



# Rättsfallssamlingen

TRIBUNALENS DOM (femte avdelningen)

den 4 oktober 2018\*

”EU-varumärke – Ogiltighetsförfarande – EU-ordmärket FLÜGEL – De äldre nationella ordmärkena ...  
VERLEIHT FLÜGEL och RED BULL VERLEIHT FLÜÜÜGEL – Relativa registreringshinder –  
Rättighetsförlust till följd av passivitet – Artikel 54.2 i förordning (EG) nr 207/2009 (nu artikel 61.2 i  
förordning (EU) 2017/1001) – Risk för förväxling föreligger inte – Varuslagslikhet föreligger inte –  
Artikel 53.1 a i förordning nr 207/2009 (nu artikel 60.1 a i förordning 2017/1001) – Artikel 8.1 i  
förordning nr 207/2009 (nu artikel 8.1 i förordning 2017/1001)”

I mål T-150/17,

**Asolo Ltd**, Limassol (Cypern), företrätt av advokaterna W. Pors och N. Dorenbosch,

klagande,

mot

**Europeiska unionens immaterialrättsmyndighet (EUIPO)**, företräd av M. Capostagno,  
A. Folliard-Monguiral och D. Walicka, samtliga i egenskap av ombud,

motpart,

varvid motparten i förfarandet vid EUIPO:s överklagandenämnd, som intervenerat vid tribunalen, var

**Red Bull GmbH**, Fuschl am See (Österrike), företrätt av advokaterna A. Renck och S. Petivlasova,

angående ett överklagande av det beslut som meddelades av EUIPO:s femte överklagandenämnd den  
17 november 2016 (ärende R 282/2015-5) om ett ogiltighetsförfarande mellan Red Bull och Asolo,

meddelar

TRIBUNALEN (femte avdelningen),

sammansatt av ordföranden D. Gratsias (referent) samt domarna A. Dittrich och P.G. Xuereb,

justitiesekreterare: handläggaren X. Lopez Bancalari,

med beaktande av överklagandet som inkom till tribunalens kansli den 8 mars 2017,

med beaktande av EUIPO:s svarsskrivelse som inkom till tribunalens kansli den 23 maj 2017,

med beaktande av intervenientens svarsskrivelse som inkom till tribunalens kansli den 6 juni 2017,

\* Rättegångsspråk: engelska.

med beaktande av tribunalens skriftliga frågor till parterna och deras svar på frågorna som inkom till tribunalens kansli den 6 mars 2018,

efter förhandlingen den 12 april 2018,

följande

## Dom

### Bakgrund till tvisten

- 1 Den 24 september 1997 ingav International Licensing Services, en av de rättsliga föregångarna till klagandebolaget Asolo Ltd, en ansökan om registrering av EU-varumärke till Europeiska unionens immaterialrättsmyndighet (EUIPO) i enlighet med rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken (EGT L 11, 1994, s. 1; svensk specialutgåva, område 17, volym 2, s. 3), i dess ändrade lydelse (ersatt av rådets förordning (EG) nr 207/2009 av den 26 februari 2009 om EU-varumärken (EUT L 78, 2009, s. 1), i dess ändrade lydelse, vilken i sin tur har ersatts av Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2017/1001 av den 14 juni 2017 om EU-varumärken (EUT L 154, 2017, s. 1)).
- 2 Det sökta varumärket utgörs av ordkännetecknet FLÜGEL.
- 3 De varor som registreringsansökan avsåg omfattas av klasserna 32 och 33 i Niceöverenskommelsen om internationell klassificering av varor och tjänster vid varumärkesregistrering av den 15 juni 1957, med ändringar och tillägg, och motsvarar, för var och en av dessa klasser, följande beskrivning:
  - Klass 32: "Öl; mineral- och kolsyrat vatten samt andra icke alkoholhaltiga drycker; fruktdrycker och -juicer; safter och andra koncentrat för framställning av drycker".
  - Klass 33: "Alkoholhaltiga drycker (ej öl)".
- 4 Registreringsansökan offentliggjordes i *Bulletinen för gemenskapsvarumärken* nr 1998/45 av den 22 juni 1998, och varumärket registrerades den 1 februari 1999.
- 5 Den 7 september 2006 registrerade EUIPO överlåtelsen av det omstridda varumärket till klagandebolaget.
- 6 Den 5 december 2011 ingav intervenienten, Red Bull GmbH, en ansökan om ogiltighetsförklaring enligt artikel 53.1 a i förordning nr 207/2009 (nu artikel 60.1 a i förordning 2017/1001), jämförd med artikel 8.1 b och 8.5 i samma förordning (nu artikel 8.1 b och 8.5 i förordning 2017/1001).
- 7 Ansökan om ogiltighetsförklaring grundade sig på följande äldre rättigheter:
  - ordkännetecknet ...VERLEIHT FLÜGEL, som är registrerat som varumärke i Österrike under nummer 175793, och
  - ordkännetecknet RED BULL VERLEIHT FLÜÜÜGEL, som är registrerat som varumärke i Österrike under nummer 161298.
- 8 De två äldre nationella varumärkena har registrerats för varorna "energidrycker" som omfattas av klass 32.

- 9 I beslut av den 2 december 2014 konstaterade annulleringsenheten, med åberopande av meddelande nr 2/12 från EUIPO:s ordförande av den 20 juni 2012 avseende användningen av klassrubriker i förteckningarna över varor och tjänster vid ansökan om och registrering av gemenskapsvarumärken (harmoniseringskontorets officiella tidning 7/2012), att "alkoholhaltiga essenser; alkoholhaltiga extrakt; alkoholhaltiga fruktextrakt" i förevarande fall skulle bedömas på samma sätt som varorna "alkoholhaltiga drycker" som omfattas av klass 33.
- 10 Annulleringsenheten fann, med hänvisning till det renommé som det äldre varumärket ...VERLEIHT FLÜGEL (nedan kallat det äldre varumärket) har, att det av processekonomiska skäl var nödvändigt att grunda dess slutsatser på detta varumärkes renommé. Med hänsyn till detta varumärkes renommé, det samband mellan det äldre varumärket och det omstridda varumärket som enligt allmänhetens uppfattning kunde föreligga och möjligheten att innehavaren av det omstridda varumärket skulle kunna dra otillbörlig fördel av det äldre varumärket, beslutade annulleringsenheten, med stöd av artikel 53.1 a i förordning nr 207/2009, jämförd med artikel 8.5 i samma förordning, att bifalla ansökan om ogiltighetsförklaring för alla de varor som omfattas av det omstridda varumärket. Vad vidare beträffar den av klagandebolaget åberopade rättighetsförlusten till följd av passivitet, fann annulleringsenheten att det i förevarande fall inte var nödvändigt att tillämpa artikel 54 i förordning nr 207/2009 (nu artikel 61 i förordning 2017/1001), eftersom det, även om intervenienten kände till förekomsten av det omstridda varumärket, inte hade visats att intervenienten hade förhållit sig passiv till att det användes i Österrike och varit medveten om denna användning under den period som var relevant i detta fall, det vill säga från den 5 december 2006 till den 5 december 2011.
- 11 Den 29 januari 2015 ingav klagandebolaget, med stöd av artiklarna 58–64 i förordning nr 207/2009 (nu artiklarna 66–71 i förordning 2017/1001), ett överklagande av annulleringsenhetens beslut att bifalla intervenientens ansökan om ogiltighetsförklaring till EUIPO.
- 12 Genom beslut av den 17 november 2016 (nedan kallat det angripna beslutet) avslog EUIPO:s femte överklagandenämnd överklagandet.
- 13 Närmare bestämt fastställde överklagandenämnden, för det första, annulleringsenhetens beslut, i den del den hade underkänt påståendet om intervenientens rättighetsförlust till följd av passivitet. Överklagandenämnden ansåg i det avseendet att den bevisning som klagandebolaget hade lagt fram vid annulleringsenheten inte var tillräcklig för att dra slutsatsen att intervenienten hade varit medveten om eller rimligen kunde antas ha varit medveten om användningen av det omstridda varumärket. Vad beträffar den bevisning som klagandebolaget för första gången lade fram vid överklagandenämnden, ansåg överklagandenämnden att den inte kunde anses utgöra ytterligare eller kompletterande bevisning, i den mening som avses i rättspraxis. Under alla omständigheter ansåg överklagandenämnden att även om den borde ha beaktat denna bevisning, skulle dess slutsats ha varit oförändrad, med hänsyn till bevisningens bevisvärde och omfattningen av den styrkta användningen. Överklagandenämnden ansåg även att den omständigheten att intervenienten hade känt till eller kunde ha känt till registreringen av det omstridda varumärket, på grund av en tvist mellan intervenienten och klagandebolaget i Tyskland, inte räckte för att styrka att intervenienten hade varit medveten om användningen av detta varumärke i Österrike.
- 14 För det andra ansåg överklagandenämnden att det av processekonomiska skäl var lämpligt att pröva ansökan om ogiltighetsförklaring på grundval av artikel 8.1 b i förordning nr 207/2009. I det avseendet konstaterade överklagandenämnden först att omsättningskretsen i förevarande fall bestod av österrikiska genomsnittskonsumenter, samtidigt som den framhöll att "energidryckerna" snarare var riktade mot en ung omsättningskrets. Vad vidare beträffar de varor som omfattas av de motstående kännetecknen, konstaterade överklagandenämnden att varorna "energidrycker", som omfattas av det äldre varumärket, delvis var identiska med och delvis var i medelhög grad av liknande slag som de varor som omfattas av det omstridda varumärket. Närmare bestämt fann överklagandenämnden att eftersom "andra icke alkoholhaltiga drycker" innefattade "energidrycker", var dessa varor identiska. Eftersom varorna "öl; mineral- och kolsyrat vatten; fruktdrycker och -juicer", vilka omfattas av det

omstridda varumärket, alla utgör drycker och alla har samma användningsområde som "energidrycker", vilka omfattas av det äldre varumärket, nämligen att "släcka törsten", utgör de varor som konkurrerar med "energidrycker", och de kan köpas vid samma försäljningsställen och ska därför anses vara i medelhög grad av liknande slag som "energidrycker". Detsamma gällde varorna "safter och andra koncentrat för framställning av drycker". Vad slutligen beträffar varorna "alkoholhaltiga drycker", fann överklagandenämnden att de hade ett visst samband med "energidrycker". Med åberopande av dom av den 9 mars 2005, Osotspa/harmoniseringskontoret – Distribution & Marketing (Hai) (T-33/03, EU:T:2005:89), konstaterade överklagandenämnden att annulleringsenheten korrekt hade påpekat att alkoholhaltiga drycker ofta blandas med energidrycker "och/eller konsumeras tillsammans". Detsamma gällde varorna "alkoholhaltiga essenser; alkoholhaltiga extrakt; alkoholhaltiga fruktextrakt".

- 15 Vad, för det tredje, beträffar jämförelsen mellan de motstående kännetecknen, fann överklagandenämnden att kännetecknen i medelhög grad liknade varandra i visuellt och fonetiskt hänseende, eftersom de sammanföll åtminstone genom de två stavelserna "flü" och "gel". Detsamma gällde även i begreppsmässigt hänseende, eftersom de två kännetecknen hänvisar till begreppet "vinge".
- 16 För det fjärde ansåg överklagandenämnden att beståndsdelen "flügel" var den dominerade beståndsdelen i det äldre varumärket. För det femte ansåg överklagandenämnden även att det av processekonomiska skäl inte var nödvändigt att undersöka den bevisning som hade lagts fram i syfte att styrka det äldre varumärkets förhöjda särskiljningsförmåga och den grundade sin bedömning på detta varumärkes ursprungliga särskiljningsförmåga.
- 17 I samband med helhetsbedömningen av risken för förväxling mellan de motstående kännetecknen, drog överklagandenämnden slutsatsen att likheterna mellan de aktuella kännetecknen, mot bakgrund av dess konstateranden som har angetts ovan i punkterna 14–16 och med hänsyn till "principen om en oklar minnesbild" och samspelet mellan olika faktorer, var tillräckliga för att det skulle föreligga en risk för förväxling i fråga om de varor som omfattas av dessa kännetecken.
- 18 Överklagandenämnden slog slutligen fast att annulleringsenheten hade fel i sitt resonemang vad beträffade artikel 8.5 i förordning nr 207/2009. Av det skälet ogiltigförklarade överklagandenämnden, i punkt 2 i beslutsdelen i det angripna beslutet, annulleringsenhetens beslut, "eftersom en prövning enligt artikel 8.5 i förordningen inte var nödvändig i detta fall".

### **Parternas yrkanden**

- 19 Klagandebolaget har yrkat att tribunalen ska
  - ogiltigförklara det angripna beslutet, och
  - förplikta EUIPO och intervenienten att ersätta rättegångskostnaderna.
- 20 EUIPO och intervenienten har yrkat att tribunalen ska
  - ogilla överklagandet, och
  - förplikta klagandebolaget att ersätta rättegångskostnaderna.

## Rättslig bedömning

- 21 Klagandebolaget har åberopat två grunder till stöd för sitt överklagande. Den första grunden avser åsidosättande av artikel 54.2 i förordning nr 207/2009 (nu artikel 61.2 i förordning 2017/1001), och den andra grunden avser åsidosättande av artikel 53.1 a i nämnda förordning, jämförd med artikel 8.1 b i samma förordning.
- 22 Innan tribunalen prövar de grunder som klagandebolaget har åberopat, är det lämpligt att precisera det angripna beslutets räckvidd.

### *Det angripna beslutets räckvidd*

- 23 Enligt punkt 2 i slutet i det angripna beslutet ogiltigförklarades annulleringsenhetens beslut ”eftersom en prövning enligt artikel 8.5 i [förordning nr 207/2009] inte var nödvändig”. Överklagandenämnden angav i punkt 82 i det angripna beslutet att annulleringsenheten hade ”fel i sitt resonemang, eftersom en prövning enligt artikel 8.5 i [förordning nr 207/2009] inte var nödvändig i detta fall”.
- 24 Mot bakgrund av det angripna beslutet i sin helhet ska det, i likhet med vad parterna uppgav när de tillfrågades om detta vid förhandlingen, anses att punkt 2 i slutet i det angripna beslutet ska tolkas så, att överklagandenämnden endast ersatte annulleringsenhetens bedömning med sin egen, genom att stödja det omtvistade varumärkets ogiltighet på ett annat skäl än det som annulleringsenheten gav företräde åt, med utövande av sina befogenheter enligt artikel 64 i förordning nr 207/2009.

### *Den första grunden: Åsidosättande av artikel 54.2 i förordning nr 207/2009*

- 25 Klagandebolaget har, för det första, hävdatt att överklagandenämnden felaktigt slog fast att den bevisning som bolaget lade fram för första gången i samband med dess överklagande vid nämnden, för att styrka att villkoren för att tillämpa artikel 54.2 i förordning nr 207/2009 var uppfyllda, utgjorde otillåten bevisning. Klagandebolaget har mer specifikt gjort gällande att ytterligare bevis enligt rättspraxis kan beaktas i andra instans när de ursprungliga bevisen, såsom i förevarande fall, har ansetts vara otillräckliga. Enligt klagandebolaget står det klart att den nya bevisningen syftade till att bekräfta eller klargöra den bevisning som inledningsvis ingavs vid EUIPO:s instanser. Klagandebolaget har även gjort gällande att det följer av rättspraxis att det inte är nödvändigt att ange något skäl till att bevis inges för sent eller ge en förklaring till sambandet mellan den nya bevisningen och den bevisning som lades fram i första instans. Slutligen anser klagandebolaget att överklagandenämnden inte utövade det utrymme för skönmässig bedömning som den förfogade över när det gäller att beakta bevisning som har ingetts för sent på ett objektiva och välgrundat sätt och att den därför inte uppfyllde kravet på motivering som åligger den enligt rättspraxis.
- 26 Klagandebolaget har för det andra gjort gällande att överklagandenämnden gjorde en felaktig bedömning när den fann att även om det skulle anses att den nya bevisningen var tillåten, var den under alla omständigheter inte tillräcklig för att styrka att intervenienten faktiskt varit medveten om användningen av det omstridda varumärket.
- 27 Närmare bestämt anser klagandebolaget att överklagandenämnden gjorde en felaktig bedömning när den ansåg att uttalandet av arrangören av Westendorf-festivalen (Österrike), S. – som hade uppgett att han under festivalen hade talat med representanter för intervenienten om ”drycken Flügel” – hade ett ”lågt bevisvärde”, vilket överklagandenämnden inte heller styrkte i tillräcklig grad. Detta uttalande borde dock ha räckt för att visa att intervenienten hade varit faktiskt medveten om användningen av det omstridda varumärket i Österrike. Vidare anser klagandebolaget att överklagandenämnden felaktigt underlät att beakta den omständigheten att den dryck som skyddas av det omstridda varumärket bjöds ut till försäljning i 19 barer i Österrike, liksom även intervenientens vara. I motsats

till överklagandenämndens slutsatser, anser klagandebolaget att antalet sådana inrättningar inte i sig är relevant i förevarande fall, eftersom det faktum att de varor som skyddas av de motstående kännetecknen bjuds ut till försäljning vid samma inrättningar räcker för att styrka att intervenientens representanter var medvetna om användningen av det omstridda varumärket.

- 28 Även om man inte beaktar denna ytterligare bevisning, har klagandebolaget hävdade att bolaget under alla omständigheter hade lagt fram tillräckliga bevis för att villkoren i artikel 54.2 i förordning nr 207/2009 var uppfyllda i förevarande fall. Vad beträffar de fakturor som ingavs till annulleringsenheten avseende åren 2005 och 2006, gjorde överklagandenämnden en felaktig bedömning när den fastställde att de kvantitativa kraven var relevanta för att fastslå en miniminivå för användningen av det omstridda varumärket. Klagandebolaget har i det avseendet framhållit att uttrycket ”användning” i den mening som avses i artikel 54.2 i förordning nr 207/2009 inte motsvarar begreppet ”verkligt bruk”, och att det i förevarande fall räcker att visa att intervenienten var medveten om eller rimligen kunde antas vara medveten om denna användning. Klagandebolaget har dessutom kritiserat överklagandenämnden för att den underlät att ta hänsyn till tvisten mellan klagandebolaget och dess dotterbolag, å ena sidan, och intervenienten, å andra sidan, sedan år 2001, angående användningen av det omtvistade varumärket i Nederländerna och i Benelux. Överklagandenämnden beaktade inte heller uttalandet av en österrikisk sångare som klagandebolaget hade ingett, av det skälet att det inte innehöll en objektiv bedömning av tredje man, utan att överklagandenämnden på korrekt sätt motiverade sin slutsats.
- 29 Enligt klagandebolaget drog slutligen överklagandenämnden slutsatsen att ”varje enskilt bevis [var] i sig otillräckligt”, trots att den inte borde ha bedömt dessa bevis separat, utan som en helhet.
- 30 EUIPO och intervenienten har bestritt dessa argument.
- 31 Enligt fast rättspraxis krävs det att fyra villkor är uppfyllda för att fristen för rättighetsförlust till följd av passivitet ska börja löpa, i de fall det föreligger användning av ett yngre varumärke som antingen är identiskt med det äldre varumärket eller som är så likt detta att det finns risk för förväxling. För det första måste det yngre varumärket vara registrerat, för det andra måste innehavaren av det yngre varumärket ha gjort ansökan i god tro, för det tredje måste varumärket användas i den medlemsstat där det äldre varumärket är skyddat och slutligen, för det fjärde, måste innehavaren av det äldre varumärket ha varit medveten om användningen av detta varumärke efter dess registrering (se dom av den 20 april 2016, Tronios Group International/EUIPO – Sky (SkyTec), T-77/15, EU:T:2016:226, punkt 30 och där angiven rättspraxis).
- 32 Av denna rättspraxis framgår också att artikel 54.2 i förordning nr 207/2009 utgör en sanktionsåtgärd gentemot de innehavare av äldre varumärken som förhållit sig passiva till att ett yngre EU-varumärke använts under en sammanhängande femårsperiod, men som varit medvetna om denna användning, genom att de går miste om rätten att ansöka om ogiltighetsförklaring av och framställa invändningar mot detta varumärke. Denna bestämmelse syftar sålunda till att varumärkesinnehavarens intresse av att varumärkets grundläggande funktion bevaras ska vägas mot andra ekonomiska aktörers intresse av att kännetecknen som kan beteckna deras varor eller tjänster hålls fria. Detta syfte förutsätter att innehavaren av ett äldre varumärke, för att bevara denna grundläggande funktion, kan motsätta sig bruk av ett yngre varumärke som är identiskt med eller liknar det äldre varumärket. Det är nämligen först från den tidpunkt då innehavaren av det äldre varumärket känner till bruket av det yngre EU-varumärket som vederbörande kan välja att inte tolerera detta bruk och motsätta sig detsamma eller ansöka om ogiltighetsförklaring av det yngre varumärket, varvid tidsfristen för rättighetsförlust till följd av passivitet börjar löpa (se dom av den 20 april 2016, SkyTec, T-77/15, EU:T:2016:226, punkt 31 och där angiven rättspraxis).

- 33 En teleologisk tolkning av artikel 54.2 i förordning nr 207/2009 ger vid handen att den relevanta tidpunkten för beräkningen av när fristen för rättighetsförlust börjar löpa är den tidpunkt då vederbörande blev medveten om att det yngre varumärket använts (se dom av den 20 april 2016, SkyTec, T-77/15, EU:T:2016:226, punkt 32 och där angiven rättspraxis).
- 34 På samma sätt kräver denna tolkning att innehavaren av det yngre varumärket framlägger bevis för att innehavaren av det äldre varumärket faktiskt var medveten om att det förstnämnda varumärket används, varvid avsaknad av sådan medvetenhet innebär att innehavaren av det äldre varumärket inte kan motsätta sig användning av det yngre varumärket. Det är nämligen nödvändigt att i det avseendet beakta den motsvarande regel om rättighetsförlust till följd av passivitet som avses i artikel 9.1 i rådets första direktiv 89/104/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar (EGT L 40, 1989, s. 1; svensk specialutgåva, område 13, volym 17, s. 178), vilken har ersatts av artikel 9.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/95/EG av den 22 oktober 2008 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar (EUT L 299, 2008, s. 25). Med avseende på denna regel preciserar det elfte skälet i första direktivet 89/104 och skäl 12 i direktiv 2008/95 att detta skäl för rättighetsförlust är tillämpligt när innehavaren av det äldre varumärket ”i vetskap därom har tillåtit användning ... under en längre tid”, det vill säga ”avsiktligen” eller ”med full kännedom om omständigheterna”. Denna bedömning är med nödvändig anpassning tillämplig på artikel 54.2 i förordning nr 207/2009 vars lydelse motsvarar lydelsen av artikel 9.1 i första direktivet 89/104 och i direktiv 2008/95 (se dom av den 20 april 2016, SkyTec, T-77/15, EU:T:2016:226, punkt 33 och där angiven rättspraxis).
- 35 Innehavaren av ett varumärke som har bestritts genom en ansökan om ogiltighetsförklaring kan följaktligen inte nöja sig med att bevisa att innehavaren av ett äldre varumärke möjligen var medveten om användningen av det omstridda varumärket eller att presentera samstämmiga indicier på grundval av vilka det kan uppstå en presumtion om att sådan medvetenhet eventuellt var för handen (se, för ett liknande resonemang och analogt, dom av den 20 april 2016, SkyTec, T-77/15, EU:T:2016:226, punkt 34).
- 36 Eftersom överklagandenämnden fann att det i förevarande fall inte hade styrkts att det förelåg en faktisk medvetenhet om användningen av det omstridda varumärket, med beaktande av samtliga bevis som klagandebolaget hade lagt fram, däribland de bevis som bolaget hade ingett för sent, ska tribunalen först undersöka, mot bakgrund av den rättspraxis som har angetts i punkterna 31–35 ovan, de argument som klagandebolaget har åberopat vad beträffar innehållet i och bevisvärdet av den bevisning som bolaget lade fram vid EUIPO:s instanser.
- 37 Vad först beträffar klagandebolagets påstående om att överklagandenämnden undersökte varje bevis separat och därför inte beaktade dessa bevis som en helhet (se ovan punkt 29), konstaterar tribunalen att detta påstående grundar sig på en felaktig tolkning av det angripna beslutet.
- 38 Överklagandenämnden beaktade nämligen inte varje bevis separat. Den undersökte visserligen innehållet i och det individuella bevisvärdet av vart och ett av dessa bevis, men – såsom framgår av punkt 21 i det angripna beslutet – den slog uttryckligen fast, med hänvisning till annulleringsenhetens beslut som den fastställde i det avseendet, att dessa bevis, som helhet, inte var tillräckliga för att styrka att intervenienten faktiskt var medveten om användningen av det omstridda varumärket.
- 39 Såsom framgår av punkterna 27 och 28 i det angripna beslutet, gäller detta även de bevis som klagandebolaget ingav för sent vid EUIPO:s instanser.
- 40 Tribunalen ska därefter undersöka de argument som klagandebolaget har åberopat beträffande innehållet i och bevisvärdet av de bevis som bolaget lade fram vid EUIPO:s instanser.

- 41 Vad, för det första, beträffar de fakturor som ingavs till annulleringsenheten avseende åren 2005 och 2006 (se ovan punkt 28), ska det konstateras att överklagandenämnden gjorde en riktig bedömning när den slog fast att dessa visade en nivå av användning av det omstridda varumärket som inte var tillräcklig för att styrka att intervenienten faktiskt var medveten om denna användning.
- 42 Även om, såsom har slagits fast, en relativt begränsad försäljningsvolym visserligen kan visa att ett varumärke har använts i viss utsträckning, kan denna volym, såsom i förevarande fall, vara otillräcklig för att styrka att den som har ingett ansökan om ogiltighetsförklaring faktiskt var medveten om denna användning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 20 april 2016, SkyTec, T-77/15, EU:T:2016:226, punkt 44) eller, under alla omständigheter, för att det ska kunna antas, utan någon som helst tvekan, att den sistnämnda faktiskt var medveten om den påtalade användningen. Tvärtemot vad klagandebolaget har hävdat, uppställde överklagandenämnden följaktligen inte några kvantitativa krav vad gäller användningen av det omstridda varumärket i förevarande fall som inte föreskrivs i artikel 54.2 i förordning nr 207/2009. Med hänsyn till detta konstaterande och eftersom klagandebolaget inte har lagt fram någon särskild uppgift som styrker att intervenientens representanter var faktiskt medvetna om användningen av det omstridda varumärket, utan bolaget endast har framfört allmänna påståenden om att de varor som omfattas av de motstående varumärkena bjuds ut till försäljning vid samma inrättningar, kan tribunalen inte godta klagandebolagets argument i det avseendet som har angetts i punkt 27 ovan.
- 43 Vad, för det andra, beträffar uttalandet av en österrikisk sångare, R., konstaterar tribunalen, i likhet med EUIPO, att enbart sångarens påstående om att alkoholhaltiga drycker hade saluförts under det omstridda varumärket vid en inrättning i Österrike före december 2006 och att sångaren själv hade sponsrats av klagandebolaget sedan år 2005 inte kunde styrka att intervenienten var medveten om användningen av det omstridda varumärket. Detta påstående bekräftas nämligen inte av någon konkret uppgift som bevisar klagandebolagets sponsring av R. eller den publicitet som ska ha getts åt denna affärstransaktion och än mindre några bevis för försäljningen eller exponeringen av de drycker som salufördes under det omstridda varumärket vid den inrättning som R. syftar på. Uttalandet innehåller inte heller någon konkret uppgift som gör det möjligt att identifiera de representanter för intervenienten som "regelbundet" ska ha besökt den inrättning som R. åsyftar.
- 44 Vad, för det tredje, beträffar reklamaffischen för festivalen "Feestweek" som anordnades i mars 2005 i Westendorf i Tyrolen (Österrike), vilken innehåller uttrycket "Mmv FLÜGEL Events", ska, förutom det faktum att detta uttryck anges med små bokstäver och därför inte nödvändigtvis väcker uppmärksamhet, det konstateras att detta uttryck inte kan uppfattas som om det nödvändigtvis hänvisar till ett sådant varumärke som det omstridda varumärket.
- 45 Vad, för det fjärde, beträffar uttalandet av S. (se punkt 27 ovan), konstaterar tribunalen att det inte innehåller någon särskild uppgift om de besök som intervenientens representanter påstås ha gjort vid hans inrättning och närmare bestämt finns det inte någon uppgift som gör det möjligt att identifiera den försäljningsrepresentant som S. har hänvisat till. Den omständigheten att S. har uppgett sig "vara beredd att upprepa sitt uttalande vid domstol" kan inte i sig öka bevisvärdet av hans yttranden.
- 46 Det ska för övrigt konstateras att klagandebolaget i sitt överklagande inte alls har specifikt ifrågasatt överklagandenämndens bedömning av de övriga bevis som bolaget hade ingett till EUIPO:s instanser.
- 47 Slutligen ska överklagandenämndens slutsatser beträffande domstolsförfarandena mellan klagandebolaget och intervenienten i andra medlemsstater än Österrike fastställas. Klagandebolaget har i denna fråga inskränkt sig till allmänna påståenden om exempelvis intervenientens grundares personliga inblandning i de aktuella målen, dock utan att lägga fram några konkreta bevis som skulle kunna stödja dessa påståenden.



- 48 Vidare framgår det av parternas inlagor att de tvister som det hänvisas till i förevarande mål inte avsåg användningen av det omstridda EU-varumärket, utan användningen av andra kännetecken. Enligt EUIPO (se punkt 53 i svarsskrivelsen) omnämndes endast registreringen av det omstridda varumärket i samband med dessa tvister, och inte varumärkets användning i Europeiska unionen och än mindre i Österrike. I likhet med EUIPO konstaterar därför tribunalen att den omständigheten att intervenienten eventuellt var medveten om att andra nationella eller internationella varumärken användes, vilka liknar det omstridda varumärket, inte räcker för att styrka att intervenienten faktiskt var medveten om användningen av detta varumärke och än mindre om dess användning inom det relevanta området, det vill säga i Österrike (se, för ett liknande resonemang, dom av den 23 oktober 2013, SFC Jardibric/harmoniseringskontoret – Aqua Center Europa (AQUA FLOW), T-417/12, ej publicerad, EU:T:2013:550, punkt 41, och dom av den 20 april 2016, SkyTec, T-77/15, EU:T:2016:226, punkt 45).
- 49 Vad vidare beträffar domstolsförfarandet i Österrike mellan klagandebolaget och intervenienten, uppgav klagandebolaget, i sitt svar av den 6 mars 2018 på de frågor som tribunalen hade ställt till bolaget, att det rörde sig om ett mål om varumärkesintrång, där intervenienten hade väckt talan mot bolaget den 4 oktober 2010 och som avgjordes genom dom av den 25 maj 2012 meddelad av Oberlandesgericht Wien (Wiens regionala överdomstol, Österrike) och dom av den 18 september 2012 meddelad av Oberster Gerichtshof (Högsta domstolen, Österrike), vilka klagandebolaget hade ingett vid annulleringsenheten i bilagorna 14 och 15 till sitt yttrande av den 1 september 2014. Enligt klagandebolaget innehåller dessa domar flera bedömningar som är relevanta i förevarande mål.
- 50 Även om det antas att nämnda domar kunde utgöra bevis för att intervenienten faktiskt var medveten om användningen av det omstridda varumärket i Österrike, kan denna medvetenhet, på grundval av dessa domar, endast fastställas från och med år 2010, det vill säga från och med det datum då det aktuella förfarandet inleddes. Med hänsyn till att intervenienten ingav sin ansökan om ogiltighetsförklaring av det omstridda varumärket den 5 december 2011, kan följaktligen en sådan medvetenhet, om den antas vara styrkt, inte räcka för att bevisa att intervenienten hade förhållit sig passiv till att det omstridda varumärket användes under en sammanhängande femårsperiod, i den mening som avses i artikel 54.2 i förordning nr 207/2009 (se punkt 32 ovan).
- 51 Mot bakgrund av det ovan anförda konstaterar tribunalen att överklagandenämnden gjorde en riktig bedömning när den, på grundval av samtliga uppgifter i ärendet, fastställde annulleringsenhetens beslut vad gäller frågan huruvida klagandebolaget hade styrkt att intervenienten faktiskt var medveten om användningen av det omstridda varumärket i Österrike. Överklagandet kan följaktligen inte bifallas såvitt avser den första grunden. Det saknas därför anledning att pröva klagandebolagets argument som syftar till att ifrågasätta överklagandenämndens konstateranden vad gäller huruvida vissa av de bevis som klagandebolaget hade lagt fram för första gången vid denna instans vid EUIPO utgjorde tillåten bevisning.

***Den andra grunden: Åsidosättande av artikel 53.1 a i förordning nr 207/2009, jämförd med artikel 8.1 b i samma förordning***

- 52 Enligt artikel 53.1 a i förordning nr 207/2009, jämförd med artikel 8.1 b i samma förordning, kan ett registrerat EU-varumärke, efter ansökan av innehavaren av ett äldre varumärke, förklaras ogiltigt om det – på grund av att det är identiskt med eller liknar ett äldre varumärke och de varor eller tjänster som omfattas av varumärkena är identiska eller är av liknande slag – föreligger en risk att allmänheten förväxlar dem inom det område där det äldre varumärket är skyddat.
- 53 Enligt fast rättspraxis föreligger risk för förväxling om det finns risk för att allmänheten kan tro att de aktuella varorna eller tjänsterna kommer från samma företag eller från företag med ekonomiska band. Vid prövningen av huruvida det föreligger risk för förväxling ska det, enligt samma rättspraxis, göras en

helhetsbedömning utifrån hur omsättningskretsen uppfattar kännetecknen och varorna eller tjänsterna mot bakgrund av samtliga relevanta faktorer i det enskilda fallet, särskilt samspelet mellan känneteckenslikheten och varu- eller tjänsteslagslikheten (se dom av den 9 februari 2017, International Gaming Projects/EUIPO – adp Gauselmann (TRIPLE EVOLUTION), T-82/16, ej publicerad, EU:T:2017:66, punkt 25 och där angiven rättspraxis).

- 54 För att det ska föreligga risk för förväxling enligt artikel 8.1 b i förordning nr 207/2009 krävs såväl att de motstående varumärkena är identiska eller liknar varandra som att de varor eller tjänster som avses är identiska eller av liknande slag. Villkoren är kumulativa (se dom av den 9 februari 2017, TRIPLE EVOLUTION, T-82/16, ej publicerad, EU:T:2017:66, punkt 26 och där angiven rättspraxis).
- 55 Det är mot bakgrund av dessa överväganden som klagandebolagets andra grund ska prövas i förevarande mål.
- 56 Klagandebolaget har hävdade att det inte föreligger någon risk för förväxling mellan de motstående kännetecknen. Vad särskilt gäller jämförelsen mellan de varor som omfattas av dessa kännetecken, har bolaget gjort gällande att de varor i klass 32 ”med avseende på vilka sloganer används, det vill säga energidryckerna, inte är av liknande slag som de varor för vilka [det omstridda] varumärket är registrerat i klass 33”. Klagandebolaget anser att de skäl som låg till grund för överklagandenämndens bedömning i denna fråga ”inte uppfyller de krav som ställs i artikel 75 i förordning nr 207/2009 vad gäller motivering”. Klagandebolaget anser att överklagandenämnden felaktigt och utan någon motivering antog att de alkoholhaltiga dryckerna i klass 33 hade ett visst samband med energidryckerna.
- 57 Klagandebolaget har i det avseendet åberopat dom av den 15 februari 2005, Lidl Stiftung/harmoniseringskontoret – REWE-Zentral (LINDENHOF) (T-296/02, EU:T:2005:49, punkt 57), enligt vilken många alkoholhaltiga drycker och icke alkoholhaltiga drycker kan konsumeras efter varandra eller till och med blandas utan att de dock är av liknande slag, och dom av den 18 juni 2008, Coca-Cola/harmoniseringskontoret – San Polo (MEZZOPANE) (T-175/06, EU:T:2008:212).
- 58 Klagandebolaget har vidare hävdade att intervenienten alltid har förnekat varje samband mellan energidrycker och alkoholhaltiga drycker. Intervenienten har för det syftet tryckt en text på de burkar som innehåller den produkt som saluförs under det äldre varumärket, vilken kan översättas med ”bör inte blandas med alkohol”. Enligt klagandebolaget har intervenienten alltid hävdade att dess vara gör konsumenterna mer pigga och energiska, vilket är den motsatta effekten till den av att konsumera en alkoholhaltig dryck, vilket gör att en konsument som vill hålla sig pigg, såsom en förare, inte överväger att ersätta en icke alkoholhaltig dryck som har en energigivande effekt med en alkoholhaltig dryck.
- 59 EUIPO anser för sin del att även om de aktuella varorna är av olika art, kan det inte uteslutas att det föreligger vissa likheter mellan dessa. Det finns för övrigt fast rättspraxis om att det föreligger en låg grad av likhet mellan alkoholhaltiga drycker och icke alkoholhaltiga drycker. EUIPO har i det avseendet åberopat dom av den 5 oktober 2011, Cooperativa Vitivinícola Arousana/harmoniseringskontoret – Sotelo Ares (ROSALIA DE CASTRO) (T-421/10, ej publicerad, EU:T:2011:565), dom av den 21 september 2012, Wesergold Getränkeindustrie/harmoniseringskontoret – Lidl Stiftung (WESTERN GOLD) (T-278/10, EU:T:2012:459, punkterna 31–41), dom av den 11 september 2014, Aroa Bodegas/harmoniseringskontoret – Bodegas Muga (aroa) (T-536/12, ej publicerad, EU:T:2014:770, punkt 32), och dom av den 1 mars 2016, BrandGroup/harmoniseringskontoret – Brauerei S. Riegele, Inh. Riegele (SPEZOOMIX) (T-557/14, ej publicerad, EU:T:2016:116, punkterna 26 och 27). Eftersom överklagandenämnden inte uttryckligen definierade graden av likhet mellan de aktuella varorna, men likväl hävdade att det fanns ”ett visst samband” mellan dessa, ska det anses att överklagandenämndens avsikt var att dra slutsatsen att graden av likhet mellan dessa varor var lägre än medelhög.

- 60 Beträffande den rättspraxis som klagandebolaget har åberopat, anser EUIPO att domen av den 18 juni 2008, MEZZOPANE (T-175/06, EU:T:2008:212), inte är relevant i förevarande mål, eftersom jämförelsen avsåg icke alkoholhaltiga drycker, å ena sidan, och mousserande viner, å andra sidan, medan energidryckerna i förevarande fall ska jämföras med den bredare kategorin alkoholhaltiga drycker. Samma sak gäller domen av den 15 februari 2005, LINDENHOF (T-296/02, EU:T:2005:49), på grund av de mycket annorlunda omständigheterna vid jämförelsen av de varor som var i fråga i det målet. EUIPO har vidare åberopat domen av den 9 mars 2005, Hai (T-33/03, EU:T:2005:89), i vilken tribunalen påpekade att energidrycker nuförtiden ofta saluförs och konsumeras tillsammans med alkoholhaltiga drycker.
- 61 Vad beträffar jämförelsen mellan de varor som är aktuella i förevarande fall, har intervenienten konstaterat att klagandebolaget inte har bestritt överklagandenämndens slutsatser beträffande jämförelsen mellan ”energidrycker” och de varor som omfattas av klass 32.
- 62 Vad beträffar de varor som omfattas av klass 33, har intervenienten först framhållit att den vara som saluförs under det omstridda varumärket ”utvecklades som en blandning av vodka och energidryck”. Intervenienten har i det avseendet påpekat att tredje man, enligt vissa av de bevis som klagandebolaget har ingett, betecknar denna vara som ”Flügel energidryck med vodka”. Drycken är för övrigt röd till färgen, vilket kan anspela på den vara som saluförs av intervenienten.
- 63 Intervenienten har godtagit överklagandenämndens slutsatser rörande omsättningskretsen i förevarande fall och anser att den består av unga österrikiska konsumenter.
- 64 Intervenienten har även godtagit överklagandenämndens slutsats rörande likheten mellan de alkoholhaltiga dryckerna och energidryckerna. Intervenienten har hävdad att bruket att blanda energidrycker och alkoholhaltiga drycker är, i motsats till vad klagandebolaget tycks ha hävdad, mycket utbrett bland unga personer i Österrike, vilket även framgår av den bevisning som klagandebolaget har lagt fram och som har samband med den blandning som kallas FLÜGERL, vilken består av vodka och Red Bull.
- 65 Intervenienten är närmare bestämt av den uppfattningen att den rättspraxis som klagandebolaget har åberopat inte är relevant i förevarande fall. Vad särskilt beträffar domen av den 18 juni 2008, MEZZOPANE (T-175/06, EU:T:2008:212), rör det sig om ett enstaka fall, och enligt flertalet avgöranden i rättspraxis föreligger det åtminstone en låg grad av likhet mellan de varor som omfattas av klass 32 respektive klass 33.
- 66 Eftersom den dryck som klagandebolaget saluför är en alkoholhaltig energidryck, har den en hög grad av likhet med den dryck som saluförs av intervenienten. Då de båda dryckerna kan betecknas som ”drycker avsedda för festliga tillfällen”, är den enda sak som skiljer dem åt förekomsten av alkohol, med hänsyn till att de konsumeras av samma konsumenter, på samma ställen, att de är utbytbara sinsemellan och konkurrerar med varandra, att de kan blandas, att de båda har en mycket likartad stimulerande och uppiggande karaktär och att de kan tillverkas av samma företag.
- 67 Slutligen anser intervenienten att det omstridda varumärket täcker ”alkoholhaltiga energidrycker”, eftersom detta uttryck innefattas i det mer allmänna uttrycket ”alkoholhaltiga drycker”. Intervenienten har i det avseendet i tillämpliga delar åberopat rättspraxis enligt vilken de varor som omfattas av det yngre varumärket innefattar de varor som omfattas av det äldre varumärket, eftersom dessa varor anses vara identiska.
- 68 För att göra en jämförelse mellan de varor som omfattas av de motstående kännetecknen ska enligt rättspraxis samtliga relevanta faktorer som är kännetecknande för förhållandet mellan varorna beaktas, särskilt varornas art, avsedda ändamål och användningsområde samt huruvida de konkurrerar med eller kompletterar varandra. Även andra faktorer kan beaktas, som exempelvis de aktuella varornas distributionskanaler, och det förhållandet att dessa varor ofta säljs vid samma specialiserade

försäljningsställen kan vidare underlätta för den berörda konsumenten att uppfatta att det finns nära samband mellan varorna och kan förstärka intrycket av att ett och samma företag ansvarar för tillverkningen av dessa varor (se dom av den 2 oktober 2015, *The Tea Board/harmoniseringskontoret – Delta Lingerie (Darjeeling)*, T-627/13, ej publicerad, EU:T:2015:740, punkt 37 och där angiven rättspraxis).

- 69 Tribunalen finner att överklagandenämnden gjorde en riktig bedömning när den definierade omsättningskretsen som en österrikisk omsättningskrets, bestående av mestadels unga personer.
- 70 Med hänsyn till de argument som har anförts av klagandebolaget (se punkt 56 ovan), ska det vidare erinras om att förvaltningen förvisso är skyldig att motivera sina beslut enligt artikel 41.2 c i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. Denna motiveringsskyldighet, vilken även anges i artikel 75 första meningen i förordning nr 207/2009 (nu artikel 94.1 första meningen i förordning 2017/1001), innebär att det av motiveringen klart och tydligt ska framgå hur den som har antagit rättsakten har resonerat. Motiveringsskyldigheten har ett dubbelt syfte, nämligen dels att göra det möjligt för dem som berörs därav att få kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden, så att de kan göra gällande sina rättigheter, dels att göra det möjligt för unionsdomstolen att pröva beslutets lagenlighet (se dom av den 26 september 2017, *La Rocca/harmoniseringskontoret (Take your time Pay After)*, T-755/16, ej publicerad, EU:T:2017:663, punkt 37 och där angiven rättspraxis).
- 71 Bedömningen av om motiveringen av ett beslut uppfyller dessa krav ska inte ske endast utifrån motiveringens lydelse, utan även utifrån det sammanhang i vilket den ingår och samtliga rättsregler på det aktuella området (se dom av den 26 september 2017, *La Rocca/harmoniseringskontoret (Take your time Pay After)*, T-755/16, ej publicerad, EU:T:2017:663, punkt 38 och där angiven rättspraxis).
- 72 Det ska slutligen även erinras om att motiveringsskyldigheten utgör en väsentlig formföreskrift som ska särskiljas från frågan huruvida motiveringen är välgrundad, vilken ska hänföras till frågan huruvida den omtvistade rättsakten är lagenlig i materiellt hänseende. Motiveringen av ett beslut består nämligen i att beslutsfattaren formellt anger vilka skäl beslutet grundar sig på. Om dessa skäl innehåller felaktigheter, inverkar detta på beslutets lagenlighet i materiellt hänseende, men inte på motiveringen av beslutet, som kan vara tillräcklig trots att den innehåller felaktiga skäl (se dom av den 26 september 2017, *La Rocca/harmoniseringskontoret (Take your time Pay After)*, T-755/16, ej publicerad, EU:T:2017:663, punkt 42 och där angiven rättspraxis).
- 73 Det ska inledningsvis påpekas att klagandebolagets överklagande, såsom framgår av bolagets samtliga argument och som bolaget bekräftade vid förhandlingen, i själva verket inte avser överklagandenämndens konstateranden beträffande likheten mellan de ”energidrycker” som täcks av det äldre varumärket och som omfattas av klass 32, och de varor i klass 32 för vilka det omstridda varumärket är registrerat. Det ska därför slås fast att klagandebolaget endast har ifrågasatt överklagandenämndens konstaterande avseende huruvida det föreligger en risk för förväxling mellan de motstående kännetecknen i den mån som dessa täcker varorna ”alkoholhaltiga drycker (ej öl)” och ”alkoholhaltiga essenser; alkoholhaltiga extrakt; alkoholhaltiga fruktextrakt”, vilka omfattas av klass 33, och varorna ”energidrycker”, vilka omfattas av klass 32.
- 74 Tribunalen konstaterar i det avseendet att överklagandenämnden, i punkterna 48 och 49 i det angripna beslutet, klart angav skälen till att den drog slutsatsen att varorna ”energidrycker”, som omfattas av klass 32, och varorna ”alkoholhaltiga drycker (ej öl)”, vilka omfattas av klass 33, var av liknande slag. Överklagandenämnden konstaterade närmare bestämt att det förelåg ett visst samband mellan dessa två kategorier av varor, eftersom alkoholhaltiga drycker och energidrycker ofta blandas och konsumeras tillsammans. Överklagandenämnden fann även att samma konstaterande gällde ”alkoholhaltiga essenser; alkoholhaltiga extrakt; alkoholhaltiga fruktextrakt” (se ovan punkt 9).

- 75 Med hänsyn till samtliga argument som har anförts av klagandebolaget, vilket just har ifrågasatt dessa konstateranden av överklagandenämnden, finner därför tribunalen att motiveringen i det angripna beslutet i det avseendet var tillräckligt klar för att göra det möjligt både för klagandebolaget att göra gällande sina rättigheter vid tribunalen och för tribunalen att utföra sin prövning, i den mening som avses i den rättspraxis som har angetts ovan i punkt 70. Klagandebolagets argument kan därför inte godtas i den del de grundar sig på artikel 75 första meningen i förordning nr 207/2009.
- 76 Vad därefter beträffar likheten mellan de varor som omfattas av de motstående kännetecknen, framgår det av punkt 48 i det angripna beslutet att överklagandenämnden baserade sin slutsats på den omständigheten att dessa varor ”ofta blandas och/eller konsumeras tillsammans”. Det framgår av denna formulering, och särskilt av den alternativa användningen av de två orden ”och” och ”eller”, att överklagandenämnden ansåg att dess slutsats kunde grundas antingen på övervägandet att det var vanligt förekommande att blanda de aktuella varorna, eller på övervägandet att dessa produkter konsumerades tillsammans, eller under alla omständigheter på båda dessa överväganden sammantagna.
- 77 Tribunalen konstaterar till att börja med att detta övervägande i punkt 48 i det angripna beslutet inte räcker för att styrka att det föreligger en likhet mellan de varor som är i fråga i förevarande mål.
- 78 Det ska i det avseendet påpekas att överklagandenämnden, i punkt 48 i det angripna beslutet, hänvisade till annulleringsenhetens konstateranden och fastställde dessa. Annulleringsenheten hade nämligen angett att det fanns ett visst samband mellan de varor som omfattades av det omstridda varumärket och de varor som omfattades av det äldre varumärket, avseende vilka ett visst renommé hade styrkts, eftersom det var allmänt känt att alkoholhaltiga drycker ofta blandas och/eller konsumeras med energidrycker.
- 79 Dessa konstateranden gjordes dock i ett annat sammanhang än det som var aktuellt i det angripna beslutet, nämligen i samband med en bedömning som annulleringsenheten gjorde, inte på grundval av artikel 8.1 i förordning nr 207/2009, utan på grundval av artikel 8.5 i samma förordning. Det ska i det avseendet påpekas att likheten mellan de varor som omfattas av de motstående kännetecknen inte utgör ett villkor för att tillämpa artikel 8.5 i förordning nr 207/2009, utan utgör ett av de kumulativa villkoren för att tillämpa artikel 8.1 i förordning nr 207/2009. Annulleringsenheten, som för sin del hade gjort en bedömning av de äldre varumärkenas renommé, hade därför inte – till skillnad från överklagandenämnden – för avsikt att fastslå att det förelåg en likhet mellan de aktuella varorna, utan angav enbart ett samband mellan dessa varor som enligt omsättningskretsens uppfattning skulle kunna anses föreligga.
- 80 Vad beträffar tillämpningen av artikel 8.1 i förordning nr 207/2009, ska det påpekas att en mängd olika alkoholhaltiga och icke alkoholhaltiga drycker vanligtvis blandas, konsumeras eller till och med saluförs tillsammans, antingen vid samma inrättningar eller som färdigblandade alkoholhaltiga drycker. Om det, enbart på grund av detta, ansågs att dessa varor skulle betecknas som varor av liknande slag, trots att de inte är avsedda att konsumeras under samma omständigheter eller i samma sinnesstämning eller i förekommande fall av samma konsumentgrupper, skulle det medföra att ett stort antal varor som kan betecknas som ”drycker” hänförs till en och samma kategori vid tillämpningen av artikel 8.1 i förordning nr 207/2009 (se, för ett liknande resonemang, dom av den 3 oktober 2012, Yilmaz/harmoniseringskontoret – Tequila Cuervo (TEQUILA MATADOR HECHO EN MEXICO), T-584/10, EU:T:2012:518, punkt 55 och där angiven rättspraxis).
- 81 Det kan således inte anses att en alkoholhaltig dryck och en energidryck är av liknande slag enbart på grund av att de kan blandas, konsumeras eller saluföras tillsammans, med hänsyn till att dessa varors art, avsedda ändamål och användningsområde skiljer sig åt, beroende på om de innehåller alkohol eller inte (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 juni 2008, MEZZOPANE, T-175/06, EU:T:2008:212, punkt 79). Det ska även konstateras att företag som saluför färdigblandade alkoholhaltiga drycker med en alkoholfri ingrediens, inte säljer den alkoholfria ingrediensen separat

och under samma varumärke som den aktuella färdigblandade alkoholhaltiga drycken eller under ett liknande varumärke (dom av den 3 oktober 2012, TEQUILA MATADOR HECHO EN MEXICO, T-584/10, EU:T:2012:518, punkt 70).

- 82 Det har närmare bestämt redan fastslagits att den tyske genomsnittskonsumenten är van vid och uppmärksam på denna uppdelning mellan alkoholhaltiga och icke alkoholhaltiga drycker, en uppdelning som för övrigt är nödvändig, eftersom vissa konsumenter inte vill eller inte ens kan förtära alkohol (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 februari 2005, LINDENHOF, T-296/02, EU:T:2005:49, punkt 54, och dom av den 18 juni 2008, MEZZOPANE, T-175/06, EU:T:2008:212, punkt 80).
- 83 Det finns inte några uppgifter bland handlingarna i målet till stöd för att denna bedömning inte också gäller den österrikiska omsättningskretsen i förevarande fall. Även denna omsättningskrets är van vid och uppmärksam på uppdelningen mellan alkoholhaltiga och icke alkoholhaltiga drycker. Av detta följer att denna omsättningskrets kommer att göra denna åtskillnad vid jämförelsen mellan den energidryck som avses med det äldre varumärket och den alkoholhaltiga dryck som avses med det sökta varumärket (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 juni 2008, MEZZOPANE, T-175/06, EU:T:2008:212, punkt 81, och dom av den 3 oktober 2012, TEQUILA MATADOR HECHO EN MEXICO, T-584/10, EU:T:2012:518, punkt 65). Enbart den omständigheten att energidrycker kan saluföras och konsumeras tillsammans med alkoholhaltiga drycker (se, för ett liknande resonemang, dom av den 9 mars 2005, Hai, T-33/03, EU:T:2005:89, punkt 43), om det antas vara styrkt, räcker inte för att vederlägga dessa konstateranden.
- 84 Tribunalen underkänner i det avseendet intervenientens argument om att den rättspraxis som har angetts i punkterna 81–83 ovan inte är relevant i förevarande mål. Trots de skillnader som förvisso föreligger mellan de varor som är aktuella i förevarande mål och de som var aktuella i det mål som avgjordes genom domen av den 18 juni 2008, MEZZOPANE (T-175/06, EU:T:2008:212), är de påpekanden som unionsdomstolen gjorde om hur omsättningskretsen uppfattar drycker beroende på deras alkoholinnehåll likväl utan tvekan giltiga i ett sådant sammanhang som det som är i fråga i förevarande mål.
- 85 Detsamma gäller den övriga rättspraxis som EUIPO har åberopat. Även om tribunalen, under omständigheter som inte var identiska med dem som är för handen i förevarande mål, har kunnat erkänna en låg grad av likhet mellan alkoholhaltiga drycker och icke alkoholhaltiga drycker, kan det inte anses att detta räcker för att ifrågasätta det som har angetts i punkterna 77–84 ovan.
- 86 Överklagandet ska därför bifallas såvitt avser den andra grunden, och det angripna beslutet ska följaktligen delvis ogiltigförklaras, i den del överklagandenämnden i nämnda beslut konstaterade att det förelåg en risk för förväxling mellan de motstående kännetecknen vad beträffar de varor i klass 33 som omfattas av det omstridda varumärket och varorna ”energidrycker” i klass 32 som omfattas av det äldre varumärket.

### **Rättegångskostnader**

- 87 Enligt artikel 134.1 i tribunalens rättegångsregler ska tappande rättegångsdeltagare förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Klagandebolaget har yrkat att EUIPO och intervenienten ska förpliktas att bära sina rättegångskostnader och ersätta klagandebolagets rättegångskostnader. Eftersom EUIPO och intervenienten i huvudsak har tappat målet, ska klagandebolagets yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (femte avdelningen)

följande:

- 1) **Det beslut som meddelades av femte överklagandenämnden vid Europeiska unionens immaterialrättsmyndighet (EUIPO) den 17 november 2016 (ärende R 282/2015–5) ogiltigförklaras, i den mån som överklagandenämnden därigenom avslog överklagandet av annulleringsenhetens beslut att förklara EU-ordmärket FLÜGEL ogiltigt för varorna ”alkoholhaltiga drycker (ej öl)” och ”alkoholhaltiga essenser; alkoholhaltiga extrakt; alkoholhaltiga fruktextrakt”, vilka omfattas av klass 33 i Niceöverenskommelsen om internationell klassificering av varor och tjänster vid varumärkesregistrering av den 15 juni 1957, med ändringar och tillägg.**
- 2) **Överklagandet ogillas i övrigt.**
- 3) **EUIPO och Red Bull GmbH ska bära sina rättegångskostnader och ersätta Asolo Ltd:s rättegångskostnader.**

Gratsias

Dittrich

Xuereb

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 4 oktober 2018.

Underskrifter