



Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Første Afdeling)

24. oktober 2018*

»EU-varemærker – indsigelsessag – ansøgning om EU-figurmærket 42 BELOW – det ældre nationale ikke-registrerede figurmærke VODKA 42 – relativ registreringshindring – artikel 8, stk. 4, i forordning (EF) nr. 207/2009 (nu artikel 8, stk. 4, i forordning (EU) 2017/1001) – erhvervsmæssig anvendelse – EUIPO's anvendelse af national ret«

I sag T-435/12,

Bacardi Co. Ltd, Vaduz (Liechtenstein), først ved advokat M. Reinisch, og derefter ved advokaterne A. Parassina, L. Rigas og L. Lorenc,

sagsøger,

mod

Den Europæiske Unions Kontor for Intellectuel Ejendomsret (EUIPO) først ved P. Geroulakos, derefter ved D. Gája og D. Walicka, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

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

Palírna U zeleného stromu a. s., tidligere Granette & Starorežná Distilleries a.s., Ústí nad Labem (Den Tjekkiske Republik), ved advokat T. Chleboun,

angående et søgsmål til prøvelse af afgørelse truffet den 9. juli 2012 af Andet Appelkammer ved EUIPO (sag R 2100/2011-2) vedrørende en indsigelsessag mellem Granette & Starorežná Distilleries og Bacardi,

har

RETTEN (Første Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, H. Kanninen (refererende dommer), og dommerne I. Pelikánová og E. Buttigieg,

justitssekretær: fuldmægtig X. Lopez Bancalari,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 24. september 2012,

under henvisning til EUIPO's svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 5. februar 2013,

* Processprog: engelsk.

under henvisning til intervenientens svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 30. januar 2013,

under henvisning til replikken, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 12. marts 2013,

under henvisning til EUIPO's duplik, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 2. august 2013,

under henvisning til intervenientens duplik, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 20. august 2013,

under henvisning til Rettens skriftlige spørgsmål til parterne og til sagsøgerens og EUIPO's besvarelse af disse spørgsmål, der blev indleveret til Rettens Justitskontor henholdsvis den 13. og den 20. maj 2015,

under henvisning til anmodningen om udsættelse af sagen, som sagsøgeren har indleveret til Rettens Justitskontor den 29. april 2015, og til de bemærkninger vedrørende denne anmodning, som EUIPO og intervenienten har indleveret henholdsvis den 6. og den 13. maj 2015,

under henvisning til kendelse afsagt den 10. juni 2015 af formanden for Første Afdeling (tidligere sammensætning) om at udsætte sagen,

under henvisning til genoptagelsen af sagen den 10. november 2015,

under henvisning til anmodningen om udsættelse af sagen, som sagsøgeren har indleveret til Rettens Justitskontor den 11. december 2015, og til de bemærkninger vedrørende denne anmodning, som EUIPO har indleveret den 7. januar 2016,

under henvisning til afgørelse truffet den 20. januar 2016 af formanden for Første Afdeling (tidligere sammensætning) om at udsætte sagen,

under henvisning til genoptagelsen af sagen den 20. juni 2016,

under henvisning til anmodningen om udsættelse af sagen, som sagsøgeren har indleveret til Rettens Justitskontor den 22. august 2016, og de bemærkninger vedrørende denne anmodning, som EUIPO og intervenienten har indleveret henholdsvis den 26. august og den 8. september 2016,

under henvisning til afgørelse truffet den 12. september 2016 af formanden for Første Afdeling (tidligere sammensætning) om at udsætte sagen,

under henvisning til genoptagelsen af sagen den 13. marts 2017,

under henvisning til parternes besvarelse, der blev indleveret den 16. og den 17. maj 2017, af spørgsmål stillet af Retten som en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse

og efter retsmødet den 7. november 2017,

afsagt følgende

Dom

Twistens baggrund

- 1 Den 26. juni 2009 indgav sagsøgeren, Bacardi Co. Ltd, i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26. februar 2009 om EF-varemærker (EUT 2009, L 78, s. 1), med senere ændringer (erstattet af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2017/1001 af 14. juni 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 Varemærket, der er søgt registreret, er følgende figurtegn:



- 3 De varer, som varemærkeansøgningen vedrørte, henhører under 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, og svarer til følgende beskrivelse: »alkoholholdige drikke (dog ikke øl), inklusive vodka, vodkabaserede produkter og drikke med vodkasmag«.
- 4 EU-varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EF-Varemærketidende* nr. 59/2009 af 14. december 2009.
- 5 Den 11. marts 2010 rejste intervenienten, Granette & Starorežná Distilleries a.s., nu Palírna U zeleného stromu a.s., indsigelse i henhold til artikel 41 i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 46 i forordning 2017/1001) mod registreringen af det ansøgte varemærke for de ovenfor i præmis 3 anførte varer.

- 6 Indsigelsen var bl.a. støttet på det ikke-registrerede varemærke, der blev anvendt i Den Tjekkiske Republik og i Slovakiet til »alkoholholdige drikke, dvs. vodka« (herefter »det ikke-registrerede varemærke«), og som er gengivet nedenfor:



- 7 De registreringshindringer, der blev påberåbt til støtte for indsigelsen, var dem, der er omhandlet i artikel 8, stk. 1, litra b), og artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 207/2009 [nu artikel 8, stk. 1, litra b), og artikel 8, stk. 4, i forordning 2017/1001].
- 8 Den 12. august 2011 forkastede indsigelsesafdelingen indsigelsen i dens helhed på grundlag af artikel 8, stk. 1, litra b), og artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 207/2009 og pålagde intervenienten at betale sagsomkostningerne i indsigelsessagen.
- 9 Den 10. oktober 2011 indgav intervenienten i henhold til artikel 58-64 i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 66-71 i forordning 2017/1001) en klage til EUIPO over indsigelsesafdelingens afgørelse.
- 10 Ved afgørelse af 9. juli 2012 (herefter »den anfægtede afgørelse«) gav Andet Appellkammer ved EUIPO medhold i intervenientens klage.
- 11 Appellkammeret anførte for det første de kumulative betingelser i artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 207/2009.
- 12 For det andet bemærkede appellkammeret, at Den Tjekkiske Republiks artikel 7, stk. 1, litra g), i lov nr. 441/2003 Sb. af 3. december 2003 (herefter »den tjekkiske varemærkelov«) inden indgivelsen af en anmodning om varemærkeregistrering, hvis rækkevide ikke kun er lokal, tildeler indehavere af ikke-registrerede erhvervsmæssigt anvendte varemærker en ret til at forbyde yngre varemærker, såfremt tegnene er identiske eller ligner hinanden og omfatter varer eller tjenesteydelser af lignende art.
- 13 For det tredje var appellkammeret af den opfattelse, at intervenienten i den foreliggende sag i tilstrækkeligt omfang havde godtgjort dels, at de varer, der var omfattet af det ikke-registrerede varemærke, var blevet markedsført forskellige steder, i det mindste på tjekkisk område, dels at denne markedsføring havde fundet sted inden datoen for indgivelsen af ansøgningen om registrering af det ansøgte varemærke og i forbindelse med erhvervsvirksomhed med henblik på opnåelse af en økonomisk fordel.
- 14 Appellkammeret konkluderede, at retten til det ikke-registrerede varemærke var opnået som følge af intervenientens brug af dette for »alkoholholdige drikke, dvs. vodka«, inden datoen for indgivelsen af ansøgningen om registrering af det ansøgte varemærke.

- 15 For det fjerde undersøgte appelkammeret, om det ikke-registrerede varemærke gav indehaveren ret til at forbyde anvendelse af det ansøgte varemærke, og undersøgte i den forbindelse, om betingelserne i artikel 7, stk. 1, litra g), i den tjekkiske varemærkelov var opfyldt.
- 16 I denne henseende anførte appelkammeret først, at de omhandlede varer var rettet til den brede offentlighed i tjekkisk område.
- 17 Dernæst anførte appelkammeret dels, at de omhandlede varer var af samme eller i høj grad lignende art, dels at de omtvistede tegn overordnet set lignede hinanden visuelt, fonetisk og begrebsmæssigt.
- 18 Endvidere lagde appelkammeret til grund, at det ikke-registrerede varemærke havde et iboende fornødent særpræg af middel grad.
- 19 Under hensyn til det ovenstående konkluderede appelkammeret, at der i det foreliggende tilfælde forelå en risiko for forveksling i den relevante kundekreds' bevidsthed.
- 20 Appelkammeret var nærmere bestemt af den opfattelse, at EUIPO ikke havde kompetence til at udtale sig om sagsøgerens argument om, at brugen af det ikke-registrerede varemærke udgjorde illoyal konkurrence og en krænkelse af sagsøgerens ophavsrettigheder, idet denne ikke som sådan kunne rejse tvivl om det nævnte varemærkes gyldighed.
- 21 Sluttelig gav appelkammeret for det første medhold i klagen og tiltrådte følgelig indsigelsen støttet på det ikke-registrerede varemærke og tilpligtede for det andet sagsøgeren at betale omkostningerne i indsigelsessagen og klagesagen i henhold til artikel 85, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 109, stk. 1, i forordning 2017/1001).

Parternes påstande

- 22 Sagsøgeren har i stævningen nedlagt følgende påstande:
- Den anfægtede afgørelse annulleres.
 - Indsigelsen mod registrering af det ansøgte varemærke forkastes.
 - Rettens dom fremsendes til EUIPO.
 - EUIPO og intervenienten tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
- 23 Efter sagsøgerens frafald i replikken af den anden og den tredje påstand har denne nedlagt følgende påstande:
- Den anfægtede afgørelse annulleres.
 - EUIPO og intervenienten tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
- 24 EUIPO har nedlagt følgende påstande:
- Frifindelse.
 - Sagsøgeren tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

25 Intervenienten har nedlagt følgende påstande:

- EUIPO frifindes.
- Sagsøgeren tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

Retlige bemærkninger

Formaliteten

- 26 EUIPO har nærmere bestemt anført, at sagsøgerens påstand om annullation af den anfægtede afgørelse skal afvises, henset til, at stævningen, bortset fra argumentet om, at appelkammeret begik en retlig fejl, da det fandt, at der forelå tilstrækkelige beviser for brug af det ikke-registrerede varemærke til, at der kunne gives medhold i indsigelsen, ikke indeholdt tilstrækkeligt klare argumenter for eller forklaringer på, at appelkammerets vurdering var fejlagtig.
- 27 Sagsøgeren har gjort gældende, at denne har fremført tilstrækkelige argumenter derom i stævningen, og har godtgjort, at appelkammeret i henhold til tjekkisk ret skulle have krævet, at intervenienten fremlagde yderligere beviser med henblik på at godtgøre fortsat brug af det ikke-registrerede varemærke.
- 28 Det skal indledningsvis konstateres, at EUIPO med sin formalitetsindsigelse har kritiseret et påberåbt arguments vage og generelle karakter og fraværet af andre argumenter til støtte for det klagepunkt, der nærmere bestemt angår, at betingelsen for erhvervsmæssig anvendelse som omhandlet i artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 207/2009 ikke var opfyldt i det foreliggende tilfælde.
- 29 Det fremgår af fast retspraksis, at en stævning i henhold til artikel 76, litra d), i Rettens procesreglement skal angive søgsmålets genstand, de anbringender og argumenter, der gøres gældende, samt en kortfattet fremstilling af anbringenderne. Disse angivelser skal være tilstrækkeligt klare og præcise til, at sagsøgte kan tilrettelægge sit forsvar, og Retten i givet fald på det således foreliggende grundlag kan tage stilling til sagen. Af retssikkerheds- og retsplejehensyn er det en forudsætning for, at en sag kan antages til realitetsbehandling, at de væsentlige faktiske og retlige omstændigheder, som søgsmålet støttes på, eventuelt kortfattet, men dog på en sammenhængende og forståelig måde, fremgår af selve stævningen (jf. i denne retning kendelse af 25.7.2000, RJB Mining mod Kommissionen, T-110/98, EU:T:2000:199, præmis 23 og den deri nævnte retspraksis, og dom af 10.4.2003, Travellex Global and Financial Services og Interpayment Services mod Kommissionen, T-195/00, EU:T:2003:111, præmis 26).
- 30 I den foreliggende sag fremgår de væsentlige faktiske og retlige omstændigheder, som sagsøgerens argument støttes på, hvorefter appelkammeret med urette lagde til grund, at beviserne for brug af det ikke-registrerede varemærke var tilstrækkelige til at give medhold i indsigelsen, klart af stævningen.
- 31 I stævningens punkt B.III har sagsøgeren nemlig i det væsentlige anført, at betingelsen vedrørende erhvervsmæssig anvendelse som omhandlet i artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 207/2009 ikke var opfyldt for så vidt angår det ikke-registrerede varemærke, idet intervenienten ikke havde ført bevis for fortsat, uafbrudt og aktuel brug af dette tegn indtil datoen for vedtagelsen af indsigelsesafdelingens afgørelse, dvs. indtil den 12. august 2011.
- 32 Et sådant argument er tilstrækkeligt klart og præcist til, at EUIPO kan tilrettelægge sit forsvar, og Domstolen kan udøve sin kontrol. EUIPO's formalitetsindsigelse skal derfor forkastes.

Realiteten

- 33 Sagsøgeren har nærmere bestemt fremsat to anbringender. Det første vedrører tilsidesættelse af regel 50, stk. 2, litra g), i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 om EF-varemærker (EFT 1995, L 303, s. 1). Det andet anbringende vedrører tilsidesættelse af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 207/2009.

Det første anbringende vedrørende tilsidesættelse af regel 50, stk. 2, litra g), i forordning nr. 2868/95

- 34 Det er sagsøgerens opfattelse, at appelkammeret har udarbejdet en urigtig redegørelse for sagens omstændigheder. Ifølge sagsøgeren gav appelkammeret en ufuldstændig redegørelse for de argumenter, som sagsøgeren påberåbte sig for indsigelsesafdelingen og for appelkammeret. Først og fremmest blev de argumenter, der vedrører tjekkisk ret, navnlig dem, der vedrører illoyal konkurrence og ophavsret, ikke gengivet. Dernæst vedrørte den redegørelse for argumenterne, der fremgår af den anfægtede afgørelses punkt 14, udelukkende de argumenter, der omhandlede det tjekkiske varemærke nr. 263350, ansøgt den 10. september 2003, hvorpå intervenientens indsigelse var støttet, og gengav ikke noget argument vedrørende det ikke-registrerede varemærke. Endelig har sagsøgeren gjort gældende, at appelkammeret undlod at undersøge de argumenter, der havde til formål at godtgøre, at det nævnte varemærke ikke var beskyttet efter tjekkisk ret, idet det udgjorde illoyal konkurrence og krænkede sagsøgerens ophavsret til tegnet 42 BELOW. Følgelig har sagsøgeren påberåbt sig en tilsidesættelse af artikel 50, stk. 2, litra g), i forordning nr. 2868/95 og en utilstrækkelig undersøgelse af dennes argumenter, hvoraf en del var blevet ignoreret.
- 35 EUIPO og intervenienten har bestridt rigtigheden af dette anbringende.
- 36 Det bemærkes indledningsvis, at appelkammerets afgørelse i henhold til artikel 50, stk. 2, litra g), i forordning nr. 2868/95 skal indeholde en redegørelse for de faktiske omstændigheder.
- 37 Den anfægtede afgørelses indhold skal derfor undersøges med henblik på at afgøre, om denne indeholder en redegørelse for de faktiske omstændigheder, herunder de af sagsøgeren fremførte argumenter i forbindelse med den administrative procedure.
- 38 For det første har appelkammeret, således som det fremgår af den anfægtede afgørelses punkt 7, meget detaljeret redegjort for de argumenter, som sagsøgeren fremførte for indsigelsesafdelingen. Appelkammeret har bl.a. i den anfægtede afgørelses punkt 7, syvende og ottende led, gengivet sagsøgerens argumenter vedrørende tjekkisk ret om illoyal konkurrence og ophavsret. Desuden har appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 69 angivet sagsøgerens argument, hvorefter intervenientens brug af det ikke-registrerede varemærke i det væsentlige var ulovlig, idet denne udgjorde illoyal konkurrence og krænkede sagsøgerens ophavsret.
- 39 For det andet har appelkammeret, således som det fremgår af den anfægtede afgørelses punkt 14, redegjort for sagsøgerens argumenter, der i det væsentlige vedrører afslaget på intervenientens klage over indsigelsesafdelingens afgørelse. Appelkammeret har navnlig gengivet sagsøgerens argument om, at selv om det ansøgte varemærke og det ikke-registrerede varemærke af intervenienten blev anset for i deres helhed at ligne hinanden, kunne denne ikke gøre gældende, at der forelå en fonetisk lighed, henset til, at ordene »below« og »vodka« lød helt forskelligt.
- 40 Dermed redegjorde appelkammeret korrekt for alle de af sagsøgeren fremførte argumenter.
- 41 Det første anbringende skal derfor forkastes.

Det andet anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 207/2009

- 42 Sagsøgeren har i det væsentlige anført, at appelkammeret har tilsidesat artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 207/2009, idet dette har konkluderet, at det ikke-registrerede varemærke opfyldte de betingelser, der fremgår af den nævnte artikel, og dermed kunne forhindre registreringen af det ansøgte varemærke.
- 43 I henhold til artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 207/2009 kan indehaveren af et ikke-registreret varemærke eller et andet tegn end et varemærke rejse indsigelse mod registrering af et EU-varemærke, såfremt det ikke-registrerede varemærke eller tegnet opfylder fire kumulative betingelser: Det skal være anvendt erhvervsmæssigt, det skal have en rækkevidde, der ikke kun er lokal, rettigheden til dette varemærke eller tegn skal være erhvervet i overensstemmelse med reglerne i den medlemsstat, hvor det blev anvendt før tidspunktet for indgivelsen af ansøgningen om EU-varemærkeregistrering, og endelig skal dette varemærke eller tegn give indehaveren mulighed for at forbyde anvendelsen af et yngre varemærke. Disse betingelser er kumulative, således at når et ikke-registreret varemærke eller et tegn ikke opfylder en af betingelserne, kan der ikke gives medhold i en indsigelse, der er støttet på det forhold, at der findes et ikke-registreret varemærke eller andre tegn, der anvendes erhvervsmæssigt som omhandlet i artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 207/2009 (jf. dom af 12.10.2017, *Moravia Consulting mod EUIPO – Citizen Systems Europe (SDC-888TII RU)*, T-317/16, ikke trykt i Sml., EU:T:2017:718, præmis 38 og den deri nævnte retspraksis).
- 44 De to første betingelser, dvs. betingelserne om det påberåbte tegns eller varemærkes anvendelse og rækkevidde, som ikke kun må være lokal, følger af selve ordlyden af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 207/2009 og skal derfor fortolkes i lyset af EU-retten. Denne forordning fastsætter således ensartede standarder for anvendelsen af tegnene og disses rækkevidde, som stemmer overens med de principper, der inspirerer den ordning, der er iværksat ved denne forordning (dom af 24.3.2009, *Moreira da Fonseca mod KHIM – General Óptica (GENERAL OPTICA)*, T-318/06 – T-321/06, EU:T:2009:77, præmis 33, 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 41, og af 12.10.2017, *SDC-888TII RU*, T-317/16, ikke trykt i Sml., EU:T:2017:718, præmis 39).
- 45 Til gengæld følger det af angivelsen »hvis og i det omfang der i henhold til medlemsstatens lovgivning vedrørende det pågældende tegn«, at de to øvrige betingelser, der fremgår af artikel 8, stk. 4, litra a) og b), i forordning nr. 207/2009, er betingelser fastlagt ved forordningen, som til forskel fra de forrige betingelser skal vurderes i henhold til kriterier fastlagt i den lovgivning, der regulerer det påberåbte tegn. Denne henvisning til den lovgivning, der regulerer det påberåbte tegn, er fuldt ud berettiget, idet forordning nr. 207/2009 anerkender, at tegn, der ikke er omfattet af EU-varemærkeordningen, kan påberåbes over for et EU-varemærke. Det er derfor kun den lovgivning, der regulerer det påberåbte tegn, der giver mulighed for at fastslå, om tegnet er ældre end EU-varemærket, og om det kan berettige et forbud mod anvendelse af et yngre varemærke (dom af 24.3.2009, *GENERAL OPTICA*, T-318/06 – T-321/06, EU:T:2009:77, præmis 34, og af 12.10.2017, *SDC-888TII RU*, T-317/16, ikke trykt i Sml., EU:T:2017:718, præmis 40).
- 46 Det er i det foreliggende tilfælde ubestridt, at det ikke-registrerede varemærke har en rækkevidde, der ikke kun er lokal. Derimod er sagsøgeren af den opfattelse, at appelkammeret ikke på korrekt vis vurderede, om betingelsen vedrørende erhvervsmæssig anvendelse var opfyldt. Ifølge sagsøgeren skulle appelkammeret nemlig godtgøre, at det nævnte varemærke var blevet anvendt fortløbende indtil datoen for indsigelsesafdelingens afgørelse af 12. august 2011. Desuden har sagsøgeren kritiseret appelkammeret for, at det ikke foretog en udtømmende undersøgelse af tjekkisk ret og derved på grundlag af bestemmelser i denne ret, som ikke var relevante i det foreliggende tilfælde, konkluderede dels, at intervenienten havde rettigheder over dette varemærke, dels at varemærket gav intervenienten

ret til at forbyde anvendelsen af det ansøgte varemærke. Endelig har sagsøgeren kritiseret appelkammeret for at have fastslået, at det ikke havde kompetence til at vurdere gyldigheden af samme varemærke, og dermed for at have givet medhold i indsigelsen på grundlag af et ugyldigt tegn.

- 47 Det andet anbringende er i det væsentlige opdelt i tre led. Det første led vedrører en fejl begået af appelkammeret i forbindelse med vurderingen af betingelsen om erhvervsmæssig anvendelse af et ikke-registreret varemærke, som omhandlet i artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 207/2009. Det andet led vedrører en fejl, som appelkammeret begik, da det undlod at undersøge de i det foreliggende tilfælde relevante bestemmelser i tjekkisk ret med henblik på anvendelse af den nævnte bestemmelse. Det tredje led vedrører en fejl, som appelkammeret begik, da det erklærede sig inkompetent med hensyn til at vurdere det ikke-registrerede varemærkes gyldighed i forhold til bestemmelserne i tjekkisk ret om illoyal konkurrence og ophavsret.

– Det andet anbringendes første led

- 48 Sagsøgeren er af den opfattelse, at appelkammeret begik en fejl, da det fastslog, at betingelsen vedrørende den erhvervsmæssige anvendelse af det ikke-registrerede varemærke som omhandlet i artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 207/2009 var opfyldt i den foreliggende sag. Sagsøgeren har gjort gældende dels, at denne betingelse skulle vurderes på datoen for indsigelsesafdelingens vedtagelse af sin afgørelse, dvs. den 12. august 2011, dels at intervenienten skulle godtgøre fortsat, uafbrudt og aktuel brug af det ikke-registrerede varemærke indtil denne dato. Sagsøgeren er af den opfattelse, at det ligeledes skal godtgøres, at det pågældende varemærke fortsat eksisterer, henset til, at dette spørgsmål afhænger af national ret, i det foreliggende tilfælde tjekkisk ret. I denne henseende har sagsøgeren bemærket, at intervenienten var ophørt med at anvende det ikke-registrerede varemærke omkring januar 2011, idet dette var blevet erstattet af logoet VODKA 42 BLENDED.
- 49 EUIPO har nedlagt påstand om, at dette led forkastes. Dels er den dato, der skal tages i betragtning i henhold til EU-retten med henblik på at vurdere brugen af det ikke-registrerede varemærke, datoen for indgivelsen af ansøgningen om registrering af det ansøgte varemærke, der i det foreliggende tilfælde er den 26. juni 2009. Dels er betingelsen om fortsat brug af et ikke-registreret tegn, således som fastsat i tjekkisk ret, ikke relevant med henblik på at fastlægge datoen for, hvornår brugen af et ældre ikke-registreret varemærke skal vurderes.
- 50 Intervenienten er af den opfattelse, at argumentet vedrørende manglende brug af det ikke-registrerede varemærke fra 2011 ikke er blevet gjort gældende i forbindelse med indsigelsesproceduren og derfor ikke kan tages i betragtning af EUIPO, jf. artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 95, stk. 2, i forordning 2017/1001). Desuden har intervenienten gjort gældende, at det eneste spørgsmål, der er relevant, er, hvorvidt det nævnte varemærke blev anvendt på datoen for indgivelsen af intervenientens indsigelse eller senest ved udløbet af fristen for fremlæggelse af beviser for EUIPO.
- 51 Det bemærkes først, at sagsøgeren har gjort gældende, at beviserne for brug af det ikke-registrerede varemærke skal afvises, idet intervenienten fremlagde disse som bilag til sit svarskrift. Sagsøgeren har anført, at disse beviser er blevet fremlagt for første gang for Retten. Til besvarelse af et spørgsmål stillet af Retten i retsmødet har EUIPO ligesom sagsøgeren erklæret, at de af intervenienten fremlagte beviser i dennes svarskrift skal afvises. Derimod har intervenienten gjort gældende, at de beviser, som denne har fremlagt for Retten, kan antages til realitetsbehandling, og overlader under alle omstændigheder spørgsmålet til Rettens afgørelse.
- 52 I denne henseende fremgår det af fast retspraksis, at sigtet med en sag, der er indbragt for Retten, er at få efterprøvet lovligheden af afgørelser fra appelkamrene ved EUIPO i henhold til artikel 65 i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 72 i forordning 2017/1001). Det følger af denne bestemmelse, at kendsgerninger, som ikke blev påberåbt af parterne ved EUIPO's instanser, ikke kan påberåbes i forbindelse med et søgsmål, der indbringes for Retten, og at Retten ikke kan efterprøve de faktiske

omstændigheder ved at tage hensyn til nye beviser, der fremlægges for første gang for Retten. Lovligheden af en afgørelse truffet af et appelkammer ved EUIPO skal således vurderes på grundlag af de oplysninger, der forelå for appelkammeret på det tidspunkt, hvor det traf afgørelsen (dom af 18.7.2006, Rossi mod KHIM, C-214/05 P, EU:C:2006:494, præmis 50-52, af 18.12.2008, Les Éditions Albert René mod KHIM, C-16/06 P, EU:C:2008:739, præmis 136-138, og af 16.1.2014, Optilingua mod KHIM – Esposito (ALPHATRAD), T-538/12, ikke trykt i Sml., EU:T:2014:9, præmis 19).

- 53 Intervenienten har i den foreliggende sag fremlagt fakturaer som bilag til sit svarskrift med henblik på at godtgøre fortsat brug af varemærket på tjekkisk område fra 2007 til datoen for indsigelsesafdelingens afgørelse og efter denne dato.
- 54 Det er ubestridt, at disse beviser er blevet fremlagt for første gang for Retten. Under hensyn til den ovenfor i præmis 52 anførte retspraksis skal beviserne derfor afvises.
- 55 Endvidere bemærkes, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 31 lagde til grund, at den relevante periode, som beviserne for brug af det ikke-registrerede varemærke i det væsentlige skulle omfatte, »svarede til eller lå forud for datoen for indgivelsen af den anfægtede ansøgning, den 26. juni 2009«. Desuden konkluderede appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 39, at intervenienten havde opnået retten til dette varemærke »inden datoen for indgivelsen af ansøgningen om registrering af [EU-]varemærket«.
- 56 Det skal konstateres, at sagsøgeren i den foreliggende sag ikke har anfægtet, at det ikke-registrerede varemærke er blevet anvendt erhvervsmæssigt i Den Tjekkiske Republik mellem 2008 og 2009, dvs. inden tidspunktet for indgivelsen af ansøgningen om registrering af det ansøgte varemærke.
- 57 Derimod har sagsøgeren gjort gældende, at appelkammeret burde have krævet, at intervenienten skulle fremlægge bevis for fortsat, uafbrudt og aktuel brug af det ikke-registrerede varemærke indtil datoen for indsigelsesafdelingens afgørelse, den 12. august 2011. I denne forbindelse har sagsøgeren gjort gældende, at intervenienten ikke har fremlagt noget bevis for brug af det ikke-registrerede varemærke i 2010 og 2011. Desuden har sagsøgeren anført, at intervenienten ophørte med at bruge dette varemærke omkring januar 2011.
- 58 De af sagsøgeren fremførte argumenter fører til fastsættelse af, hvilken dato appelkammeret skulle lægge til grund for vurderingen af betingelsen om erhvervsmæssig anvendelse som omhandlet i artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 207/2009.
- 59 Det fremgår af den retspraksis, der er nævnt ovenfor i præmis 43 og 44, at den første betingelse i artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 207/2009, dvs. betingelsen om erhvervsmæssig anvendelse af det ikke-registrerede tegn, skal fortolkes i lyset af EU-retten.
- 60 Endvidere skal der på betingelsen om erhvervsmæssig anvendelse af det tegn, der påberåbes til støtte for indsigelsen, anvendes det samme tidsmæssige kriterium som det, der udtrykkeligt er fastsat i artikel 8, stk. 4, litra a), i forordning nr. 207/2009, vedrørende erhvervelse af retten til dette tegn, dvs. datoen for indgivelsen af ansøgningen om registrering af EU-varemærket (dom af 29.3.2011, Anheuser-Busch mod Budějovický Budvar, C-96/09 P, EU:C:2011:189, præmis 166, og af 4.7.2014, CPI COPISA INDUSTRIAL, T-345/13, ikke trykt i Sml., EU:T:2014:614, præmis 47).
- 61 Appelkammeret begik således ikke nogen fejl, da det vurderede betingelsen om anvendelse af det ikke-registrerede varemærke på datoen for indgivelsen af ansøgningen om registrering af det ansøgte varemærke.
- 62 Det skal sluttelig konstateres, at sagsøgerens argumenter ikke gør det muligt at afkræfte denne konklusion.

- 63 Sagsøgeren har i det væsentlige gjort gældende, at appelkammeret burde have krævet af intervenienten, at denne godtgjorde fortsat brug af det ikke-registrerede varemærke, idet et sådant krav fremgår af tjekkisk ret og navnlig af en afgørelse truffet af Nejvyšší soud den 19. april 2012 (nr. 23 Cdo 3412/2010) (øverste domstol, Den Tjekkiske Republik).
- 64 Der skal i denne forbindelse sondres mellem betingelsen vedrørende erhvervsmæssig anvendelse, som vurderes i lyset af EU-retten, således som anført ovenfor i præmis 44, og den betingelse, der er omhandlet i artikel 8, stk. 4, litra a), i forordning nr. 207/2009, vedrørende erhvervelsen af retten til det ikke-registrerede tegn, som vurderes i lyset af den medlemsstats ret, hvor tegnet blev brugt inden datoen for indgivelsen af ansøgningen om registrering af EU-varemærket, således som påpeget ovenfor i præmis 45.
- 65 Den omstændighed, at tjekkisk ret i det foreliggende tilfælde stiller krav om, at der skal fremlægges bevis for fortsat brug af det ikke-registrerede tegn, for at dette kan siges at eksistere, har ikke nogen indflydelse på den dato, hvorpå brugen af det ikke-registrerede varemærke skal vurderes, og som i henhold til den retspraksis, der er anført ovenfor i præmis 60, er datoen for indgivelsen af ansøgningen om registrering af EU-varemærket.
- 66 Sagsøgerens argument skal derfor forkastes.
- 67 Under hensyn til det ovenstående skal det andet anbringendes første led forkastes, uden at det er nødvendigt at undersøge de øvrige af sagsøgerens argumenter vedrørende den manglende fortsatte anvendelse af det ikke-registrerede varemærke, idet det ikke-registrerede varemærke blev ændret i januar 2011 ved tilføjelse af ordet »blended« i slutningen af tegnet. Det er heller ikke nødvendigt at udtale sig om intervenientens argumenter, som vedrører formaliteten angående argumentet vedrørende det manglende bevis for brug af dette varemærke fra 2011.

– *Det andet anbringendes andet led*

- 68 Intervenienten anførte i forbindelse med indsigelsen i det væsentlige, at det ikke-registrerede varemærke gav denne ret til at rejse indsigelse mod anvendelsen af det ansøgte varemærke i henhold til artikel 7, stk. 1, litra g), i den tjekkiske varemærkelov samt artikel 44, 46, 47 og 53 i den tjekkiske handelslov som indført ved den tjekkiske lov nr. 513/1991 Sb.
- 69 Artikel 7, stk. 1, litra g), i den tjekkiske varemærkelov fastsætter:
- »Det ansøgte tegn registreres ikke i registret, hvis der rejses indsigelse mod registrering af det varemærke (herefter »indsigelsen«), der er indgivet til kontoret af
- [...]
- g) indehaveren af et ikke-registreret tegn eller af et andet erhvervsmæssigt anvendt tegn, som ikke kun har lokal rækkevidde, for varer og tjenesteydelser af samme eller lignende art, såfremt dette tegn er identisk med eller ligner det ansøgte tegn, og såfremt retten til dette tegn er erhvervet inden datoen for indgivelsen af ansøgningen om registrering.«
- 70 Den tjekkiske handelslovs artikel 44 bestemmer:
- »Illoyal konkurrence er en adfærd inden for den kommercielle konkurrence eller inden for handelsmæssige relationer, som er i strid med god praksis inden for konkurrence, og som kan forårsage et tab for andre konkurrenter, forbrugerne eller andre kunder. Illoyal konkurrence forbydes.«

71 Den tjekkiske handelslovs artikel 46 bestemmer:

»Vildledende mærkning af varer og tjenesteydelser

(1) Vildledende mærkning af varer eller tjenesteydelser består i at mærke varer og tjenesteydelser på en måde, der på markedet skaber et fejlagtigt indtryk af landet, regionen eller det sted, varerne eller tjenesteydelserne, der er mærket på denne måde, hidrører fra, eller giver et fejlagtigt indtryk af, at de stammer fra en bestemt producent, eller at de har særlige kendetegn eller kvaliteter [...]

[...]«

72 Den tjekkiske handelslovs artikel 47 fastsatte tilfælde med risiko for forveksling på grund af bl.a. anvendelsen af et særligt tegn.

73 Den tjekkiske handelslovs artikel 53 bestemte:

»Personer, hvis rettigheder er berørt eller er i risiko for at blive berørt af illoyal konkurrence, kan kræve, at den person, der skader rettighederne, afholder sig fra denne adfærd og bringer den situation, der skader den pågældendes rettigheder, til ophør [...]«

74 Sagsøgeren har gjort gældende, at appelkammeret begik en fejl, idet dette med henblik på at undersøge, om betingelserne i artikel 8, stk. 4, litra a) og b), i forordning nr. 207/2009 var opfyldt, ikke udtømmende undersøgte de i den foreliggende sag relevante bestemmelser i tjekkisk ret, selv om appelkammeret var forpligtet til det. Ifølge sagsøgeren undersøgte appelkammeret alene på grundlag af artikel 7, stk. 1, litra g), i den tjekkiske varemærkelov, om det ikke-registrerede varemærke gav indehaveren ret til at forbyde anvendelsen af et yngre varemærke, selv om appelkammeret skulle foretage denne undersøgelse i forhold til de betingelser, der fremgår af artikel 44 ff. om illoyal konkurrence i den tjekkiske handelslov.

75 EUIPO og intervenienten har anfægtet sagsøgerens argumenter.

76 Det bemærkes med hensyn hertil, at appelkammeret i det foreliggende tilfælde ikke undersøgte, om det ikke-registrerede varemærke var omfattet af en beskyttelse i henhold til artikel 44 ff. i den tjekkiske handelslov, selv om intervenienten på den ene side havde støttet sin indsigelse bl.a. på disse bestemmelser, og sagsøgeren på den anden side udtrykkeligt havde anført, at bestemmelserne i den tjekkiske varemærkelov ikke havde relevans.

77 Efter sagsøgerens opfattelse berører denne manglende undersøgelse den anfægtede afgørelses lovlighed, henset til, at EUIPO var forpligtet til at undersøge tjekkisk ret fra et bredt perspektiv for at afgøre, om det ikke-registrerede varemærke gav intervenienten en ret til at forbyde et yngre varemærke, og dermed om betingelserne i artikel 8, stk. 4, litra a) og b), i forordning nr. 207/2009 var opfyldt i det foreliggende tilfælde. Ifølge sagsøgeren fremgår denne forpligtelse klart af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 207/2009, af retningslinjerne for procedurer ved EUIPO i den udgave, der var gældende på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede afgørelse (herefter »EUIPO's retningslinjer«) og afsigelsen af dom af 29. marts 2011, Anheuser-Busch mod Budějovický Budvar (C-96/09 P, EU:C:2011:189).

78 Det skal for det første bemærkes, at hvad angår begæringer om ugyldighedserklæring, der er støttet på en ældre rettighed, der er erhvervet i henhold til en regel i national ret, er det allerede blevet fastslået, at for så vidt angår fordelingen af rollerne mellem indgiveren af ugyldighedsbegæringen, de kompetente instanser ved EUIPO og Retten, fastsætter regel 37 i forordning nr. 2868/95, at det påhviler indgiveren af ugyldighedsbegæringen at fremlægge bevis for, at han i henhold til gældende nationale retsregler er berettiget til at gøre en ældre rettighed, der er beskyttet inden for rammerne af national ret, gældende. Denne regel påfører indgiveren den byrde at fremlægge bevis over for EUIPO for, at han ikke bare

opfylder de krævede betingelser i overensstemmelse med den nationale lovgivning, som han påberåber sig anvendelse af for at kunne få adgang til at forbyde brugen af et EU-varemærke i henhold til en ældre ret, men også bevis for indholdet af denne lovgivning (jf. i denne retning dom af 5.7.2011, Edwin mod KHIM, C-263/09 P, EU:C:2011:452, præmis 49 og 50, af 27.3.2014, KHIM mod National Lottery Commission, C-530/12 P, EU:C:2014:186, præmis 34, og af 5.4.2017, EUIPO mod Szajner, C-598/14 P, EU:C:2017:265, præmis 35).

- 79 Hvad for det andet mere specifikt angår de forpligtelser, som EUIPO er underlagt, har Domstolen fastslået, at i det tilfælde, hvor en begæring om, at et EU-varemærke erklæres ugyldigt, støttes på en ældre ret, som er omfattet af en national retsregel, påhviler det for det første EUIPO's kompetente instanser at bedømme gyldigheden og rækkevidden af de af indgiveren fremlagte beviser for at fastlægge indholdet af nævnte regel. Idet afgørelsen fra EUIPO's kompetente instanser desuden kan have til virkning, at varemærkeindehaveren fratages en ret, som er blevet tillagt ham, omfatter rækkevidden af en sådan afgørelse nødvendigvis, at den instans, der træffer den, ikke er begrænset til at have en rolle, hvor den blot kontrollerer den nationale lovgivning, således som denne er blevet fremstillet af indgiveren af ugyldighedsbegæringen (jf. i denne retning dom af 5.7.2011, Edwin mod KHIM, C-263/09 P, EU:C:2011:452, præmis 51, af 27.3.2014, KHIM mod National Lottery Commission, C-530/12 P, EU:C:2014:186, præmis 35 og 43, og af 5.4.2017, EUIPO mod Szajner, C-598/14 P, EU:C:2017:265, præmis 36).
- 80 For det tredje har Retten i henhold til artikel 65, stk. 1 og 2, i forordning nr. 207/2009 kompetence til at udføre en fuldstændig legalitetskontrol i forhold til EUIPO's bedømmelse af de af indgiveren fremlagte beviser med henblik på at fastlægge indholdet af den nationale lovgivning, som denne påberåber sig beskyttelsen af (jf. i denne retning dom af 5.7.2011, Edwin mod KHIM, C-263/09 P, EU:C:2011:452, præmis 52, af 27.3.2014, KHIM mod National Lottery Commission, C-530/12 P, EU:C:2014:186, præmis 36, og af 5.4.2017, EUIPO mod Szajner, C-598/14 P, EU:C:2017:265, præmis 37).
- 81 I det omfang anvendelsen af national lovgivning i den omhandlede processuelle sammenhæng kan have til virkning, at indehaveren af et EU-varemærke fratages sin ret, er det desuden ufravigeligt, at Retten på trods af eventuelle huller i de dokumenter, der er blevet fremlagt som bevis for den anvendelige nationale lovgivning, reelt kan udøve en effektiv kontrol. Til dette formål skal den således kunne kontrollere – ud over de dokumenter, der er blevet fremlagt – indholdet, betingelserne for anvendelse og rækkevidden af de retsregler, som indgiveren af ugyldighedsbegæringen har påberåbt sig. Følgelig skal den domstolskontrol, som Retten udøver, opfylde kravene til princippet om en effektiv domstolsbeskyttelse (dom af 27.3.2014, KHIM mod National Lottery Commission, C-530/12 P, EU:C:2014:186, præmis 44, og af 5.4.2017, EUIPO mod Szajner, C-598/14 P, EU:C:2017:265, præmis 38).
- 82 Det skal fremhæves, at den kontrol, som EUIPO og Retten udøver, skal foretages i lyset af kravet om at sikre den effektive virkning af forordning nr. 207/2009, som er at sikre beskyttelsen af EU-varemærker (dom af 27.3.2014, KHIM mod National Lottery Commission, C-530/12 P, EU:C:2014:186, præmis 40, og af 5.4.2017, EUIPO mod Szajner, C-598/14 P, EU:C:2017:265, præmis 39).
- 83 Hvad angår begæringer om ugyldighedserklæring støttet på en ældre rettighed, der følger af national ret, skal det konstateres, at lignende betragtninger som dem, der er redegjort for ovenfor i præmis 78-82, kan anføres for så vidt angår bevisbyrden og fordelingen af rollerne mellem parterne, EUIPO's kompetente instanser og Retten.
- 84 Det fremgår nemlig af retspraksis, at det påhviler indsigeren at godtgøre, at det ikke-registrerede varemærke eller det omhandlede tegn er omfattet af anvendelsesområdet for den påberåbte lovgivning i medlemsstaten, og at denne gør det muligt at forbyde anvendelsen af et yngre varemærke (dom af

29.3.2011, Anheuser-Busch mod Budějovický Budvar, C-96/09 P, EU:C:2011:189, præmis 190; jf. ligeledes i denne retning dom af 20.4.2005, Atomic Austria mod KHIM – Fabricas Agrupadas de Muñecas de Onil (ATOMIC BLITZ), T-318/03, EU:T:2005:136, præmis 33).

85 Det påhviler desuden EUIPO i indsigelsessager at undersøge, om betingelserne for anvendelse af en påberåbt registreringshindring er opfyldt. I den forbindelse skal EUIPO vurdere, om de påberåbte faktiske omstændigheder er rigtige, og hvilken beviskraft de forhold, som parterne har fremført, har. Det vil efter omstændighederne bl.a. påhvile EUIPO at tage hensyn til den nationale lovgivning i den medlemsstat, hvori det ældre tegn, som indsigelsen støttes på, nyder beskyttelse. I dette tilfælde skal EUIPO ex officio og med de midler, som det finder hensigtsmæssige hertil, indhente oplysninger om den nationale lovgivning i den berørte medlemsstat, såfremt sådanne oplysninger er nødvendige for at bedømme betingelserne for anvendelse af den pågældende registreringshindring og navnlig, om de påberåbte faktiske omstændigheder er rigtige, og hvilken beviskraft de fremlagte dokumenter har (dom af 20.4.2005, ATOMIC BLITZ, T-318/03, EU:T:2005:136, præmis 34 og 35).

86 Det skal nævnes, at det af kapitel 4, »Rettigheder i henhold til artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 207/2009«, del C »Indsigelsesprocedure«, punkt 5.3.6, i EUIPO's retningslinjer, som sagsøgeren har anført, fremgår:

»Det er nødvendigt at bevise, på abstrakt vis, at [ikke-registrerede tegn] i henhold til gældende national ret kan gøres til genstand for en begæring om udsættelse over for yngre varemærker, [og at] det ligeledes er nødvendigt at bevise, at betingelserne i den omhandlede sag for at opnå en kendelse om foreløbige forholdsregler er opfyldt (beskyttelsens omfang), såfremt den omtvistede ansøgning om EU-varemærke finder anvendelse på det pågældende område.

For så vidt angår det første spørgsmål (den abstrakte beskyttelse) reguleres denne almindeligvis ved anvendelse af en liste vedlagt i bilag, hvorefter fremgår de gældende ældre rettigheder.

For så vidt angår det andet spørgsmål skal dette ligeledes være reguleret i gældende national ret [...]«

87 Ifølge punkt 5.3.6 i EUIPO's retningslinjer skal det derfor med henblik på anvendelse af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 207/2009 bevises dels, at den berørte medlemsstats ret beskytter ikke-registrerede tegn, dels at de betingelser, der med henblik herpå er fastsat i national lovgivning, er opfyldt.

88 Det skal tilføjes, at det i kapitel 4, del C, punkt 5.4, i EUIPO's retningslinjer præciseres, at

»[...] det påhviler den part, der støtter sig på en bestemt hensigt eller konsekvens, at fremlægge de nødvendige anbringender, faktiske omstændigheder og argumenter for EUIPO for at understøtte de fremsatte begæringer.

[...]

Hvad angår de nødvendige faktiske omstændigheder for at kunne fastslå de retlige konsekvenser, herunder omdømme eller konkret brug, finder det generelle princip i artikel 74, [stk. 1, i forordning nr. 207/2009] anvendelse fra starten.

Disse faktiske omstændigheder kan eksempelvis være:

– [...]

– Beskyttelsens rækkevidde (tegnetes lighed og lighed mellem varerne og tjenesteydelserne, risiko for forveksling) (national regel).

- Gældende ret i medlemsstaten vurderes af [EUIPO] i henhold til artikel 8, stk. 4, på samme måde som en faktisk omstændighed. [EUIPO] kan ikke ex officio og præcist afgøre, hvilken lovgivning der gælder i alle medlemsstaterne vedrørende de rettigheder, der er omfattet af artikel 8, stk. 4. Vurderingen af dette aspekt som en faktisk omstændighed, der skal understøttes med beviser af den part, der påberåber sig den pågældende ret, er sammenfaldende med de kriterier, som medlemsstaternes domstole anvender i forhold til udenlandsk ret efter internationale privatretlige principper.
- For så vidt angår retlige spørgsmål, dvs. retsregler og bestemmelser i de forskellige medlemsstaters gældende ret, vedrørende en bestemt sag, anmoder [EUIPO] generelt indsigeren om at fremlægge de nødvendige beviser, der gør det muligt for EUIPO at træffe afgørelse.
- Et sådant bevis er ikke nødvendigt i det tilfælde, hvor [EUIPO] på forhånd har fastlagt beviserne, f.eks. ved disses opførelse på listen, der vedlægges som bilag. Det står imidlertid parterne i sagen frit for at fremlægge beviser, der godtgør, at de oplysninger, der fremgår af listen eller på anden måde er fastlagt af [EUIPO], ikke længere er korrekte eller ikke er ajourførte.
- [...]«

- 89 I det foreliggende tilfælde skal det derfor undersøges, om appelkammeret i lyset af det, parterne har meddelt Retten, har taget hensyn til de relevante nationale bestemmelser, og om det med hensyn til disse korrekt undersøgte betingelserne for anvendelse af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 207/2009.
- 90 Angående bevisbyrden for den ældre rettighed og rækkevidden af denne, fremgår det af stævningen, at sagsøgeren for så vidt angår det ikke-registrerede varemærke har kritiseret appelkammeret for at have begrænset sig til at undersøge den tjekkiske varemærkelovs artikel 7, stk. 1, litra g), og dermed ikke undersøgte, om dette varemærke opfyldte betingelserne for at opnå beskyttelse på grundlag af den tjekkiske handelslovs artikel 44 ff. Efter sagsøgerens opfattelse undersøgte appelkammeret ikke, om intervenienten i henhold til disse artikler reelt var indehaver af en ikke-registreret rettighed, der gav denne en ret til at forbyde anvendelsen af et yngre varemærke.
- 91 Det bemærkes i denne henseende, at den tjekkiske varemærkelovs artikel 7, stk. 1, litra g), er opført på listen i bilaget til kapitel 4, del C, i EUIPO's retningslinjer blandt de nationale bestemmelser, der vedrører ældre rettigheder som omhandlet i artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 207/2009. Den tjekkiske handelslovs artikel 44 ff. er derimod ikke opført i dette bilag.
- 92 Henset til, at sagsøgeren har ønsket at anfægte, at den tjekkiske varemærkelovs artikel 7, stk. 1, litra g), kan skabe en ret til ikke-registrerede varemærker, påhviler bevisbyrden sagsøgeren. Sagsøgeren skal ligeledes godtgøre, at retten til de ikke-registrerede varemærker – henset til, at sagsøgeren ønsker at påberåbe sig den – efter tjekkisk ret tildeles ved andre bestemmelser end den tjekkiske varemærkelovs artikel 7, stk. 1, litra g), herunder navnlig den tjekkiske handelslovs artikel 44 ff., der vedrører illoyal konkurrence og krænkelse af ophavsretten.
- 93 Det skal tilføjes, at i det omfang Retten ex officio og med de midler, den finder hensigtsmæssige, skal indhente oplysning om national ret i den berørte medlemsstat, for at vide, om sådanne oplysninger er nødvendige for at bedømme betingelserne for anvendelse af den omhandlede registreringshindring, og navnlig om de påberåbte faktiske omstændigheder er rigtige, og hvilken beviskraft de fremlagte dokumenter har, har Retten bl.a. til sagsøgeren sendt spørgsmål med henblik på sagens tilrettelæggelse for at indhente oplysning om de bestemmelser i tjekkisk ret, som sagsøgeren har påberåbt sig, navnlig meddelelsen om hele kommentaren til artikel 7, stk. 1, litra g), i den tjekkiske varemærkelov (Horáček, R. a kol. Práva na označení (zákon o ochranných známkách a zákon o ochraně označení původu a zeměpisných označení) Komentář – Prague, C.H. Beck 2004), som sagsøgeren har citeret et uddrag af i sin stævning, samt den fulde version af flere nationale retsafgørelser, der ligeledes er anført i stævningen.

- 94 Det fremgår ikke af sagens beviser eller af de svar, som parterne har afgivet, at appelkammeret har begået nogen fejl, da det lagde til grund, med henblik på anvendelse af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 207/2009, dels, at indehavere af ikke-registrerede, erhvervsmæssigt anvendte varemærker, hvis rækkevidde ikke kun er lokal, i overensstemmelse med den tjekkiske varemærkelovs artikel 7, stk. 1, litra g), har ret til at rejse indsigelse mod registrering af nye varemærker, hvis tegnene er identiske eller ligner hinanden og omfatter varer eller tjenesteydelser af samme eller lignende art, dels, at de bestemmelser i den tjekkiske handelslov, der er blevet påberåbt i sagen, ikke har nogen relevans, idet disse omhandler illoyal konkurrence og krænkelse af ophavsretten, som ikke henhører under EUIPO's kompetence.
- 95 For det første kan der nemlig i henhold til artikel 7, stk. 1, litra g), i den tjekkiske varemærkelov rejses indsigelse mod registrering af et tjekkisk varemærke af »indehaveren af et ikke-registreret varemærke eller et andet erhvervsmæssigt anvendt tegn, som ikke kun har lokal rækkevidde, for varer og tjenesteydelser af samme eller lignende art, såfremt dette tegn er identisk med eller ligner det ansøgte tegn, og såfremt retten til dette tegn er erhvervet inden datoen for indgivelsen af registreringsansøgningen«.
- 96 Den tjekkiske varemærkelovs artikel 7, stk. 1, litra g), definerer således de betingelser, i henhold til hvilke et ikke-registreret varemærke kan forhindre registrering af et yngre varemærke.
- 97 Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 25 og 30 med rette har kunnet lægge til grund, at de ikke-registrerede varemærker måtte være opnået ved erhvervsmæssig anvendelse inden datoen for registreringsansøgningen, og selv om appelkammeret i den nævnte afgørelses punkt 39 foretog en analyse af beviserne, for at afgøre, om retten til det ikke-registrerede varemærke var opnået som følge af intervenientens brug, skal det bemærkes, at grundlaget for beskyttelsen af et ikke-registreret varemærke ifølge bilaget til kapitel 4, del C, i EUIPO's retningslinjer for så vidt angår Den Tjekkiske Republiks lovgivning er artikel 7, stk. 1, litra g), i den tjekkiske varemærkelov.
- 98 Selv om sagsøgeren i stævningen har gjort gældende, at EUIPO's retningslinjer ikke har bindende karakter, kan dette ikke rejse tvivl om den omstændighed, at den tjekkiske varemærkelovs artikel 7, stk. 1, litra g), tildeler ikke-registrerede tegn en beskyttelse, idet den udtrykkeligt fastsætter, at indehaverne har ret til at rejse indsigelse mod registrering af et yngre varemærke, og heller ikke om den omstændighed, at erhvervsmæssig anvendelse i Den Tjekkiske Republik er en nødvendig betingelse, der følger af denne bestemmelse, for at erhverve rettigheder vedrørende et ikke-registreret tegn.
- 99 I lyset af de dokumenter og besvarelser, som parterne har fremlagt, fremgår det ikke, at appelkammeret har begået nogen fejl, da det lagde til grund, at den tjekkiske varemærkelovs artikel 7, stk. 1, litra g), tildeler ikke-registrerede tegn en beskyttelse, og at det følger af denne bestemmelse, at erhvervelsen af rettigheder vedrørende et ikke-registreret tegn opnås ved erhvervsmæssig anvendelse, som ikke kun har en lokal rækkevidde, inden indgivelsen af ansøgningen om registrering af et yngre varemærke.
- 100 Det skal tilføjes, at indehavere af rettigheder over ældre tegn med indsigelsen mod registrering af et yngre varemærke tilsigter at opnå en effektiv beskyttelse mod enhver fremtidig anvendelse af det nævnte varemærke.
- 101 Således som sagsøgeren med rette har anført i stævningen, tillader den tjekkiske varemærkelovs artikel 7, stk. 1, litra g), indehaveren af en ældre gyldig rettighed at anfægte en varemærkeansøgning inden registrering af varemærket i stedet for at skulle anlægge et søgsmål med henblik på, at anvendelsen af varemærket erklæres ulovlig, og at det annulleres i henhold til den nævnte lovs artikel 31, stk. 2.

- 102 Retten til at rejse indsigelse mod registrering af et yngre varemærke i henhold til den tjekkiske varemærkelovs artikel 7, stk. 1, litra g), omfatter ligeledes implicit, men nødvendigvis, retten til at rejse indsigelse mod anvendelse af det nævnte varemærke.
- 103 For det andet skal det hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt der findes andre bestemmelser end dem i den tjekkiske varemærkelovs artikel 7, stk. 1, litra g), der tillader indehaverne af et ikke-registreret tegn at forbyde anvendelsen af et yngre varemærke efter dets registrering, såsom den tjekkiske handelslovs artikel 44 ff., og hvorvidt appelkammeret begik en fejl, da det undlod at undersøge, om de betingelser for erhvervelse af en ret over det ikke-registrerede varemærke, der fremgik af de nævnte artikler, var opfyldt i det foreliggende tilfælde, bemærkes, at de beviser, som parterne har fremlagt, ikke gør det muligt at godtgøre, at appelkammeret begik en fejl, da det fastslog, at disse artikler vedrørte spørgsmål, der ikke henhører under EUIPO's kompetence.
- 104 Den tjekkiske handelslovs artikel 44 ff. vedrører nemlig illoyal konkurrence, vildledende varemærker og krænkelse af ophavsretten, og det fremgår ikke af de fremlagte dokumenter vedrørende den tjekkiske varemærkelovs artikel 7, stk. 1, litra g), at denne sidstnævnte bestemmelse skal sammenholdes med disse artikler, til trods for den omstændighed, at den nævnte handelslovs artikel 47 omhandler tilfælde, der skaber risiko for forveksling.
- 105 Det følger af det ovenstående, at appelkammeret ikke begik nogen fejl i sin vurdering af betingelserne for anvendelse af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 207/2009 med hensyn til bestemmelserne i tjekkisk ret.

– *Det andet anbringendes tredje led*

- 106 Sagsøgeren har gjort gældende, at det tegn, der er genstand for det ansøgte varemærke, blev brugt i Den Tjekkiske Republik før intervenientens ikke-registrerede varemærke, som derfor udgør illoyal konkurrence til skade for sagsøgeren og en krænkelse af dennes ophavsret, hvorfor det ikke er gyldigt i henhold til tjekkisk ret. Sagsøgeren har i denne forbindelse nærmere bestemt kritiseret appelkammeret for at have givet medhold i indsigelsen og erklæret sig inkompetent til at undersøge, selv om det blev opfordret til det, om dette ikke-registrerede varemærke var gyldigt i henhold til tjekkisk ret. I denne henseende har sagsøgeren kritiseret appelkammeret for at have fastslået, at det påhvilede sagsøgeren at bevise, at intervenientens rettighed ikke var gyldig, og at den ikke kunne påberåbes over for sagsøgeren. Det påhviler nemlig intervenienten at godtgøre, at denne har rettigheder støttet på national ret, og EUIPO at undersøge disses gyldighed.
- 107 EUIPO og intervenienten har anfægtet sagsøgerens argumenter.
- 108 Det fremgår af retspraksis, at for at en indsiger på grundlag af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 207/2009 kan hindre registrering af et EU-varemærke, er det nødvendigt og tilstrækkeligt, at det på det tidspunkt, hvor EUIPO efterprøver, at alle betingelserne for indsigelsen er opfyldt, godtgøres, at der foreligger en ældre rettighed, som ikke er blevet erklæret ugyldig ved en retsafgørelse, der er blevet endelig (dom af 29.3.2011, Anheuser-Busch mod Budějovický Budvar, C-96/09 P, EU:C:2011:189, præmis 94).
- 109 På denne baggrund tilkommer det ikke EUIPO, selv om dette, når det udtaler sig om en indsigelse støttet på artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 207/2009, skal tage hensyn til afgørelser fra de berørte medlemsstaters retsinstanser vedrørende gyldigheden eller kvalifikationen af ældre påberåbte rettigheder, for at sikre sig, at disse stadig har de virkninger, der kræves i henhold til denne bestemmelse, at sætte sin bedømmelse i stedet for de kompetente nationale retsinstansers, hvilken beføjelse EUIPO endvidere ikke indrømmes i medfør af forordning nr. 207/2009 (dom af 29.3.2011, Anheuser-Busch mod Budějovický Budvar, C-96/09 P, EU:C:2011:189, præmis 95).

- 110 Der kan ikke rejses tvivl om gyldigheden af et nationalt varemærke under en procedure om registrering af et EU-varemærke, men kun under en ugyldighedssag, der er indledt i den berørte medlemsstat (jf. dom af 13.12.2007, Xentral mod KHIM – Pages jaunes (PAGESJAUNES.COM), T-134/06, EU:T:2007:387, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis). Selv om det desuden tilkommer EUIPO på grundlag af beviser, som det påhviler indsigeren at fremlægge, at efterprøve eksistensen af det nationale varemærke, der er påberåbt til støtte for indsigelsen, tilkommer det ikke EUIPO at træffe afgørelse i en tvist mellem dette varemærke og et andet nationalt varemærke, idet en sådan tvist henhører under de nationale myndigheders kompetence (dom af 21.4.2005, PepsiCo mod KHIM – Intersnack Knabber-Gebäck (RUFFLES), T-269/02, EU:T:2005:138, præmis 26, og af 13.12.2007, PAGESJAUNES.COM, T-134/06, EU:T:2007:387, præmis 36).
- 111 Så længe det ældre nationale varemærke er effektivt beskyttet, har en i forhold hertil ældre registrering af et nationalt varemærke eller en anden ældre rettighed derfor ingen relevans i forbindelse med den indsigelse, der er rejst mod en ansøgning om et EU-varemærke, uanset at det ansøgte varemærke er identisk med et ældre nationalt varemærke, der tilhører den virksomhed, der har ansøgt om registreringen, eller med en anden rettighed, der er ældre end det nationale varemærke, som indsigelsen støttes på (jf. i denne retning dom af 13.12.2007, PAGESJAUNES.COM, T-134/06, EU:T:2007:387, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis).
- 112 Der er intet, der gør det muligt at konkludere, at sådanne betragtninger ikke finder anvendelse i et tilfælde som det foreliggende, hvor indsigelsen er støttet på et ældre ikke-registreret nationalt varemærke.
- 113 På dette grundlag har appelkammeret ikke begået nogen fejl, da det i den anfægtede afgørelses punkt 69 fastslog, at det ikke havde kompetence til at vurdere gyldigheden af det ikke-registrerede varemærke og dermed til at vurdere, om intervenienten havde foretaget en eventuel krænkelse af sagsøgerens ophavsret, eller om der forelå illoyal konkurrence til skade for sagsøgeren.
- 114 Følgelig begik appelkammeret ikke nogen fejl, da det nærmere bestemt fastslog, at det påhviler sagsøgeren at godtgøre, at det ikke-registrerede varemærke er ugyldigt, i givet fald ved fremlæggelse af retsafgørelser eller administrative afgørelser, der er blevet endelige, og som omhandler en afgørelse af dette spørgsmål.
- 115 Under hensyn til det ovenstående skal EUIPO frifindes i det hele.

Sagsomkostninger

- 116 I henhold til procesreglementets artikel 134, stk. 1, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom.
- 117 Sagsøgeren har tabt sagen og pålægges derfor at betale sagsomkostningerne i overensstemmelse med EUIPO's og intervenientens påstande herom.

På grundlag af disse præmisser
udtaler og bestemmer

RET TEN (Første Afdeling):

- 1) Den Europæiske Unions Kontor for Intellectuel Ejendomsret (EUIPO) frifindes.**
- 2) Bacardi Co. Ltd betaler sagsomkostningerne.**

Kanninen

Pelikánová

Buttigieg

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg, den 24. oktober 2018.

Underskrifter