



Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Femte Afdeling)

4. oktober 2018*

»EU-varemærker – ugyldighedssag – EU-ordmærket FLÜGEL – de ældre nationale ordmærker...VERLEIHT FLÜGEL og RED BULL VERLEIHT FLÜÜÜGEL – relative registreringshindringer – rettighedsfortabelse på grund af passivitet – artikel 54, stk. 2, i forordning (EF) nr. 207/2009 (nu artikel 61, stk. 2, i forordning (EU) 2017/1001) – ingen risiko for forveksling – varer, der ikke er af lignende art – artikel 53, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009 [nu artikel 60, stk. 1, litra a), i forordning 2017/1001] – artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 8, stk. 1, i forordning 2017/1001)«

I sag T-150/17,

Asolo Ltd, Limassol (Cypern), ved advokaterne W. Pors og N. Dorenbosch,

sagsøger,

mod

Den Europæiske Unions Kontor for Intellectuel Ejendomsret (EUIPO) ved M. Capostagno, A. Folliard-Monguiral og D. Walicka, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

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

Red Bull GmbH, Fuschl am See (Østrig), ved advokaterne A. Renck og S. Petivlasova,

angående en påstand om annulation af afgørelse truffet den 17. november 2016 af Femte Appelkammer ved EUIPO (sag R 282/2015-5) vedrørende en ugyldighedssag mellem Red Bull og Asolo,

har

RETTEN (Femte Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, D. Gratsias (refererende dommer), og dommerne A. Dittrich og P.G. Xuereb,

justitssekretær: fuldmægtig X. Lopez Bancalari,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 8. marts 2017,

* Processprog: engelsk.

under henvisning til svarskriftet fra EUIPO, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 23. maj 2017,

under henvisning til intervenientens svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 6. juni 2017,

under henvisning til Rettens skriftlige spørgsmål til parterne og parternes svar på disse spørgsmål, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 6. marts 2018,

efter retsmødet den 12. april 2018,

afsagt følgende

Dom

Twistens baggrund

- 1 Den 24. september 1997 indgav Licensing Services, en af de retlige forgængere for sagsøgeren, Asolo Ltd, en ansøgning om registrering af et EU-varemærke til Den Europæiske Unions Kontor for Intellektuel Ejendomsret (EUIPO) 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 EU-varemærker (EUT 2009, L 78, s. 1), med senere ændringer, der selv er blevet erstattet af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2017/1001 af 14.6.2017 om EU-varemærker (EUT 2017, L 154, s. 1)).
- 2 Varemærket, der søgtes registreret, er ordtegnet FLÜGEL.
- 3 De varer, som registreringsansøgningen vedrørte, henhører under klasse 32 og 33 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 for hver af disse klasser til følgende beskrivelse:
 - klasse 32: »øl; mineralvand og kulsyreholdige vande og andre ikke-alkoholholdige drikke; frugtdrikke og frugtsaft; sirup og andre præparater til tilberedning af drikke«
 - klasse 33: »alkoholholdige drikke (dog ikke øl)«.
- 4 Varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EF-Varemærketidende* nr. 1998/45 af 22. juni 1998, og varemærket blev registreret den 1. februar 1999.
- 5 Den 7. september 2006 registrerede EUIPO overdragelsen af det anfægtede varemærke til sagsøgeren.
- 6 Den 5. december 2011 indgav intervenienten, Red Bull GmbH, en begæring om ugyldighedserklæring i henhold til artikel 53, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009 [nu artikel 60, stk. 1, litra a), i forordning 2017/1001], sammenholdt med forordningens artikel 8, stk. 1, litra b), og artikel 8, stk. 5, [nu artikel 8, stk. 1, litra b), og artikel 8, stk. 5, i forordning 2017/1001].
- 7 Ugyldighedsbegæringen var støttet på følgende ældre rettigheder:
 - ordtegnet...VERLEIHT FLÜGEL, der er registreret som varemærke i Østrig under nr. 175793

- ordtegnet RED BULL VERLEIHT FLÜÜÜGEL, der er registreret som varemærke i Østrig under nr. 161298.
- 8 De to ældre nationale varemærker er registreret for varerne »energidrikke« i klasse 32.
- 9 Ved afgørelse af 2. december 2014 fastslog annullationsafdelingen under henvisning til meddelelse nr. 2/12 af 20. juni 2012 fra EUIPO's præsident vedrørende brug af klasseoverskrifter i fortegnelsen over varer og tjenesteydelser for EU-varemærkeansøgninger og -registreringer (EUT KHIM 7/2012), at »alkoholiske udtræk; alkoholiske ekstrakter; frugtekstrakt med alkohol« i det foreliggende tilfælde skulle forstås på samme måde som varerne »alkoholholdige drikke«, der er omfattet af klasse 33.
- 10 Annullationsafdelingen lagde under henvisning til det renommé, som det ældre varemærke...VERLEIHT FLÜGEL havde opnået (herefter »det ældre varemærke«), til grund, at det af procesøkonomiske hensyn var nødvendigt at støtte dens konklusioner på dette varemærkes renommé. Under hensyn til dette varemærkes renommé, den forbindelse, som kunne opstå i kundekredsens opfattelse, mellem det ældre varemærke og det anfægtede varemærke og muligheden for, at indehaveren af det anfægtede varemærke ville kunne drage en utilbørlig fordel af det ældre varemærke, gav annullationsafdelingen på grundlag af artikel 53, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009, sammenholdt med denne forordnings artikel 8, stk. 5, medhold i begæringen om ugyldighedserklæring for alle de varer, der var omfattet af det anfægtede varemærke. Hvad endvidere angår den af sagsøgeren påberåbte rettighedsfortabelse på grund af passivitet konkluderede annullationsafdelingen, at det i den foreliggende sag ikke var nødvendigt at anvende artikel 54 i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 61 i forordning 2017/1001), for så vidt som det, selv om intervenienten havde kendskab til eksistensen af det anfægtede varemærke, ikke var blevet godtgjort, at denne med kendskab til brugen i Østrig havde forholdt sig passiv i den i hovedsagen relevante periode, dvs. fra den 5. december 2006 til den 5. december 2011.
- 11 Den 29. januar 2015 indgav sagsøgeren en klage til EUIPO i henhold til artikel 58-64 i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 66-71 i forordning 2017/1001) til prøvelse af annullationsafdelingens afgørelse om medhold i intervenientens ugyldighedsbegæring.
- 12 Ved afgørelse af 17. november 2016 (herefter »den anfægtede afgørelse«) afslog Femte Appellkammer ved EUIPO klagen.
- 13 Nærmere bestemt opretholdt appellkammeret for det første annullationsafdelingens afgørelse, for så vidt som denne havde forkastet intervenientens argument om rettighedsfortabelse på grund af passivitet. Appellkammeret lagde i denne forbindelse til grund, at de beviser, som sagsøgeren havde fremlagt for annullationsafdelingen, ikke var tilstrækkelige til at konkludere, at intervenienten havde eller med rimelighed kunne forventes at have kendskab til brugen af det anfægtede varemærke. For så vidt angår de beviser, som sagsøgeren fremlagde for første gang for appellkammeret, fandt dette, at de ikke kunne anses for komplementerende eller supplerende som omhandlet i retspraksis. Under alle omstændigheder forblev konklusionen efter appellkammerets opfattelse uændret, også selv om det eventuelt burde have taget hensyn til disse beviser, henset til deres bevisværdi og intensiteten af den godtgjorte brug. Appellkammeret lagde ligeledes til grund, at den omstændighed, at intervenienten havde eller kunne have haft kendskab til registreringen af det anfægtede varemærke på grund af en tvist mellem intervenienten og sagsøgeren i Tyskland, ikke var tilstrækkelig til at godtgøre, at intervenienten havde kendskab til brug af dette varemærke i Østrig.
- 14 For det andet var appellkammeret af den opfattelse, at det af procesøkonomiske hensyn ville være hensigtsmæssigt at undersøge ugyldighedsbegæringen på grundlag af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009. Med hensyn hertil konstaterede appellkammeret for det første, at den relevante kundekreds i den foreliggende sag var østrigske gennemsnitsforbrugere, idet det blev fremhævet, at »energidrikke« mest var rettet mod unge forbrugere. Hvad for det andet angår de varer, der var omfattet af de omtvistede tegn, konstaterede appellkammeret dels, at varerne »energidrikke«

der var omfattet af det ældre varemærke, delvist var af samme art og delvist i gennemsnitlig grad lignede de varer, der var omfattet af det anfægtede varemærke. Appellammeret fandt nærmere bestemt, at for så vidt som de »andre ikke-alkoholholdige drikke« omfattede »energidrikke«, var disse varer af samme art. Henset til, at »øl; mineralvand og kulsyreholdige vande; frugtdrikke og frugtsaft«, der er omfattet af det anfægtede varemærke, alle er drikkevarer og alle har samme formål som »energidrikke«, der er omfattet af det ældre varemærke, nemlig at »slukke tørsten«, udgør de varer, der konkurrerer med »energidrikke«, og de kan købes på de samme salgssteder, hvorfor de bør anses for i gennemsnitlig grad at ligne »energidrikke«. Det samme gør sig gældende for varerne »sirup og andre præparater til tilberedning af drikke«. Hvad endelig angår varerne »alkoholholdige drikke« lagde appellammeret til grund, at de havde en vis forbindelse med »energidrikke«. Appellammeret konstaterede i denne henseende under henvisning til dom af 9. marts 2005, Osotspa mod KHIM – Distribution & Marketing (Hai) (T-33/03, EU:T:2005:89), at annullationsafdelingen med rette havde påpeget, at alkoholholdige drikke ofte blev blandet med energidrikke »og/eller drukket sammen«. Det samme gjorde sig gældende for varerne »alkoholiske udtræk; alkoholiske ekstrakter; frugtekstrakt med alkohol«.

- 15 Hvad for det tredje angår sammenligningen af de omtvistede tegn lagde appellammeret til grund, at tegnene i gennemsnitlig grad lignede hinanden på et visuelt og fonetisk plan, i det mindste for så vidt som de var sammenfaldende i de to stavelser »flü« og »gel«. Det samme gjorde sig gældende på et begrebsmæssigt plan, idet de to tegn henviser til begrebet »vinge«.
- 16 For det fjerde var appellammeret af den opfattelse, at bestanddelen »flügel« var den dominerende bestanddel i det ældre varemærke. Endvidere var appellammeret for det femte af den opfattelse, at det af procesøkonomiske hensyn ikke var nødvendigt at undersøge de beviser, der var fremlagt med henblik på at godtgøre det ældre varemærkes høje grad af særpræg, og støttede sin analyse på dette varemærkes iboende særpræg.
- 17 I forbindelse med helhedsvurderingen af risikoen for forveksling mellem de omtvistede tegn konkluderede appellammeret, at lighederne mellem de omhandlede tegn under hensyn til de konstateringer, der er gengivet ovenfor i præmis 14-16, og under hensyn til »princippet om forbrugernes ufuldkomne erindring« og faktorernes indbyrdes afhængighed, var tilstrækkelige til, at der forelå en risiko for forveksling af de omfattede varer.
- 18 Endelig lagde appellammeret til grund, at annullationsafdelingen havde begået en fejl i sin begrundelse for så vidt angik artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 2007/2009. Det ophævede derfor ved punkt 2 i den anfægtede afgørelses konklusion annullationsafdelingens afgørelse, »for så vidt som undersøgelsen i henhold til forordningens artikel 8, stk. 5, ikke var nødvendig i det foreliggende tilfælde«.

Parternes påstande

- 19 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:
 - Den anfægtede afgørelse annulleres.
 - EUIPO og intervenienten tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
- 20 EUIPO og intervenienten har nedlagt følgende påstande:
 - Frifindelse.
 - Sagsøgeren tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

Retlige bemærkninger

- 21 Til støtte for søgsmålet har sagsøgeren fremsat to anbringender vedrørende dels en tilsidesættelse af artikel 54, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 61, stk. 2, i forordning 2017/1001), dels en tilsidesættelse af den nævnte forordnings artikel 53, stk. 1, litra a), sammenholdt med denne forordnings artikel 8, stk. 1, litra b).
- 22 Inden undersøgelsen af de af sagsøgeren fremførte anbringender skal rækkevidden af den anfægtede afgørelse præciseres.

Rækkevidden af den anfægtede afgørelse

- 23 Det skal i denne forbindelse konstateres, at annullationsafdelingens afgørelse ifølge punkt 2 i den anfægtede afgørelses konklusion blev ophævet, »for så vidt som undersøgelsen i henhold til artikel 8, stk. 5, i [forordning nr. 207/2009] ikke var nødvendig«. Appellammeret har i den anfægtede afgørelses punkt 82 anført, at annullationsafdelingen havde »begået en fejl i sin begrundelse, for så vidt som undersøgelsen i henhold til artikel 8, stk. 5, i [forordning nr. 207/2009] ikke var nødvendig i det foreliggende tilfælde«.
- 24 På grundlag af den samlede anfægtede afgørelse, må det antages, ligesom parterne gjorde, da de blev spurgt i retsmødet, at punkt 2 i den anfægtede afgørelses konklusion skal fortolkes således, at appellammeret blot satte sin vurdering i stedet for annullationsafdelingens og støttede det anfægtede varemærkes ugyldighed på en anden begrundelse end annullationsafdelingens, idet det udøvede sine prærogativer i henhold til artikel 64 i forordning nr. 207/2009.

Det første anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 54, stk. 2, i forordning nr. 207/2009

- 25 Sagsøgeren har for det første gjort gældende, at appellammeret med urette fandt, at de beviser, som denne havde fremlagt for første gang i forbindelse med klagen for appellammeret med henblik på at bevise, at betingelserne for anvendelse af artikel 54, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 var opfyldt, ikke kunne antages til realitetsbehandling. Sagsøgeren har nærmere bestemt gjort gældende, at supplerende beviser ifølge retspraksis kan tages i betragtning i anden instans, når de første beviser som i det foreliggende tilfælde er blevet anset for at være utilstrækkelige. Ifølge sagsøgeren står det klart, at de nye beviser havde til formål at styrke eller afklare de beviser, der var blevet fremlagt indledningsvis for EUIPO's instanser. Sagsøgeren har ligeledes gjort gældende, at det i henhold til retspraksis hverken er nødvendigt at fremføre en begrundelse for den sene fremlæggelse af beviser eller en forklaring på forbindelsen mellem de nye beviser og dem, der blev fremlagt i første instans. Endelig er sagsøgeren af den opfattelse, at appellammeret ikke udøvede sin skønsbeføjelse vedrørende hensyntagen til de beviser, der er fremlagt for sent, på en objektiv og begrundet måde, og appellammeret opfyldte derved ikke den begrundelsespligt, det er pålagt efter retspraksis.
- 26 Sagsøgeren har for det andet gjort gældende, at appellammeret med urette fandt, at de nye beviser under alle omstændigheder, selv om det blev lagt til grund, at de skulle antages til realitetsbehandling, ikke var tilstrækkelige til at bevise, at intervenienten faktisk havde kendskab til brug af det anfægtede varemærke.
- 27 Nærmere bestemt lagde appellammeret ifølge sagsøgeren dels med urette til grund, at erklæringen fra arrangøren af Westendorf-festivalen (Østrig), S., som havde erklæret, at han under den nævnte festival havde talt med repræsentanter for intervenienten om »drikken Flügel«, havde en »svag bevisværdi«, hvilket appellammeret desuden ikke havde begrundet i tilstrækkelig grad. Denne erklæring burde imidlertid være tilstrækkelig til at godtgøre, at intervenienten faktisk havde kendskab til brugen af det anfægtede varemærke i Østrig. Dels havde appellammeret efter sagsøgerens opfattelse fejlagtigt

undladt at tage hensyn til den omstændighed, at den af det anfægtede varemærke beskyttede drik blev udbudt til salg i 19 barer i Østrig, ligesom intervenientens vare blev det. Modsat appelkammerets konklusion er sagsøgeren af den opfattelse, at antallet af disse etableringer ikke som sådan er relevant i det foreliggende tilfælde, idet udbuddet til salg af de af de omtvistede tegn beskyttede varer i de samme etableringer ville være tilstrækkeligt til at bevise, at intervenientens repræsentanter havde haft kendskab til brugen af det anfægtede varemærke.

- 28 Sagsøgeren har anført, at denne under alle omstændigheder, uden at de supplerende beviser tages i betragtning, havde fremlagt tilstrækkelige beviser med henblik på at godtgøre, at betingelserne i artikel 54, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 var opfyldt i det foreliggende tilfælde. For så vidt angår fakturaer fremlagt for annullationsafdelingen for år 2005 og 2006 havde appelkammeret med urette opretholdt, at de kvantitative krav var relevante med henblik på at fastslå et minimumsniveau for brugen af det anfægtede varemærke. Sagsøgeren har i denne forbindelse fremhævet, at udtrykket »brug« som omhandlet i artikel 54, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 ikke svarer til begrebet »reel brug«, og at det i det foreliggende tilfælde ville være tilstrækkeligt at godtgøre, at intervenienten havde eller med rimelighed kunne forventes at have kendskab til denne brug. Sagsøgeren har endvidere kritiseret appelkammeret for at have undladt at tage hensyn til den tvist, som sagsøgeren og dennes filial har ført mod intervenienten siden 2001 vedrørende brugen af det anfægtede varemærke i Nederlandene og Benelux. Appelkammeret havde ligeledes forkastet en af sagsøgeren fremlagt erklæring fra en østrigsk sanger med den begrundelse, at den ikke indeholdt en tredjemands objektive vurdering, uden at appelkammeret derved på korrekt vis begrundede sin konklusion.
- 29 Endelig konkluderede appelkammeret ifølge sagsøgeren, at »hvert enkelt bevis i sig selv var utilstrækkeligt«, selv om dette ikke skulle vurdere disse beviser enkeltvis, men samlet.
- 30 EUIPO og intervenienten har anfægtet denne argumentation.
- 31 Der er ifølge fast retspraksis fire betingelser, som skal være opfyldt, for at fristen for rettighedsfortabelse på grund af passivitet begynder at løbe i en situation, hvor der er tale om brug af et yngre varemærke, som er identisk med eller til forveksling ligner et ældre varemærke. For det første skal det yngre varemærke være registreret, for det andet skal dets indehaver have ansøgt om det i god tro, for det tredje skal brugen af det være gjort i den medlemsstat, i hvilken det ældre varemærke er registreret, og endelig for det fjerde skal indehaveren af det ældre varemærke have kendskab til brugen af dette varemærke efter dets registrering (jf. dom af 20.4.2016, Tronios Group International mod EUIPO – Sky (SkyTec), T-77/15, EU:T:2016:226, præmis 30 og den deri nævnte retspraksis).
- 32 Det fremgår endvidere af denne retspraksis, at artikel 54, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 har til formål at pålægge de indehavere af ældre varemærker, der i fem på hinanden følgende år har tålt brugen af et yngre EU-varemærke med kendskab til denne brug, en sanktion i form af fortabelse af muligheden for at anlægge ugyldighedssøgsmål eller rejse indsigelse mod det nævnte varemærke. Denne bestemmelse muliggør således en afvejning mellem varemærkeindehaverens interesse i at sikre sit varemærkes væsentligste funktion og andre erhvervsdrivendes interesse i frit at kunne råde over tegn, der kan betegne deres varer og tjenesteydelser. Dette formål indebærer, at indehaveren af et ældre varemærke for at bevare denne væsentlige funktion skal være i stand til at rejse indsigelse mod brugen af et yngre varemærke, som er identisk med eller ligner det ældre varemærke. Det er nemlig først fra det øjeblik, hvor indehaveren af det ældre varemærke får kendskab til brugen af det yngre EU-varemærke, at den pågældende har mulighed for ikke at tåle det og dermed at rejse indsigelse mod det eller indgive begæring om ugyldighedserklæring af det yngre varemærke, og at fristen for rettighedsfortabelse på grund af passivitet dermed begynder at løbe (jf. dom af 20.4.2016, SkyTec, T-77/15, EU:T:2016:226, præmis 31 og den deri nævnte retspraksis).

- 33 Det følger således af en teleologisk fortolkning af artikel 54, stk. 2, i forordning nr. 207/2009, at den relevante dato for beregningen af starten på fristen for rettighedsfortabelse på grund af passivitet er den dato, hvor der opstår kendskab til brugen af det yngre varemærke (jf. dom af 20.4.2016, SkyTec, T-77/15, EU:T:2016:226, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis).
- 34 Denne fortolkning kræver, at indehaveren af det yngre varemærke fremlægger bevis for, at indehaveren af det ældre varemærke har et faktisk kendskab til brugen af det yngre varemærke, i mangel af hvilket den sidstnævnte ikke kan rejse indsigelse mod brugen af det yngre varemærke. Der skal i denne henseende tages hensyn til den analoge regel om rettighedsfortabelse på grund af passivitet som omhandlet i artikel 9, stk. 1, i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989, L 40, s. 1), erstattet af artikel 9, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/95/EF af 22. oktober 2008 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EUT 2008, L 299, s. 25). For så vidt angår denne regel præciserer 11. betragtning til direktiv 89/104 og 12. betragtning til direktiv 2008/95, at denne rettighedsfortabelsesgrund finder anvendelse, hvis indehaveren af det ældre varemærke »bevidst i en længere periode har tålt, at [det yngre varemærke] anvendes«, hvilket vil sige i »fuldt overlæg« eller »med fuldt kendskab«. Denne vurdering finder anvendelse mutatis mutandis på artikel 54, stk. 2, i forordning nr. 207/2009, hvis ordlyd svarer til den i artikel 9, stk. 1, i direktiv 89/104 og 2008/95 (jf. dom af 20.4.2016, SkyTec, T-77/15, EU:T:2016:226, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis).
- 35 Følgelig skal indehaveren af et varemærke, der anfægtes ved en begæring om ugyldighedserklæring, ikke stille sig tilfreds med at godtgøre et potentielt kendskab til brugen af det anfægtede varemærke hos indehaveren af et ældre varemærke, eller at godtgøre samstemmende indicier, der kan give anledning til at antage, at der foreligger et sådant kendskab (jf. i denne retning analogt dom af 20.4.2016, SkyTec, T-77/15, EU:T:2016:226, præmis 34).
- 36 Eftersom appelkammeret konkluderede, at det ikke i den foreliggende sag var godtgjort, at der forelå et faktisk kendskab til brugen af det anfægtede varemærke under hensyn til de samlede beviser, som sagsøgeren havde fremlagt, herunder dem, som sagsøgeren havde fremlagt for sent, skal de argumenter, som sagsøgeren har fremført vedrørende indholdet og bevisværdien af de beviser, som denne har fremlagt for EUIPO's instanser, først undersøges i lyset af den retspraksis, der er nævnt ovenfor i præmis 31-35.
- 37 Hvad for det første angår sagsøgerens argument om, at appelkammeret havde undersøgt hvert bevis for sig og dermed ikke havde taget hensyn til disse beviser samlet set (jf. præmis 29 ovenfor), må det konstateres, at det er støttet på en fejlagtig forståelse af den anfægtede afgørelse.
- 38 Appelkammeret tog nemlig ikke hensyn til hvert bevis for sig. Det undersøgte ganske rigtigt hvert af disse bevisers indhold og individuelle bevisværdi, men det lagde udtrykkeligt til grund i den anfægtede afgørelses punkt 21 under henvisning til annullationsafdelingens afgørelse, som appelkammeret opretholdt på dette punkt, at de nævnte beviser samlet set ikke var tilstrækkelige til at godtgøre, at intervenienten havde et faktisk kendskab til brugen af det anfægtede varemærke.
- 39 Det forholder sig tilsvarende, således som det fremgår af den anfægtede afgørelses punkt 27 og 28, for de beviser, som sagsøgeren fremlagde for sent for EUIPO's instanser.
- 40 Dernæst skal de argumenter, som sagsøgeren har fremført vedrørende indholdet og værdien af de beviser, som sagsøgeren har fremlagt for EUIPO's instanser, undersøges.
- 41 Hvad for det første angår de fakturaer, der blev fremlagt for annullationsafdelingen for år 2005 og 2006 (jf. præmis 28 ovenfor) skal det konstateres, at appelkammeret med rette konkluderede, at disse ikke i tilstrækkelig grad godtgjorde brug af det anfægtede varemærke med henblik på at godtgøre intervenientens faktiske kendskab til denne brug.

- 42 Selv om en relativt lille salgsvolumen som sagt ganske vist kan være egnet til at godtgøre en vis brug af et varemærke, kan denne volumen som i det foreliggende tilfælde være utilstrækkelig til at godtgøre, at den, der har indgivet en begæring om ugyldighedserklæring, har haft et faktisk kendskab til den nævnte brug (jf. i denne retning dom af 20.4.2016, SkyTec, T-77/15, EU:T:2016:226, præmis 44), eller under alle omstændigheder til, at det kan antages uden nogen tvivl, at sidstnævnte har haft et sådant kendskab til den påberåbte brug. Dermed har appelkammeret i modsætning til, hvad sagsøgeren har anført, ikke stillet kvantitative krav vedrørende brugen af det i denne sag anfægtede varemærke, som ikke fremgår af artikel 54, stk. 2, i forordning nr. 207/2009. Under hensyn til denne konstatering, og henset til, at sagsøgeren ikke har fremlagt noget specifikt bevis, der kan godtgøre, at repræsentanter for intervenienten havde et faktisk kendskab til brugen af det anfægtede varemærke, idet sagsøgeren i denne henseende alene har fremført generelle argumenter vedrørende udbuddet til salg i de samme etableringer af de varer, der er omfattet af de omtvistede varemærker, skal sagsøgerens argumentation herom som anført i præmis 27 ovenfor forkastes.
- 43 Hvad for det andet angår erklæringen fra en østrigsk sanger, R., skal det konstateres, ligesom EUIPO gjorde, at en simpel bekræftelse fra denne sanger af, at alkoholholdige drikke, der blev markedsført under det anfægtede varemærke inden december 2006, blev solgt i et etablissement i Østrig, og at han selv er blevet sponsoreret af sagsøgeren siden 2005, ikke kan godtgøre, at intervenienten havde kendskab til brugen af det anfægtede varemærke. Denne bekræftelse er nemlig ikke understøttet af noget konkret bevis, der kan bekræfte sagsøgerens sponsoring af R., eller nogen reklame for denne markedsføringshandling, og endnu mindre beviser vedrørende salget eller en påvisning af de markedsførte drikke med det anfægtede varemærke i det pågældende etablissement. Erklæringen indeholder heller ikke noget konkret bevis, der gør det muligt at identificere de repræsentanter for intervenienten, som angiveligt »jævnligt« har besøgt det etablissement, som R. henviser til.
- 44 Hvad for det tredje angår reklameopslaget om festivalen »Feestweek«, der fandt sted i marts 2005 i Westendorf i Tyrol (Østrig), indeholdt dette udtrykket »Mmv FLÜGEL Events«, som fremstod med små bogstaver og derfor ikke nødvendigvis tiltrak sig opmærksomheden, må det konstateres, at dette udtryk ikke kan være blevet opfattet som et udtryk, der nødvendigvis henviste til et varemærke som det anfægtede.
- 45 For det fjerde for så vidt angår erklæringen fra S. (jf. præmis 27 ovenfor) må det konstateres, at denne ikke indeholder nogen specifik bestanddel om de angivelige besøg, som repræsentanter for intervenienten foretog i dennes virksomhed, og nærmere bestemt er der ikke noget indicium, der gør det muligt at identificere den forretningsrepræsentant, som S. har henvist til. Den omstændighed, at S. har erklæret sig »rede til at gentage sin erklæring for domstolene«, kan ikke i sig selv øge bevisværdien af hans hensigter.
- 46 Det skal endvidere konstateres, at sagsøgeren i sin stævning på ingen måde specifikt har rejst indsigelse mod appelkammerets vurdering af de øvrige beviser, som sagsøgeren havde fremlagt for EUIPO's instanser.
- 47 Endelig skal appelkammerets konklusioner for så vidt angår de søgsmål, der var anlagt af sagsøgeren mod intervenienten i andre medlemsstater end Østrig, tiltrædes. Det skal i denne forbindelse konstateres, at sagsøgeren på dette punkt har begrænset sig til generelle argumenter vedrørende f.eks. intervenientens grundlæggers personlige involvering i de pågældende søgsmål, uden dog at fremlægge konkrete beviser, der ville kunne støtte dennes argumenter.
- 48 Desuden fremgår det af parternes skriftlige indlæg, at de søgsmål, der henvises til i nærværende sag, ikke vedrører brugen af det anfægtede EU-varemærke, men brugen af andre tegn. Efter EUIPO's opfattelse (jf. punkt 53 i svarskriftet) er alene registreringen af det anfægtede varemærke blevet nævnt inden for rammerne af disse søgsmål og ikke varemærkets brug i Den Europæiske Unions område og endnu mindre i Østrig. Det skal derfor konstateres, ligesom EUIPO gjorde, at den omstændighed, at intervenienten eventuelt havde kendskab til brugen af andre nationale eller internationale varemærker,

der lignede det anfægtede varemærke, ikke er tilstrækkelig til at godtgøre, at intervenienten havde et faktisk kendskab til brugen af dette, og i endnu mindre grad brugen af dette i det relevante område, dvs. Østrig (jf. i denne retning dom af 23.10.2013, SFC Jardibric mod KHIM – Aqua Center Europa (AQUA FLOW), T-417/12, ikke trykt i Sml., EU:T:2013:550, præmis 41, og af 20.4.2016, SkyTec, T-77/15, EU:T:2016:226, præmis 45).

- 49 Hvad i denne henseende desuden angår søgsmålet i Østrig mellem sagsøgeren og intervenienten har sagsøgeren i sin besvarelse af 6. marts 2018 af de spørgsmål, som Retten havde stillet, oplyst, at der var tale om et krænkelssøgsmål, som intervenienten havde anlagt den 4. oktober 2010 mod sagsøgeren, og som gav anledning til en dom af 25. maj 2012 afsagt af Oberlandesgericht Wien (øverste regionale domstol i Wien, Østrig) og dom af 18. september 2012 fra Oberster Gerichtshof (øverste domstol, Østrig), som var blevet fremlagt for annullationsafdelingen i bilag 14 og 15 til sagsøgerens bemærkninger af 1. september 2014. Efter sagsøgerens opfattelse indeholder disse domme flere analyser, der er relevante for den foreliggende sag.
- 50 Selv om det antages, at de nævnte domme ville kunne udgøre et bevis for intervenientens faktiske kendskab til brugen af de anfægtede varemærke i Østrig, kan dette kendskab kun godtgøres fra 2010 på grundlag af disse domme, dvs. fra det tidspunkt, hvor den omhandlede sag blev indledt. Henset til, at intervenienten indgav sin begæring om ugyldighedserklæring af det anfægtede varemærke den 5. december 2011, kan et sådant kendskab, hvis det godtgøres, således ikke være tilstrækkeligt til at bevise, at intervenienten havde tålt brugen af det anfægtede varemærke i fem på hinanden følgende år som omhandlet i artikel 54, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 (jf. præmis 32 ovenfor).
- 51 Under hensyn til det ovenstående må det konstateres, at appelkammeret med rette på grundlag af sagens samlede beviser opretholdt annullationsafdelingens afgørelse for så vidt angår spørgsmålet, om sagsøgeren havde ført bevis for, at intervenienten havde et faktisk kendskab til brugen af det anfægtede varemærke i Østrig, og dermed forkastes det første anbringende. Det er derfor uforholdsmæssigt at undersøge sagsøgerens argumentation fremført med henblik på at rejse tvivl om appelkammerets konstateringer vedrørende antagelsen til realitetsbehandling af visse af de beviser, som sagsøgeren havde fremlagt for første gang for denne instans ved EUIPO.

Det andet anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 53, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009, sammenholdt med dennes artikel 8, stk. 1, litra b)

- 52 I medfør af artikel 53, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009, sammenholdt med dennes artikel 8, stk. 1, litra b), erklæres et registreret EU-varemærke efter begæring fra indehaveren af et ældre varemærke ugyldigt, såfremt der, fordi varemærket er identisk med eller ligner et ældre varemærke, og fordi de varer eller tjenesteydelser, som de to varemærker betegner, er af samme eller lignende art, i offentlighedens bevidsthed inden for det område, hvor det ældre varemærke er beskyttet, er risiko for forveksling.
- 53 Ifølge fast retspraksis udgør risikoen for, at det i kundekredsen kan antages, at de pågældende varer eller tjenesteydelser hidrører fra den samme virksomhed eller i givet fald fra økonomisk sammenhørende virksomheder, en risiko for forveksling. Ifølge samme retspraksis skal der foretages en helhedsvurdering af risikoen for forveksling på grundlag af den opfattelse, som den relevante kundekreds har af de pågældende tegn og de omhandlede varer eller tjenesteydelser, idet der herved skal tages hensyn til alle relevante faktorer i sagen, bl.a. at ligheden mellem tegnene og ligheden mellem de pågældende varer og tjenesteydelser står i et indbyrdes afhængighedsforhold (jf. dom af 9.2.2017, International Gaming Projects mod EUIPO – adp Gauselmann (TRIPLE EVOLUTION), T-82/16, ikke trykt i Sml., EU:T:2017:66, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis).

- 54 Ved anvendelsen af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009 kræves det, for at der kan foreligge en risiko for forveksling, både, at de omtvistede varemærker er identiske eller ligner hinanden, og at de varer eller tjenesteydelser, som varemærkerne omfatter, er af samme eller lignende art. Der er i denne henseende tale om kumulative betingelser (jf. dom af 9.2.2017, TRIPLE EVOLUTION, T-82/16, ikke trykt i Sml., EU:T:2017:66, præmis 26 og den deri nævnte retspraksis).
- 55 Det er på baggrund af disse betragtninger, at det andet anbringende, som sagsøgeren har gjort gældende i den foreliggende sag, skal behandles.
- 56 Sagsøgeren har anført, at der ikke foreligger nogen risiko for forveksling mellem de omtvistede tegn. Nærmere bestemt hvad angår sammenligningen mellem de af disse tegn omfattede varer har sagsøgeren gjort gældende, at de varer »i klasse 32, hvorom der anvendes slogans, dvs. energidrikkene, ikke ligner de varer i klasse 33, for hvilke [det anfægtede] varemærke er registreret«. Ifølge sagsøgeren »opfylder [de grunde, hvorpå appelkammerets vurdering er støttet på dette punkt], ikke de krav, der følger af artikel 75 i forordning nr. 207/2009 vedrørende begrundelse«. Sagsøgeren er af den opfattelse, at appelkammeret med urette og uden nogen begrundelse antog, at de alkoholholdige drikke i klasse 33 havde en vis forbindelse med energidrikkene.
- 57 Sagsøgeren har med hensyn hertil henvist til dom af 15. februar 2005, Lidl Stiftung mod KHIM – REWE-Zentral (LINDENHOF) (T-296/02, EU:T:2005:49, præmis 57), hvorefter mange alkoholholdige og ikke-alkoholholdige drikke kan indtages efter hinanden eller endda blandet, uden at de imidlertid ligner hinanden, og til dom af 18. juni 2008, Coca-Cola mod KHIM – San Polo (MEZZOPANE) (T-175/06, EU:T:2008:212).
- 58 Sagsøgeren har endvidere gjort gældende, at intervenienten hele tiden har benægtet enhver forbindelse mellem energidrikkene og de alkoholholdige drikke. Intervenienten har med dette for øje trykt en sætning på de dåser, der indeholder den vare, der markedsføres under det ældre varemærke, idet denne sætning kan oversættes til »bør ikke blandes med alkohol«. Ifølge sagsøgeren har intervenienten altid hævdet, at dennes vare gør konsumenterne mere energiske og vågne, hvilket er den modsatte virkning af at indtage en alkoholholdig drik, hvorfor en person, der ønsker at forblive vågen, såsom en chauffør, ikke overvejer at erstatte en alkoholholdig drik med en ikke-alkoholholdig drik med energivirkning.
- 59 EUIPO er for sin del af den opfattelse, at selv om de omhandlede varer er af forskellig art, bør en vis lighed mellem dem ikke udelukkes. Der er i øvrigt fast retspraksis for, at der foreligger en svag grad af lighed mellem alkoholholdige drikke og ikke-alkoholholdige drikke. EUIPO har i denne forbindelse påberåbt sig dom af 5. oktober 2011, Cooperativa Vitivinicola Arousana mod KHIM – Sotelo Ares (ROSALIA DE CASTRO) (T-421/10, ikke trykt i Sml., EU:T:2011:565), af 21. september 2012, Wesergold Getränkeindustrie mod KHIM – Lidl Stiftung (WESTERN GOLD) (T-278/10, EU:T:2012:459, præmis 31-41), af 11. september 2014, Aroa Bodegas mod KHIM – Bodegas Muga (aroa) (T-536/12, ikke trykt i Sml., EU:T:2014:770, præmis 32), og af 1. marts 2016, BrandGroup mod KHIM – Brauerei S. Riegele, Inh. Riegele (SPEZOOMIX) (T-557/14, ikke trykt i Sml., EU:T:2016:116, præmis 26 og 27). For så vidt som appelkammeret ikke udtrykkeligt har defineret graden af lighed mellem de omhandlede varer, men dog har bekræftet, at der foreligger »en vis forbindelse« mellem dem, skal det lægges til grund, at appelkammerets intention var at konkludere, at graden af lighed mellem de nævnte varer var lavere end middel.
- 60 Hvad angår den retspraksis, som sagsøgeren har påberåbt sig, finder EUIPO, at dom af 18. juni 2008, MEZZOPANE (T-175/06, EU:T:2008:212), ikke er relevant i den foreliggende sag, for så vidt som den vedrørte en sammenligning mellem ikke-alkoholholdige drikke og mousserende vine, mens energidrikke i den foreliggende sag skal sammenlignes med den bredere kategori af alkoholholdige drikke. Det samme gør sig gældende vedrørende dom af 15. februar 2005, LINDENHOF (T-296/02, EU:T:2005:49), henset til de meget forskellige omstændigheder ved sammenligningen af varerne i den

pågældende sag. EUIPO har endvidere påberåbt sig dom af 9. marts 2005, Hai (T-33/03, EU:T:2005:89), hvori Retten anførte, at energidrikke i dag ofte markedsføres og indtages med alkoholholdige drikke.

- 61 Angående sammenligningen af de i nærværende sag omhandlede varer har intervenienten konstateret, at sagsøgeren ikke har anfægtet appelkammerets konklusioner om sammenligningen mellem »energidrikke« og varer i klasse 32.
- 62 For så vidt angår varerne i klasse 33 har intervenienten for det første fremhævet, at den vare, der markedsføres under det anfægtede varemærke, »er blevet udviklet som en blanding af vodka og energidrik«. Intervenienten har med hensyn hertil anført, at tredjemand ifølge visse af de beviser, sagsøgeren har fremført, betegner denne vare som en »energidrik med vodka Flügel«. Den pågældende drik er i øvrigt rød, hvilket kan siges at henvise til den vare, som intervenienten markedsfører.
- 63 Intervenienten har godkendt appelkammerets konklusion vedrørende den i den foreliggende sag relevante kundekreds og finder, at den udgøres af unge østrigske forbrugere.
- 64 Intervenienten har ligeledes tilsluttet sig appelkammerets konklusion om ligheden mellem de alkoholholdige drikke og energidrikkene. Intervenienten har i modsætning til, hvad sagsøgeren synes at have anført, gjort gældende, at den praksis, der består i at blande energidrikke med alkoholholdige drikke, er meget udbredt blandt unge personer i Østrig, hvilket ligeledes følger af de beviser, som sagsøgeren har fremlagt i forbindelse med blandingen benævnt FLÜGERL, der er en blanding af vodka og Red Bull.
- 65 Intervenienten er nærmere bestemt af den opfattelse, at den af sagsøgeren påberåbte retspraksis ikke har relevans i den foreliggende sag. Nærmere bestemt angående dom af 18. juni 2008, MEZZOPANE (T-175/06, EU:T:2008:212), er der tale om et enkeltstående tilfælde, og ifølge den overvejende del af retspraksis foreligger der i det mindste en svag grad af lighed mellem varer, der tilhører henholdsvis klasse 32 og 33.
- 66 For så vidt som den af sagsøgeren markedsførte drik er en alkoholholdig energidrik, har den en høj grad af lighed med den af intervenienten markedsførte drik. Den eneste bestanddel, der adskiller dem, er, fra det øjeblik, hvor de to drikke kan betegnes som »drikke beregnet til festlige lejligheder«, tilstedeværelsen af alkohol, henset til, at de drikkes af de samme forbrugere på de samme steder, at de kan substituere hinanden og konkurrerer med hinanden, at de kan blandes, at de begge er stimulerende og energigivende, og at de kan fremstilles af de samme virksomheder.
- 67 Endelig omfatter det anfægtede varemærke ifølge intervenienten »alkoholholdige energidrikke«, idet dette udtryk er omfattet af det mere generelle udtryk »alkoholholdige drikke«. Intervenienten har i denne forbindelse mutatis mutandis påberåbt sig retspraksis, hvoraf det fremgår, at såfremt de varer, der er omfattet af det yngste varemærke, indbefatter de varer, der er omfattet af det ældre varemærke, anses disse for at være af samme art.
- 68 Ifølge retspraksis skal der med henblik på at foretage en sammenligning mellem de varer, der er omfattet af de omtvistede tegn, tages hensyn til alle relevante faktorer, der kendetegner forbindelsen mellem disse varer. Disse faktorer omfatter navnlig deres art, deres anvendelsesformål og benyttelsen af dem, samt om de er i et konkurrenceforhold eller supplerer hinanden. Andre faktorer kan ligeledes tages i betragtning såsom de pågældende varers distributionskanaler eller den omstændighed, at varerne ofte sælges fra de samme specialiserede salgssteder, hvilket kan fremme opfattelsen hos den berørte forbruger af, at der er tætte forbindelser mellem dem, og forstærke indtrykket af, at ansvaret for deres fremstilling påhviler samme virksomhed (jf. dom af 2.10.2015, The Tea Board mod KHIM – Delta Lingerie (Darjeeling), T-627/13, ikke trykt i Sml., EU:T:2015:740, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis).

- 69 Det skal i det foreliggende tilfælde bemærkes, at appelkammeret med rette definerede den relevante kundekreds som værende en østrigsk kundekreds sammensat af mestendels unge personer.
- 70 Under hensyn til sagsøgerens argumentation (jf. præmis 56 ovenfor) skal det for det andet bemærkes, at administrationen ganske rigtigt i henhold til artikel 41, stk. 2, litra c), i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder er forpligtet til at begrunde sine afgørelser. Denne begrundelsespligt, der gentages i artikel 75, første punktum, i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 94, stk. 1, i forordning 2017/1001), indebærer, at ophavsmandens begrundelse for retsakten skal fremgå klart og utvetydigt og har det dobbelt formål dels at gøre det muligt for de berørte at få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning med henblik på at disse kan forsvare deres rettigheder, dels at Unionens retsinstanser kan efterprøve afgørelsens lovlighed (jf. dom af 26.9.2017, La Rocca mod EUIPO (Take your time Pay After), T-755/16, ikke trykt i Sml., EU:T:2017:663, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis).
- 71 Spørgsmålet om, hvorvidt begrundelsen for en afgørelse opfylder disse krav, skal ikke blot vurderes i forhold til afgørelsens ordlyd, men ligeledes i forhold til den sammenhæng, hvori den indgår, samt alle de retsregler, som gælder på det pågældende område (jf. dom af 26.9.2017, Take your time Pay After, T-755/16, ikke trykt i Sml., EU:T:2017:663, præmis 38 og den deri nævnte retspraksis).
- 72 Endelig skal det ligeledes bemærkes, at begrundelsespligten er et væsentligt formkrav, som må holdes adskilt fra spørgsmålet om begrundelsens rigtighed, idet dette henhører under den omtvistede retsakts materielle lovlighed. En afgørelses begrundelse består nemlig i formelt at udtrykke de grunde, som afgørelsen er baseret på. Hvis disse grunde er behæftet med fejl, vil afgørelsens grundlags lovlighed være behæftet med fejl, men det vil dennes begrundelse ikke, idet denne kan være tilstrækkelig, selv om den er udtryk for fejlagtige grunde (jf. dom af 26.9.2017, Take your time Pay After, T-755/16, ikke trykt i Sml., EU:T:2017:663, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis).
- 73 Det skal indledningsvis bemærkes, at således som det fremgår af hele sagsøgerens argumentation, som denne har bekræftet i retsmødet, vedrører søgsmålet reelt ikke appelkammerets konstateringer vedrørende ligheden mellem »energidrikke« i klasse 32, der er omfattet af det ældre varemærke, og de varer i klasse 32, for hvilke det anfægtede varemærke er blevet registreret. Det skal derfor lægges til grund, at sagsøgeren alene har anfægtet appelkammerets konstatering angående spørgsmålet, om der foreligger en risiko for forveksling mellem de omtvistede tegn, idet disse omfatter varerne »alkoholholdige drikke (dog ikke øl)« og »alkoholiske udtræk; alkoholiske ekstrakter; frugtekstrakt med alkohol« i klasse 33 og varerne »energidrikke« i klasse 32.
- 74 Det skal med hensyn hertil konstateres, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 48 og 49 klart anførte de grunde, hvorpå det støttede sig, da det konkluderede, at varerne »energidrikke« i klasse 32 og varerne »alkoholholdige drikke (dog ikke øl)« i klasse 33 lignede hinanden. Appelkammeret konstaterede nærmere bestemt en vis forbindelse mellem disse to kategorier af varer, idet de alkoholholdige drikke og energidrikke ofte blandes og drikkes samlet. Appelkammeret lagde endvidere til grund, at det samme gjorde sig gældende for »alkoholiske udtræk; alkoholiske ekstrakter; frugtekstrakt med alkohol« (jf. præmis 9 ovenfor).
- 75 På baggrund af sagsøgerens samlede argumentation, som netop rejser tvivl om disse konstateringer fra appelkammeret, skal det derfor antages, at begrundelsen for den anfægtede afgørelse på dette punkt var tilstrækkelig klar med henblik på at gøre det muligt både for sagsøgeren at forsvare sine rettigheder for Retten og for Retten at efterprøve afgørelsen som omhandlet i den retspraksis, der er anført ovenfor i præmis 70. Sagsøgerens argumentation skal derfor forkastes, eftersom den er støttet på artikel 75, første punktum, i forordning nr. 207/2009.
- 76 Hvad for det tredje angår ligheden mellem de varer, der er omfattet af de omtvistede tegn, har appelkammeret, således som det fremgår af den anfægtede afgørelses punkt 48, støttet sin konklusion på den omstændighed, at disse »ofte blandes og/eller drikkes sammen«. Det fremgår af denne

formulering og bl.a. af den alternative brug af de to elementer »og« og »eller«, at appelkammerets konklusion efter dettes opfattelse kunne støttes enten på den betragtning, at det var almindelig praksis at blande de omhandlede varer, eller på den betragtning, at disse varer blev drukket sammen, eller under alle omstændigheder på de to betragtninger samlet.

- 77 Det må indledningsvis konstateres, at denne betragtning, der fremgår af den anfægtede afgørelses punkt 48, ikke er tilstrækkelig til at godtgøre, at der foreligger en lighed mellem de i den foreliggende sag omhandlede varer.
- 78 Det skal i denne henseende bemærkes, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 48 henviste til annullationsafdelingens konstateringer og opretholdt dem. Annullationsafdelingen havde nemlig anført, at der var en vis forbindelse mellem de varer, der var omfattet af det anfægtede varemærke og dem, der var omfattet af det ældre varemærke, for hvilke der var godtgjort et vist renommé, for så vidt som det var almindelig erfaring, at alkoholholdige drikke ofte blandes og/eller drikkes med energidrikke.
- 79 Disse konstateringer er imidlertid blevet formuleret i en anden kontekst end den, der vedrører den anfægtede afgørelse, dvs. i forbindelse med en vurdering, som annullationsafdelingen har foretaget på grundlag af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009 og ikke på grundlag af dennes artikel 8, stk. 1. Det bemærkes med hensyn hertil, at lighed mellem de varer, der er omfattet af de omtvistede tegn, ikke udgør en betingelse for anvendelse af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009, selv om dette er en af de kumulative betingelser for anvendelsen af artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 207/2009. Annullationsafdelingen, der for sin del havde vurderet de ældre varemærkers renommé, tilsigtede derfor ikke, i modsætning til appelkammeret, at fastslå, at der forelå en lighed mellem de omhandlede varer, men anførte, at der i den relevante kundekreds' bevidsthed kunne skabes en enkel forbindelse mellem de nævnte varer.
- 80 Hvad angår anvendelsen af artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 bemærkes, at en lang række af alkoholholdige drikke og ikke-alkoholholdige drikke almindeligvis blandes, drikkes eller endda markedsføres samlet, enten i de samme etableringer eller som forblandede alkoholholdige drikke. Såfremt det antages, at disse varer alene af denne grund bør kvalificeres som varer af lignende art, selv om det ikke er hensigten, at de skal konsumeres under de samme omstændigheder eller i samme sindstilstand, og heller ikke i givet fald af de samme kategorier af forbrugere, ville et stort antal varer, der kan betegnes som »drikke«, blive henført under en enkelt kategori med henblik på anvendelse af artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 (jf. i denne retning dom af 3.10.2012, Yilmaz mod KHIM – Tequila Cuervo (TEQUILA MATADOR HECHO EN MEXICO), T-584/10, EU:T:2012:518, præmis 55 og den deri nævnte retspraksis).
- 81 Det kan således ikke antages, at en alkoholholdig drik og en energidrik er af lignende art alene af den grund, at de kan blandes, drikkes eller markedsføres samlet, henset til, at arten, anvendelsesformålet og benyttelsen af disse varer er forskellig, afhængigt af, om de indeholder alkohol eller ej (jf. i denne retning dom af 18.6.2008, MEZZOPANE, T-175/06, EU:T:2008:212, præmis 79). Det skal desuden konstateres, at virksomheder, der markedsfører alkoholholdige drikke, der er forblandet med en ikke-alkoholholdig ingrediens, ikke sælger denne ingrediens separat og under det samme varemærke som den pågældende forblandede alkoholholdige drik eller under et lignende varemærke (dom af 3.10.2012, TEQUILA MATADOR HECHO EN MEXICO, T-584/10, EU:T:2012:518, præmis 70).
- 82 Nærmere bestemt er det allerede blevet fastslået, at den tyske gennemsnitsforbruger er vant til og opmærksom på afgrænsningen mellem alkoholholdige drikke og ikke-alkoholholdige drikke, hvilken i øvrigt er nødvendig, eftersom visse forbrugere ikke ønsker eller ikke må indtage alkohol (jf. i denne retning dom af 15.2.2005, LINDENHOF, T-296/02, EU:T:2005:49, præmis 54, og af 18.6.2008, MEZZOPANE, T-175/06, EU:T:2008:212, præmis 80).

- 83 Der er intet i sagsakterne, der antyder, at denne vurdering ikke også skulle gælde den i den foreliggende sag relevante østrigske kundekreds. Det kan således lægges til grund, at den relevante østrigske kundekreds ligeledes er vant til og opmærksom på afgrænsningen mellem alkoholholdige drikke og ikke-alkoholholdige drikke. Det følger heraf, at den relevante østrigske kundekreds vil foretage denne sontring i forbindelse med sammenligningen mellem energidrikken omfattet af det ældre varemærke og den alkoholholdige drik omfattet af det ansøgte varemærke (jf. i denne retning dom af 18.6.2008, MEZZOPANE, T-175/06, EU:T:2008:212, præmis 81, og af 3.10.2012, TEQUILA MATADOR HECHO EN MEXICO, T-584/10, EU:T:2012:518, præmis 65). Den omstændighed alene, at energidrikkene kan markedsføres og drikkes sammen med alkoholholdige drikke (jf. i denne retning dom af 9.3.2005, Hai, T-33/03, EU:T:2005:89, præmis 43), såfremt dette godtgøres, er ikke tilstrækkeligt til at rejse tvivl om disse konstateringer.
- 84 I denne forbindelse skal intervenientens argumentation, om at den ovenfor i præmis 81-83 anførte retspraksis ikke er relevant i nærværende sag, forkastes. Til trods for de forskelle, som ganske rigtigt eksisterer mellem de varer, der er omhandlet i nærværende sag, og dem, der er omfattet af den sag, der gav anledning til dom af 18. juni 2008, MEZZOPANE (T-175/06, EU:T:2008:212), er det nemlig ikke desto mindre tilfældet, at de betragtninger, som Unionens retsinstanser udtalte om den relevante kundekreds' opfattelse af drikkevarer i forhold til disses alkoholindhold, utvivlsomt er gyldige i en kontekst som den i nærværende sag.
- 85 Det samme gør sig gældende for så vidt angår den øvrige retspraksis, som EUIPO har påberåbt sig. Selv om Retten under omstændigheder, som ikke var identiske med dem i nærværende sag, har kunnet anerkende en svag grad af lighed mellem alkoholholdige drikke og ikke-alkoholholdige drikke, kan det nemlig ikke lægges til grund, at dette er tilstrækkeligt til at rejse tvivl om det, der er anført ovenfor i præmis 77-84.
- 86 Der gives derfor medhold i det andet anbringende, og følgelig annulleres den anfægtede afgørelse delvist, eftersom appelkammeret ved denne afgørelse konstaterede, at der forelå en risiko for forveksling mellem de omtvistede tegn for så vidt angår de varer i klasse 33, der er omfattet af det anfægtede varemærke, og varerne »energidrikke« i klasse 32, der er omfattet af det ældre varemærke.

Sagsomkostninger

- 87 Ifølge Rettens procesreglements artikel 134, stk. 1, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. Da EUIPO og intervenienten i det væsentlige har tabt sagen, bør de pålægges hver at bære deres egne omkostninger og at betale sagsøgerens omkostninger i overensstemmelse med sidstnævntes påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Femte Afdeling):

1) Afgørelsen truffet den 17. november 2016 af Femte Appelkammer ved Den Europæiske Unions Kontor for Intellectuel Ejendomsret (EUIPO) (sag R 282/2015-5) annulleres, for så vidt som der derved gives afslag på klagen over annullationsafdelingens afgørelse om at erklære EU-ordmærket FLÜGEL ugyldigt for varerne »alkoholholdige drikke (dog ikke øl)« og »alkoholiske udtræk; alkoholiske ekstrakter; frugtekstrakt med alkohol« i klasse 33 i Nicearrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret.

2) I øvrigt frifindes EUIPO.

3) EUIPO og Red Bull GmbH bærer deres egne omkostninger og betaler de af Asolo Ltd afholdte omkostninger.

Gratsias

Dittrich

Xuereb

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 4. oktober 2018.

Underskrifter