



Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Fjerde Afdeling)

17. januar 2018*

»EU-varemærker - fortabelsessag - EU-figurmærke, der gengiver et kryds på siden af en sportssko - positionsmærke - reel brug af varemærket - artikel 15, stk. 1, og artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning (EF) nr. 207/2009 [nu artikel 18, stk. 1, og artikel 58, stk. 1, litra a), i forordning (EU) 2017/1001]«

I sag T-68/16,

Deichmann SE, Essen (Tyskland), ved advokat C. Onken,

sagsøger,

mod

Den Europæiske Unions Kontor for Intellectuel Ejendomsret (EUIPO) ved D. Gája, som befuldmægtiget,

sagsøgt,

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

Munich, SL, Capellades (Spanien), ved advokaterne J. Güell Serra og M. del Mar Guix Vilanova,

angående en påstand om annulation af afgørelse truffet den 4. december 2015 af Fjerde Appelkammer ved EUIPO (sag R 2345/2014-4) vedrørende en fortabelsessag mellem Deichmann og Munich,

har

RETTEN (Fjerde Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, H. Kanninen, og dommerne J. Schwarcz (refererende dommer) og C. Iliopoulos,

justitssekretær: fuldmægtig X. Lopez Bancalari,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 15. februar 2016,

under henvisning til svarskriftet fra EUIPO, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 11. april 2016,

under henvisning til intervenientens svarskrift, som blev indleveret til Rettens Justitskontor den 29. juli 2016,

* Processprog: engelsk.

efter retsmødet den 27. juni 2017,
afsagt følgende

Dom

Tvistens baggrund

- 1 Den 6. november 2002 indgav intervenienten, Munich, SL, 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)), en ansøgning om registrering af et EU-varemærke til Den Europæiske Unions Kontor for Intellectuel Ejendomsret (EUIPO).
- 2 Det figurmærke, der søgtes registreret, var gengivet som følger:



- 3 De varer, som registreringsansøgningen vedrørte, henhører under klasse 25 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 til følgende beskrivelse: »sportssko«.
- 4 Varemærket blev registreret den 24. marts 2004 under nr. 2923852.
- 5 I forbindelse med det søgsmål om varemærkekrænkelse, som intervenienten anlagde ved Landgericht Düsseldorf (den regionale ret i første instans i Düsseldorf, Tyskland) mod sagsøgte, Deichmann SE, fremsatte sidstnævnte den 29. juni 2010 modkrav i henhold til artikel 100, stk. 1, artikel 51, stk. 1, litra a), og artikel 52, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009 [nu artikel 128, stk. 1, artikel 58, stk. 1, litra a), og artikel 59, stk. 1, litra a), i forordning 2017/1001]. Landgericht Düsseldorf (den regionale ret i første instans i Düsseldorf) meddelte behørigt modkravet til EUIPO, der indførte dette i EU-varemærkeregistret i overensstemmelse med artikel 100, stk. 4, i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 128, stk. 4, i forordning 2017/1001). Den 26. oktober 2010 besluttede Landgericht Düsseldorf (den regionale ret i første instans i Düsseldorf) at udsætte sagen om varemærkekrænkelse i henhold til artikel 100, stk. 7, i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 128, stk. 7, i forordning 2017/1001) og opfordrede sagsøgeren til inden for en frist på tre måneder at indgive begæring til EUIPO om EU-varemærkets fortabelse og ugyldighed.
- 6 Den 26. januar 2011 indgav sagsøgeren en begæring til EUIPO om fortabelse af det pågældende EU-varemærke på grundlag af artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009, fordi dette ikke havde været genstand for reel brug inden for Den Europæiske Union, bl.a. i de fem år forud for datoen for indgivelsen af modkravet, for de varer, for hvilke det var blevet registreret (sag 5141 C, som er genstand for dette søgsmål). Samme dag indgav sagsøgeren en begæring til EUIPO om, at det omhandlede varemærke blev erklæret ugyldigt som følge af absolutte hindringer for registrering på grundlag af samme forordnings artikel 52, stk. 1, litra a) (sag 5143 C).

- 7 Den 31. januar 2011 anmodede EUIPO intervenienten om at fremlægge beviser vedrørende brugen af det omhandlede varemærke. Den 28. april 2011 fremlagde intervenienten en helhed af beviser for brug. Beviserne bestod i et første bilag med fakturaer, som var dateret mellem den 26. januar 2006 og den 26. januar 2011, udstedt af Berneda SA, dvs. et selskab, der er tilknyttet intervenienten og af sidstnævnte har beføjelse til at bruge det omhandlede varemærke. Disse fakturaer var adresseret til kunder i forskellige medlemsstater og henviste til specifikke fodtøjsnumre og -modeller. Intervenienten har vedlagt tabeller for hver medlemsstat, idet selskabet har sammenholdt de fodtøjsnumre og -modeller, der blev solgt, med de tilsvarende indførelser i katalogerne, der er indeholdt i et andet bilag. Dette omfattede generelle og årstidsbestemte kataloger fra 2006 til 2011 med fotografier af de sko, hvis numre og modeller svarede til de numre og modeller, der er angivet i fakturaerne i det første bilag. Intervenienten har angivet, at selskabet har forstået, at den passende periode svarede til de fem år, der gik forud for datoen for indgivelsen begæring om fortabelse til EUIPO. Intervenienten har dog for det tilfælde, at EUIPO måtte finde, at den passende periode svarede til de fem år, der gik forud for datoen for indgivelsen modkravet til Landgericht Düsseldorf (den regionale ret i første instans i Düsseldorf), gjort gældende, at selskabet ville kunne fremlægge yderligere dokumentation for brug af det omhandlede varemærke for perioden fra den 29. juni 2005 til den 26. januar 2006. Den 29. april 2011 fremlagde intervenienten desuden en tabel på seks sider, der lavede krydshenvisninger mellem hver faktura og solgt fodtøjsmodel i forhold til det modelnummer, der var indeholdt i katalogerne i det førnævnte andet bilag for bestemte supplerende fakturaer udstedt af selskabet Berneda, og som vedrørte perioden fra den 25. august 2009 til den 26. januar 2011.
- 8 Den 25. juni 2014 anførte intervenienten »af forsigtighedshensyn«, at selskabet ligeledes støttede sig på de dokumenter, det indgav til EUIPO i forbindelse med en anden sag, som intervenienten henviste til.
- 9 Ved afgørelse af 7. august 2014 gav annullationsafdelingen medhold i begæringen om fortabelse af det omhandlede varemærke fra den 26. januar 2011 og pålagde intervenienten at betale sagsomkostningerne. Annullationsafdelingen fandt i det væsentlige, at de fremlagte beviser ikke gjorde det muligt at godtgøre den reelle brug af det nævnte varemærke i den passende periode, som annullationsafdelingen, uden at den forklarede årsagen hertil, anså for at være den periode på fem år, der gik umiddelbart forud for datoen for indgivelsen begæring om fortabelse til EUIPO. Nærmere bestemt fandt annullationsafdelingen, at de fremlagte beviser vedrørte situationer, hvori der blev gjort brug af varemærket i former, der afviger fra det omhandlede varemærke i kraft af bestanddele, som forandrer varemærkets særpræg som omhandlet i artikel 15, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 18, stk. 1, i forordning 2017/1001).
- 10 Den 10. september 2014 klagede intervenienten over annullationsafdelingens afgørelse.
- 11 Ved afgørelse af 4. december 2015 (herefter »den anfægtede afgørelse«) annullerede Tredje Appellkammer ved EUIPO annullationsafdelingens afgørelse og forkastede begæringen om fortabelse. Appellkammeret anførte i det væsentlige, at beviserne for brug påviste, at der var gjort brug af det omhandlede varemærke for »sportssko« i klasse 25 i den relevante periode, hvilken det definerede som svarende til de fem år, der gik forud for datoen for indgivelsen af modkravet, dvs. perioden fra den 29. juni 2005 til den 28. juni 2010 (herefter »den relevante periode«).
- 12 Hvad nærmere bestemt angår det omhandlede varemærkes karakter fandt appellkammeret – efter at det anførte, at varemærket bestod af en grafisk gengivelse, således som det er angivet i præmis 2 ovenfor, og efter at appellkammeret beskrev varemærket udførligt – at »for så vidt som det [var] den grafiske gengivelse, der [definerede] varemærket, [var] spørgsmålet om, hvorvidt der [var] tale om et positionsmærke eller et figurmærke, uden betydning«. Ifølge appellkammeret grænser positionsmærker i virkeligheden op til kategorierne figurmærker og tredimensionale varemærker, idet de vedrører anbringelsen af figurative eller tredimensionale bestanddele på en vares overflade. Den afgørende faktor i forhold til varemærkets beskyttelsesomfang er ikke kvalificeringen af det omhandlede tegn som figurtegn, tredimensionalt tegn eller positionstegn, men hvorledes varemærket opfattes af den relevante

kundekreds i forhold til de pågældende varer. Denne måde, hvorpå varemærket opfattes, kan udelukkende påvirkes af karakteren af tegnet, således som det er registreret. Ifølge appelkammeret tilsigtede det omhandlede varemærke »at opnå beskyttelse af et motiv formet som et specifikt kryds, som er placeret på en bestemt del af overfladen på den omhandlede vare, nemlig en sportssko«. Appelkammeret vurderede, at det omhandlede varemærke ikke kunne adskilles fra formen på en del af varen, dvs. overdelen af en sportssko.

- 13 Derefter foretog appelkammeret en analyse af de beviser, som intervenienten havde fremlagt, der bl.a. bestod af et stort antal fakturaer og varekataloger, idet appelkammeret i det væsentlige konkluderede, at beviserne som helhed vidnede om, at der var gjort reel brug af det omhandlede varemærke – dvs. reel kommerciel udnyttelse af det for så vidt angik omfanget af brugen, varigheden heraf, dens geografiske omfang og dens art. I denne sidstnævnte forbindelse konstaterede appelkammeret, at annullationsafdelingens konklusion om, at de billeder, der var indeholdt i de talrige kataloger, som intervenienten havde fremlagt, gengav forskellige typer af sportssko, som var påført forskellige krydsede linjer, der forandrede det omhandlede varemærkes særpræg, ikke kunne godkendes. Tværtimod var forskellene mellem varemærket i den form, det blev brugt i, og det omhandlede varemærke ifølge appelkammeret »ubetydelige og næsten eller slet ikke synlige«. Appelkammeret fandt, at det under de foreliggende omstændigheder ligeledes med henblik på at fastslå, om der var gjort reel brug af det omhandlede varemærke, kunne tage hensyn til bestanddele i farver, selv om varemærket var blevet registreret i sort og hvid.
- 14 Endelig henviste appelkammeret til bestemte yderligere forhold, der bekræftede dets konklusioner, såsom en dom afsagt den 31. juli 2007 af Juzgado de marca comunitaria d'Alicante (EF-varemærkedomstolen i første instans i Alicante, Spanien), »der fastslog, at [det omhandlede] varemærke ansås for at være stærkt og velrenommeret på området for sportssko i Spanien«, eller andre beviser vedrørende en periode, som lå efter den 28. juni 2010, der påviste, at der forelå en »generel tendens til en vedvarende og uafbrudt brug«, således som det var godtgjort for den relevante periode.

Parternes påstande

- 15 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:
- Den anfægtede afgørelse annulleres.
 - EUIPO og intervenienten tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
- 16 EUIPO har nedlagt følgende påstande:
- Frifindelse.
 - Sagsøgeren tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
- 17 Intervenienten har nedlagt følgende påstande:
- Frifindelse.
 - Den anfægtede afgørelse stadfæstes.
 - Sagsøgeren tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

Retlige bemærkninger

- 18 Til støtte for søgsmålet har sagsøgeren fremført tre anbringender. Det først anbringende vedrører en tilsidesættelse af artikel 51, stk. 1, i forordning nr. 207/2009, for så vidt som appelkammeret foretog en fejlagtig bedømmelse af genstanden for det omhandlede varemærke, idet det vurderede, at spørgsmålet, om der var tale om et figurmærke eller et positionsmærke, var uden betydning. Det andet anbringende vedrører en tilsidesættelse af samme forordnings artikel 51, stk. 1, og artikel 15, stk. 1, for så vidt som appelkammeret med henblik på at fastslå, om det omhandlede varemærke var blevet brugt i den form, hvori det var registreret, eller i en form, der ikke forandrede dets særpræg, nøjedes med udelukkende at sammenligne en del af varemærket, dvs. to striber, der krydser hinanden, med de striber, der var påført de sko, som angiveligt blev markedsført af intervenienten. Det tredje anbringende vedrører en tilsidesættelse af artikel 51, stk. 1, i forordning nr. 207/2009, for så vidt som den anfægtede afgørelse var baseret på fodtøjsmodeller, i forhold til hvilke det ikke var bevist, at de blev markedsført af intervenienten.
- 19 Det skal konstateres, at sagsøgeren med disse anbringender i det væsentlige har gjort gældende, at appelkammeret tog fejl med hensyn til selve genstanden for det omhandlede varemærke, og har hævdet, at varemærket ikke blev brugt i den form, hvori det er registreret, dvs. ifølge appelkammeret som en gengivelse af omridset af en sportssko uden sål med to striber, der krydser hinanden på siden.
- 20 Som følge af de argumenter, som sagsøgeren har fremsat i forbindelse med det andet og tredje anbringende, vil der blive foretaget en fælles gennemgang af disse efter behandlingen af det første anbringende.
- 21 For så vidt som intervenienten bl.a. har anmodet om, at den anfægtede afgørelse stadfæstes, skal det i øvrigt bemærkes, at intervenientens anden påstand – eftersom »den anfægtede afgørelse stadfæstes« svarer til frifindelse – i det væsentlige går ud på, at EUIPO og intervenienten skal frifindes, og således falder sammen med selskabets første påstand (jf. i denne retning dom af 5.2.2016 Kicktipp mod KHI – Italiana Calzature (kicktipp), T-135/14, EU:T:2016:69, præmis 19 (ikke trykt i Sml.) og den deri nævnte retspraksis).

Det første anbringende

- 22 Ifølge sagsøgeren blev det anfægtede varemærke ikke registreret i kategorien »andre« varemærker, og det kan ikke anses for at være et »positionsmærke«, men alene et figurmærke. Varemærket defineres i kraft af dets grafiske gengivelse, således som denne fremgår af registreringsbeviset, uden at »kunde kredsens opfattelse« spiller en afgørende rolle i denne henseende. Ifølge sagsøgeren kan det ikke antages, at det drejede sig om »en hvilken som helst almindelig sportssko« eller en sko »med såler«. Der er ikke nogen bestemt konsekvens af den omstændighed, at det omrids af billedet af en sko, der udgør det omhandlede varemærke, gengives med stiplede linjer. Tilsvarende er intervenientens henvisning til den omstændighed, at ancienniteten af det spanske »positionsmærke« registreret under nr. 1658216 blev accepteret af EUIPO i forhold til det omhandlede varemærke, ifølge sagsøgeren uden konsekvenser for afgørelsen af den foreliggende tvist. I forbindelse med sagsøgerens anmodning om afholdelse af retsmøde af 5. september 2016 har selskabet henvist til en afgørelse truffet den 6. juli 2016 af Fjerde Appelkammer (sag R 408/2015-4). Sagsøgeren har gjort gældende, at denne sag er analog med den foreliggende sag, og at varemærket, der gengiver to parallelle linjer, der flere gange skifter retning, og som er placeret på siden af sportsskoen, blev anset for at være et figurmærke og ikke et »positionsmærke«. Sagsøgeren har under retsmødet gjort gældende, at selskabets henvisning til den førnævnte afgørelse kan antages til realitetsbehandling, eftersom denne er offentliggjort på processproget, dvs. engelsk, på EUIPO's websted.

- 23 EUIPO og intervenienten har anfægtet sagsøgerens anbringender. Intervenienten har derudover under retsmødet hævdet, at sagsøgerens henvisning til appelkammerets afgørelse af 6. juli 2016 ikke kan antages til realitetsbehandling, dels som følge af at den ikke er blevet fremlagt i sin helhed på processproget, dels eftersom sagsøgeren ikke i tilstrækkelig grad har præciseret argumenterne for, at der skal tages hensyn til den nævnte afgørelse i den foreliggende sag.
- 24 I henhold til artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009 erklæres EU-varemærkeindehaverens ret fortabt efter indgivelse af begæring herom til EUIPO eller ved fremsættelse af modkrav under en sag om varemærkekrænkelse, når der inden for en sammenhængende periode på fem år ikke inden for Unionen er gjort reel brug af varemærket for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, og der ikke foreligger rimelig grund til, at brug ikke har fundet sted.
- 25 I henhold til regel 22, stk. 3 og 4, i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 om gennemførelsesbestemmelser til Rådets forordning nr. 40/94 om EF-varemærker (EFT 1995, L 303, s. 1) (nu artikel 10, stk. 3 og 4, i Kommissionens delegerede forordning (EU) 2017/1430 af 18.5.2017 om supplerende regler til Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 om EU-varemærker og om ophævelse af Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 og (EF) nr. 216/96 (EUT 2017, L 205, s. 1)), der finder anvendelse på procedurer om fortabelse i henhold til samme forordnings regel 40, stk. 5 (nu artikel 19, stk. 1, i forordning 2017/1430), skal det af beviset for brugen fremgå, hvor, hvornår samt i hvilket omfang og i hvilken form varemærket er blevet brugt, og bevisførelsen er i princippet begrænset til indgivelse af underbyggende dokumentation og bevismidler som emballager, etiketter, prislister, kataloger, fakturaer, fotografier, avisannoncer samt de skriftlige erklæringer, der er omhandlet i artikel 78, stk. 1, litra f), i forordning (EF) nr. 207/2009 [nu artikel 97, stk. 1, litra f), i forordning 2017/1001].
- 26 Ved fortolkningen af begrebet reel brug bør der tages hensyn til den omstændighed, at formålet med kravet om, at der skal være gjort reel brug af varemærket, hverken omhandler vurderingen af den handelsmæssige succes eller kontrollen med en virksomheds økonomiske strategi og heller ikke bestemmer, at beskyttelsen af varemærker kun skal forbeholdes en kvantitativt væsentlig handelsmæssig brug (jf. dom af 27.9.2007, La Mer Technology mod KHIM – Laboratoires Goëmar (LA MER), T-418/03, ikke trykt i Sml., EU:T:2007:299, præmis 53 og deri nævnte retspraksis).
- 27 Som det følger af retspraksis, er der gjort reel brug af et varemærke, når dette er anvendt i overensstemmelse med varemærkets væsentligste funktion, som er at garantere oprindelsen af de varer og tjenesteydelser, som det er blevet registreret for, med henblik på at skabe eller bevare en afsætningsmulighed for disse varer og tjenesteydelser, bortset fra en rent symbolsk brug, der alene gøres med henblik på at bevare de til varemærket knyttede rettigheder. Betingelsen om reel brug af varemærket er desuden kun opfyldt, når varemærket med den beskyttelse, det har inden for det relevante geografiske område, bruges offentligt og i forhold til omverdenen (jf. dom af 6.10.2004, Vitakraft-Werke Wührmann mod KHIM – Krafft (VITAKRAFT), T-356/02, EU:T:2004:292, præmis 26 og den deri nævnte retspraksis).
- 28 Bedømmelsen af, om brugen af varemærket er reel, skal foretages på grundlag af samtlige faktiske omstændigheder, der kan godtgøre, at varemærket virkelig anvendes handelsmæssigt, navnlig de former for brug, der i den pågældende branche anses for begrundet i fastholdelse eller erhvervelse af markedsandele for de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af varemærket, disse varers eller tjenesteydelsers art, de særlige forhold på markedet samt omfanget og hyppigheden af brugen af varemærket (jf. dom af 10.9.2008, Boston Scientific mod KHIM – Terumo (CAPIO), T-325/06, ikke trykt i Sml., EU:T:2008:338, præmis 30 og deri nævnte retspraksis).
- 29 En reel brug af et varemærke kan i øvrigt ikke bevises ved hjælp af sandsynlighedsbetragtninger eller formodninger, men skal hvile på konkrete og objektive omstændigheder, der godtgør en faktisk og tilstrækkelig brug af varemærket på det pågældende marked (jf. dom af 23.9.2009, Cohausz mod KHIM – Izquierdo Faces (acopat), T-409/07, ikke trykt i Sml., EU:T:2009:354, præmis 36 og den deri

nævnte retspraksis). Der skal foretages en helhedsvurdering, der tager hensyn til alle de relevante faktorer i den foreliggende sag, og som indebærer en vis indbyrdes afhængighed mellem de faktorer, der kommer i betragtning (jf. dom af 18.1.2011, Advance Magazine Publishers mod KHIM – Capela & Irmãos (VOGUE), T-382/08, ikke trykt i Sml., EU:T:2011:9, præmis 30 og den deri nævnte retspraksis).

- 30 Det skal bemærkes, at det ikke på forhånd er muligt abstrakt at afgøre, hvilken kvantitativ tærskel der skal anvendes for at afgøre, om brugen har været reel, og at en bagatelregel, der ikke giver EUIPO, eller i forbindelse med et søgsmål, Retten, mulighed for at vurdere samtlige omstændigheder i den sag, der er blevet indbragt for dem. Således kan selv brug af varemærket i meget begrænset omfang være tilstrækkelig til at fastslå reel brug, såfremt det virkelig anvendes handelsmæssigt (dom af 11.5.2006, Sunrider mod KHIM, C-416/04 P, EU:C:2006:310, præmis 72).
- 31 Det skal endelige præciseres, at det i henhold til artikel 15, stk. 1, andet punktum, litra a), i forordning nr. 207/2009 [nu artikel 18, stk. 1, andet punktum, litra a), i forordning 2017/1001] gælder, at beviset for reel brug af et ældre nationalt varemærke eller et ældre EF-varemærke også omfatter beviset for brugen af det ældre varemærke i en form, der kun ved enkeltheder, som ikke forandrer dette varemærkes særpræg, afviger fra den form, hvorunder det er registreret.
- 32 Hvad angår kvalificeringen af et varemærke som et »positionsmærke« skal det bemærkes, at hverken forordning nr. 207/2009 eller forordning nr. 2868/95 omtaler sådanne varemærker som en særlig kategori af varemærker. Eftersom artikel 4 i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 4 i forordning 2017/1001) imidlertid ikke indeholder en udtømmende liste over tegn, der kan udgøre EU-varemærker, er denne omstændighed uden relevans for spørgsmålet om, hvorvidt »positionsmærker« kan registreres (jf. i denne retning dom af 15.6.2010, X Technology Swiss mod KHIM (Farvning i orange af en soks tå), T-547/08, EU:T:2010:235, præmis 19).
- 33 Det fremgår endvidere, at »positionsmærker« grænser op til kategorierne af figurmærker og tredimensionale varemærker, idet de vedrører anbringelsen af figurative eller tredimensionale bestanddele på en vares overflade (jf. i denne retning dom af 15.6.2010, Farvning i orange af en soks tå, T-547/08, EU:T:2010:235, præmis 20). Endvidere følger det af selvsamme retspraksis, at kvalifikationen af et »positionsmærke« som et figurmærke eller et tredimensionalt varemærke eller som en særlig kategori af varemærker er uden relevans ved bedømmelsen af, hvorvidt et varemærke har fornødent særpræg (dom af 15.6.2010, Farvning i orange af en soks tå, T-547/08, EU:T:2010:235, præmis 21).
- 34 Det skal i øvrigt bemærkes, at retspraksis anerkender den mulighed, at figurmærker i virkeligheden udgør »positionsmærker« (jf. i denne retning dom af 18.4.2013, Colloseum Holding, C-12/12, EU:C:2013:253, præmis 13, og af 28.9.2010, Rosenruist mod KHIM (Gengivelsen af to kurver på en lomme), T-388/09, ikke trykt i Sml., EU:T:2010:410, præmis 2 og 17).
- 35 I den foreliggende sag skal det først og fremmest konstateres, at intervenienten på formularen til den ansøgning om registrering, som sidstnævnte indgav, udtrykkeligt angav, at der ansøgte om registrering af et figurmærke ved at sætte et hak i en hertil beregnet rubrik og ikke rubrikken for »ordmærker«, »tredimensionale varemærker« eller »andre varemærker«. Det skal ligeledes bemærkes, at det ikke er blevet fremført, og at det heller ikke fremgår af sagsakterne, at formularerne til ansøgning om EU-varemærkeregistriering på datoen for ansøgningen om det omhandlede varemærke indeholdt en særskilt rubrik for såkaldte »positionsmærker«. Det er i øvrigt ubestridt, at der udelukkende blev ansøgt om det omhandlede varemærke for varerne »sportssko«. Der kan fastslås en vis forbindelse mellem det omhandlede varemærke og udseendet af de varer, der er omfattet heraf, for så vidt som det nævnte varemærke gengives i kraft af en påfaldende grafik i form af et kryds på siden af en sportssko, idet det præciseres, at skoens præcise omrids ikke ansøges som varemærke, eftersom det er angivet med en stiplede linje. Det skal desuden bemærkes, at det pågældende kryds frembyder en farvekontrast med selve sportsskoen og er placeret under snørebundene.

- 36 I modsætning til hvad sagsøgeren har gjort gældende, kan det ikke af den blotte omstændighed, at der blev sat hak i rubrikken »figurmærke« i forbindelse med registreringen af det omhandlede varemærke, udledes, at dette ikke samtidig kan anses for at være et »positionsmærke«. I denne sidstnævnte forbindelse skal der navnlig tages hensyn til den omstændighed, at den grafiske gengivelse af varemærket med fuldt optrukne linjer klart angiver den bestanddel, som der er ansøgt om beskyttelse af, og med en stiptet linje angiver omridset af de pågældende varer, som varemærket er påført. Det skal derudover bemærkes, at der på den i den foreliggende sag relevante dato ikke eksisterede et formelt krav om at vedlægge formularerne til ansøgning om registrering af et varemærke en beskrivelse med ord, med henblik på at varemærket kunne anses for at være et »positionsmærke«. Der skal mindes om, at det omhandlede varemærke, samtidig med at det anses for at henhøre under denne type varemærke, fortsat ligeledes er et figurmærke.
- 37 Under retsmødet har sagsøgeren endvidere henvist til EUIPO's retningslinjer vedrørende praksis for bedømmelsen af EU-varemærker, med henblik på i det væsentlige at gøre gældende, at det for så vidt angår »positionsmærker« er nødvendigt dels at inkludere en beskrivelse af varemærket, der præciserer dets position på den pågældende vare, dels udtrykkeligt angiver, at det drejer sig om et »positionsmærke«. Det skal imidlertid i denne henseende, og uden at det er nødvendigt at undersøge, hvorvidt den ovennævnte henvisning var til den udgave af EUIPO's retningslinjer, der var gældende på datoen for ansøgningen om registrering af det omhandlede varemærke, bemærkes, at sådanne retsakter i henhold til restpraksis ikke udgør retsakter, der er bindende ved fortolkningen af EU-retlige bestemmelser (jf. i denne retning dom af 19.12.2012, Leno Merken, C-149/11, EU:C:2012:816, præmis 48).
- 38 Det skal for fuldstændighedens skyld som et yderligere indicium for at betragte det omhandlede varemærke som et »positionsmærke« bemærkes, at intervenienten, således som EUIPO og intervenienten med rette har gjort gældende for Retten, har gjort en ældre rettighed gældende på grundlag af det spanske varemærke under nr. 1658216, der blev ansøgt den 27. september 1991 og registreret den 5. juni 1992, hvis grafiske gengivelse var identisk med det omhandlede varemærke, og som derudover omfattede en beskrivelse, der præciserede, at varemærket, der bestod af gengivelsen af et kryds, befandt sig på siden af en sportssko.
- 39 Det er desuden nødvendigt at undersøge sagsøgerens anbringende om, at appelkammeret fortolkede det omhandlede varemærke således, at det omfattede bestanddele, der ikke udgør en del heraf, og som blev tilføjet »efter et skøn fra hvem som helst« – som eksempelvis såler – hvilket er i strid med de krav, der bl.a. følger af præmis 48-55 i dom af 12. december 2002, Sieckmann (C-273/00, EU:C:2002:748), og som omhandler den grafiske gengivelse af et varemærke.
- 40 I denne henseende er det tilstrækkeligt at bemærke, at det i den foreliggende sag direkte og med tilstrækkeligt præcision af den grafiske gengivelse af det omhandlede varemærke kan udledes, at den ønskede beskyttelse alene vedrørte et kryds bestående af to sorte, fuldt optrukne linjer anbragt på tværs af hinanden. Derimod skal den »stiplede« linje, der former omridset af sportsskoen og dens snørebund, forstås således, at den gør det muligt nærmere at angive placeringen af det nævnte kryds. Dette gælder uafhængigt af, hvilken type såler der er påsat de nævnte sko, uanset om disse er almindelige eller savtakke, således som appelkammeret med rette fastslog i den anfægtede afgørelses punkt 20.
- 41 Det skal nemlig bemærkes, at det er på denne måde, at stiplede linjer sædvanligvis anvendes i sammenlignelige situationer – dvs. i forhold til forskellige varer, der er påført et varemærke, uden nødvendigvis på detaljeret vis at angive alle de nævnte varers omrids eller andre kendetegn (dom af 7.2.2007, Kustom Musical Amplification mod KHIM (En guitars form), T-317/05, EU:T:2007:39, analogt dom af 14.6.2011, Sphere Time mod KHIM – Punch (Ur påsat en snor), T-68/10, EU:T:2011:269, præmis 62-64, af 26.2.2014, Sartorius Lab Instruments mod KHIM (Gul cirkelbue på den nederste del af en skærm), T-331/12, EU:T:2014:87, og af 14.3.2014, Lardini mod KHIM (Anbringelse af en blomst på et revers), T-131/13, ikke trykt i Sml., EU:T:2014:129, jf. ligeledes i

denne retning dom af 4.12.2015, K-Swiss mod KHIM (Gengivelse af parallelle striber på en sko), T-3/15, ikke trykt i Sml., EU:T:2015:937, og analogt dom af 21.5.2015, Adidas mod KHIM – Shoe Branding Europe (To parallelle bånd på en sko), T-145/14, ikke trykt i Sml., EU:T:2015:303).

- 42 I den foreliggende sag havde anvendelsen af en stiplet linje klart til formål at lette forståelsen af, at det omhandlede varemærke alene tilsigtede at beskytte krydset, der var gengivet med to fuldt optrukne linjer – og dette i en præcis placering på sportsskoene. Det fremgår i øvrigt af dom af 12. november 2013, Gamesa Eólica mod KHIM – Enercon (Forskellige nuancer af grøn) (T-245/12, ikke trykt i Sml., EU:T:2013:588, præmis 38), at der ikke findes nogen regel, der fastslår en forpligtelse til at gengive et tegns omrids med en stiplet linje med henblik på i givet fald at angive, at det nævnte omrids ikke er en del af genstanden for beskyttelsen. Anvendelsen af en stiplet linje i den foreliggende sag kan fortolkes således, at den har muliggjort en bedre afgrænsning af, hvad der udgør det omhandlede varemærke.
- 43 Det kan konkluderes, at selv om det omhandlede varemærke tilsigter at opnå beskyttelsen af en gengivelse af et kryds, der består af to sorte linjer anbragt på tværs i fuldt optrukne linjer, ansøges der ikke om denne beskyttelse på et abstrakt plan, men for anvendelsen af den pågældende grafik på langsiden af en sportssko, således som dette fremgår af formularen til ansøgningen om registrering, med en farvekontrast i forhold til selve skoen. Den nævnte skos form som sådan er ikke omfattet af varemærket, lige så lidt som den type såler, der anvendes.
- 44 Under disse omstændigheder og i modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende, skal det understreges, at appelkammeret med rette kunne finde, at »for så vidt som det [var] den grafiske gengivelse, der [definerede] varemærket, [var] spørgsmålet om, hvorvidt der [var] tale om et positionsmærke eller et figurmærke, uden betydning« (jf. præmis 12 ovenfor). Det var ligeledes med rette, at appelkammeret gik ud fra den forudsætning, at det omhandlede varemærke ikke kunne adskilles fra formen på den del af den vare, for hvilken det var beskyttet, dvs. overdelen af en sportssko, og at den afgørende faktor i forhold til varemærkets beskyttelsesomfang var, hvorledes varemærket opfattes udelukkende på grundlag af tegnet som registreret.
- 45 Det skal i øvrigt bemærkes, at denne konklusion ikke afsvækkes af sagsøgerens henvisning til afgørelsen truffet af Fjerde Appelkammer ved EUIPO den 6. juli 2016 (sag R 408/2015-4), hvis faktiske og retlige omstændigheder er forskellige fra omstændighederne i den foreliggende sag.
- 46 I denne henseende skal intervenientens kritik vedrørende den manglende oversættelse af den ovenfor nævnte afgørelse til processproget, såvel som intervenientens anbringende om, at sagsøgerens henvisning til den nævnte afgørelse ikke kunne antages til realitetsbehandling, forkastes som ugrundet. For det første har sagsøgeren nemlig oversat den relevante del direkte til engelsk i sin anmodning om afholdelse af retsmøde af 5. september 2016. For det andet er denne afgørelse i sin helhed offentliggjort på engelsk på EUIPO's websted. Som svar på et spørgsmål fra Retten under retsmødet bekræftede intervenienten i øvrigt at være blevet bekendt med teksten til den nævnte afgørelse.
- 47 Det skal i øvrigt til forskel fra den foreliggende sag konstateres, at de af varemærkeansøgningen omfattede varer i den sag, der gav anledning til afgørelsen truffet af Fjerde Appelkammer ved EUIPO den 6. juli 2016, ikke var begrænset til »sportssko«, men også omfattede andre varer i klasse 25, såsom »beklædning, [...] hovedbeklædning, bæltter eller handsker«. Følgelig skal spørgsmålet om, hvorvidt varemærket, der omfatter en slags grafik, der består af to parallelle linjer, der flere gange skifter retning, og som er placeret på siden af en sportssko, havde en forbindelse med de omfattede varers form, stilles på en anden måde i det foreliggende tilfælde, hvor det er blevet konstateret, at det omhandlede varemærke ikke kunne adskilles fra formen på en del af varen, dvs. overdelen af en sportssko (jf. præmis 12 og 44 ovenfor).

- 48 Under disse omstændigheder gør intervenientens henvisning til punkt 17 i afgørelsen i sag R 408/2015-4, hvor det konkluderedes, at varemærket var et figurmærke og ikke et »positionsmærke«, det ikke muligt at udlede en analogi for så vidt angår det foreliggende tilfælde. Det skal i øvrigt under alle omstændigheder tilføjes, at appelkammeret ved EUIPO i den nævnte afgørelses punkt 18 anførte, at spørgsmålet om, hvorvidt det ansøgte varemærke skulle anses for at være et »positionsmærke«, ikke var relevant med henblik på dets analyse.
- 49 På baggrund af det ovenstående i det hele må det fastslås, at appelkammeret i den foreliggende sag ikke begik en fejl, idet det foretog en analyse af spørgsmålet om, hvorvidt de sportssko, hvis salg var blevet godtgjort i kraft af forskellige beviser vedrørende den reelle brug af det omhandlede varemærke, indeholdt en grafisk bestanddel, der bestod af et motiv i form af et specifikt kryds placeret på en bestemt del af den omhandlede vares overflade, hvilket kunne anses for at være enten identisk med eller svarende til den grafiske bestanddel, der fremgår af gengivelsen af det omhandlede varemærke i overensstemmelse med artikel 15, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009.
- 50 Det første anbringende skal forkastes.

Det andet og det tredje anbringende

- 51 I forbindelse med sit andet anbringende har sagsøgeren gjort gældende, at appelkammeret burde have undersøgt, hvorvidt det omhandlede varemærke bestående af et helhedsbillede af en sportssko med striber, der krydser hinanden, blev brugt på fodtøj eller i forbindelse med fodtøj. Ifølge appelkammeret forekom dette varemærke ikke på det fodtøj, der var indeholdt i de fremlagte beviser. Sagsøgeren hævder, at markedsføringen af sko, der ligner det omhandlede varemærke, for så vidt som dette er et figurmærke, ikke kan tjene som bevis for, at der er gjort brug af dette varemærke, idet gennemsnitsforbrugerne ikke er vant til at udlede varernes oprindelse af deres form. Derudover og under alle omstændigheder adskilte de sko, som intervenienten rent faktisk solgte, sig væsentligt fra den sko, der er gengivet i forbindelse med det omhandlede varemærke. Sagsøgeren har også gjort gældende, at det omhandlede varemærke mangler fornødent særpræg, eller at det i det mindste har en meget svag grad af særpræg, således at enhver forskel i forbindelse med brugen af varemærket ville forandre særpræget.
- 52 I forbindelse med det tredje anbringende har sagsøgeren i det væsentlige gjort gældende, at det ikke er godtgjort, at skomodellerne REAGEE, TECNO og AVANT, som appelkammeret henviste til i den anfægtede afgørelse, var blevet markedsført, selv om de pågældende modeller var indeholdt i et eller flere af de af intervenienten fremlagte kataloger. Det er ikke godtgjort, at der har fundet noget salg sted. Den blotte gengivelse i et katalog, i forhold til hvilket det ikke er påvist, at det er blevet distribueret, er ikke tilstrækkeligt til at godtgøre reel brug af et varemærke. Nærmere bestemt forekommer modellen MARCELO kun i ét eneste katalog fra 2006, hvilket allerhøjest viser, at de sidste salg af denne model hidrører fra januar 2007. Ifølge sagsøgeren bør dette medføre, at appelkammerets konklusioner om, at de omtalte beviser udgør tilstrækkelige oplysninger til, at det kan fastslås, at der er gjort reel brug af varemærket, må anses for at være behæftet med fejl.
- 53 EUIPO og intervenienten har anfægtet sagsøgerens anbringender.
- 54 I denne sammenhæng skal det vurderes, hvorvidt de beviser, som intervenienten fremlagde for EUIPO, som helhed gør det muligt at bekræfte, at der er gjort reel brug af det omhandlede varemærke i henhold til den retspraksis, der er nævnt i præmis 24-30 ovenfor.

- 55 Det skal for det første bemærkes, at det var med rette, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 17 og 18 fastlagde den relevante periode som svarende til de fem år, der gik forud for datoen for indgivelsen af modkravet, dvs. perioden fra den 29. juni 2005 til den 28. juni 2010, under hensyntagen til ordlyden af sagsøgerens anmodninger, der først blev fremsat i forbindelse med modkravet og derefter sagen for EUIPO.
- 56 I denne forbindelse var det med rette, at appelkammeret – uden at dette i øvrigt er blevet bestridt i den foreliggende sag – konstaterede, at begæring om fortabelse til EUIPO var en direkte konsekvens af det modkrav, som sagsøgeren fremsatte i forbindelse med det søgsmål om varemærkekrænkelse, som intervenienten anlagde mod sagsøgeren ved Landgericht Düsseldorf (den regionale ret i første instans i Düsseldorf), og at enhver brug af det omhandlede varemærke, efter at intervenienten fik forkyndt dette modkrav, skulle behandles »med den størst mulige grad af forsigtighed«. Det var ligeledes med rette, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 18 konstaterede, at den dokumentation, der var fremlagt som bevis for den reelle brug af det omhandlede varemærke efter den relevante periode, under visse omstændigheder kunne have en bevisværdi, bl.a. for så vidt som den kunne underbygge de ovennævnte beviser og påvise en tendens og en metode for brugen, der er konstant over tid.
- 57 For det andet og i modsætning til, hvad sagsøgeren har hævdet, var det med rette, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 19-30 fastslog, at de beviser, der blev fremlagt for annullationsafdelingen, var tilstrækkelige til at godtgøre, at der var gjort reel brug af det omhandlede varemærke.
- 58 Det skal nemlig for det første konstateres, at de beviser, der er omtalt i de tre første led i den anfægtede afgørelses punkt 27, vedrørende salg foretaget af intervenienten og/eller tilknyttede virksomheder, som denne havde givet lov til at bruge det omhandlede varemærke, af sportssko af modellerne MARCELO, MUNDIAL REVOLUTION, og GALES, der er afbilledet i den nævnte afgørelses punkt 24, og som appelkammeret oplyste de konkrete referencer til i de administrative sagsakter for EUIPO, således som dette er blevet meddelt Retten, allerede gør det muligt at understøtte konklusionen om, at brugen af det omhandlede varemærke vedrørte et tilstrækkeligt stort og forskelligartet område, der omfatter flere EU-medlemsstats område, bl.a. Spaniens (herunder flere byer såsom Madrid, Barcelona, Córdoba, Grenada, Tarragona, Cádiz, Valencia, La Coruña og Girona), Italiens, Portugals, Danmarks, Slovakiets, Frankrigs og Ungarns (det fremgår i forhold til disse lande af fakturaerne, at der ligeledes af fundet salg sted i flere forskellige byer).
- 59 For det andet bemærker Retten, at de fremlagte fakturaer vedrørende disse modeller af sportssko omfatter flere år af den relevante periode – og sågar rækker ud over denne – således som appelkammeret fastslog i den anfægtede afgørelses punkt 30. Selv om beviserne i forhold til modellen MARCELO vedrører årene 2006/2007, vedrører de fremlagte beviser i forhold til modellen MUNDIAL REVOLUTION således brug, der er gjort af det omhandlede varemærke i løbet af årene 2007-2011. Tilsvarende omfatter de kataloger, der vedrører GALES-modellerne, årene 2006-2011.
- 60 Det følger heraf, at der foreligger en tidsmæssigt set tilstrækkeligt konstant brug. I modsætning til, hvad sagsøgeren har hævdet, viser de nævnte forhold nemlig en reel, konstant og uafbrudt brug. Selv om sagsøgeren fastholdt den 26. januar 2006 og ikke den 29. juni 2005 (jf. præmis 7 ovenfor) som begyndelsen på den periode, der skal tages i betragtning, således at ingen af beviserne vedrører begyndelsen af den relevante periode – dvs. fra den 29. juni 2005 til den 26. januar 2006 – er denne omstændighed i øvrigt, således som appelkammeret med rette har påpeget, uden relevans. Det fremgår således af fast retspraksis, at det er tilstrækkeligt, at et varemærke har været genstand for reel brug i mindst en del af denne periode (jf. i denne retning dom af 16.12.2008, Deichmann-Schuhe mod KHIM – Design for Woman (DEITECH), T-86/07, ikke trykt i Sml., EU:T:2008:577, præmis 52 og den deri nævnte retspraksis).

- 61 Hvad for det tredje angår omfanget af brugen var det med rette, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 27 konstaterede, at beviserne som helhed vidnede om, at der var sket en reel kommerciel udnyttelse af det omhandlede varemærke, der ikke kun var symbolsk, men rent faktisk havde et omfang og en konstans, der var tilstrækkelig til at kunne fastholde eller erhverve markedsandele for de varer, der er beskyttet ved varemærket.
- 62 I denne henseende er de tal, der er angivet i den anfægtede afgørelses punkt 27, hvis rigtighed sagsøgeren ikke har bestridt for Retten, taget fra fakturaerne sammenholdt med katalogerne. Det fremgår imidlertid, at intervenienten mellem 2006 og 2011 løbende markedsførte et betydeligt antal sportssko med kryds på langsiden, som ikke eller kun i ubetydelig grad adskilte sig fra det omhandlede varemærke, dvs. modellerne MARCELO, MUNDIAL REVOLUTION og GALES. Hvad mere konkret angår den første model, der forekommer i et katalog, er der tale om salg af snesevis af sko til et samlet beløb på tusinder af euro. Den anden model forekommer i flere kataloger, og heraf blev der solgt flere hundrede par til et samlet beløb på flere tusinde euro. Endelig forekommer den tredje model ligeledes i flere kataloger. Disse sportssko, hvoraf der er gengivet et billede i den anfægtede afgørelses punkt 24, har et kryds, der er anbragt på siden af skoen, som danner en skarp kontrast med farven på resten af denne sko. Som følge af krydsets placering såvel som dets andre kendetegn skal det konkluderes, at alle disse tre modeller vidner om, at det er gjort brug af det omhandlede varemærke.
- 63 Ganske vist er det rigtigt, at tallene for de ovennævnte salg kan synes ikke at være særligt høje. Sammenholdt med katalogerne vidner de imidlertid om en reel brug, som det er anført i den anfægtede afgørelses punkt 28, og i henhold til den retspraksis, der er nævnt i præmis 26-30 ovenfor. Det skal navnlig bemærkes, at det ikke tilkommer EUIPO eller i forbindelse med et søgsmål, Retten, at vurdere den handelsmæssige succes eller kontrollere en virksomheds økonomiske strategi og ej heller kun at forbeholde beskyttelsen af varemærker en kvantitativt væsentlig handelsmæssig brug.
- 64 For det tredje skal der foretages en vurdering af, hvorvidt det var med rette, at appelkammeret fandt, at de af intervenienten fremlagte beviser som helhed gjorde det muligt at godtgøre, at der var gjort brug af et varemærke, der er identisk med eller i tilstrækkelig grad ligner det registrerede, uden at dets fornødne særpræg blev forandret. Det skal præciseres, at der ikke er tale om at undersøge, om en etiket, som er påført det omhandlede varemærke, blev anbragt på de pågældende varer, eller at sammenligne de solgte sko med dette samme varemærke inklusive de bestanddele, der er angivet med stiplede linjer.
- 65 Det må denne forbindelse konstateres, at forskellene mellem det omhandlede varemærke og de varianter, der blev brugt på sportssko af intervenienten, er ubetydelige. I modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende, befinder krydset, der er gengivet af to striber oven på hinanden, sig nemlig på samme sted og i samme position som det kryds, der er fastlagt af den grafiske gengivelse af det omhandlede varemærke, dvs. på ydersiden af skoen, gående fra sålen eller fra den nederste del til snørebundene. Flere fotografier, der er fremlagt som beviser, godtgør, at der er fundet en brug sted, der svarer til det omhandlede varemærke, med én af krydsets striber, der er længere end den anden. Derudover svarer linjernes tykkelse såvel som deres hældningsvinkel for så vidt angår et betydeligt antal sko, der er fremlagt som beviser for EUIPO, i det væsentlige til, hvad der fremgår af den grafiske gengivelse af det omhandlede varemærke.
- 66 På visse af de andre sko, der er fremlagt som beviser, er den grafik, der anvendes, næsten identisk, selv om de proportioner og den farve, der anvendes i forhold til krydset, kan variere. Som appelkammeret med rette har bekræftet, forandrer disse beviser imidlertid ikke særpræget for det omhandlede varemærke, der er registreret i sort og hvidt, for så vidt som farven ikke kan anses for at udgøre en af de vigtigste faktorer, der giver dette varemærke fornødent særpræg. Navnlig kan anvendelsen af forskellige farver tages i betragtning i den foreliggende sag, eftersom kontrasten mellem baggrundsfarverne og de linjer, der danner krydset, overholdes. I denne forbindelse ændrer den omstændighed, at visse af de pågældende sko fremstår som et slags »negativ billede« med krydset i

hvidt, gult eller en anden bleg farve, ikke konstateringen af, at en sådan brug, for så vidt som krydset med hensyn til dets placering og dimensioner svarer til det omhandlede varemærke, fortsat er relevant med henblik på analysen i den foreliggende sag.

- 67 Den omstændighed, at visse af skoene også omfatter andre grafiske bestanddele, som forbrugerne ville kunne huske, og som har et selvstændigt særpræg, som eksempelvis en sål eller bagenden af en sko, der er farvet og adskiller sig fra resten af denne, slidbaner eller en hæl, der adskiller sig ved sin farve i forhold til resten af skoen, et »lædermotiv af en krokodille«, en »rød afdækning over snørebåndene« eller, for visse sko, yderligere ordbestanddele, giver ikke mulighed for at anfægte konstateringen om, at der er gjort reel brug af det omhandlede varemærke.
- 68 Det skal nemlig påpeges, at det fremgår af retspraksis, at betingelsen om »reel brug« som omhandlet i artikel 15, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 kan være opfyldt, når et EU-figurmærke kun bruges sammen med andre bestanddele, som det er sat ved siden af eller sågar sat oveni, i det omfang det nævnte varemærke fortsat opfattes som en angivelse af den omhandlede vares oprindelse (jf. i denne retning dom af 18.7.2013, Specsavers International Healthcare m.fl., C-252/12, EU:C:2013:497, præmis 19-27 og den deri nævnte retspraksis).
- 69 Det skal i øvrigt tilføjes, at det i den foreliggende sag fremgår af beviserne, at det kryds, der er brugt på de forskellige sko og består af to striber oven på hinanden, tydeligt kan opfattes uafhængigt af den eventuelle tilstedeværelse af de andre bestanddele, som intervenienten har nævnt. Det var med rette, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 25 konkluderede, at gengivelsen af krydset, med undtagelse af ubetydelige forskelle, som dårligt eller slet ikke kan ses, såsom den præcise længde af krydsets striber, stribernes tykkelse og deres præcise hældningsvinkel, praktisk talt var identisk med gengivelsen af det omhandlede varemærke. Tilsvarende har EUIPO med føje for Retten gjort gældende, at sagsøgeren, bortset fra opregningen af visse yderligere bestanddele, der forekommer på de sko, der vises i fotografierne, ikke har fremsat nogen argumenter, som forklarer, på hvilken måde disse forandrer det omhandlede varemærkes særpræg. Som EUIPO har gjort gældende, interagerer de nævnte yderligere bestanddele ikke med krydset, der udgør den særprægede bestanddel, der beskyttes af det omhandlede varemærke.
- 70 Hvad for det fjerde angår den kritik, som sagsøgeren har fremsat i forbindelse med det tredje anbringende, og som vedrører den angiveligt utilstrækkelige karakter af beviserne vedrørende visse af skomodellerne, dvs. REAGEE, TECNO og AVANT, skal det konstateres, at sagsøgeren ikke har bestridt, at disse skomodeller, som appelkammeret ligeledes har henvist til i den anfægtede afgørelses punkt 27, er blevet gengivet i et eller flere af de kataloger, som intervenienten har fremlagt. Det af sagsøgeren anførte vedrører udelukkende den omstændighed, at der ikke var noget, der tydede på, at der reelt havde fundet salg sted.
- 71 Det skal i denne forbindelse konstateres, at præsentationen af varer i kataloger kan tages i betragtning som et yderligere indicium for, at der er gjort reel brug af et varemærke, for så vidt som der er tale om, at det pågældende varemærke bruges offentligt og i forhold til omverdenen, eller i det mindste forberedelsen af en sådan brug (jf. i denne retning dom af 6.10.2004, VITAKRAFT, T-356/02, EU:T:2004:292, præmis 26 og den deri nævnte retspraksis, og af 4.7.2014, Construcción, Promociones e Instalaciones mod KHIM – Copisa Proyectos y Mantenimientos Industriales (CPI COPISA INDUSTRIAL), T-345/13, ikke trykt i Sml., EU:T:2014:614, præmis 21). Følgelig kan de beviser, der vedrører modellerne REAGEE, TECNO og AVANT – uden at disse kan anses for at være afgørende i sig selv – ikke desto mindre tages i betragtning som en bekræftelse af de faktiske omstændigheder, der allerede er blevet analyseret i præmis 57-63 ovenfor.
- 72 Hvad derudover angår sportsskosmodellen MARCELO er det allerede blevet fastslået, at den omstændighed, at beviserne vedrørte perioden 2006/2007 – dvs. en forholdsvis kort periode – ikke medførte, at der var tale om irrelevante beviser. Tværtimod indgår de, således som appelkammeret med rette konstaterede, i den overordnede vurdering, der gør det muligt at fastslå, at der er gjort reel

brug af det omhandlede varemærke; jf. præmis 30 i dom af 10. september 2008, Boston Scientific mod KHIM – Terumo (CAPIO) (T-325/06, ikke trykt i Sml., EU:T:2008:338), som nævnt i præmis 28 ovenfor.

- 73 Hvad for det femte angår det af sagsøgeren anførte om, at det omhandlede varemærke angiveligt har en svag grad af særpræg, er det tilstrækkeligt at bemærke, at der i den foreliggende sag, i modsætning til det, der var tilfældet i den sag, der gav anledning til kendelse af 26. april 2012, Deichmann mod KHIM (C-307/11 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2012:254, præmis 52), som sagsøgeren henviste til under retsmødet, og som vedrørte en anden grafisk bestanddel – nemlig den bestanddel, der gengav et »bøjet bånd omgivet af stiplede linjer« – ikke er nogen beviser for, at det omhandlede varemærke har en svag grad af særpræg. Til forskel fra den ovenfor nævnte sag er det nærmere bestemt ikke blevet godtgjort, at det omhandlede varemærke udgjorde en enkel og banal form, der ikke afveg betydeligt fra de former, der almindeligvis anvendes inden for skotøjssektoren, eller at det udelukkende ville blive opfattet som en dekorativ eller forstærkende bestanddel af de omfattede varer.
- 74 Det skal i øvrigt tilføjes, at det allerede er fastslået, at det omhandlede varemærke er blevet brugt mange gange i en form, der er identisk med eller meget tæt på det registrerede varemærke, hvilket gør det muligt at påvise, at der er gjort reel brug af dette varemærke, selv om varemærket må anses for at have en svag grad af særpræg. Såfremt sagsøgerens anbringende skulle forstås således, at det tilsigtede at anfægte, at det omhandlede varemærke havde nogen form for fornødent særpræg, er det derudover tilstrækkeligt at konstatere, at der er tale om et anbringende, der er irrelevant inden for rammerne af en fortabelsessag, i hvilken forbindelse selve gyldigheden af et varemærke ikke kan anfægtes.
- 75 Det skal i øvrigt tilføjes, at det omhandlede varemærkes fornødne særpræg ligeledes blev konstateret af Juzgado de marca comunitaria de Alicante (EF-varemærkedomstolen i første instans i Alicante) i en dom af 31. juli 2007, Munich SL, Berneda SL og Bernher SL mod Umbro SL og Umbro Int. Ltd, som både appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 29 og intervenienten i punkt 13 i selskabets interventionsindlæg har henvist til, hvori det sågar konkluderes, at det omhandlede varemærke i Spanien kunne anses for at være stærkt eller for at have en høj grad af fornødent særpræg på området for sportssko.
- 76 Følgelig skal det andet og det tredje anbringende ligeledes forkastes, og EUIPO bør derfor frifindes i det hele.

Sagsomkostninger

- 77 Ifølge Rettens procesreglements artikel 134, stk. 1, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom.
- 78 Sagsøgeren har tabt sagen og pålægges derfor at betale sagsomkostningerne i overensstemmelse med EUIPO's og intervenientens påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Fjerde Afdeling):

- 1) Den Europæiske Unions Kontor for Intellectuel Ejendomsret (EUIPO) frifindes.**
- 2) Deichmann SE betaler de af EUIPO og Munich, SL, afholdte omkostninger.**

Kanninen

Schwarcz

Iliopoulos

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 17. januar 2018.

Underskrifter