rækkevidde.
- 42 I præmis 89 og 90 i dom af 11. december 2014, Master (T-480/12, EU:T:2014:1062), fastslog Retten, at beviserne vedrørende den kommercielle anvendelse af det ansøgte varemærke, således som blev fremlagt af sagsøgeren i forbindelse med indsigelsessagen, udgjorde klart relevante beviser med henblik på i det foreliggende tilfælde at fastslå en risiko for snylteri. Retten udledte heraf, at appelkammeret begik en fejl, da det ikke tog hensyn til disse beviser i forbindelse med dets anvendelse i det foreliggende tilfælde af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009.
- 43 Som EUIPO med rette har bemærket, kunne Retten, for så vidt som den ikke selv vurderede disse beviser – herunder deres geografiske rækkevidde – til gengæld ikke tage stilling til spørgsmålet om, hvorvidt disse beviser påviste utilbørlig udnyttelse af de ældre varemærkers renommé.
- 44 I øvrigt kunne Retten ikke tage stilling til et spørgsmål, som appelkammeret ikke havde undersøgt, uden at begå en ændring af begrundelsen, der overskrider dens legalitetskontrol i strid med retspraksis.

45 Derfor fastslog Retten i præmis 92 og 93 i dom af 11. december 2014, Master (T-480/12, EU:T:2014:1062), følgende:

»Da spørgsmålet om en eventuel utilbørlig udnyttelse af de ældre varemærkers særpræg eller renommé, således som det blev anført i præmis 75 ovenfor, imidlertid ikke er blevet undersøgt af appelkammeret, tilkommer det ikke Retten at træffe afgørelse herom for første gang i forbindelse med udøvelsen af sin legalitetskontrol af den anfægtede afgørelse (jf. i denne retning dom af 5.7.2011, Edwin mod KHIM, C-263/09 P, EU:C:2011:452, præmis 72 og 73, af 14.12.2011, Völkl mod KHIM – Marker Völkl (VÖLKL), T-504/09, EU:T:2011:739, præmis 63, og af 29.3.2012, You-Q mod KHIM – Apple Corps (BEATLE), T-369/10, EU:T:2012:177, præmis 75 og den deri nævnte retspraksis).

Det påhviler således appelkammeret i forbindelse med dets undersøgelse af betingelserne for anvendelse af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009 (jf. præmis 76 ovenfor) at tage hensyn til beviserne vedrørende den kommercielle anvendelse af det ansøgte varemærke, således som de blev fremlagt af sagsøgeren i forbindelse med indsigelsessagen.«

46 Således pålagde Retten appelkammeret selv at vurdere disse beviser i forbindelse med dets undersøgelse af betingelserne for at anvende artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009 uden at lægge appelkammeret fast på en specifik vurdering.

47 Det skal imidlertid konstateres, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 27-33, idet det efterkom dom af 11. december 2014, Master (T-480/12, EU:T:2014:1062), behørigt tog hensyn til de relevante beviser uden at se bort fra dem ligesom i den første afgørelse, og foretog en bedømmelse af deres rækkevidde og bevisværdi i forbindelse med dets undersøgelse af betingelserne for anvendelse af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009, og navnlig betingelsen om risiko for utilbørlig udnyttelse.

48 Det kan derfor ikke foreholdes appelkammeret, at dette ikke har truffet de fornødne foranstaltninger til opfyldelse af dom af 11. december 2014, Master (T-480/12, EU:T:2014:1062), i strid med artikel 65, stk. 6, i forordning nr. 207/2009.

49 Det andet anbringende skal således forkastes.

Det første anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009

50 Med det første anbringende har sagsøgeren gjort gældende, at appelkammeret tilsidesatte artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009, idet det ikke tog hensyn til beviserne vedrørende den kommercielle anvendelse af det ansøgte varemærke med den begrundelse, at ingen af disse beviser vedrørte Den Europæiske Union. Ifølge sagsøgeren burde appelkammeret have vurderet, om der forelå en risiko for utilbørlig udnyttelse i lyset af disse relevante beviser, der ville have fået det til at konkludere, at brugen af det ansøgte varemærke i det mindste medfører en alvorlig risiko for, at der sker en utilbørlig udnyttelse af de fire ældre varemærker Coca-Cola. Sagsøgeren har i denne forbindelse i det væsentlige fremsat to klagepunkter.

51 Med sit første klagepunkt har sagsøgeren foreholdt appelkammeret, at dette ikke i tilstrækkeligt omfang tog hensyn til de nævnte beviser i overensstemmelse med, hvad det blev pålagt ved dom af 11. december 2014, Master (T-480/12, EU:T:2014:1062). Sagsøgeren mener, at spørgsmålet om disse bevisers geografiske rækkevidde allerede var blevet forelagt Retten, der imidlertid konkluderede, at det klart var relevante, hvilket appelkammeret var forpligtet til at tage hensyn til.

52 Med det andet klagepunkt har sagsøgeren under alle omstændigheder gjort gældende, at appelkammeret begik en fejl, for så vidt som det ikke tog hensyn til de logiske slutninger, der fulgte af disse beviser. Ifølge sagsøgeren fører intervenientens faktiske brug af det ansøgte varemærke i en særlig præsentation og bevidst valgt uden for EU nødvendigvis til den logiske slutning, at der foreligger en

alvorlig risiko for, at dette varemærke bruges på samme måde inden for EU. Dette gælder så meget desto mere, hvor beviserne, som i det foreliggende tilfælde, for det første ikke gør det muligt at konkludere, at webstedet »www.mastercola.com« ikke var henvendt til forbrugere i EU, og intervenienten for det andet udtrykkeligt ansøgte om det ansøgte varemærke med henblik på brug i EU.

- 53 Sagsøgeren har heraf konkluderet, at beviserne vedrørende anvendelsen af det ansøgte varemærke var tilstrækkelige til at godtgøre intervenientens hensigt om at snylte på sagsøgerens egne varemærkers renommé. Ifølge sagsøgeren burde appelkammeret – enten som en faktisk omstændighed eller ved hjælp af en logisk slutning – have fastslået intervenientens hensigt til at overføre sagsøgerens ældre varemærkers image til de varer, der er forsynet med det af intervenienten brugte varemærke, eller den alvorlige risiko for, at denne ville gøre det inden for EU.
- 54 EUIPO har bestridt sagsøgerens argumenter. Først og fremmest har EUIPO anført, at appelkammeret med henblik på at opfylde dom af 11. december 2014, Master (T-480/12, EU:T:2014:1062), tog disse beviser i betragtning. EUIPO har således konkluderet, at de nævnte beviser ikke godtgør, at den præsentation, der vises på webstedet »www.mastercola.com«, bliver brugt i EU.
- 55 Endvidere mener EUIPO, at det relevante spørgsmål er, om brugen af det ansøgte varemærke på den påviste måde kunne medføre en utilbørlig udnyttelse. På den ene side er EUIPO enig i, at beviser for en konkret brug – uanset hvor i verden – kan tjene som en indikator for den måde, hvorpå det ansøgte varemærke kan bruges i EU, således at en sådan brug uden for EU kan gøre det muligt at fastslå, hvorvidt brugen af det ansøgte varemærke kan drage utilbørlig fordel af de ældre varemærkers renommé. På den anden side mener EUIPO, at undersøgelsen af, hvorvidt brug i EU kan anses for at udgøre en af de krænkelse, der er omhandlet i artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009, i lyset af brug i tredjelande, svarer til at foretage en analyse på grundlag af ren spekulation. Dette gælder så meget desto mere, som de bestanddele i udformningen, der anvendes uden for EU, men ikke udgør en del af det ansøgte varemærke – dvs. den røde etiket, på hvilken udtrykket »Master Cola« er skrevet i hvidt, beholderens karakteristiske form og den røde kapsel (herefter »bestanddelene i udformningen«) – spiller en stor rolle i forbindelse med kundekredsens evne til at forbinde det ansøgte varemærke med sagsøgerens varemærke på en snyltende måde.
- 56 Ifølge EUIPO er appelkammerets ræsonnement støttet på den antagelse, at selv om analysen af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009 i sagens natur er fremadrettet, skal denne være baseret på objektive forhold snarere end hypoteser og spekulationer. I den foreliggende sag er det rigtigt, at EUIPO er enig i, at konkret brug i EU ville kunne godtgøre, at der består en reel risiko for, at brugen af det ansøgte varemærke ville kunne drage utilbørlig fordel af de ældre varemærkers renommé i EU. EUIPO er dog af den opfattelse, at en analyse baseret på brug uden for EU ikke gør det muligt at drage konklusioner med en tilstrækkelig grad af sikkerhed for så vidt angår den måde, hvorpå det ansøgte varemærke vil blive brugt på det relevante territorium, dvs. EU. EUIPO mener, at afvejningen af sandsynlighederne kunne være for svag. Det kan nemlig ikke antages, at den anden part vil anvende den samme marketingstrategi i EU som den strategi, der anvendes i tredjelande. Således ville en mulig brug af det ansøgte varemærke i EU med en specifik emballage og farver, der er forskellige fra den, der er angivet i EU-varemærkeansøgningen, muligvis ikke være tilstrækkelig til at underbygge det af sagsøgeren hævdede. Med andre ord kan den omstændighed, at der er gjort brug uden for EU med de nævnte bestanddele i udformningen, ikke sidestilles med en »hensigt« om at bruge det ansøgte varemærke på samme måde i EU.
- 57 Derudover har EUIPO hævdet, at det at basere en afgørelse om anvendelsen af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009 på handlinger, der er foretaget uden for EU's område, ville tømme territorialitetsprincippet for ethvert indhold. EUIPO har anført, at det i henhold til Pariserkonventionen til beskyttelse af industriel ejendomsret, der blev undertegnet i Paris den 20. marts 1883, som revideret og ændret, gælder, at det kun er under særlige omstændigheder, at registrering eller brug af et varemærke i et land får virkning i et andet land, såsom når prioritetens gøres

gældende, eller når den velkendte karakter i ét land af et varemærke, der bruges eller er registreret i et andet land, gøres gældende (henholdsvis artikel 4 og artikel 6a i Pariserkonventionen). Som enhver undtagelse skal denne fortolkes strengt og det er – i mangel af nogen specifik modstridende bestemmelse indeholdt i enten Pariserkonventionen eller forordning nr. 207/2009 – umuligt at afslå registrering af et varemærke i EU på grundlag af handlinger, der er udført uden for EU's område.

- 58 Endelig har EUIPO gjort gældende, at sagsøgeren ikke har fremlagt nogen beviser for forskellige aspekter. Således gav sagsøgeren ikke nogen anvisninger med hensyn til det antal forbrugere i EU, der havde besøgt webstedet »www.mastercola.com« med henblik på at få oplysninger om brugen af varemærket i en præsentation, der yderligere forstærker lighederne. Mere generelt fremlagde sagsøgeren ingen beviser for, at den pågældende præsentation bliver eller vil blive brugt i EU, og at intervenienten ville drage en aktuel eller fremtidig fordel heraf i EU. Selv hvis det med rimelig sikkerhed kunne udledes, at det ansøgte varemærke blev brugt i samme form som på det nævnte websted – med bestanddelene i udformningen – ville dette ifølge EUIPO ikke være tilstrækkeligt til at fastslå en fordel for intervenienten. Sagsøgeren har nemlig ikke vist, hvilket konkret image der kunne overføres fra de fire ældre varemærker Coca-Cola til det ansøgte varemærke i eller uden for EU, navnlig for så vidt angår de varer, der er indeholdt i klasse 29 og 30, men også i forhold til de drikke, der henhører under klasse 32. I denne forbindelse har EUIPO anført, at sagsøgeren ikke har bestridt konstateringen i den anfægtede afgørelse om, at selskabet for så vidt angår varerne i klasse 29 og 30 ikke har leveret nogen argumenter eller beviser i forhold til en eventuel overførsel af de nævnte varemærker til Coca-Colas image. EUIPO har tilføjet, at ingen af varerne i klasse 29 og 30 er en forfriskende læskedrik, som de ældre varemærker er renommerede for.
- 59 Intervenienten har anfægtet sagsøgerens argumenter. Først og fremmest har intervenienten gjort gældende, at det varemærke, der er gengivet på dennes websted, »www.mastercola.com«, ikke er varemærket Master, skrevet i latinske og arabiske bogstaver i sort, men varemærket Master Cola skrevet i latinske bogstaver i hvidt. Ifølge intervenienten er brugen af et andet varemærke som Master Cola ikke relevant i den foreliggende sag.
- 60 Endvidere har intervenienten gjort gældende, at det ikke er bevist, at denne bruger den præsentation, der vist på dennes websted, »www.mastercola.com«, i EU. I forlængelse af appelkammeret mener intervenienten, at den blotte ansøgning om et EU-varemærke – hvis præsentation er forskellig fra præsentationen på dennes websted – ikke indikerer, at denne har til hensigt at fremme sine varer i EU på samme måde, som denne gør det i Syrien og Mellemøsten. Under alle omstændigheder har sagsøgeren ikke påberåbt sig en krænkelse af sine rettigheder i denne region.
- 61 Endelig har intervenienten gjort gældende, at sagsøgeren heller ikke har vist, hvad det konkrete image består i, der ville kunne overføres fra de fire ældre varemærker Coca-Cola til det ansøgte varemærke i eller uden for EU.
- 62 Intervenienten har heraf udledt, at det er godtgjort, at denne på ingen måde har til hensigt at drage nogen fordel af de fire ældre varemærker Coca-Cola og disses renommé. Efter intervenientens opfattelse er det »utænkeligt«, at ansøgningen om det ansøgte varemærke bestående af bestanddelen »master« skrevet i sort og hvidt ledsaget af en arabisk tekst kan anvendes til en utilbørlig udnyttelse af sagsøgeren renommé.

Gennemgang af retspraksis og indledende bemærkninger

- 63 Det fremgår af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009, at »[h]vis indehaveren af et ældre varemærke efter stk. 2 rejser indsigelse, er det varemærke, der søges registreret, ligeledes udelukket fra registrering, hvis det er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og det søges registreret for varer eller tjenesteydelser af anden art end dem, for hvilke det ældre varemærke er registreret, når der, hvis det drejer sig om et ældre [EU]-varemærke, er tale om et i [EU] velkendt varemærke, og der, hvis det

drejer sig om et ældre nationalt varemærke, er tale om et i den pågældende medlemsstat velkendt varemærke, og brugen af det varemærke, der søges registreret, uden rimelig grund ville medføre en utilbørlig udnyttelse af det ældre varemærkes særpræg eller renommé, eller sådan brug ville skade dette særpræg eller renommé«.

- 64 Det fremgår af ordlyden af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009, at anvendelsen af bestemmelsen er undergivet følgende betingelser: For det første skal der være identitet eller lighed mellem de omtvistede varemærker, for det andet skal det ældre varemærke, der er påberåbt til støtte for indsigelsen, have et renommé, for det tredje skal der være en risiko for, at brugen af det ansøgte varemærke uden rimelig grund vil medføre en utilbørlig udnyttelse af det ældre varemærkes særpræg eller renommé eller vil skade dette særpræg eller renommé. Disse betingelser er kumulative, og fraværet af en af dem vil være tilstrækkeligt til, at bestemmelsen ikke finder anvendelse (jf. dom af 11.12.2014, Master, T-480/12, EU:T:2014:1062, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis).
- 65 For så vidt angår denne tredje betingelse, skal det bemærkes, at risikoen for en utilbørlig udnyttelse af det ældre varemærkes særpræg eller renommé bl.a. er blevet fastslået i tilfælde af forsøg på en klar udnyttelse af og snylteri i kølvandet på et renommeret varemærke, og hvor der derfor blev henvist til begrebet »risiko for snylteri«. Det drejer sig med andre ord om risikoen for, at det renommerede varemærkes image eller de kendetegn, dette varemærke er udtryk for, bliver overført på de varer, der er omfattet af det ansøgte varemærke, således at markedsføringen af disse varer vil blive lettet ved denne forbindelse med det ældre renommerede varemærke (jf. dom af 11.12.2014, Master, T-480/12, EU:T:2014:1062, præmis 82 og den deri nævnte retspraksis; jf. ligeledes i denne retning dom af 18.6.2009, L'Oréal m.fl., C-487/07, EU:C:2009:378, præmis 41).
- 66 For at afgøre, om brugen af tegnet drager utilbørligt fordel af varemærkets særpræg eller renommé, skal der foretages en samlet vurdering, der inddrager alle sagens relevante forhold, herunder navnlig renomméets intensitet og graden af varemærkets særpræg, graden af lighed mellem de pågældende varemærker samt karakteren af og graden af lighed mellem de pågældende varer eller tjenesteydelser. Angående intensiteten af varemærkets renommé og dets grad af særpræg har Domstolen fastslået, at jo større dette varemærkes særpræg og renommé er, desto lettere vil en skade kunne antages at foreligge. Det fremgår ligeledes af retspraksis, at i jo højere grad og jo mere umiddelbart tegnet leder tanken hen på varemærket, desto større er risikoen for, at den aktuelle eller fremtidige brug af tegnet medfører en utilbørlig udnyttelse af varemærkets særpræg eller renommé eller skader dette særpræg eller renommé (dom af 18.6.2009, L'Oréal m.fl., C-487/07, EU:C:2009:378, præmis 44 og den deri nævnte retspraksis; jf. ligeledes i denne retning dom af 11.12.2014, Master, T-480/12, EU:T:2014:1062, præmis 27 og den deri nævnte retspraksis).
- 67 Det påhviler den indehaver af et ældre varemærke, som påberåber sig artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009, at føre bevis for, at brugen af det yngre varemærke ville medføre utilbørlig udnyttelse af de ældre varemærkers særpræg eller renommé. I denne forbindelse er indehaveren af det ældre varemærke ikke forpligtet til at påvise, at der foreligger en faktisk og aktuel krænkelse af dennes varemærke, hvilket bekræftes ved, at den nævnte bestemmelse er affattet i den betingede form. Når det kan forudsiges, at en sådan krænkelse vil følge af den brug, som indehaveren af det yngre varemærke kan tænkes at gøre af sit varemærke, er indehaveren af det ældre varemærke nemlig ikke forpligtet til at afvente den faktiske iværksættelse heraf for at kunne forbyde nævnte brug. Indehaveren af det ældre varemærke skal imidlertid godtgøre, at der foreligger oplysninger, der gør det muligt at fastslå, at der er en alvorlig risiko for, at en sådan krænkelse indtræder i fremtiden (jf. i denne retning dom af 22.5.2012, Environmental Manufacturing mod KHIM – Wolf (Gengivelse af en ulvs hoved), T-570/10, EU:T:2012:250, præmis 51 og den deri nævnte retspraksis), eller med andre ord fremkomme med oplysninger, der gør det muligt umiddelbart at fastslå, at der foreligger en fremtidig, ikke-hypotetisk risiko for utilbørlig udnyttelse eller skade (jf. dom af 7.10.2015, Panrico mod KHIM – HDN Development (Krispy Kreme DOUGHNUTS), T-534/13, ikke trykt i Sml., EU:T:2015:751, præmis 76 og den deri nævnte retspraksis).

- 68 Ifølge fast retspraksis kan man nå frem til en konklusion om risiko for snylteri ligesom til en konklusion om en risiko for udvanding eller tilsmudsning bl.a. på grundlag af logiske slutninger – forudsat at de ikke er et resultat af blotte antagelser – som følge af en sandsynlighedsanalyse og under hensyntagen til almindelig praksis inden for den relevante erhvervssektor samt til alle øvrige omstændigheder i sagen (dom af 22.5.2012, Gengivelse af en ulvs hoved, T-570/10, EU:T:2012:250, præmis 52; jf. ligeledes dom af 11.12.2014, Master, T-480/12, EU:T:2014:1062, præmis 84 og den deri nævnte retspraksis).
- 69 Domstolen har navnlig fundet, at der ved helhedsvurderingen med henblik på at fastslå, om der forelå en utilbørlig udnyttelse af et ældre varemærkes særpræg eller renommé, særligt skulle tages hensyn til den omstændighed, at brugen af parfumeæsker og flakoner, der lignede de efterlignede parfumeres tilsvarende, tilsigtede i reklameøjemed at drage fordel af særpræget og renomméet ved de varemærker, som parfumerne blev markedsført under. Domstolen har ligeledes fastslået, at når en tredjemand ved sin brug af et tegn, der ligner det renommerede varemærke, forsøger at lægge sig i kølvandet på varemærket med henblik på at drage fordel af varemærkets tiltrækningskraft, omdømme og prestige samt – uden nogen form for økonomisk kompensation og uden i denne forbindelse at foretage en selvstændig indsats – at udnytte den kommercielle indsats, som varemærkeindehaveren har ydet for at skabe og vedligeholde varemærkets image, skal den fordel, der følger af denne brug, anses for utilbørlig (dom af 18.6.2009, L'Oréal m.fl., C-487/07, EU:C:2009:378, præmis 48 og 49, og af 11.12.2014, Master, T-480/12, EU:T:2014:1062, præmis 85).
- 70 Endelig har Retten gentagne gange fastslået, at det er muligt – navnlig når der er tale om en indsigelse, der er støttet på et varemærke, som i særlig høj grad har et renommé – at sandsynligheden for, at der foreligger en fremtidig, ikke-hypotetisk risiko for, at det ansøgte varemærke vil skade eller utilbørligt udnytte, er så åbenbar, at det er uforment for indsigeren at påberåbe sig nogen andre faktiske omstændigheder i denne henseende eller føre bevis for tilstedeværelsen af sådanne omstændigheder (jf. i denne retning dom af 22.3.2007, Sigla mod KHIM – Elleni Holding (VIPS), T-215/03, EU:T:2007:93, præmis 48, og af 27.10.2016, Spa Monopole mod EUIPO – YTL Hotels & Properties (SPA VILLAGE), T-625/15, ikke trykt i Sml., EU:T:2016:631, præmis 63).
- 71 Det er på baggrund af disse betragtninger, at det skal undersøges, om det var med rette, at appelkammeret fastslog, at betingelserne for at anvende artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009 ikke var opfyldt i den foreliggende sag.
- 72 Indledningsvis må sagsøgerens første klagepunkt forkastes. Det er nemlig i præmis 34-49 ovenfor blevet fastslået, at appelkammeret traf de fornødne foranstaltninger til opfyldelse af dom af 11. december 2014, Master (T-480/12, EU:T:2014:1062), idet det tog hensyn til beviserne vedrørende den kommercielle anvendelse af det ansøgte varemærke.
- 73 Dernæst skal sagsøgerens andet klagepunkt vedrørende godtgørelsen af en risiko for utilbørlig udnyttelse af de ældre varemærkers renommé undersøges, såvel som indledningsvis visse af EUIPO's og intervenientens argumenter i denne henseende.

Hensyntagen til anvendelsen af et sammensat varemærke, der omfatter det ansøgte varemærke

- 74 Intervenienten har hævdet, at det varemærke, der er gengivet på dennes websted, »www.mastercola.com«, ikke er det ansøgte varemærke, nemlig Master, men et andet varemærke, Master Cola, hvis brug ikke er relevant i den foreliggende sag.
- 75 Det fremgår af Domstolens retspraksis i forbindelse med et varemærkes erhvervelse af fornødent særpræg ved brug og opretholdelse af et varemærke i kraft af bevis for reel brug, at begrebet »brug« af et varemærke efter ordlyden generelt omfatter både den uafhængige brug af dette varemærke og dets brug som en bestanddel af et andet varemærke som helhed eller sammen med dette. Domstolen

har ligeledes præciseret, at et registreret varemærke, der udelukkende er blevet benyttet som en del af et sammensat varemærke eller sammen med et andet varemærke, fortsat skal kunne opfattes som en angivelse af den omhandlede vares oprindelse (jf. i denne retning dom af 7.7.2005, Nestlé, C-353/03, EU:C:2005:432, præmis 29 og 30, af 18.4.2013, Colloseum Holding, C-12/12, EU:C:2013:253, præmis 32, 35 og 36, og af 18.7.2013, Specsavers International Healthcare m.fl., C-252/12, EU:C:2013:497, præmis 23 og 26).

- 76 Det må i den foreliggende sag konstateres, at udtrykket »master« udgør den særprægede og dominerende bestanddel af varemærket Master Cola, der bruges på intervenientens websted, »www.mastercola.com«, bl.a. for drikkevarer. Derfor vedbliver bestanddelen »master« i det sammensatte varemærke Master Cola med at opfattes som en angivelse af oprindelsen af intervenientens varer. Således udgør brugen af dette udtryk som en bestanddel af det sammensatte varemærke Master Cola ganske rigtigt brug af varemærket Master som sådant.
- 77 Heraf følger det, at de beviser, der er uddrag fra intervenientens websted »www.mastercola.com«, ikke kan holdes ude fra vurderingen alene af den grund, at det varemærke, der forekommer her, er varemærket Master Cola og ikke varemærket Master på uafhængig vis. Dette gælder så meget desto mere, som det førstnævnte omfatter det sidstnævnte som helhed.
- 78 I lighed med, hvad der blev fastslået i dom af 11. december 2014, Master (T-480/12, EU:T:2014:1062), skal det imidlertid bemærkes, at disse beviser rent faktisk vedrører den kommercielle anvendelse af det ansøgte varemærke.
- 79 Det var således med rette, at appelkammeret med henblik på at opfylde dom af 11. december 2014, Master (T-480/12, EU:T:2014:1062), tog disse beviser i betragtning.

Hensyntagen til brugen af det ansøgte varemærke uden for Den Europæiske Union, henset til territorialitetsprincippet

- 80 EUIPO har hævdet, at det er umuligt at afslå registrering af et varemærke i EU på grundlag af handlinger, der er udført uden for EU's område. Ifølge EUIPO ville det at basere en afgørelse om anvendelsen af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009 på handlinger, der er foregået uden for EU's område, tømme territorialitetsprincippet for ethvert indhold.
- 81 Det skal bemærkes, at det varemærkeretlige territorialitetsprincip indebærer, at betingelserne for beskyttelsen af et varemærke fastlægges i henhold til lovgivningen i det land – eller den sammenslutning af lande – hvor der er ansøgt om en sådan beskyttelse (jf. i denne retning dom af 22.6.1994, IHT Internationale Heiztechnik og Danzinger, C-9/93, EU:C:1994:261, præmis 22, og af 13.9.2012, Protégé International mod Kommissionen, T-119/09, ikke trykt i Sml., EU:T:2012:421, præmis 78). Det skal præciseres, at territorialitetsprincippet ligeledes indebærer, at en ret i et land eller i en sammenslutning af lande helt eller delvis har kompetence til at påkende krænkelser af varemærker, der er begået, eller som der er risiko for i dette land eller i denne sammenslutning af lande, men ikke i tredjelande (jf. i denne retning dom af 12.4.2011, DHL Express France, C-235/09, EU:C:2011:238, præmis 37 og 38).
- 82 I denne sag skal det for det første bemærkes, at intervenienten har indgivet en ansøgning om et EU-varemærke. I henhold til territorialitetsprincippet er det EU-retten, særlig forordning nr. 207/2009, der fastsætter betingelserne for denne beskyttelse.
- 83 For det andet rejste sagsøgeren indsigelse mod denne EU-varemærkeansøgning på grundlag af de fire ældre EU-varemærker Coca-Cola. I henhold til territorialitetsprincippet er disse varemærker beskyttet inden for EU og kan påberåbes til støtte for en indsigelse mod en ansøgning om det yngre varemærke.

- 84 Til gengæld må det konstateres, at sagsøgeren ikke påberåbte sig eventuelle ældre rettigheder, der er anerkendt i tredjelande uden for EU. Det af appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 29 anførte, hvorefter dette ikke vidste, hvem der besad rettighederne i disse lande, og at sagsøgeren ikke havde påberåbt sig en krænkelse af sine rettigheder i denne region, er dermed uden relevans.
- 85 I denne henseende skal EUIPO's anbringende forkastes, hvorefter det i henhold til Pariserkonventionens artikel 4 og artikel 6a gælder, at det kun er under særlige omstændigheder, at registrering eller brug af et varemærke i et land får virkning i et andet land, såsom når prioriteten gøres gældende, eller når den velkendte karakter i ét land af et varemærke, der bruges eller er registreret i et andet land, gøres gældende. Ganske vist er det rigtigt, at påberåbelsen af et vitterligt kendt varemærke i Pariserkonventionens forstand afviger fra territorialitetsprincippet derved, at et varemærke, der ikke er ansøgt om i EU, ikke desto mindre kan påberåbes her til støtte for en indsigelse i betragtning af dets velkendte karakter i et tredjeland, der er part i den nævnte konvention. I den foreliggende sag har sagsøgeren til støtte for sin indsigelse imidlertid påberåbt sig EU-varemærker, dvs. de fire ældre varemærker Coca-Cola og ikke vitterligt kendte varemærker i tredjelande, der ikke er ansøgt om i EU. Følgelig er der ikke tale om en fravigelse af territorialitetsprincippet.
- 86 Det skal i øvrigt bemærkes, at disse bestemmelser i Pariserkonventionen omhandler eventuelle ældre rettigheder og ikke en senere EU-varemærkeansøgning. De er således på ingen måde til hinder for, at der tages hensyn til brug af det i EU ansøgte varemærke i et tredjeland med henblik på at fastslå, om der foreligger en indsigelsesgrund i EU.
- 87 For det tredje har sagsøgeren i den foreliggende sag påberåbt sig tilstedeværelsen af en risiko for en utilbørlig udnyttelse af de ældre varemærkers renommé i EU og ikke uden for denne. Sagsøgeren har alene henvist til den reelle brug af det ansøgte varemærke i tredjelande for at underbygge en logisk slutning vedrørende den sandsynlige kommercielle anvendelse af det ansøgte varemærke i EU. Det er således sidstnævnte anvendelse, der er i sidste ende er relevant.
- 88 I denne henseende skal det bemærkes, at territorialitetsprincippet inden for varemærkeretten på ingen måde udelukker, at der tages hensyn til brug af det ansøgte varemærke uden for Den Europæiske Union med henblik på at støtte en logisk slutning om den sandsynlige kommercielle anvendelse af det ansøgte varemærke i EU, for at fastslå, at der foreligger en risiko for utilbørlig udnyttelse i EU af et ældre EU-varemærkes renommé som omhandlet i artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009.
- 89 Heraf følger det, at territorialitetsprincippet i den foreliggende sag ikke er til hinder for hensyntagen til beviser vedrørende den faktiske kommercielle anvendelse af det ansøgte varemærke Master (sammen med udtrykket »cola«) i Syrien og Mellemøsten, såsom uddrag fra webstedet »www.mastercola.com«, der i det væsentlige er udarbejdet på arabisk, med henblik på at fastslå, at der foreligger en risiko for, at brugen af det nævnte varemærke inden for EU her vil medføre en utilbørlig udnyttelse af de fire ældre EU-varemærker Coca-Colas renommé.

Vurderingen af logiske slutninger for så vidt angår risiko for snylteri i EU

- 90 I den anfægtede afgørelses punkt 27 konstaterede appelkammeret, at »[b]eviserne viser, at [intervenienten] [solgte] sine drikke i flasker, der har samme udseende, samme billeder, samme stilisering, samme skrifttype og den samme emballage som de flasker, [sagsøgeren] sælger under navnet Coca-Cola«.
- 91 Appelkammeret vurderede i den anfægtede afgørelses punkt 28-33 imidlertid, at disse beviser havde en sådan rækkevidde, at de ikke kunne lægges til grund for indsigelsen og bl.a. tilstedeværelsen af en risiko for snylteri i det væsentlige af de tre følgende grunde. For det første konstaterede appelkammeret, at de nævnte beviser ikke påviste, at intervenienten i EU anvendte den præsentation, der vistest på dennes websted, »www.mastercola.com«. Til støtte for denne konklusion har

appelkammeret påpeget, at dette websted i det væsentlige var udarbejdet på arabisk – trods eksistensen af en side på engelsk – såvel som fraværet af enhver angivelse med hensyn til muligheden for online-bestilling og afsendelse af de udbudte produkter til EU. For det andet vurderede appelkammeret, at den blotte omstændighed, at et EU-varemærke – hvis præsentation var forskellig fra præsentationen på intervenientens websted – blev ansøgt, ikke indikerede, at sidstnævnte havde til hensigt at fremme sine varer i EU på samme måde, som denne gjorde det i Syrien og Mellemøsten. For det tredje vurderede appelkammeret, at sagsøgeren ej heller havde vist det konkrete image, der kunne overføres fra de ældre varemærker Coca-Cola til den pågældende ansøgning i eller uden for EU, navnlig for de varer, der er indeholdt i klasse 29 og 30, men også for drikke, der henhører under klasse 32. Ifølge appelkammeret gør de fremlagte beviser det således ikke muligt klart at fastslå, hvad Coca-Cola betyder. Appelkammeret anførte, at det, for så vidt som det var bundet af parternes argumenter i henhold til artikel 76 i forordning nr. 207/2009, ikke tilkom det at forsøge selv at opnå, at disse argumenter blev fremsat.

- 92 For det første skal det bemærkes, at appelkammerets konstatering om, at beviserne ikke påviste, at intervenienten i EU anvendte den præsentation, der vist på dennes websted, »www.mastercola.com«, i sig selv er uden betydning i den foreliggende sag.
- 93 Det skal ganske rigtigt bemærkes, at webstedet »www.mastercola.com« i dets nuværende form ikke primært er henvendt til forbrugere i Den Europæiske Union i betragtning af såvel webstedets manglende henvisning til EU som dets udarbejdelse på hovedsageligt arabisk. Det forholder sig sådan på trods af tilstedeværelsen af websidens bestanddel ».com«, hvilken sagsøgeren har fremhævet, såvel som den engelske side, som webstedet indeholder på følgende adresse: <http://www.mastercola.com/companyprofile-en.htm>.
- 94 Denne konstatering gør dog ikke uddragene fra dette websted irrelevante. Disse kan nemlig danne grundlag for en logisk slutning om den sandsynlige kommercielle anvendelse af det ansøgte varemærke i EU med henblik på at fastslå, at der foreligger en risiko for utilbørlig udnyttelse i EU (jf. præmis 88 og 89 ovenfor).
- 95 Det er således med rette, at EUIPO i punkt 32 i sit svarskrift er enig i, at beviser for en konkret brug – uanset hvor i verden – kan tjene som en indikator for den måde, hvorpå det ansøgte varemærke kan bruges i EU, således at en sådan brug uden for EU kan gøre det muligt at fastslå, hvorvidt brugen af det ansøgte varemærke kan drage utilbørlig fordel af de ældre varemærkers renommé.
- 96 Retten mener derfor, at det i princippet af en EU-varemærkeansøgning logisk kan sluttes, at indehaveren heraf har til hensigt at markedsføre sine varer eller tjenesteydelser i Den Europæiske Union.
- 97 I den foreliggende sag er det således logisk forudsigeligt, at intervenienten, såfremt denne opnår registrering af det ansøgte varemærke, vil ændre sit websted i overensstemmelse med en sådan hensigt til at markedsføre sine varer under dette varemærke i EU.
- 98 I denne henseende skal det bemærkes, at webstedet »www.mastercola.com« er fleksibelt og ville kunne ændres med henblik på at målrettes mod forbrugere i EU, bl.a. ved at tilføje indhold på et eller flere officielle EU-sprog.
- 99 For det andet vurderede appelkammeret, at den omstændighed alene, at et EU-varemærke blev ansøgt af intervenienten, ikke indikerede, at denne havde til hensigt at fremme sine varer i EU på samme måde, som denne gjorde det i Syrien og Mellemøsten.
- 100 Det skal indledningsvis bemærkes, at intervenienten ikke har angivet, på hvilken måde denne havde til hensigt at fremme sine varer i EU, og ikke har fremlagt nogen beviser i denne henseende.

- 101 Det skal derefter – i mangel af specifikke beviser for så vidt angår intervenientens kommercielle hensigter i EU – bemærkes, at uddragene fra webstedet »www.mastercola.com«, som sagsøgeren har fremlagt, og som vedrører intervenientens reelle brug af det ansøgte varemærke uden for EU, kan gøre det muligt umiddelbart at konkludere, at der foreligger en fremtidig, ikke-hypotetisk risiko for utilbørlig udnyttelse i EU.
- 102 Retspraksis gør det nemlig muligt at konkludere, at der foreligger en risiko for snylteri på grundlag af logiske slutninger – forudsat at de ikke er et resultat af blotte antagelser – som følge af en sandsynlighedsanalyse og under hensyntagen til almindelig praksis inden for den relevante erhvervssektor samt til alle øvrige omstændigheder i sagen (jf. præmis 67 og 68 ovenfor).
- 103 I den foreliggende sag er den omstændighed, at intervenienten ikke har fremlagt nogen specifik dokumentation for så vidt angår eventuelle kommercielle planer inden for EU, der er anderledes i forhold til dem, der vedrører tredjelande, ikke uden betydning. Eftersom sagsøgeren nemlig har bevist intervenientens faktiske brug af det ansøgte varemærke uden for EU – i kraft af fremlæggelsen af uddragene fra webstedet »www.mastercola.com« – skal det bemærkes, at det med hensyn til bevisbyrden ville være nemmere for intervenienten et bevise, at dennes kommercielle hensigt var anderledes inden for EU, end det var for sagsøgeren at bevise, at karakteren af intervenientens sandsynlige kommercielle hensigter i EU lignede dennes faktiske kommercielle praktik uden for EU. Intervenienten har dog ikke ført et sådant bevis.
- 104 Det skal således, ligesom sagsøgeren har gjort det, konkluderes, at intervenientens faktiske brug af det ansøgte varemærke i en særlig præsentation og bevidst valgt uden for EU – medmindre intervenienten fører bevis for det modsatte, hvilket ikke er tilfældet i den foreliggende sag – kan føre til en logisk slutning, hvorefter der foreligger en alvorlig risiko for, at det ansøgte varemærke bruges på samme måde inden for EU som i tredjelande, og dette så meget desto mere, som intervenienten udtrykkeligt ansøgte om det ansøgte varemærke med henblik på brug i EU.
- 105 Denne konklusion afkræftes ikke af EUIPO's anbringende, ifølge hvilket de bestanddele i udformningen, der anvendes uden for EU, men ikke udgør en del af det ansøgte varemærke (dvs. den røde etiket, på hvilken udtrykket »Master Cola« er skrevet i hvidt, beholderens karakteristiske form og den røde kapsel), ikke vil kunne bruges i EU. Som EUIPO har anført, er det rigtigt, at disse bestanddele i udformningen kan spille en hvis rolle i kundekredsens evne til at forbinde det ansøgte varemærke med sagsøgerens varemærke på en snyltende måde. I dom af 11. december 2014, Master (T-480/12, EU:T:2014:1062, præmis 64 og 74), fandt Retten imidlertid, at den overordnede grad af lighed mellem de omtvistede tegn, der skulle tages i betragtning med henblik på undersøgelsen af en eventuel risiko for snylteri, kunne følge alene af de lighedspunkter, der ikke alene skyldes den »hale«, der forlænger deres respektive begyndelsesbogstaver »c« og »m« i en bue som i en underskrift, men også anvendelsen i de omtvistede tegn af samme skrifttype, der ikke er almindelig i det moderne forretningsliv, nemlig spencerskriften, hvilket vil blive opfattet samlet af den relevante forbruger. Selv om en eventuel anvendelse i EU af de nævnte bestanddele i udformningen således kan underbygge den logiske slutning for så vidt angår risikoen for snylteri, udgør denne ikke i sig selv en nødvendig betingelse for en sådan slutning. Derudover kan den omstændighed, at sådanne bestanddele i udformningen allerede anvendes på intervenientens websted i dets nuværende form, danne grundlag for en logisk slutning, hvorefter bestanddelene i fremtiden kunne anvendes på det nævnte websted, således som dette ville blive ændret med henblik på at være henvendt til forbrugere i EU (jf. præmis 98 ovenfor).
- 106 I øvrigt er EUIPO's anbringende om, at sagsøgeren ikke gav nogen anvisninger med hensyn til det antal forbrugere i EU, der havde besøgt webstedet »www.mastercola.com«, irrelevant. På den ene side indebærer artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009 en fremadrettet analyse af den fremtidige og ikke-hypotetiske risiko for snylteri inden for EU på grundlag af de tilgængelige beviser, men ikke en godtgørelse af, at der foreligger en aktuel snylteri i EU. Indehaveren af det ældre varemærke er ikke forpligtet til at påvise, at der foreligger en faktisk og aktuel krænkelse af vedkommendes varemærke,

hvilket bekræftes ved, at den nævnte bestemmelse er affattet i den betingede form (jf. præmis 67 ovenfor). Selv om risikoen for udvanding, dvs. risikoen for, at de ældre varemærkers særpræg skades, forudsætter, at det er godtgjort, at der er sket en ændring i den økonomiske adfærd hos gennemsnitsforbrugeren af de varer eller tjenesteydelser, som det ældre varemærke er registreret for, der er forårsaget af brugen af det yngre varemærke (jf. dom af 14.11.2013, *Environmental Manufacturing mod KHIM*, C-383/12 P, EU:C:2013:741, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis), skal der på den anden side ikke føres et sådant bevis for risikoen for snylteri (dvs. risikoen for, at der sker en utilbørlig udnyttelse af de ældre varemærkers særpræg eller renommé). Endvidere vurderes risikoen for snylteri i forhold til en gennemsnitsforbruger af de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af det yngre varemærke, og ikke af det ældre varemærke – i det omfang, hvor det, der er forbudt, er den fordel, som indehaveren af det yngre varemærke får af det ældre varemærke (jf. i denne retning dom af 27.11.2008, *Intel Corporation*, C-252/07, EU:C:2008:655, præmis 36, og af 20.9.2017, *The Tea Board mod EUIPO*, C-673/15 P – C-676/15 P, EU:C:2017:702, præmis 92).

- 107 Det følger af det ovenstående, at appelkammeret begik en fejl ved bedømmelsen af beviserne vedrørende den kommercielle anvendelse af det ansøgte varemærke uden for EU – særligt de uddrag fra intervenientens websted, »www.mastercola.com«, som sagsøgeren har fremlagt – idet det ikke tog hensyn til de logiske slutninger og sandsynlighedsvurderinger, der kan følge heraf for så vidt angår risikoen for snylteri i EU. Herved har appelkammeret tilsidesat artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009.
- 108 Det første anbringende må derfor tages til følge.
- 109 Desuden og som et obiter dictum med henblik på at afgøre sagen og undgå succesive annullationer og henvisninger, samt henset til princippet om god retspleje og procesøkonomiske hensyn, finder Retten det hensigtsmæssigt – i lyset af sagsakterne og de af parternes bemærkninger, den har modtaget såvel i forbindelse med det skriftlige spørgsmål som under høringen – at tage stilling til appelkammerets vurdering, ifølge hvilken sagsøgeren heller ikke havde vist det konkrete image, der kunne overføres fra dennes ældre varemærker Coca-Cola til den pågældende ansøgning i eller uden for EU, og at de fremlagte beviser ikke gjorde det muligt klart at fastslå, hvad Coca-Cola betyder.
- 110 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at Retten i henhold til artikel 65, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 72, stk. 2, i forordning nr. 2017/1001) skal prøve lovligheden af appelkamrene ved EUIPO's afgørelser ved at efterprøve den anvendelse af EU-retten, som appelkamrene foretager, bl.a. henset til de faktiske omstændigheder, som forelå for appelkamrene. Retten kan således inden for grænserne af den nævnte artikel, sådan som den er blevet fortolket af Domstolen, foretage en fuldstændig efterprøvelse af lovligheden af en afgørelse truffet af appelkamrene ved EUIPO og om fornødent efterprøve, om disse har foretaget en korrekt retlig kvalifikation af de faktiske forhold i tvisten, eller om bedømmelsen af de faktiske forhold, der blev forelagt nævnte kamre, er behæftet med fejl (jf. i denne retning dom af 18.12.2008, sag C-16/06 P, *Les Éditions Albert René mod KHIM*, EU:C:2008:739, præmis 38 og 39).
- 111 Når Retten skal bedømme lovligheden af en afgørelse truffet af et af EUIPO's appelkamre, er den nemlig ikke bundet af en fejlagtig bedømmelse, som appelkammeret har foretaget af de faktiske omstændigheder, for så vidt som bedømmelsen indgår i den konklusion, hvis lovlighed anfægtes ved Retten (dom af 18.12.2008, *Les Éditions Albert René mod KHIM*, C-16/06 P, EU:C:2008:739, præmis 48).
- 112 I den foreliggende sag har sagsøgeren nedlagt påstand om annullation af den anfægtede afgørelse og har støttet sit første anbringende på en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009. Således udgør vurderingen af, om der foreligger en risiko for utilbørlig udnyttelse – og særlig fastlæggelsen af det image, der kan overføres fra de ældre varemærker til det ansøgte varemærke – en del af de konklusioner, hvis lovlighed anfægtes ved Retten.

- 113 Hvad angår beviserne vedrørende det image, der kan overføres fra de ældre varemærker til det ansøgte varemærke, skal det ganske vist bemærkes, at sagsøgeren i stævningen har begrænset sig til at påberåbe sig en »klar hensigt [fra intervenientens side] til at udnytte [sagsøgerens] renommé [...] og den betydelige kommercielle indsats, som denne har ydet for at skabe varemærket Coca-Colas image«.
- 114 Det fremgår imidlertid af sagsakterne, at sagsøgeren i punkt 20-29 i sine bemærkninger indgivet til indsigelsesafdelingen den 23. februar 2011 og gengivet i bilag 1 til sagsøgerens skrivelse af 25. januar 2012, der angav begrundelsen for klagen til appelkammeret, udførligt beskrev de fire ældre varemærker Coca-Colas image, hvis renommé sagsøgeren i denne forbindelse søgte at godtgøre. I de nævnte bemærkninger punkt 27-29 citerede sagsøgeren bl.a. uddrag fra en bog og en undersøgelse gennemført af den uafhængige organisation Superbrands (vedlagt henholdsvis bilag 4 og bilag 5 til de nævnte bemærkninger), der nærmere bestemt angiver, at »Coca-Cola er det mest genkendelige varemærke i hele verden med 94% global genkendelighed«, »Coca-Cola er kendt for sine innovative og relevante markedsføringskampagner og er berømt for sine ikoniske reklamer«, og »[v]aremærket Coca-Colas værdier har modstået tidens tand og sigter efter at formidle optimisme, selskabelighed [eller samhørighed] og ægthed, Coca-Cola er ikke politisk, men søger at samle folk med et inspirerende løfte om bedre tider og muligheder, [og d]isse værdier gør Coca-Cola lige så relevant og tiltrækkende i dag som i går og underbygger den loyalitet, hengivenhed og kærlighed, som hele generationer har følt for varemærket, [idet] The Coca-Cola Companys omdømme i forbindelse med stærk markedsføring sikrer, at denne tilknytning er stærkere end nogensinde«.
- 115 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at der er funktionel kontinuitet mellem de forskellige instanser ved EUIPO, dvs. mellem på den ene side undersøgeren, indsigelsesafdelingen, afdelingen for administration af varemærker og for juridiske spørgsmål samt annullationsafdelingerne og på den anden side appelkamrene. Det følger af den funktionelle kontinuitet mellem EUIPO's forskellige instanser, at appelkamrene inden for rammerne af den fornyede prøvelse, som de skal foretage af afgørelser truffet af EUIPO's afdelinger i første instans, er forpligtet til at støtte deres afgørelse på alle de faktiske og retlige oplysninger, som parterne har fremlagt, dels i sagen for den afdeling, der har truffet afgørelse i første instans, dels i klagesagen. Den kontrol, som appelkamrene udøver, er ikke begrænset til en efterprøvelse af lovligheden af den anfægtede afgørelse, men indebærer som følge af klagesagens overførende virkning en ny bedømmelse af tvisten som helhed, idet appelkamrene i det hele skal foretage en fornyet behandling af den oprindelige begæring og tage hensyn til de beviser, der er fremført rettidigt (jf. dom af 6.11.2007, SAEME mod KHIM – Racke (REVIAN's), T-407/05, EU:T:2007:329, præmis 49-51 og den deri nævnte retspraksis). Det følger således af artikel 64, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 71, stk. 1, i forordning nr. 2017/1001), at appelkammeret som følge af den klage, som er forelagt det, skal foretage en ny og fuldstændig prøvelse af indsigelsens realitet, såvel retligt som faktisk (dom af 13.3.2007, KHIM mod Kaul, C-29/05 P, EU:C:2007:162, præmis 57, og af 13.12.2016, Guiral Broto mod EUIPO – Gastro & Soul (Café del Sol), T-548/15, ikke trykt i Sml., EU:T:2016:720, præmis 21).
- 116 I henhold til princippet om funktionel kontinuitet skal det fastslås, at appelkammeret var forpligtet til at tage hensyn til sagsøgerens anbringender som indeholdt i dennes bemærkninger af 23. februar 2011 ved indsigelsesafdelingen og vedlagt skrivelsen af 25. januar 2012, der angav begrundelsen for klagen for så vidt angår de fire ældre varemærker Coca-Colas image, der kunne overføres til det ansøgte varemærke.
- 117 Det var således med urette, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 30 hævdede, at sagsøgeren ikke havde vist, hvad det konkrete image var, der kunne overføres fra de fire ældre varemærker Coca-Cola til det ansøgte varemærke. Det var ligeledes med urette, at appelkammeret tilføjede, at de fremlagte beviser ikke gjorde det muligt klart at fastslå, hvad Coca-Cola betyder.

- 118 Selv om det derudover var med rette, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 32 anførte, at det var bundet af parternes argumenter i henhold til artikel 76 i forordning nr. 207/2009, var det ligeledes med urette, at appelkammeret i det væsentlige vurderede, at sagsøgeren for EUIPO ikke havde leveret argumenter og beviser i forhold til det image, der kunne overføres fra de ældre varemærker til det ansøgte varemærke.
- 119 I modsætning til, hvad appelkammeret fandt i den anfægtede afgørelses punkt 30-33, må det konstateres, at sagsøgeren rent faktisk for EUIPO leverede argumenter og beviser i forhold til det image, der kunne overføres fra de ældre varemærker til det ansøgte varemærke – nærmere bestemt de uddrag fra Superbrands' undersøgelse, der citeres i sagsøgerens bemærkninger til støtte for indsigelsen.
- 120 For fuldstændighedens skyld understreger Retten endelig, at det af appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 31 anførte, hvorefter ingen af varerne i klasse 29 og 30 er en forfriskende læskedrik, som de ældre varemærker er renommerede for, ikke har nogen afgørende karakter.
- 121 Ifølge retspraksis vedrørende artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009 kan visse varemærker have opnået et så stort renommé, at det rækker videre end den relevante kundekreds for de varer eller tjenesteydelser, som disse varemærker er registreret for. I et sådant tilfælde er det muligt, at den kundekreds, der er relevant i forhold til de varer eller tjenesteydelser, som det yngre varemærke er registreret for, forbinder de omtvistede varemærker med hinanden, selv om den er en helt anden kundekreds end den, som er relevant i forhold til de varer eller tjenesteydelser, som det ældre varemærke er registreret for (dom af 27.11.2008, Intel Corporation, C-252/07, EU:C:2008:655, præmis 51 og 52).
- 122 I øvrigt angiver den undersøgelse foretaget af Superbrands, som sagsøgeren i den foreliggende sag har fremlagt for indsigelsesafdelingen, og som citeres i præmis 114 ovenfor, at »[e]ftersom Coca-Cola befinder sig på toppen af international genkendelighed for et varemærke, er selskabet i stand til at anvende sit forhold til forbrugerne med henblik på at have en indflydelse, der rækker videre end markedet for ikke-alkoholiske drikkevarer«.
- 123 Henset til, at det første anbringende tiltrædes i præmis 108 ovenfor, tages sagsøgerens påstand til følge, og den anfægtede afgørelse annulleres.

Sagsomkostninger

- 124 Ifølge artikel 134, stk. 1, i Rettens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom.
- 125 Da EUIPO og intervenienten har tabt sagen, bør det dels pålægges EUIPO at bære sine egne omkostninger og at betale sagsøgerens omkostninger i overensstemmelse med dennes påstand herom, dels fastslås, at intervenienten skal bære sine egne omkostninger.
- 126 Sagsøgeren har desuden nedlagt påstand om, at EUIPO tilpligtes at betale de omkostninger, som sagsøgeren har afholdt på ethvert stadium af indsigelses- og klageproceduren. I denne forbindelse bemærkes, at nødvendige udgifter, som er afholdt af parterne i forbindelse med sagen for appelkammeret i henhold til artikel 190, stk. 2, i procesreglementet, betragtes som omkostninger, der kan kræves erstattet. Det forholder sig imidlertid ikke på samme måde med omkostninger, der er afholdt i forbindelse med sagen for indsigelsesafdelingen. Følgelig kan sagsøgerens påstand om, at EUIPO – da dette har tabt sagen – tilpligtes at betale omkostningerne i forbindelse med den administrative procedure, alene tages til følge for så vidt angår de nødvendige omkostninger, der er afholdt af sagsøgeren i forbindelse med sagen for appelkammeret (jf. i denne retning dom af 11.10.2016, Guccio Gucci mod EUIPO – Guess? IP Holder (Gengivelse af fire sammenflettede G'er), T-753/15, ikke trykt i Sml., EU:T:2016:604, præmis 56 og den deri nævnte retspraksis).

På grundlag af disse præmisser
udtaler og bestemmer

RETTEN (Ottende Afdeling):

- 1) **Afgørelsen truffet den 2. december 2015 af Fjerde Appellkammer ved Den Europæiske Unions Kontor for Intellectuel Ejendomsret (EUIPO) (sag R 1251/2015-4) annulleres.**
- 2) **EUIPO bærer sine egne omkostninger og betaler de af The Coca-Cola Company afholdte omkostninger, herunder omkostningerne i forbindelse med sagen for appelkammeret ved EUIPO.**
- 3) **Modern Industrial & Trading Investment Co. Ltd (Mitico) bærer sine egne omkostninger.**

Collins

Kancheva

Passer

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 7. december 2017.

Underskrifter

Indhold

Tvistens baggrund	2
Parternes påstande	7
Retlige bemærkninger	7
Om det andet anbringende vedrørende en tilsidesættelse af artikel 65, stk. 6, i forordning nr. 207/2009 .	8
Det første anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009	10
Gennemgang af retspraksis og indledende bemærkninger	12
Hensyntagen til anvendelsen af et sammensat varemærke, der omfatter det ansøgte varemærke	14
Hensyntagen til brugen af det ansøgte varemærke uden for Den Europæiske Union, henset til territorialitetsprincippet	15
Vurderingen af logiske slutninger for så vidt angår risiko for snylteri i EU	16
Sagsomkostninger	21