



Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Tredje Afdeling)

30. januar 2020 *

»EU-varemærker – indsigelsessag – ansøgning om EU-ordmærket BROWNIE – de ældre nationale ordmærker BROWNIES, BROWNIE, Brownies og Brownie – relativ registreringshindring – risiko for forveksling – artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning (EF) nr. 207/2009 [nu artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning (EU) 2017/1001] – reel brug af det ældre varemærke – artikel 42, stk. 2 og 3, i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 47, stk. 2 og 3, i forordning 2017/1001)«

I sag T-598/18,

Grupo textil brownie, SL, Barcelona (Spanien), ved advokaterne D. Pellisé Urquiza og J.C. Quero Navarro,

sagsøger,

mod

Den Europæiske Unions Kontor for Intellectuel Ejendomsret (EUIPO) ved M. Capostagno, A. Folliard-Monguiral og H. O'Neill, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

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

The Guide Association, London (Det Forenede Kongerige), repræsenteret ved barrister T. St Quintin og solicitor M. Jhittay,

angående et søgsmål anlagt til prøvelse af afgørelse truffet den 4. juli 2018 af Andet Appelkammer ved EUIPO (sag R 2680/2017-2) vedrørende en indsigelsessag mellem The Guide Association og Grupo Textil Brownie,

har

RETTEN (Tredje Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, S. Frimodt Nielsen, og dommerne V. Kreuschitz (refererende dommer) og N. Póltorak,

justitssekretær: fuldmægtig M. Marescaux,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 4. oktober 2018,

* Processprog: engelsk.

under henvisning til EUIPO's svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 17. januar 2019,

under henvisning til intervenientens svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 7. januar 2019,

og efter retsmødet den 6. november 2019,

afsagt følgende

Dom

Twistens baggrund

- 1 Den 30. april 2015 indgav Juan Morera Morral, 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 Det varemærke, der er søgt registreret, er ordmærket BROWNIE.
- 3 De varer og tjenesteydelser, som varemærkeansøgningen vedrørte, henhører under klasse 18, 25 og 35 i Nicearrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer for hver enkelt af disse klasser til følgende beskrivelse:
 - klasse 18: »kufferter og håndkufferter; rejsekister (store kufferter); kufferter; tasker til campister; tasker til bjergbestigere, strandtasker; indkøbsnet; tasker med hjul, rejsetasker; indkøbstasker; sække af læder til emballering; håndtasker; kasser af læder eller læderpap; bæreseler til babyer; skoletasker; kasser af læder eller læderpap; rejsekufferter; toilettasker, ikke indbyggede; nøgleetui'er; bæreslynger til spædbørn; feltvadsække; kufferter; bagage; attachétasker; rygsække; bæreseler til spædbørn; punge; punge af metalnet; dokumentmapper; nodemapper; dragtposer til rejsebrug«
 - klasse 25: »beklædningsgenstande, fodtøj, hovedbeklædning; frakker; babytøj; badekåber; espadriller; sovemasker; beklædning til motorcyklister; hagesmække, ikke af papir; badedragter; bandanas; skærf til brug som beklædning; pandebånd [beklædning]; badetøfler; badesandaler; overalls; housecoats; boaer [pelskraver]; chemiser [undertøj]; baretter; fodposer, ikke-elektrisk opvarmede; fedtlæderstøvler; støvler; skistøvler; fodboldstøvler, ankelstøvler; knickers; blebukser [undertøj], sokker; leggings [benvarmere]; fodtøj, sportssko; badesko; bukser; skjorter; kortærmede bluser; sportstrøjer; T-shirts; chemisetop; hætter [hovedbeklædning]; messehagler; veste; sjaler; galoscher; trøjer; fiskeveste; tunge jakker; vandtæt beklædning; tøj til cyklister; pengebælter [beklædning]; bælter [beklædningsgenstande]; kalotter; underkjoler [undertøj]; konfektion [beklædning]; underkjoler [undertøj], slips; korseletter, korsetter, korsetskjuler; kraver [beklædningsgenstande]; løse flipper; forklæder; sportssko; karnevalskostumer; underskørter; pelsstolaer; hofteholdere; sportssko; karnevalskostumer; underskørter; pelsstolaer; hofteholdere; nederdele; shorts; tørklæder; overfrakker; garbadiner; gymnastiksko; badehætter; badehætter til brusebad; skihandsker; handsker [beklædning]; jerseytrøjer; leggings [bukser]; undertøj; liberier; sokkeholdere; strømpeholdere; strømpeholdere; muffer [beklædning]; manipuler [armbind til messepræster]; mantiller; strømper; svedabsorberende strømper; trikotagevarer; fingerløse handsker; mitraer [bispehuer]; ørevarmere [beklædning]; benklæder; trikoter; pyntelommelørklæder; bandanatørklæder; parkacoats; hjemmesko; skjortebryster; peleriner [skuldterslag]; skindforede frakker; spencerkjoler; pelsværk

[beklædning]; pyjamasser; strandbeklædning; gamacher; ponchoer; strikkede beklædningsgenstande; halsedisser; sweaters; manchetter [beklædning]; læderkjoler; læderimiteret tøj; gymnastiktøj; beklædning af papir; yderbeklædning; svedabsorberende undertøj; sandaler, sarier; saronger; badebukser; underbukser; kalotter; hovedbeklædning; hattenmagervarer; høje hatte; papirhatte [beklædningsgenstande]; brystholdere; jerseytrøjer; strømpeholdere; brystklæde til nonner; advokatklapper; knæstrømper; kostumer; vandskidragter; turbaner; uniformer; slør [beklædning]; kjoler; beklædningsgenstande; solkasketter; fodtøj; træsko; konfektion [kjoler og beklædning]«

- klasse 35: »detail- og engroshandelstjenester samt internetsalg af dametøj, beklædningsartikler, beklædningsstilbehør og accessories«.
- 4 Varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EU-varemærketidende* nr. 106/2015 af 10. juni 2015.
- 5 Den 2. september 2015 rejste intervenienten, The Guide Association, indsigelse i henhold til artikel 41 i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 46 i forordning 2017/1001) mod registreringen af det ansøgte varemærke, bl.a. for de varer og tjenesteydelser, der er nævnt i præmis 3 ovenfor.
- 6 Indsigelsen var baseret på en række ældre ordmærker i Det Forenede Kongerige, BROWNIES, BROWNIE, Brownies og Brownie (herefter samlet »det ældre varemærke«), der bl.a. betegner produkter og tjenester i klasse 6, 18, 25, 26 og 41 og for hver af disse klasser svarer til følgende beskrivelse:
- klasse 6: »nøgleringe«
 - klasse 18: »rygsække; små rygsække; tasker til børn«
 - klasse 25: »beklædning, kun til piger«
 - klasse 26: »mærker; emblemer; bånd; broderier; patruljenavne; patruljemærker til påsyning, i form af broderier; tørklæderinge«
 - klasse 41: »organisering af uddannelses-, kultur- og underholdningsaktiviteter for grupper; organisering af kurser inden for camping, sport, husholdning, træarbejder«.
- 7 De registreringshindringer, der blev påberåbt til støtte for indsigelsen, var dem, der er omhandlet i artikel 8, stk. 1, litra a) og b), i forordning nr. 207/2009 [nu artikel 8, stk. 1, litra a) og b), i forordning 2017/1001] og artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 8, stk. 5, i forordning 2017/1001).
- 8 Den 19. februar 2016 anmodede Morera Morral om, at overførslen af hans ansøgning om et EU-varemærke til sagsøgeren, Grupo Textil Brownie, SL, blev opført i registret over EU-varemærker.
- 9 Den 26. august 2016 anmodede sagsøgeren i henhold til artikel 42, stk. 2 og 3, i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 47, stk. 2 og 3, i forordning 2017/1001) om, at intervenienten fremlagde bevis for reel brug af det ældre varemærke.
- 10 Den 18. januar 2017 fremlagde intervenienten flere dokumenter bestående af en erklæring på tro og love fra sin ressourcenedirektør (herefter »erklæringen på tro og love«) og fem bilag som bevis for reel brug af det ældre varemærke (herefter »den anden række dokumenter«).
- 11 Den 23. oktober 2017 tog indsigelsesafdelingen delvist indsigelsen vedrørende de i præmis 3 ovenfor omhandlede varer og tjenesteydelser til følge og forkastede den i øvrigt. Den fandt især, at intervenienten havde ført bevis for reel brug af det ældre varemærke for de varer og tjenesteydelser, der er omhandlet i præmis 6 ovenfor. Den baserede sig i denne henseende ikke blot på de dokumenter, som intervenienten havde fremlagt den 18. januar 2017, udtrykkeligt som bevis for reel

brug af det ældre varemærke (jf. præmis 10 ovenfor), men også på dokumenter bestående af seks bilag, som denne allerede havde fremsendt til EUIPO den 14. april 2016, sammenholdt med de faktiske omstændigheder, beviser og bemærkninger fremsat til støtte for indsigelsen (herefter »den første række dokumenter«). Den konstaterede endvidere, at der fandtes en risiko for forveksling som omhandlet i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009 mellem de omtvistede varemærker med hensyn til de i præmis 3 ovenfor omhandlede varer og tjenesteydelser, som var af samme eller lignende art som de varer og tjenesteydelser, der var omfattet af det af intervenienten fremlagte bevis for reel brug af det ældre varemærke. For så vidt som der ikke er nogen lighed mellem de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af det ældre varemærke, og de varer og tjenesteydelser, for hvilke sagsøgeren havde ansøgt om registrering af det ansøgte varemærke, fandtes der derimod ingen forbindelse mellem de omtvistede varemærker for så vidt angår sidstnævnte varer og tjenesteydelser, således at den indsigelsesgrund, der er omhandlet i artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2009, skulle forkastes.

- 12 Den 18. december 2017 indgav sagsøgeren en klage til EUIPO i henhold til artikel 66-71 i forordning 2017/1001 over indsigelsesafdelingens afgørelse.
- 13 Ved afgørelse af 4. juli 2018 (herefter »den anfægtede afgørelse«) forkastede Andet Appellkammer ved EUIPO klagen. Den fandt dels, at intervenienten havde ført bevis for reel brug af det ældre varemærke for de varer og tjenesteydelser, der er nævnt i præmis 6 ovenfor (den anfægtede afgørelses punkt 16-52). Dels overtog den de grunde, der var angivet i indsigelsesafdelingens afgørelse, hvorefter indsigelsen vedrørende de i præmis 3 ovenfor anførte varer og tjenesteydelser (den anfægtede afgørelses punkt 53) skulle tages til følge.

Parternes påstande

- 14 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:
- Søgsmålet og ansøgningen om registrering tages til følge.
 - Intervenienten tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
- 15 EUIPO har nedlagt følgende påstande:
- Frifindelse.
 - Sagsøgeren tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
- 16 Intervenienten har nedlagt følgende påstande:
- Den anfægtede afgørelse stadfæstes.
 - Sagsøgeren tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

Retlige bemærkninger

Indledende bemærkninger

- 17 Indledningsvis skal det bemærkes, at ansøgningen om et EU-varemærke i den foreliggende sag blev indgivet til EUIPO den 30. april 2015 (jf. præmis 1 ovenfor). Ansøgningen blev således indgivet dels før ikrafttrædelsen af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2015/2424 af 16. december 2015 om ændring af Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 og Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 om gennemførelsesbestemmelser til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 om EF-varemærker

og om ophævelse af Kommissionens forordning (EF) nr. 2869/95 om de gebyrer, der skal betales til Harmoniseringskontoret for det Indre Marked (Varemærker og Mønstre) (EUT 2015, L 341, s. 21) den 23. marts 2016 (jf. artikel 4, stk. 1, i forordning 2015/2424), dels før ikrafttrædelsesdatoen for forordning 2017/1001 den 1. oktober 2017 (jf. artikel 212, stk. 2, i forordning 2017/1001).

- 18 Under disse omstændigheder må det konstateres, at den foreliggende tvist er omfattet af forordning nr. 207/2009 i den udgave, der var gældende forud for de ændringer, der blev foretaget ved forordning 2015/2424, i det mindste for så vidt angår de bestemmelser, der ikke er af rent proceduremæssig art (jf. analogt kendelse af 30.5.2013, Shah og Shah mod Three-N-Products, C-14/12 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:349, præmis 2, og af 13.6.2013, DMK Deutsches Milchkontor mod KHIM, C-346/12 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:397, præmis 2 og den deri nævnte retspraksis, samt dom af 2.3.2017, Panrico mod EUIPO, C-655/15 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2017:155, præmis 2).
- 19 Desuden fremgår det af tidligere retspraksis, at der ved bedømmelsen af, om der foreligger en relativ registreringshindring, skal tages udgangspunkt i tidspunktet for indgivelse af ansøgningen om registrering af det EU-varemærke, som der er blevet gjort indsigelse imod på grundlag af et ældre varemærke. De forskellige aspekter af det ældre varemærke, således som de fremgik på tidspunktet for indgivelse af ansøgningen om registrering af det EU-varemærke, over for hvilket det ældre varemærke var blevet gjort gældende, skal således undersøges (dom af 17.10.2018, Golden Balls mod EUIPO – Les Éditions P. Amaury (GOLDEN BALLS), T-8/17, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:692, præmis 76). Den omstændighed, at det ældre varemærke kan miste sin status som et varemærke, som er registreret i en medlemsstat som omhandlet i artikel 8, stk. 2, litra a), nr. ii), i forordning nr. 207/2009 [nu artikel 8, stk. 2, litra a), nr. ii), i forordning 2017/1001] og samme forordnings artikel 42, stk. 3, på et tidspunkt efter indgivelsen af ansøgningen om registrering af det EU-varemærke, imod hvilket der er gjort indsigelse støttet på det ældre varemærke, navnlig som følge af den pågældende medlemsstats eventuelle udtræden af EU i henhold til artikel 50 TEU, uden at der er fastsat specifikke bestemmelser herom i en eventuel aftale indgået i henhold til artikel 50, stk. 2, TEU, er således principielt irrelevant for indsigelsens udfald. I princippet berøres søgsmålsinteressen i forhold til et søgsmål, der anlægges ved Retten til prøvelse af en afgørelse truffet af appelkamrene ved EUIPO, som tager en sådan indsigelse, der er støttet på et sådant ældre nationalt varemærke, til følge – eller som stadfæster en afgørelse truffet af indsigelsesafdelingen i denne retning – heller ikke (jf. analogt dom af 8.10.2014, Fuchs mod KHIM – Les Complices (Stjerne i en cirkel), T-342/12, EU:T:2014:858, præmis 23-29).

Det enkelte anbringende

Det enkelte anbringendes rækkevidde

- 20 Sagsøgeren har til støtte for sit søgsmål fremført et enkelt anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 207/2009. Sagsøgeren har i denne henseende blot gjort gældende, at det ikke var nødvendigt at behandle spørgsmålet om en risiko for forveksling mellem de omtvistede varemærker, eftersom intervenienten ikke havde godtgjort reel brug af det ældre varemærke. Som EUIPO og i det væsentlige også intervenienten med føje har bemærket, har sagsøgeren således ikke fremført nogen specifikke argumenter, der vil kunne underbygge et anbringende om, at artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 er blevet tilsidesat.
- 21 Som EUIPO og i det væsentlige intervenienten dog ligeledes har erkendt, fremgår det utvetydigt af hele stævningen, at sagsøgeren kritiserer appelkammerets bedømmelse, i henhold til hvilken intervenienten havde godtgjort reel brug af det ældre varemærke for så vidt angår de i præmis 6 ovenfor nævnte varer og tjenesteydelser. Den omstændighed, at EUIPO og intervenienten har forsvaret den anfægtede afgørelse, navnlig på dette punkt, viser i øvrigt, at de på baggrund af stævningen var i stand til at forstå, at sagsøgeren gjorde en fejl, som appelkammeret havde begået ved bedømmelsen af den reelle

brug af det ældre varemærke, gældende. Under disse omstændigheder vil det være for meget at kræve, at sagsøgeren udtrykkeligt angiver de nøjagtige bestemmelser, som skulle være blevet tilsidesat ved en sådan fejl, således som intervenienten har foreslået.

- 22 Henset til det ovenstående må sagsøgeren anses for at have fremført et enkelt anbringende til støtte for sin stævning, der i det væsentlige vedrører en tilsidesættelse af artikel 42, stk. 2 og 3, i forordning nr. 207/2009, og hvormed sagsøgeren har gjort gældende, at appelkammeret med urette har fastslået, at intervenienten havde godtgjort reel brug af det ældre varemærke for gå vidt angår de i præmis 6 ovenfor anførte varer og tjenesteydelser. Sagsøgeren har i retsmødet bekræftet, at stævningen skulle forstås på denne måde.
- 23 Sagsøgeren har til støtte for sit enkelte anbringende gjort gældende, at de beviser for brug, som intervenienten havde fremlagt for EUIPO, ikke var tilstrækkelige til at godtgøre reel brug af det ældre varemærke. Sagsøgeren har i denne henseende i det væsentlige fremført fem argumenter.
- 24 For det første vedrører størstedelen af de beviser, som intervenienten har fremlagt, ikke den relevante periode.
- 25 For det andet er det ikke blevet godtgjort, at de kataloger, som intervenienten har fremlagt, rent faktisk i tilstrækkeligt omfang var blevet udbredt til den relevante kundekreds. Desuden er det ikke blevet godtgjort, at siderne i de fremlagte kataloger rent faktisk svarer til omslaget, eftersom katalogerne ikke er blevet fremlagt i deres helhed. Sagsakterne indeholder heller ikke nogen uafhængige beviser, der gør det muligt at bekræfte den omstændighed, at de datoer, der er anført på de fremlagte kataloger, er autentiske.
- 26 For det tredje vedrører nogle af beviserne et ordmærke, der adskiller sig fra det ældre varemærke i en sådan grad, at det ændrer dets særpræg. Desuden er det anvendt til dekorationsformål og ikke som et varemærke.
- 27 For det fjerde er erklæringen på tro og love hverken objektiv eller støttet på overensstemmende beviser. Navnlig er den eneste faktura, der er fremlagt til støtte for erklæringen på tro og love, udstedt til The Guide Association Scotland, der er medlem af intervenienten. Denne faktura vedrører således en intern brug af det ældre varemærke og ikke en offentlig brug i forhold til omverdenen. Desuden er de fremlagte koder, der optræder på denne faktura, ikke de samme som dem, der fremgår af de kataloger, som intervenienten har fremlagt. Det er således umuligt at vide, om der er tale om de samme varer.
- 28 For det femte er der ingen grund til at foretage en samlet vurdering af disse beviser i den foreliggende sag, eftersom de af intervenienten fremlagte beviser ikke kan godtgøre reel brug af det ældre varemærke i den relevante periode.
- 29 EUIPO og intervenienten har bestridt sagsøgerens argumenter og er af den opfattelse, at appelkammeret efter at have foretaget en samlet bedømmelse af de beviser, som intervenienten havde fremlagt, med føje konkluderede, at disse beviser godtgjorde, at intervenienten havde gjort reel brug af det ældre varemærke i den relevante periode.

Bedømmelse af det enkelte anbringende

- 30 Ifølge fast retspraksis fremgår det af artikel 42, stk. 2 og 3, i forordning nr. 207/2009, sammenholdt med 10. betragtning til samme forordning (nu 24. betragtning til forordning 2017/1001) og regel 22, stk. 3, 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) (nu artikel 10, stk. 3, i Kommissionens delegerede forordning (EU) 2018/625 af 5.3.2018

om supplerende regler til forordning 2017/1001 og om ophævelse af delegeret forordning (EU) 2017/1430 (EUT 2018, L 104, s. 1)), at formålet med kravet om, at der skal være gjort reel brug af det ældre varemærke, for at der kan gøres indsigelse mod en EU-varemærkeansøgning, er at begrænse konflikter mellem to varemærker, medmindre der findes en rimelig økonomisk grund til, at reel brug af det ældre varemærke ikke har fundet sted, der udspringer af varemærkets faktiske funktion på markedet. De nævnte bestemmelser omhandler derimod hverken vurderingen af den handelsmæssige succes eller kontrollen med en virksomheds økonomiske strategi og bestemmer heller ikke, at beskyttelsen af varemærker kun skal forbeholdes en kvantitativt væsentlig handelsmæssig brug (jf. dom af 17.1.2013, Reber mod KHIM – Wedi & Hofmann (Walzer Traum), T-355/09, ikke trykt i Sml., EU:T:2013:22, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis).

- 31 Der er gjort reel brug af et varemærke, når dette er anvendt i overensstemmelse med varemærkets væsentligste funktion, som er at garantere oprindelsen af de varer eller 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 (jf. analogt dom af 11.3.2003, Ansul, C-40/01, EU:C:2003:145, præmis 43). 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 (dom af 8.7.2004, Sunrider mod KHIM – Espadafor Caba (VITAFRUIT), T-203/02, EU:T:2004:225, præmis 39; jf. også i denne retning og analogt dom af 11.3.2003, Ansul, C-40/01, EU:C:2003:145, præmis 37).
- 32 Vurderingen 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 eller tjenesteydelser, der beskyttes af varemærket, disse varers eller tjenesteydelsers art, de særlige forhold på markedet, omfanget og hyppigheden af brugen af det nævnte varemærke (dom af 8.7.2004, VITAFRUIT, T-203/02, EU:T:2004:225, præmis 40; jf. også analogt dom af 11.3.2003, Ansul, C-40/01, EU:C:2003:145, præmis 43).
- 33 Med hensyn til omfanget af den brug, der er gjort af det ældre varemærke, bør der bl.a. tages hensyn til dels det handelsmæssige omfang af brugen, dels varigheden og hyppigheden af brugen (domme af 8.7.2004, MFE Marienfelde mod KHIM – Vétoquinol (HIPOVITON), T-334/01, EU:T:2004:223, præmis 35, og VITAFRUIT, T-203/02, EU:T:2004:225, præmis 41).
- 34 For i en konkret sag at undersøge, om der er tale om reel brug af et ældre varemærke, skal der anlægges en helhedsvurdering under hensyntagen til alle de relevante faktorer i det foreliggende tilfælde (domme af 8.7.2004, HIPOVITON, T-334/01, EU:T:2004:223, præmis 36, og VITAFRUIT, T-203/02, EU:T:2004:225, præmis 42).
- 35 De fem præcise argumenter, som sagsøgeren har fremført, skal bedømmes på grundlag af disse principper (jf. præmis 24-28 ovenfor).

– *Sagsøgerens første argument*

- 36 Sagsøgeren har gjort gældende for det første, at størstedelen af de beviser, som intervenienten har fremlagt, ikke vedrører den relevante periode.
- 37 I henhold til artikel 42, stk. 2 og 3, i forordning nr. 207/2009, i den udgave, der finder anvendelse på den foreliggende sag *ratione temporis*, dvs. forud for de ændringer, der blev indført ved forordning 2015/2424 (jf. præmis 18 ovenfor), er den relevante periode, i hvilken indehaveren af et ældre nationalt varemærke, der har gjort indsigelse mod registreringen af et EU-varemærke, skal godtgøre, at der er gjort reel brug af det ældre nationale varemærke i den medlemsstat, hvor det ældre nationale

varemærke er beskyttet, fem år forud for offentliggørelsen af EU-varemærkeansøgningen. Eftersom EU-varemærkeansøgningen i den foreliggende sag blev indgivet den 10. juni 2015 (jf. præmis 4 ovenfor), er den relevante periode perioden mellem den 10. juni 2010 og den 9. juni 2015, som appelkammeret med føje konstaterede i den anfægtede afgørelses punkt 29.

- 38 For så vidt som sagsøgeren har gjort gældende, at visse beviser ikke vedrører den relevante periode, skal det bemærkes, at det følger utvetydigt af artikel 42, stk. 2 og 3, i forordning nr. 207/2009, at det kun er reel brug, der skal have fundet sted i den relevante periode. Såfremt de beviser, der er fremført med henblik på at godtgøre reel brug, vedrører brug i den relevante periode, kan det ikke kræves, at disse beviser også er udarbejdet i løbet af denne relevante periode. Sagsøgerens argument om, at nogle af beviserne ikke vedrører den relevante periode, alene af den grund, at de ikke er udarbejdet i den pågældende periode, betyder således ikke i sig selv, at de ikke er relevante i henhold til artikel 42, stk. 2 og 3, i forordning nr. 207/2009.
- 39 Hvad angår den første række dokumenter har appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 33 anført, at bilag 2 bl.a. indeholdt en kopi af en side fra intervenientens websted af 11. april 2016, hvori der henvises til en kampagne gennemført mellem januar og august 2014 med titlen »The Big Brownie Birthday«, og at bilag 5 navnlig indeholdt to artikler, »South East Brownies celebrate 100th birthday« af 18. januar 2014 og »North West Brownies bid for sleepover world record« af 28. september 2014. Som appelkammeret hovedsageligt med føje har konstateret, vedrører disse dokumenter rent faktisk begivenheder, der har fundet sted i den relevante periode, hvilket sagsøgeren i øvrigt har erkendt. Hvad angår disse to bilag er sagsøgerens argumenter således faktuelte ukorrekte, henset til konstateringerne i præmis 38 ovenfor.
- 40 Hvad angår bilag 4 i den første række dokumenter har appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 38 anført, at det navnlig indeholdt et print af en onlinebutikts websted af 13. april 2016 med titlen »Guides, Brownies & Rainbows«, hvorpå er opført forskellige beklædningsgenstande, der udgør en del af den officielle uniform for »Brownies«. Appelkammeret har også anført, at nævnte bilag indeholdt andre tilsvarende print af flere onlinebutikkers websteder af 13. og 14. april 2016 med tasker, kopper og beklædningsgenstande, der udgør en del af uniformen for »Brownies«.
- 41 Appelkammeret har i denne henseende hovedsageligt i den anfægtede afgørelses præmis 39 med føje anført, at beviserne vedrørende reel brug før eller efter den relevante periode ikke umiddelbart var uden relevans. Det fremgår således af retspraksis, at hensyntagen til disse beviser vedrørende reel brug før eller efter den relevante periode er mulig, for så vidt som de gør det muligt at bekræfte eller bedre vurdere rækkevidden af brugen af det ældre varemærke og indehaverens reelle hensigter i denne periode. Sådanne beviser kan imidlertid kun tages i betragtning, hvis der er fremlagt andre beviser, som rent faktisk vedrører den relevante periode (jf. i denne retning dom af 27.9.2012, El Corte Inglés mod KHIM – Pucci International (PUCCI), T-39/10, ikke trykt i Sml., EU:T:2012:502, præmis 25 og 26, af 16.6.2015, Polytetra mod KHIM – El du Pont de Nemours (POLYTETRAFLON), T-660/11, EU:T:2015:387, præmis 54, og af 8.4.2016, Frinsa del Noroeste mod EUIPO – Frisa Frigorífico Rio Doce (FRISA), T-638/14, ikke trykt i Sml., EU:T:2016:199, præmis 38 og 39).
- 42 Appelkammeret har dermed med føje i den anfægtede afgørelses punkt 40 kunnet fastslå, at selv om disse print af onlinebutikkers websteder i bilag 4 i den første række dokumenter er foretaget efter den relevante periode, indeholdt de supplerende dokumentation for brugen af det ældre varemærke i den relevante periode, fordi de tidsmæssigt lå tæt på den brug, som de henviste til, og fordi de godtgjorde en kontinuerlig brug over tid. Sagsøgeren har ikke fremsat nogen konkrete argumenter, der vil kunne sætte spørgsmålstegn ved, om disse print af websteder skal tages i betragtning som beviser, der gør det muligt at bekræfte eller bedre vurdere rækkevidden af brugen af det ældre varemærke, og indehaverens reelle hensigter i denne periode. Sagsøgeren har således blot anført, at disse print af websteder ikke dokumenterer, at de pågældende produkter rent faktisk var blevet sat til salg i onlinebutikkerne i den relevante periode, hvilket appelkammeret imidlertid heller ikke har hævdet.

- 43 Desuden er det med føje, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 40 har anført, at et print af en onlinebutikts websted, der viser en T-shirt med et tryk af ordmærket »brownies« i en stiliseret font, udtrykkeligt angav, at produktet var blevet solgt siden den 4. marts 2015, og dermed fra en dato, der ligger inden for den relevante periode. Det er således med urette, at sagsøgeren generelt har fremført, at disse print af websteder ikke beviser, at offentligheden kunne købe de pågældende varer i den relevante periode.
- 44 Hvad endelig angår de øvrige dokumenter, der udgør en del af den første række dokumenter, er det tilstrækkeligt at konstatere, at appelkammeret ikke har baseret sig på disse, således at sagsøgerens kritik af den hævdede hensyntagen hertil under alle omstændigheder er uvirksom.
- 45 Hvad angår den anden række dokumenter fremgår det af den anfægtede afgørelses punkt 34-37, at appelkammeret har taget hensyn til det vigtigste dokument, dvs. erklæringen på tro og love, der er udarbejdet i form af en »witness statement« (vidneerklæring) den 12. januar 2017, og bilag 1 og 2 hertil, dvs. dels kopier af omslagene samt nogle af siderne i katalogerne *Guiding Essentials* i årene 2010/11, 2011/12, 2012/13, 2013/14 og 2014/15 (bilag 1), dels en faktura udstedt den 6. oktober 2014 af Guide Association Trading Services Ltd til The Guide Association Scotland (bilag 2).
- 46 Som sagsøgeren selv har erkendt, henviser erklæringen på tro og love til faktiske omstændigheder, der har fundet sted i løbet af den relevante periode. Henset til det, der blev konstateret i præmis 38 ovenfor, kan dette dokumentets bevisværdi ikke afvises på grund af dets dato, og det skal således tages i betragtning. Hvad angår bilag 1 og 2 til erklæringen på tro og love må det konstateres, at disse vedrører en brug i den relevante periode, hvilket sagsøgeren i øvrigt ikke har bestridt.
- 47 Hvad angår de øvrige dokumenter, der udgør en del af den anden række dokumenter, er det tilstrækkeligt endnu en gang at konstatere, at appelkammeret ikke har baseret sig på disse, således at sagsøgerens eventuelle kritik af en hensyntagen til dem under alle omstændigheder er uvirksom.
- 48 Sagsøgerens argument om, at appelkammeret har taget hensyn til bevismateriale, der ikke vedrører den relevante periode, bør derfor forkastes.

– *Sagsøgerens andet argument*

- 49 For det andet har sagsøgeren hævdet, at det ikke er blevet godtgjort, at de kataloger, som intervenienten har fremlagt, rent faktisk i tilstrækkelig omfang var blevet udbredt til den relevante kundekreds. Desuden er det ikke blevet godtgjort, at de fremlagte sider rent faktisk svarer til katalogernes omslag, eftersom disse ikke er blevet fremlagt i deres helhed. Sagsakterne indeholder heller ikke nogen uafhængige beviser, der gør det muligt at fastslå, at datoerne på katalogerne er autentiske.
- 50 Det fremgår i denne henseende ganske vist allerede af retspraksis, at det i princippet er nødvendigt at påvise, at reklamemateriale, der nævner det ældre varemærke, hvis reelle brug skal bevises, er blevet udbredt i tilstrækkelig grad til den relevante offentlighed til, at det kan fastslås, at der er blevet gjort reel brug af det pågældende varemærke (jf. i denne retning dom af 8.3.2012, *Arrieta D. Gross mod KHIM – International Biocentric Foundation m.fl. (BIODANZA)*, T-298/10, ikke trykt i Sml., EU:T:2012:113, præmis 68, af 2.2.2017, *Marcas Costa Brava mod EUIPO – Excellent Brands JMI (Cremcafé by Julius Meinl)*, T-686/15, ikke trykt i Sml., EU:T:2017:53, præmis 61, og af 7.6.2018, *Sipral World mod EUIPO – La Dolfina (DOLFINA)*, T-882/16, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:336, præmis 60).
- 51 Det fremgår imidlertid også af den i præmis 32 og 34 nævnte retspraksis, at det i forbindelse med en bedømmelse af beviserne for reel brug af et varemærke ikke drejer sig om at bedømme hvert enkelt bevis for sig, men samlet, så man kan finde frem til den mest sandsynlige og mest sammenhængende

betydning. Selv om et bevis således har begrænset bevisværdi, for så vidt som det isoleret set ikke med sikkerhed godtgør, om og hvordan de pågældende produkter er blevet markedsført, og selv om dette bevis derfor ikke i sig selv er afgørende, kan det ikke desto mindre tages i betragtning ved den samlede bedømmelse af den reelle brug af det pågældende varemærke. Dette gælder f.eks., når dette bevis bedømmes sammen med andre beviser (dom af 9.12.2014, Inter-Union Technohandel mod KHIM – Gumersport Mediterranea de Distribuciones (PROFLEX), T-278/12, EU:T:2014:1045, præmis 64-69, og af 7.9.2016, Victor International mod EUIPO – Ovejero Jiménez og Becerra Guibert (VICTOR), T-204/14, ikke trykt i Sml., EU:T:2016:448, præmis 74).

- 52 I den foreliggende sag, og som det fremgår af navnlig præmis 39, 40, 43 og 45 ovenfor, udgjorde katalogerne beviser blandt flere andre, som intervenienten havde fremlagt for at godtgøre reel brug. Efterfølgende kunne de i den foreliggende sag legitimt tages i betragtning af appelkammeret i forbindelse med den samlede bedømmelse af de beviser for reel brug af det ældre varemærke, som intervenienten havde fremlagt.
- 53 Hvad angår de øvrige kritikpunkter, som sagsøgeren har fremført vedrørende katalogerne, skal det bemærkes, at det fremgår af retspraksis, at sandsynligheden og sandhedsværdien af oplysningerne i et dokument først skal efterprøves, før dets bevisværdi kan vurderes. Der skal navnlig tages hensyn til dokumentets oprindelse, omstændighederne ved dets udarbejdelse, modtageren af dokumentet, og til spørgsmålet, om dokumentet efter sit indhold forekommer fornuftigt og troværdigt (dom af 7.6.2005, Lidl Stiftung mod KHIM – REWE-Zentral (Salvita), T-303/03, EU:T:2005:200, præmis 42, af 23.9.2009, Cohausz mod KHIM – Izquierdo Faces (acopat), T-409/07, ikke trykt i Sml., EU:T:2009:354, præmis 49, og af 13.1.2011, Park mod KHIM – Bae (PINE TREE), T-28/09, ikke trykt i Sml., EU:T:2011:7, præmis 64).
- 54 Det er i denne henseende med føje, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 37 fastslog, at den generelle karakter af de katalogsider, som intervenienten havde fremlagt, svarede til de katalogomslag, som intervenienten havde fremlagt. Det er således umiddelbart sandsynligt, at de katalogsider, der er blevet fremlagt, rent faktisk udgør uddrag af indholdet af de kataloger, hvis omslag er blevet fremlagt. Under disse omstændigheder påhviler det principielt sagsøgeren at fremføre underbyggede argumenter, der vil kunne svække denne sandsynlighed. I den foreliggende sag har sagsøgeren dog hovedsageligt blot fremsat skøn uden nogen konkrete beviser til støtte for sine argumenter.
- 55 For det første har sagsøgeren således fremført, at der ikke findes nogen beviser for, at omslagene svarer til de fremlagte sider, eftersom katalogerne er ufuldstændige, og der ikke findes noget, der indikerer, at siderne svarer til de år, der er angivet på omslagene. Med dette vage argument har sagsøgeren dog ikke kunnet gøre det mindre sandsynligt, at de fremlagte katalogsider rent faktisk er uddrag af indholdet af katalogerne for de år, der er angivet på de fremlagte omslag.
- 56 For det andet har sagsøgeren gjort gældende, at det fremgår af uddragene af katalogerne, at de deri nævnte produkter kun kan købes på tre forskellige måder: online på intervenientens websted, i dennes butikker eller pr. telefon. Den omstændighed, at de pågældende varer også blev solgt via andre onlinebutikker end intervenientens (jf. præmis 40-43 ovenfor), som sagsøgeren har anført, modsiger således katalogernes ægthed, eller omvendt modsiger katalogerne den omstændighed, at de pågældende varer også blev solgt via andre onlinebutikker end intervenientens. På baggrund af de uddrag af katalogerne, som intervenienten har fremlagt, må det imidlertid konstateres, at det ikke heraf fremgår, at de salgskanaler, som sagsøgeren har nævnt, udgør de eneste kilder, hvor det er muligt at købe de artikler, der er påført det ældre varemærke. Formuleringerne i de fremlagte kataloger udelukker således ikke, at andre detailhandlende end intervenienten også sælger sådanne varer. Som EUIPO med føje har bemærket, er det ikke unormalt, at disse andre detailhandlende ikke er nævnt i intervenientens kataloger. Adspurgte om dette forhold i retsmødet var sagsøgeren ikke i stand til at påvise en præcis formulering i katalogerne, hvoraf det utvetydigt fremgår, at de i katalogerne nævnte salgskanaler er de eneste steder, hvor det er muligt at købe de artikler, der er påført det ældre

varemærke. Sagsøgerens argument savner følgelig grundlag i de faktiske omstændigheder, således at det heller ikke kan udgøre et indicium, der vil kunne gøre det mindre sandsynligt, at de fremlagte katalogsider rent faktisk udgør uddrag af indholdet af de kataloger, hvis omslag er blevet fremlagt.

57 For det tredje har sagsøgeren fremhævet, at de koder, der fremgår af katalogerne, ikke svarer til de koder, der fremgår af den faktura, der er findes som bilag 1 til erklæringen på tro og love, der er fremlagt i forbindelse med den anden række dokumenter. Det må i denne henseende konstateres, at i det mindste nogle af de varekoder, der er gengivet på nævnte faktura, svarer til de varekoder, der optræder i katalog 2014/15, som f.eks. varekoderne 3141-3146 for de kortærmede T-shirts, varekoderne 3148-3150 for de langærmede T-shirts, varekoderne 3156-3158 for sweaters med snørehætter, varekoden 3169 for bukser, varekoden 2183 for pandebånd og varekoden 2187 for en tegnebog. Adspurgt herom i retsmødet har sagsøgeren heller ikke kunnet identificere de nøjagtige koder i de af intervenienten fremlagte kataloger, som ikke svarer til dem, der fremgår af ovennævnte faktura. Det har således vist sig, at sagsøgerens argument fuldstændig savner grundlag i de faktiske omstændigheder, og at sagsøgeren heller ikke er i stand til at godtgøre, at det ikke er sandsynligt, at de fremlagte katalogsider rent faktisk er uddrag af de kataloger, hvis omslag er blevet fremlagt.

58 Sagsøgerens andet argument må herefter ligeledes forkastes.

– *Sagsøgerens tredje argument*

59 For det tredje vedrører nogle af beviserne ifølge sagsøgeren et ordmærke, der adskiller sig fra det ældre varemærke i en sådan grad, at det ændrer dets særpræg. Desuden er det anvendt som dekoration og ikke som et varemærke.

60 I denne henseende skal det dels bemærkes, at selv om artikel 15, stk. 1, andet afsnit, litra a), i forordning nr. 207/2009 i den udgave, der finder anvendelse på den foreliggende sag ratione temporis, dvs. forud for de ændringer, der blev indført ved forordning 2015/2424 (jf. præmis 18 ovenfor) [nu artikel 18, stk. 1, andet afsnit, litra a), i forordning 2017/1001], udelukkende henviser til brugen af et EU-varemærke, finder den analogt anvendelse på et nationalt varemærke, for så vidt som samme forordnings artikel 42, stk. 3, bestemmer, at nævnte artikels stk. 2 finder anvendelse på de ældre nationale varemærker, der er omhandlet i nævnte forordnings artikel 8, stk. 2, litra a), »således at brug i den medlemsstat, hvor det ældre nationale varemærke er beskyttet, træder i stedet for brug i [Unionen]« (dom af 14.7.2014, Vila Vita Hotel und Touristik mod KHIM – Viavita (VIAVITA), T-204/12, ikke trykt i Sml., EU:T:2014:646, præmis 24).

61 Dels skal det bemærkes for så vidt angår rækkevidden af artikel 15, stk. 1, andet afsnit, litra a), i forordning nr. 207/2009 og samme forordnings artikel 42, stk. 2 og 3, at det fremgår af disse to bestemmelser, sammenholdt med hinanden, at beviset for reel brug af et ældre nationalt varemærke eller et ældre EU-varemærke – hvorpå en indsigelse mod en EU-varemærkeansøgning er støttet – 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 (jf. dom af 8.12.2015, Castellblanch mod KHIM – Champagne Roederer (CRISTAL CASTELLBLANCH), T-29/04, EU:T:2005:438, præmis 30 og den deri nævnte retspraksis; jf. også i denne retning dom af 18.7.2013, Specsavers International Healthcare m.fl., C-252/12, EU:C:2013:497, præmis 21).

62 Formålet med artikel 15, stk. 1, andet afsnit, litra a), i forordning nr. 207/2009 er at undgå, at der kræves en nøje overensstemmelse mellem den benyttede form af varemærket og den form, hvorunder varemærket er blevet registreret, og at gøre det muligt for varemærkeindehaveren at foretage de variationer af tegnet i forbindelse med dets erhvervsmæssige udnyttelse, som uden at ændre dets særpræg muliggør en bedre tilpasning til kravene til markedsføring af og reklame for de varer eller tjenesteydelser, der er tale om. I sådanne situationer, hvor det i handelen benyttede tegn kun på ubetydelige punkter adskiller sig fra den form, hvorunder det er blevet registreret, således at de to

tegn kan betragtes som i det store og hele ens, bestemmer den ovennævnte bestemmelse, at forpligtelsen til at bruge det registrerede varemærke kan opfyldes ved at fremlægge bevis for brugen af det tegn, der udgør den i handelen benyttede form af varemærket (dom af 23.2.2006, *Il Ponte Finanziaria mod KHIM – Marine Enterprise Projects (BAINBRIDGE)*, T-194/03, EU:T:2006:65, præmis 50).

- 63 Konstateringen af en ændring af det registrerede varemærkes særpræg kræver en undersøgelse af de tilføjede bestanddeles særpræg og dominerende karakter på grundlag af hver af disse bestanddeles iboende egenskaber og de forskellige bestanddeles indbyrdes placering i varemærkets opbygning (jf. dom af 10.6.2010, *Atlas Transport mod KHIM – Hartmann (ATLAS TRANSPORT)*, T-482/08, ikke trykt i Sml., EU:T:2010:229, præmis 31 og den deri nævnte retspraksis).
- 64 Det skal således i den foreliggende sag undersøges, om forskellene mellem tegnet i den form, hvori det er registreret, og tegnet i den form, hvori det anvendes på markedet, vil kunne ændre det ældre varemærkes særpræg i den form, hvori det er blevet registreret.
- 65 Det skal i denne henseende bemærkes (jf. præmis 6 ovenfor), at det ældre varemærke, således som det er registreret, er en række ordmærker indeholdende ordmærket Brownies. Det fremgår af den anfægtede afgørelses punkt 48 og af sagsakterne for EUIPO, der er forelagt for Retten, at en del af de beviser for reel brug af det ældre varemærke, som intervenienten har fremlagt, vedrører brug af dette varemærke i følgende form eventuelt gengivet i en ujævn rektangulær ramme:



- 66 Som appelkammeret således korrekt har konstateret i den anfægtede afgørelses punkt 48, er ordet »brownies« klart læseligt i denne anvendelse af det ældre varemærke. Det er ligeledes med føje, at appelkammeret i samme punkt 48 har bemærket, at det fremgår af retspraksis, at når et varemærke består af ordbestanddele og figurative bestanddele, er førstnævnte principielt mere fremtrædende end sidstnævnte, for det er lettere for gennemsnitsforbrugeren at henvise til det pågældende produkt ved at nævne navnet end ved at beskrive den figurative bestanddel i varemærket (jf. dom af 22.5.2008, *NewSoft Technology mod KHIM– Soft (Presto! Bizcard Reader)*, T-205/06, ikke trykt i Sml., EU:T:2008:163, præmis 54 og den deri nævnte retspraksis). Appelkammeret kan heller ikke foreholdes, at det i den anfægtede afgørelses punkt 49 har anført, at de figurative bestanddele i det varemærke, der er gengivet i præmis 65 ovenfor, ikke spillede en vigtig rolle i helhedsindtrykket af tegnet og ikke havde noget iboende semantisk indhold, som gav varemærket et særpræg eller betegnede de pågældende varer. Nævnte figurative bestanddele er således begrænset til en præsentation af ordet »brownies« i en stiliseret gul font, hvor prikken over i'et er en blomst, og eventuelt en uregelmæssig rektangulær ramme.
- 67 Det er således med føje, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 50 fandt, at forskellene mellem dels varemærket i den form, der er gengivet i præmis 65 ovenfor, dels det ældre varemærke i den form, hvori det er blevet registreret, ikke forandrer sidstnævntes særpræg. I henhold til artikel 15, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009 skal brug af varemærket i denne første form betragtes som brug af det ældre varemærke.
- 68 Det er i denne forbindelse uden betydning, at nogle af de varer, der findes i de kataloger, som intervenienten har fremlagt, indeholder ord, som er gengivet på en måde, der i det væsentlige er identisk med den, der er gengivet i præmis 65 ovenfor. Denne omstændighed ændrer ikke noget ved det forhold, at ordet »brownies« forbliver det særlige kendetegn ved det således stiliserede tegn, og at brug af varemærket i denne form betragtes som brug af det ældre varemærke, således som det er registreret.

69 Til slut og for så vidt som sagsøgeren har hævdet, at det ældre varemærke i den stiliserede form, der er gengivet i præmis 65 ovenfor, ser ud til at være blevet anvendt som dekoration og ikke som et varemærke, skal det bemærkes, at et varemærkes vigtigste funktion er at sikre oprindelsen af de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er blevet registreret (jf. præmis 31 ovenfor). Eftersom i det mindste ordmærket »brownies«, optræder i det stiliserede varemærke i den form, der er gengivet i præmis 65 ovenfor, har et vist særpræg, må det konstateres, at det ældre stiliserede varemærke principielt kan opfylde denne vigtige funktion. Den omstændighed, at et figurmærke på grund af dets særlige stilisering, samtidig med, at det har et vist særpræg, også kan tjene som dekoration af den vare, hvorpå det er påsat, er uden betydning for, om et sådant figurmærke kan opfylde et varemærkes væsentligste funktion. Dette gælder så meget desto mere inden for beklædningssektoren i bred forstand, hvor det ikke er usædvanligt, at et stiliseret varemærke anbringes på de pågældende varer. Selv om det stiliserede varemærke i den foreliggende sag derfor også kan anvendes som dekoration af de pågældende varer, opfylder det ikke desto mindre på grund af dets særpræg samtidig et varemærkes væsentligste funktion.

70 Det følger heraf, at sagsøgerens tredje argument må forkastes.

– *Sagsøgerens fjerde argument*

71 For det fjerde har sagsøgeren bemærket, at erklæringen på tro og love hverken er objektiv eller støttet på overensstemmende beviser. Navnlig er den eneste faktura, der er fremlagt til støtte for erklæringen på tro og love, udstedt til The Guide Association Scotland, der er medlem af intervenienten. Denne faktura vedrører således en intern brug af det ældre varemærke og ikke en offentlig brug i forhold til omverdenen. Desuden er de fremlagte koder, der optræder på denne faktura, ikke de samme som dem, der fremgår af de kataloger, som intervenienten har fremlagt. Det er således umuligt at vide, om der er tale om de samme varer.

72 Hvad angår erklæringen på tro og love skal det anføres, at det fremgår af artikel 78, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009 [nu artikel 97, stk. 1, litra f), i forordning 2017/1001], at skriftlige erklæringer, der er afgivet under ed eller på tro og love, eller som har tilsvarende virkning i henhold til lovgivningen i den stat, hvor de er afgivet, navnlig kan udgøre en del af EUIPO's bevisoptagelse.

73 I den foreliggende sag har erklæringen på tro og love form af en »witness statement« (vidneerklæring). Der er således tale om den form, der er beskrevet i regel 32.4, stk. 1, i Civil Procedure Rules (den borgerlige retsplejes regler), der finder anvendelse i England og Wales, hvorefter »[e]n vidneerklæring er en skriftlig erklæring underskrevet af en person, som indeholder det vidnesbyrd, som denne person har bemyndigelse til at fremsætte mundtligt«.

74 Her skal også nævnes den retspraksis, hvorefter sandsynligheden og sandhedsværdien af oplysningerne i et dokument først skal efterprøves, før dets bevisværdi kan vurderes. Der skal bl.a. tages hensyn til dokumentets oprindelse, omstændighederne ved dets udarbejdelse, modtageren af dokumentet og til spørgsmålet, om dokumentet efter sit indhold forekommer fornuftigt og troværdigt (jf. præmis 53 ovenfor).

75 Dels skal det, for så vidt som appellantens har gjort EUIPO's retningslinjer gældende, bemærkes, at disse ikke udgør retsakter, der er bindende ved fortolkningen af EU-retlige bestemmelser (jf. dom af 6.6.2019, Deichmann mod EUIPO, C-223/18 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2019:471, præmis 49 og den deri nævnte retspraksis). Dels må det konstateres, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses præmis 35 fastslog, at bevisværdien af erklæringer fremsat af de berørte parter selv eller af deres ansatte generelt var mindre tungtvejende end beviser fra en uafhængig kilde, hvilket svarer til passagen i EUIPO's retningslinjer, som sagsøgeren har gjort gældende. Netop dette argument fra sagsøgeren er således under alle omstændigheder uvirksomt.

- 76 Som appelkammeret ligesom sagsøgeren hovedsageligt med føje har bemærket i den anfægtede afgørelses præmis 35, fremgår det af retspraksis, at når der er blevet udarbejdet en erklæring som omhandlet i artikel 78, stk. 1, litra f), i forordning 207/2009 af en af de ledende ansatte hos den part, der skal godtgøre reel brug af det ældre varemærke, kan den nævnte erklæring kun tillægges bevisværdi, hvis den bliver underbygget af andre beviser (jf. dom af 9.12.2014, PROFLEX, T-278/12, EU:T:2014:1045, præmis 51 og den deri nævnte retspraksis).
- 77 I den foreliggende sag har appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 36 anført, at erklæringen på tro og love vedrørte den årlige omsætning i forbindelse med beklædningsgenstande, tasker, mærker, papirvarer, koppper og nøgleringe, der blev solgt på markedet i Det Forenede Kongerige under det ældre varemærke mellem 2009 og 2016. Appelkammeret har bemærket, at der ifølge erklæringen på tro og love var blevet solgt et relativt stort antal. Det fremgår desuden af opbygningen af den anfægtede afgørelse, at appelkammeret fandt, at de beviser, som det efterfølgende havde vurderet, nemlig for det første de kataloger, der var blevet fremlagt som bilag 1 til erklæringen på tro og love (den anfægtede afgørelses punkt 37; jf. også præmis 50-57 ovenfor), for det andet de print af flere onlinebutikkers websteder, der findes i bilag 4 i den første række dokumenter (den anfægtede afgørelses punkt 38-40; jf. også præmis 40-43 ovenfor), og for det tredje den faktura, der er blevet fremlagt som bilag 2 til erklæringen på tro og love (den anfægtede afgørelses punkt 41-43), underbyggede de oplysninger, der fremgik af erklæringen på tro og love.
- 78 Hvad angår netop denne faktura har sagsøgeren gjort gældende, at der ikke kunne tages hensyn til denne, eftersom den vedrører intern brug af det ældre varemærke og ikke en offentlig brug i forhold til omverdenen.
- 79 I denne henseende har EUIPO og intervenienten med føje bemærket, at intervenienten i sine bemærkninger af 29. juni 2017, der blev fremsat inden for rammerne af sagsbehandlingen ved indsigelsesafdelingen, havde fremlagt beviser, hvoraf det fremgår, at modtageren af den pågældende faktura, The Guide Association Scotland (også kendt under navnet Girlguiding Scotland), er en uafhængig velgørende organisation i Skotland, der har sine egne vedtægter og sin egen bestyrelse.
- 80 Det er ganske vist med føje, at sagsøgeren har gjort gældende, at modtageren af fakturaen indgår i det globale net Girlguiding UK, hvilket hverken EUIPO eller intervenienten i øvrigt har benægtet. Den hypotese, som sagsøgeren har fremsat, hvorefter modtageren af den pågældende faktura er en forening, som er medlem af intervenienten med den begrundelse, at denne er en større sammenslutning, og der er tale om en og samme organisation, modsiges af de beviser, der er nævnt i præmis 79 ovenfor, og som intervenienten har fremlagt i forbindelse med sagsbehandlingen ved EUIPO. Den omstændighed, at to velgørende organisationer, der rent juridisk er uafhængige af hinanden, samarbejder i et netværk, som de udgør en del af, betyder ikke, at der i realiteten er tale om den samme juridiske organisation, som sagsøgeren har hævdet.
- 81 Dette gælder så meget desto mere den pågældende faktura, eftersom den ikke er udstedt af intervenienten selv, men af dennes handelsgren, nemlig det adskilte selskab Guide Association Trading Services.
- 82 I denne forbindelse skal det bemærkes, at når indehaveren af et varemærke fremlægger dokumentation for en tredjeparts brug af dette varemærke til støtte for den hævdede reelle brug af varemærket, tilkendegiver denne indirekte, at denne brug er sket med hans samtykke som omhandlet i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 (jf. dom af 13.1.2011, PINE TREE, T-28/09, ikke trykt i Sml., EU:T:2011:7, præmis 62 og den deri nævnte retspraksis).
- 83 Det følger heraf, at i modsætning til det af sagsøgeren hævdede kan den brug af det ældre varemærke, der er underbygget af den pågældende faktura, ikke anses for at udspringe fra den virksomhed, der er indehaver af det ældre varemærke eller i et distributionsnet, som ejes eller kontrolleres af denne.

- 84 Appellkammeret har således uden at begå noget fejlskøn hovedsageligt fastslået i den anfægtede afgørelses punkt 41 og 42, at fakturaen vedrørte offentlig brug og brug i forhold til omverdenen af det ældre varemærke, og at der derfor skulle tages hensyn hertil ved vurderingen af, om intervenienten havde godtgjort reel brug af det ældre varemærke.
- 85 Hvad angår til slut sagsøgerens argument om, at varekoderne på den pågældende faktura ikke var de samme som varekoderne i de kataloger, som intervenienten havde fremlagt, skal der henvises til betragtningerne i præmis 57 ovenfor, hvoraf det fremgår, at dette argument er ubegrundet.
- 86 På baggrund af det ovenstående må det konkluderes, at appelkammeret med føje har kunnet betragte de kataloger, der er fremlagt som bilag 1 til erklæringen på tro og love, printene af flere onlinebutikkers websteder i bilag 4 i den første række dokumenter og den faktura, der er blevet fremlagt som bilag 2 til erklæringen på tro og love, udgjorde beviser, der underbyggede erklæringen på tro og love, og at denne erklæring derfor skulle tillægges bevisværdi.
- 87 Sagsøgerens fjerde argument må herefter forkastes.

– *Sagsøgerens femte argument*

- 88 For det femte er sagsøgeren af den opfattelse, at eftersom de beviser, som intervenienten har fremlagt, ikke kan godtgøre en reel brug af det ældre varemærke i den relevante periode, er der ingen grund til at foretage en samlet vurdering af disse beviser i den foreliggende sag.
- 89 Henset til Rettens betragtninger i præmis 36-87 ovenfor vedrørende sagsøgerens første til fjerde argument må det konstateres, at intervenienten i modsætning til det af sagsøgeren fremførte rent faktisk har fremlagt relevante beviser for reel brug af det ældre varemærke i den relevante periode, og at appelkammeret med føje tog hensyn hertil med henblik på en samlet vurdering. Sagsøgerens femte argument må herefter forkastes.
- 90 Under alle omstændigheder er den samlede vurdering af alle beviserne, som appelkammeret har foretaget i den anfægtede afgørelses punkt 51 og 52, ikke behæftet med et fejlskøn. Appellkammeret fandt således hovedsageligt, at erklæringen på tro og love var støttet på forskellige kataloger, en faktura, onlinebutikkers websteder, artikler og publikationer, og at disse beviser godtgjorde, at intervenienten havde gjort reel brug af det ældre varemærke i forbindelse med de i præmis 6 ovenfor nævnte varer og tjenesteydelser. Som EUIPO med føje har bemærket, henvender intervenientens varer med det ældre varemærke sig hovedsageligt til en specifik nichegruppe, nemlig piger fra syv til ti år, som er medlemmer af Girlguiding UK, som ifølge oplysningerne i erklæringen på tro og love har ca. 200 000 medlemmer. Under disse omstændigheder må den omsætning, der fremgår af erklæringen på tro og love, betragtes som relativt stor for den pågældende sektor. I lyset af den omstændighed, at denne omsætning hovedsageligt har været stabil i hele den relevante periode, kunne appelkammeret med føje konkludere, at intervenienten alt i alt havde godtgjort reel brug af det ældre varemærke.

– *Konklusion*

- 91 Ingen af de argumenter, som sagsøgeren har fremført til støtte for det enkelte anbringende, er således begrundet.
- 92 For så vidt som sagsøgeren desuden i retsmødet har gjort gældende, at den anfægtede afgørelse ikke er i overensstemmelse med beslutningspraksis i appelkamrene under EUIPO, skal det bemærkes, at sagsøgeren ikke har fremført dette argument i stævningen, hvilket selskabet erkendte i retsmødet.

- 93 Derefter fremgår det af retspraksis, at EUIPO har en pligt til at udøve sine beføjelser i overensstemmelse med EU-rettens generelle principper, såsom ligebehandlingsprincippet og princippet om »god forvaltningsskik«. Under hensyn til de to sidstnævnte principper skal EUIPO i forbindelse med vurderingen af de beviser, der skal godtgøre reel brug af et ældre varemærke, tage hensyn til de afgørelser, der allerede er truffet om lignende ansøgninger, og nøje overveje, hvorvidt der skal træffes en lignende afgørelse. Ligebehandlingsprincippet og princippet om »god forvaltningsskik« skal dog forliges med legalitetsprincippet. En person, der gør en manglende reel brug af et ældre varemærke gældende til støtte for en indsigelse, kan følgelig ikke til egen fordel påberåbe sig en eventuel ulovlighed, der er begået til fordel for andre, med henblik på at opnå identisk afgørelse (jf. analogt dom af 10.3.2011, Agencja Wydawnicza Technopol mod KHIM, C-51/10 P, EU:C:2011:139, præmis 73-76 og den deri nævnte retspraksis).
- 94 I den foreliggende sag har det i modsætning til, hvad der har kunnet være tilfældet med visse beviser forelagt for EUIPO i forbindelse med andre sager og med det formål at påvise reel brug af et ældre varemærke, vist sig, at det var med rette, at appelkammeret fandt, at de beviser, som intervenienten har fremlagt, var tilstrækkelige til at godtgøre, at denne havde gjort reel brug af det ældre varemærke.
- 95 Under disse omstændigheder kan sagsøgeren under alle omstændigheder ikke med føje gøre tidligere afgørelser fra EUIPO gældende med henblik på at afkræfte denne konklusion, og det er således ufornuddent at tage stilling til realiteten af dette argument, der blev fremsat for første gang i retsmødet.
- 96 Følgelig må sagsøgerens enkelte anbringende, dennes påstande om annulatioon såvel som om omgørelse og søgsmålet i dets helhed forkastes.

Sagsomkostninger

- 97 Ifølge procesreglementets artikel 134, stk. 1, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. Sagsøgeren har tabt sagen og bør derfor pålægges at betale sagsomkostningerne i overensstemmelse med EUIPO's og intervenientens påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Tredje Afdeling):

1) Den Europæiske Unions Kontor for Intellectuel Ejendomsret (EUIPO) frifindes.

2) Grupo Textil Brownie, SL betaler sagsomkostningerne.

Frimodt Nielsen

Kreuschitz

Póltorak

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 30. januar 2020.

Underskrifter