DOMSTOLENS DOM (Fjerde Afdeling)

29. juli 2010 *

I sag C-214/09 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i Domstolens statut, iværksat den 12. juni 2009,

Anheuser-Busch Inc., Saint Louis (De Forenede Stater), ved Rechtsanwälte V. von Bomhard og B. Goebel,

appellant,

de øvrige parter i appelsagen:

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved A. Folliard-Monguiral, som befuldmægtiget,

sagsøgt i første instans,

* Processprog: engelsk.

Budějovický Budvar, národní podnik, České Budějovice (Den Tjekkiske Republik), ved advokát K. Čermák,

intervenient i første instans,

har

DOMSTOLEN (Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J.-C. Bonichot (refererende dommer), og dommerne C. Toader, K. Schiemann, L. Bay Larsen og J.-J. Kasel,

generaladvokat: P. Cruz Villalón,
justitssekretær: fuldmægtig C. Strömholm,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 11. maj 2010,

og idet Domstolen efter at have hørt generaladvokaten har besluttet, at sagen skal pådømmes uden forslag til afgørelse,

afsagt følgende

Dom

1 Anheuser-Busch Inc. (herefter »Anheuser-Busch«) har i appelskriftet nedlagt påstand om ophævelse af dom afsagt af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans den 25. marts 2009, Anheuser-Busch mod KHIM — Budějovický Budvar (BUDWEISER) (sag T-191/07, Sml. II, s. 691, herefter »den appellerede dom«), hvorved Anheuser-Busch ikke fik medhold i sin påstand om annullation af den afgørelse, der var blevet truffet af Andet Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«) den 20. marts 2007 (sag R 299/2006-2, herefter »den omtvistede afgørelse«), der afslog registreringen af ordmærket BUDWEISER, idet det gav Budějovický Budvar, národní podnik, (herefter »Budvar«) medhold i dennes indsigelse.

Retsforskrifter

Forordning (EF) nr. 40/94

2 Artikel 8 i Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), der finder anvendelse på tvisten i hovedsagen, og som senere er blevet ophævet og erstattet af Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26. februar 2009 om EF-varemærker (EUT L 78, s. 1), som har overskriften »Relative registreringshindringer«, bestemmer i stk. 1:

»Hvis indehaveren af et ældre varemærke rejser indsigelse, er det varemærke, der søges registreret, udelukket fra registrering:

a) såfremt det er identisk med det ældre varemærke, og de varer eller tjenesteydelser, for hvilke varemærket søges registreret, er af samme art som de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det ældre varemærke er beskyttet

b) såfremt der i offentlighedens bevidsthed inden for det område, hvor det ældre varemærke er beskyttet, er risiko for forveksling, fordi det yngre varemærke er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og varerne eller tjenesteydelserne er af samme eller lignende art; risikoen for forveksling indbefatter risikoen for, at der antages at være en forbindelse med det ældre varemærke.«

3 I artikel 15 i forordning nr. 40/94, der har overskriften: »Brug af EF-varemærket«, bestemmes følgende:

»1. Hvis indehaveren ikke inden fem år regnet fra registreringen har gjort reel brug af EF-varemærket inden for Fællesskabet for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, eller hvis sådan brug har været suspenderet uden afbrydelse i fem år, underkastes varemærket de i denne forordning omhandlede sanktioner, medmindre der foreligger rimelig grund til, at brug ikke har fundet sted.

2. Følgende betragtes ligeledes som brug i henhold til første afsnit:

a) brug af EF-varemærket i en form, der kun ved enkeltheder, som ikke forandrer varemærkets særpræg, afviger fra den form, hvori det er registreret

[…]«

4 Forordningens artikel 42, stk. 3, fastslår:

»1. Indsigelsen skal fremsættes skriftligt og skal begrundes. Den anses først for fremsat, når indsigelsesgebyret er betalt. Inden for en frist, der fastsættes af Harmoniseringskontoret, kan den indsigende part fremlægge kendsgerninger, beviser og argumenter til støtte for sin indsigelse.«

5 Artikel 43, stk. 1-3, i forordning nr. 40/94 har følgende ordlyd:

»1. Under behandlingen af indsigelsen opfordrer Harmoniseringskontoret om fornødent parterne til inden for en af Harmoniseringskontoret fastsat frist at udtale sig om meddelelser fra de øvrige parter eller fra Harmoniseringskontoret selv.

2. På begæring af ansøgeren skal indehaveren af et ældre EF-varemærke, der har rejst indsigelse, godtgøre, at der inden for de seneste fem år forud for offentliggørelsen af

EF-varemærkeansøgningen er gjort reel brug af det ældre EF-varemærke i Fællesskabet for de varer og tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, og som lægges til grund for indsigelsen, eller at der foreligger rimelig grund til, at brug ikke har fundet sted, forudsat at det ældre EF-varemærke på dette tidspunkt har været registreret i mindst fem år. Godtgøres dette ikke, forkastes indsigelsen. Har det ældre EF-varemærke kun været anvendt for en del af de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, anses det ved behandlingen af indsigelsen kun for registreret for denne del af varerne eller tjenesteydelserne.

3. Stk. 2 finder anvendelse på de i artikel 8, stk. 2, litra a), omhandlede ældre nationale varemærker, dog således at brug i den medlemsstat, hvor det ældre nationale varemærke er beskyttet, træder i stedet for brug i Fællesskabet.«

6 Under første afdeling med overskriften »De almindelige bestemmelser« i afsnit IX om bestemmelser om sagsbehandlingen bestemmer artikel 74 i forordning nr. 40/94 under overskriften »Harmoniseringskontorets ex officio-prøvelse af de faktiske omstændigheder«:

»1. Under sagsbehandlingen ved Harmoniseringskontoret prøver dette ex officio de faktiske omstændigheder; i sager vedrørende relative registreringshindringer begrænser Harmoniseringskontoret sig imidlertid til at prøve de af parterne fremførte kendsgerninger, beviser og argumenter og de af parterne fremsatte anmodninger.

2. Harmoniseringskontoret kan se bort fra kendsgerninger og beviser, som ikke er påberåbt eller fremført rettidigt af de pågældende parter.«

7 Det bestemmes i nævnte forordnings artikel 76, stk. 1:

»Under sagsbehandlingen ved Harmoniseringskontoret kan bevisoptagelsen navnlig ske på følgende måder:

a) afhøring af parterne

b) indhentning af oplysninger

c) fremlæggelse af dokumenter og bevismidler

d) afhøring af vidner

e) udtalelser fra sagkyndige

f) 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.«

Gennemførelsesforordningen af 1995

8 Regel 16 i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 40/94 om EF-varemærker (EFT L 303, s. 1, herefter »gennemførelsesforordningen af 1995«) fastsætter:

»1. Enhver indsigelsesskrivelse kan indeholde oplysninger, beviser og argumenter til støtte for indsigelsen samt al relevant dokumentation.

2. Støttes indsigelsen på et ældre varemærke, som ikke er et EF-varemærke, skal indsigelsesskrivelsen så vidt muligt vedlægges bevis for registrering af eller ansøgning om registrering af det ældre varemærke (f.eks. registreringsbevis). […]

3. Oplysningerne, beviserne samt argumenter og anden dokumentation, jf. stk. 1, tillige med den i stk. 2 nævnte dokumentation, kan — hvis de ikke fremsendes sammen med indsigelsesskrivelsen eller umiddelbart herefter — fremsendes inden for en af [Harmoniserings]kontoret fastsat frist efter indsigelsesprocedurens påbegyndelse, jf. regel 20, stk. 2.«

9 Det bestemmes i regel 20, stk. 2, i gennemførelsesforordningen af 1995:

»Hvis indsigelsesskrivelsen ikke indeholder de oplysninger, beviser og argumenter, der er nævnt i regel 16, stk. 1 og 2, opfordrer [Harmoniserings]kontoret den indsigende part til at fremlægge det fornødne inden for en af [Harmoniserings]kontoret fastsat frist. Beviser og anden dokumentation, der fremlægges af den indsigende part, skal videregives til ansøgeren, der skal have mulighed for at fremkomme med bemærkninger hertil inden for en af [Harmoniserings]kontoret fastsat frist.«

10 Gennemførelsesforordningen af 1995 blev ændret ved Kommissionens forordning (EF) nr. 1041/2005 af 29. juni 2005 (EUT L 172, s. 4, herefter »gennemførelsesforordningen af 2005«), der trådte i kraft den 25. juli 2005.

11 Regel 18, stk. 1, i gennemførelsesforordningen af 2005 fastsætter:

»Konstateres det, at indsigelsen kan antages, jf. regel 17, sender [Harmoniserings] kontoret parterne en meddelelse, hvori de informeres om, at indsigelsesproceduren anses for at påbegynde to måneder efter, at meddelelsen er modtaget. Denne frist kan forlænges i op til i alt 24 måneder, når begge parter fremsætter anmodning herom, inden fristen udløber.«

12 Regel 19 i gennemførelsesforordningen af 2005 fastslår:

»1. [Harmoniserings]kontoret giver den indsigende part mulighed for — inden for en af [Harmoniserings]kontoret fastsat frist, som skal være på mindst to måneder fra den dato, hvor indsigelsesproceduren anses for påbegyndt, jf. regel 18, stk. 1 — at forelægge oplysninger, beviser og argumenter til støtte for sin indsigelse eller til at supplere de oplysninger, beviser eller argumenter, der allerede er indgivet, jf. regel 15, stk. 3.

2. Den indsigende part skal inden for den i stk. 1 fastsatte frist også indgive dokumentation for sit ældre varemærkes eller sin ældre rettigheds eksistens, gyldighed og beskyttelsesomfang samt beviser for sin ret til at gøre indsigelse. Den indsigende part skal navnlig forelægge følgende beviser:

a) hvis indsigelsen støttes på et varemærke, som ikke er et EF-varemærke, bevis for ansøgning om eller registrering af varemærket ved at indgive:

[…]

ii) hvis varemærket er registreret, en kopi af det pågældende registreringsbevis og i påkommende tilfælde af det seneste fornyelsesbevis, hvoraf det fremgår, at beskyttelsestiden for varemærket rækker ud over den i stk. 1 nævnte frist, med angivelse af eventuelle forlængelser heraf, eller tilsvarende dokumenter fra den administration, ved hvilken varemærket er registreret

[…]

4. [Harmoniserings]kontoret tager ikke hensyn til dokumenter eller andet skriftligt materiale eller dele heraf, der ikke er blevet indgivet eller oversat til behandlingssproget inden for den af [Harmoniserings]kontoret fastsatte frist.«

Sagens baggrund

13 Omstændighederne i den for Retten indbragte tvist, således som de fremgår af den appellerede dom, kan sammenfattes som følger.

14 Den 1. april 1996 indgav Anheuser-Busch en ansøgning til Harmoniseringskontoret om registrering som EF-ordmærke af ordmærket »budweiser« for varer, som henhører under klasse 32 i Nicearrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer til følgende beskrivelse: »Øl, ale og porter, alkoholholdige og ikke-alkoholholdige drikkevarer fremstillet af malt«.

15 Den 28. september 1999 rejste Budvar i henhold til artikel 8, stk. 1, litra a) og b), i forordning nr. 40/94 indsigelse mod registrering af det ansøgte varemærke for samtlige omhandlede varer, idet selskabet for det første påberåbte sig tilstedeværelsen af tre varemærker, dvs.:

— det internationale ordmærke BUDWEISER (R 238 203, herefter »varemærke R 238 203«), registreret for »alle former for øl« med retsvirkning i Tyskland, Østrig, Benelux-landene og Italien

— det internationale figurmærke, der indeholder ordene »Budweiser Budvar« (nr. 674 530, herefter »varemærke nr. 674 530«), registreret for varerne »malt« og »øl« med retsvirkning i Østrig, Benelux-landene, Frankrig og Italien, og

— det internationale figurmærke, der indeholder ordene »Budweiser Budvar« (nr. 614 536, herefter »varemærke nr. 614 536«), registreret for varen »øl« med retsvirkning i Tyskland, Østrig, Benelux-landene, Frankrig og Italien.

16 For det andet har Budvar med hjemmel i artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 påberåbt sig flere oprindelsesbetegnelser, hvori ordet »budweiser« indgår.

17 Harmoniseringskontoret havde oprindeligt fastsat fristen for Budvar til at forelægge oplysninger, beviser og argumenter til støtte for sin indsigelse til den 24. juni 2000. Denne frist blev efterfølgende udsat til den 26. februar 2002. De dokumenter, som Budvar i denne henseende indgav via telefax, blev af Harmoniseringskontoret modtaget i sin helhed den 27. februar 2002.

18 Den 8. juli 2002 anmodede Anheuser-Busch i henhold til artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 Budvar om at godtgøre, at der var gjort reel brug af de til støtte for indsigelsen påberåbte varemærker.

19 Ved skrivelse af 8. november 2002 besvarede Budvar denne anmodning, i hvilken forbindelse den af Harmoniseringskontoret i en skrivelse af 10. september 2002 fastsatte frist udløb den 11. november 2002.

20 I nævnte skrivelse henviste Budvar udtrykkeligt til de fremsendte dokumenter, som Harmoniseringskontoret modtog den 27. februar 2002, der havde til formål at bevise brugen af oprindelsesbetegnelser, hvori indgik ordet »budweiser«, og fandt, at dokumenterne bl.a. fandt anvendelse på varemærke R 238 203.

21 Budvar fremlagde endvidere for Indsigelsesafdelingen ved Harmoniseringskontoret — som bilag til selskabets bemærkninger af 21. januar 2004 — et dokument udstedt af Verdensorganisationen for Intellektuel Ejendomsret (WIPO), der bekræftede, at registreringen af varemærke R 238 203 var blevet fornyet den 5. december 2000 (hefter »fornyelsescertifikatet«).

22 Ved en første afgørelse af 10. juni 2004 tog Indsigelsesafdelingen den af Budvar rejste indsigelse til følge, idet den i det væsentlige fandt, at der i Østrig og Frankrig var en risiko for forveksling mellem det ansøgte varemærke og varemærke nr. 674 530.

23 Ved en afgørelse af 11. juli 2005 gav Harmoniseringskontorets Andet Appelkammer Anheuser-Busch medhold i klagen til prøvelse af afgørelsen af 10. juni 2004, da varemærke nr. 674 530 først var beskyttet i de to nævnte medlemsstater efter indgivelsen af ansøgningen om det omhandlede EF-varemærke, og hjemviste sagen til Indsigelsesafdelingen.

24 Ved en anden afgørelse af 22. december 2005 tog Indsigelsesafdelingen på ny den af Budvar rejste indsigelse til følge. Da Indsigelsesafdelingen fandt, at beviset for brugen af varemærke R 238 203 var utilstrækkelig, begrænsede den undersøgelsen til varemærke nr. 614 536 og besluttede i denne henseende at tage hensyn til de dokumenter, som Budvar havde fremlagt til støtte for indsigelsen. Indsigelsesafdelingen fandt i sin konklusion, at der i Tyskland, Østrig, Benelux-landene, Frankrig og Italien forelå en risiko for forveksling mellem det ansøgte varemærke og det nævnte ældre varemærke.

25 Ved den omtvistede afgørelse afviste Andet Appelkammer ved Harmoniseringskontoret Anheuser-Buschs klage til prøvelse af afgørelsen af 22. december 2005.

26 Appelkammeret mente i modsætning til Indsigelsesafdelingen, at varemærke R 238 203 kunne medtages i vurderingen, idet appelkammeret på grundlag af de af Budvar fremlagte dokumenter fandt, at den reelle brug af dette varemærke var blevet godtgjort.

27 Appelkammeret konkluderede, at for varerne »øl, ale og porter og alkoholholdige drikkevarer fremstillet af malt« kunne indsigelsen tages til følge på grundlag af artikel 8, stk. 1, litra a), i forordning nr. 40/94, og at indsigelsen for de resterende varer (»ikke-alkoholholdige drikkevarer«) — henset til det forhold at varemærkerne var identiske, og at varerne åbenbart var af lignende art — kunne tages til følge for disse varer på grundlag af nævnte artikels stk. 1, litra b).

Sagen for Retten og den appellerede dom

28 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 31. maj 2007 harAnheuser-Busch anlagt sag med påstand om annullation af den anfægtede afgørelse.

29 Harmoniseringskontoret og Budvar har nedlagt påstand om frifindelse.

30 Idet Anheuser-Busch med sin appel kun sigter mod visse dele af den appellerede dom, vil udelukkende disse dele blive behandlet i det følgende.

31 Med sit andet anbringende vedrørende tilsidesættelsen af artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94 kritiserede Anheuser-Busch bl.a. appelkammeret for ikke at have afvist fornyelsescertifikatet, der var blevet indgivet af Budvar den 21. januar 2004.

32 I denne henseende fastslog Retten for det første i den appellerede doms præmis 63-71, at den omtvistede afgørelse ikke på dette grundlag kunne kritiseres for en tilsidesættelse af artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94, da det ikke af afgørelsen fremgår, at appelkammeret fandt, at fornyelsescertifikatet ikke var blevet rettidigt indgivet og anvendte nævnte bestemmelse med henblik på at medtage fornyelsescertifikatet i vurderingen, og for det andet, at nævnte certifikat af de i den appellerede doms præmis 78 og 79 nævnte årsager var blevet rettidigt indgivet.

33 I nævnte præmis 78 og 79 fastslog Retten navnlig, at selv om det følger af regel 16, sammenholdt med regel 20, i gennemførelsesforordningen af 1995, at Harmoniseringskontoret har ret til at kræve fremlagt bevis for fornyelsen af det ældre varemærke, når dette udløber efter tidspunktet for indsigelsesskrivelsens indlevering, forpligter stk. 2 i nævnte regel 20 dog ikke den indsigende part til af egen drift at fremlægge et sådant bevis, og præciserer heller ikke, at Harmoniseringskontoret er forpligtet til at afvise et dokument, når det er bragt til dets kendskab for sent.

34 Hvad angår regel 20, stk. 2, i gennemførelsesforordningen af 1995 har Retten ligeledes i den appellerede doms præmis 73 bemærket, at Harmoniseringskontoret i medfør af artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94 har en skønsbeføjelse i forhold til bedømmelsen af de oplysninger, der fremlægges efter udløbet af en frist, og at den nævnte regel ikke kan fortolkes i en modsat retning, når henses til den klare ordlyd af den nævnte forordning.

35 Retten har herudover — for fuldstændighedens skyld — i den appellerede doms præmis 74-77 bemærket, at henset til retssikkerhedsprincippet, som fastslået i Domstolens retspraksis, kan de bestemmelser, som ved gennemførelsesforordningen af 2005 blev indføjet i gennemførelsesforordningen af 1995, navnlig dennes artikel 19, stk. 4, ikke finde anvendelse med tilbagevirkende kraft i den foreliggende sag.

36 Derfor forkastede Retten Anheuser-Buschs andet anbringende som ugrundet.

37 Med sit tredje anbringende vedrørende tilsidesættelsen af artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 gjorde Anheuser-Busch gældende, at de af Budvar fremlagte elementer ikke var tilstrækkelige til at bevise en reel brug af varemærke R 238 203.

38 Efter i den appellerede doms præmis 99-105 at have henvist til retspraksis vedrørende fortolkningen af udtrykket reel brug bemærker Retten i samme doms præmis 106, at i det foreliggende tilfælde anså appelkammeret »de af Budvar fremførte beviser for at være åbenbart tilstrækkelige til at godtgøre den reelle brug af varemærke […] [R 238 203]«, og at nævnte kammer navnlig havde henvist til reklamerne, der viser billeder af øllen Budvar, hvorpå varemærket BUDWEISER optræder, til fakturaerne til kunder i Tyskland og Østrig såvel som til den omstændighed, at disse dokumenter vedrørte den relevante periode i medfør af artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94.

39 Hvad for det første angår de reklamer, der blev offentliggjort i et østrigsk blad og i tyske blade, som Budvar indgav for Harmoniseringskontoret den 8. november 2002, konstaterer Retten i den appellerede doms præmis 110, at Anheuser-Busch ikke bestred, at disse dokumenter godtgjorde beskaffenheden af varerne (øl), samt hvor (Tyskland og Østrig) og hvornår (1995 i Østrig og mellem 1996 og 1998 i Tyskland), der var gjort brug af ordet »budweiser«. I samme præmis 110 bemærker Retten, at Anheuser-Busch heller ikke bestred, at brugen af ordet »budweiser« i de forskellige former, hvori det var brugt i de af Budvar fremlagte reklamer, kunne sættes i forbindelse med varemærke R 238 203.

40 Hvad dernæst angår de reklamer og fakturaer, som i sin helhed indgik til Harmoniseringskontoret den 27. februar 2002, fandt Retten i den appellerede doms præmis 111, at Budvar havde fremsendt disse dokumenter for at bevise brugen af oprindelsesbetegnelser, hvori indgår ordet »budweiser«, men at Budvar som svar på Anheuser-Buschs anmodning om at bevise den reelle brug af de ældre varemærker, der var påberåbt til støtte for indsigelsen, udtrykkeligt havde henvist til nævnte dokumenter i sin skrivelse af 8. november 2002, idet selskabet var af den opfattelse, at dokumenterne navnlig fandt anvendelse på varemærke R 238 203.

41 I denne henseende fastslog Retten i den appellerede doms præmis 112, at Anheuser-Busch ikke for Retten bestred den omstændighed, at de omhandlede dokumenter havde relation til brugen af varemærke R 238 203, og at selskabet heller ikke betvivlede den omstændighed, at disse dokumenter godtgjorde, hvor, hvornår samt i hvilket omfang der var gjort brug af dette varemærke, hvilket i øvrigt ifølge Retten klart fremgik af disse dokumenter.

42 Hvad endelig angår Anheuser-Buschs påstand om, at appelkammeret burde have støttet sig på andre betragtninger, såsom den form, hvormed varemærke R 238 203 var blevet brugt i Tyskland og Østrig, fandt Retten i den appellerede doms præmis 114, at det i denne henseende var tilstrækkeligt at fastslå, at appelkammeret havde henvist til reklamer, der viser billeder af Budvars »øl«, som er påført dette ældre varemærke. Retten fandt ligeledes, at karakteren af brugen, dvs. i det omfang der var henvist til øl, fremgik såvel af reklamerne som af fakturaerne, som Budvar havde indgivet, og at appelkammeret ved at henvise til reklamerne implicit — men nødvendigvis — har tiltrådt denne samme karakter af brugen.

43 Følgelig forkastede Retten Anheuser-Buschs tredje anbringende som ugrundet.

44 Retten frifandt således Harmoniseringskontoret i det hele.

Parternes påstande

45 Anheuser-Busch har i appelskriftet nedlagt følgende påstande:

— Den appellerede dom ophæves.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes til at betale sagens omkostninger

46 Harmoniseringskontoret og Budvar har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og at Anheuser-Busch tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Appellen

47 Anheuser-Busch har til støtte for appellen fremført tre anbringender, hvor det første vedrører overtrædelsen af artikel 42, stk. 3, i forordning nr. 40/94, sammenholdt med regel 16, stk. 1 og 3, og regel 20, stk. 2, i gennemførelsesforordningen af 1995, det andet overtrædelsen af artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94 og det tredje overtrædelsen af artikel 43, stk. 2 og 3, i sidstnævnte forordning.

Det første anbringende vedrørende overtrædelsen af artikel 42, stk. 3, i forordning nr. 40/94, sammenholdt med regel 16, stk. 1 og 3, og regel 20, stk. 2, i gennemførelsesforordningen af 1995

Parternes argumenter

48 Med sit første anbringende gør Anheuser-Busch gældende, at fortolkningen af artikel 42, stk. 2, i forordning nr. 40/94, som Retten anvendte i den appellerede doms præmis 78 og 79, er behæftet med en retlig fejl.

49 Ifølge appellanten står denne fortolkning i skarp modsætning til Rettens tidligere retspraksis såvel som til Harmoniseringskontorets faste praksis gennem adskillige år, mere præcist indtil kodificeringen af denne retspraksis og denne praksis i regel 19 i gennemførelsesforordningen af 2005.

50 Det fremgår således af Rettens dom af 20. april 2005, Atomic Austria mod KHIM — Fábricas Agrupadas de Muñecas de Onil (ATOMIC BLITZ) (sag T-318/03, Sml. II, s. 1319), og af 13. september 2006, MIP Metro mod KHIM — Tesco Stores (METRO) (sag T-191/04, Sml. II, s. 2855), at Retten i lighed med Harmoniseringskontoret fandt, at når den indsigende part er blevet anmodet om at fremlægge kendsgerninger, beviser og argumenter til støtte for indsigelsen, skal vedkommende opfylde denne forpligtelse inden for den af Harmoniseringskontoret fastsatte frist, og at denne forpligtelse omfatter beviset for fornyelsen af det ældre varemærke, såfremt dette i mellemtiden var blevet fornyet, dersom dette bevis ikke fremgår af nogen af de dokumenter, der er indgivet sammen med indsigelsen.

51 Harmoniseringskontorets faste praksis, der består i at anmode om rettidig fremlæggelse af beviset for fornyelsen, har ført til en ændring af dettes retningslinjer, og derefter til en kodificering i regel 19, stk. 2, litra a), nr. ii), i gennemførelsesforordningen af 2005

52 På denne baggrund er Retten ved ikke at anerkende Budvars forpligtelse til at fremlægge fornyelsescertifikatet for varemærke R 238 203 på det tidspunkt, hvor kendsgerningerne, beviserne og argumenterne til støtte for indsigelsen burde være fremlagt, dvs. den 26. februar 2002, kommet til den fejlagtige konklusion, at appelkammeret frit kunne afgøre, hvorvidt dette certifikat, der blev indgivet for sent, skulle medtages i vurderingen.

53 Harmoniseringskontoret har heroverfor anført, at Rettens konklusioner har et retligt grundlag, for selv om Harmoniseringskontoret selv eller en part i medfør af regel 16 og 20 i gennemførelsesforordningen af 1995 i forbindelse med en indsigelsessag havde ret til at anmode om bevis for fornyelse af en ældre rettighed, der kom til udløb under sagsbehandlingen, indebar dette ikke, hvilket i øvrigt bekræftes af den af Anheuser-Busch påberåbte retspraksis fra Retten, at indehaveren af den ældre rettighed var forpligtet til af egen drift at indgive fornyelsescertifikatet.

54 Harmoniseringskontoret har desuden henvist til, at den oprindelige frist, som Indsigelsesafdelingen fastsatte med henblik på fremlæggelse af beviser til støtte for indsigelsen, som var indgivet den 28. september 1999, var den 24. juni 2000 og, at varemærke R 238 203 først skulle fornyes inden den 5. december 2000. Der er imidlertid ingen bestemmelse i gennemførelsesforordningen af 1995, der kræver bevis for en fremtidig begivenhed, i dette tilfælde beviset på den nævnte fornyelse. Selv om den oprindeligt fastsatte frist efterfølgende blev forlænget til den 23. februar 2002, havde Indsigelsesafdelingen ikke udtrykkeligt anmodet om, at beviset for fornyelsen blev fremlagt inden for denne frist.

55 Budvar har anført, at selskabets indsigelsesskrivelse var ledsaget af bilag, der indeholdt detaljeret dokumentation og en række beviser, heriblandt registreringsbeviset for varemærke R 238 203, der fastslog varemærkets gyldighed på datoen for indsigelsens indgivelse. Budvar havde dermed opfyldt sin forpligtelse til »at fremlægge kendsgerninger, beviser og argumenter til støtte for indsigelsen« og var ikke forpligtet til at fremlægge fornyelsescertifikatet efter datoen for indsigelsens indgivelse.

Domstolens bemærkninger

56 Med sit første anbringende gør Anheuser-Busch i det væsentlige gældende, at i modsætning til hvad Retten fastslog i den appellerede doms præmis 79, kan det udledes af artikel 42, stk. 3, i forordning nr. 40/94, sammenholdt med regel 16, stk. 1 og 3, og regel 20, stk. 2, i gennemførelsesforordningen af 1995, at den indsigende part af egen drift skal fremlægge beviset for fornyelsen af det ældre varemærke, som den indsigende part er indehaver af, og som er påberåbt i medfør af artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 40/94, sammen med de andre kendsgerninger, beviser og argumenter, der fremlægges til støtte for indsigelsen, inden for den frist, der er fastsat af Harmoniseringskontoret i medfør af artikel 42, stk. 3, i forordning nr. 40/94, i de tilfælde hvor en sådan fornyelse foretages efter datoen for indsigelsens indgivelse, men før udløbet af nævnte frist.

57 Det skal i denne henseende konstateres, som Retten fastslog, at hverken artikel 42, stk. 3, i forordning nr. 40/94 eller regel 16, stk.1 og 3, og regel 20, stk. 2, i gennemførelsesforordningen af 1995 præciserer, hvilke kendsgerninger, beviser og argumenter der skal fremlægges til støtte for indsigelsen inden for den i medfør af artikel 42, stk. 3, i forordning nr. 40/94 fastsatte frist.

58 De nævnte bestemmelser indeholder især ingen angivelser, hvorefter den indsigende part af egen drift og inden for nævnte frist skal fremlægge bevis for fornyelsen af det påberåbte ældre varemærke i tilfælde, hvor denne fornyelse vil være at foretage efter indsigelsens indgivelse.

59 Ydermere bemærkes i modsætning til hvad Anheuser-Busch har anført, at en sådan fortolkning under alle omstændigheder hverken fremgår af Rettens retspraksis, navnlig dommen i sagen Atomic Austria mod KHIM — Fábricas Agrupadas de Muñecas de Onil (ATOMIC BLITZ) og i sagen MIP Metro mod KHIM — Tesco Stores (METRO), eller af Harmoniseringskontorets faste praksis før vedtagelsen af gennemførelsesforordningen af 2005.

60 I de tvister, der gav anledning til Rettens to ovennævnte domme, havde Harmoniseringskontoret udtrykkeligt anmodet den indsigende part om at fremlægge bevis for fornyelsen af de ældre varemærker inden for den i medfør af artikel 42, stk. 3, i forordning nr. 40/94 fastsatte frist i tilfælde, hvor denne fornyelse måtte forventes at finde sted før udløbet af nævnte frist. I disse tvister var spørgsmålet således ikke at klarlægge, hvorvidt det påhvilede den indsigende part at fremlægge et sådant bevis. Dette er imidlertid spørgsmålet i den foreliggende sag, idet parterne er enige om, at Harmoniseringskontoret i den foreliggende sag ikke udtrykkeligt har opfordret den indsigende part til at fremlægge et sådant bevis.

61 Desuden fandt Retten i dommen i sagen Atomic Austria mod KHIM — Fábricas Agrupadas de Muñecas de Onil (ATOMIC BLITZ), at selv hvis der forelå en udtrykkelig anmodning om tilvejebringelse af bevis for fornyelsen af det ældre varemærke i medfør af artikel 42, stk. 3, i forordning nr. 40/94, ville Harmoniseringskontoret ikke kunne forkaste en indsigelse som følge af manglende fremlæggelse af et sådant bevis.

62 I præmis 40 i dommen i sagen Atomic Austria mod KHIM — Fábricas Agrupadas de Muñecas de Onil (ATOMIC BLITZ) fandt Retten således, at den indsigende part frit kan vælge, hvilket bevis han skønner det hensigtsmæssigt at føre for

Harmoniseringskontoret til støtte for sin indsigelse, og at Harmoniseringskontoret er forpligtet til at analysere alle fremførte forhold for at afgøre, om de reelt er et bevis for registrering af eller ansøgning om registrering af det ældre varemærke, og kan ikke uden videre afvise en bestemt bevistype som uantagelig på grund af bevisets form. I samme doms præmis 46 bemærkede Retten desuden, at udskrifter fra varemærkeregisteret, der var vedlagt indsigelsen, for det første gjorde det muligt at fastslå, hvornår beskyttelsen af de ældre varemærker ville ophøre, og for det andet at konstatere, at fire af de fem ældre varemærker var gyldige på den dato, hvor appelkammeret traf sin afgørelse.

63 I præmis 46 i dommen i sagen MIP Metro mod KHIM — Tesco Stores (METRO) fandt Retten, at Harmoniseringskontoret som følge af den indsigende parts manglende fremlæggelse af bevis for fornyelsen af det ældre varemærke, som Harmoniseringskontoret i medfør af artikel 42, stk. 3, i forordning nr. 40/94 havde anmodet om, havde gjort sig skyldig i en dobbelt retsvildfarelse, da Retten fandt dels, at udløbet af det ældre varemærkes gyldighed før det tidspunkt, hvor Indsigelsesafdelingen træffer afgørelse om indsigelsen, ikke kan tages i betragtning af denne, og dels, at Indsigelsesafdelingen ikke har beføjelse til efter den oprindelige fremlæggelse af beviser at kræve oplysninger om fornyelse af det ældre varemærke.

64 I modsætning til det af Anheuser-Busch anførte, fremgår det under alle omstændigheder heller ikke, at Harmoniseringskontorets faste praksis før vedtagelsen af gennemførelsesforordningen af 2005 var fastlagt således, at den indsigende part af egen drift skulle fremlægge beviset for fornyelsen af det ældre varemærke sammen med de andre kendsgerninger, beviser og argumenter, der skal fremlægges til støtte for indsigelsen inden for den af Harmoniseringskontoret i medfør af artikel 42, stk. 3, i forordning nr. 40/94 fastsatte frist herfor.

65 Det skal i denne forbindelse konstateres, at Andet Appelkammer ved Harmoniseringskontoret i dets afgørelse af 9. juli 2003, der var anfægtet i den tvist, som førte til dommen i sagen Atomic Austria mod KHIM — Fábricas Agrupadas de Muñecas de Onil (ATOMIC BLITZ), afviste indsigelsen som følge af den manglende fremlæggelse

af beviset for fornyelsen af de ældre varemærker, hvorved appelkammeret bemærkede, at der var anmodet om et sådant bevis på en klar og utvetydig måde i en note vedlagt Harmoniseringskontorets skrivelse til den indsigende part i medfør af artikel 42, stk. 3, i forordning nr. 40/94.

66 I afgørelsen truffet den 23. maj 2004 af Første Appelkammer ved Harmoniseringskontoret, der var anfægtet i den tvist, som førte til dommen i sagen MIP Metro mod KHIM — Tesco Stores (METRO), gav appelkammeret derimod medhold i en klage til prøvelse af Indsigelsesafdelingens afvisning af en indsigelse som følge af, at den indsigende part havde undladt at tilvejebringe bevis for fornyelsen af det ældre varemærke, selv om denne var blevet opfordret hertil. Appelkammeret fandt, at på tidspunktet for indsigelsens indgivelse og selv på tidspunktet for anmodningen om beviserne var den ældre rettighed stadig gyldig, hvorfor den indsigende part ikke skulle bevise fornyelsen af registreringen af varemærket, som denne var indehaver af.

67 Heraf kan endvidere udledes, i modsætning til det af Anheuser-Busch anførte, at det heller ikke fremgår, at bestemmelserne i regel 19, stk. 2 og 4, i gennemførelsesforordningen af 2005 skal medtages i vurderingen i den foreliggende sag med den begrundelse, at de kun udgør en simpel kodificering af Rettens fortolkning — som afspejler Harmoniseringskontorets faste praksis — af artikel 42, stk. 3, i forordning nr. 40/94 og regel 16, stk. 1 og 3, og regel 20, stk. 2, i gennemførelsesforordningen af 1995.

68 Hvis nævnte bestemmelser i gennemførelsesforordningen af 2005 for fremtiden, inden for visse grænser, under alle omstændigheder fastsætter en eksplicit forpligtelse

for den indsigende part til at fremlægge beviset for fornyelsen af det ældre varemærke inden for den i medfør af artikel 42, stk. 3, i forordning nr. 40/94 fastsatte frist, indeholder de således vedrørende dette punkt en uddybning af den generelle regel, som er fastsat i sidstnævnte bestemmelse, der har til formål at øge retssikkerheden for de erhvervsdrivende, der er part i indsigelsessager ved Harmoniseringskontoret. Under disse omstændigheder, og som Retten fastslog i den appellerede doms præmis 76, kan de nye regler, der er fastlagt i nævnte gennemførelsesforordning, ikke anvendes med tilbagevirkende kraft i nærværende sag.

69 Det kan således konkluderes, at det er uden at begå en retlig fejl, at Retten i den appellerede doms præmis 79 fastslog, idet den i øvrigt henviste til præmis 41 i dommen i sagen MIP Metro mod KHIM — Tesco Stores (METRO), at det følger af regel 16, sammenholdt med regel 20, i gennemførelsesforordningen af 1995, for det første, at Harmoniseringskontoret har ret til at kræve fremlagt bevis for fornyelsen af det ældre varemærke, når dette udløber efter tidspunktet for indsigelsesskrivelsens indlevering, og, for det andet, at det ikke følger af samme bestemmelser, at den indsigende part er forpligtet til af egen drift fremlægge et sådant bevis.

70 Det skal tilføjes, således som Retten i øvrigt har fastslået i præmis 41 og 46 i dommen i sagen MIP Metro mod KHIM — Tesco Stores (METRO), at Harmoniseringskontorets beføjelse til at anmode om bevis for fornyelse af et ældre varemærke ligeledes kan støttes på artikel 76 i forordning nr. 40/94.

71 Heraf følger, at det første appelanbringende må forkastes som ugrundet

Det andet anbringende vedrørende overtrædelsen af artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94

Parternes argumenter

72 Med sit andet anbringende kritiserer Anheuser-Busch Retten for at have fastslået, at appelkammeret kunne medtage fornyelsescertifikatet i sin vurdering uden at være forpligtet til at udøve den i medfør artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94 tildelte skønsbeføjelse, fastslået ved dom af 13. marts 2007, KHIM mod Kaul (sag C-29/05 P, Sml. I, s. 2213, præmis 43).

73 Idet den fandt, at fornyelsescertifikatet var blevet fremlagt inden for den fastsatte frist, og at artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94 ikke fandt anvendelse, har Retten ikke blot overtrådt procedurereglerne vedrørende fremlæggelsen af beviser inden for de frister, der er fastsat i relation til indsigelsessager ved Harmoniseringskontoret — hvilket klagepunkt er blevet behandlet i forbindelse med det første anbringende — men ligeledes selve nævnte artikel 74, stk. 2.

74 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at idet Budvar ikke var forpligtet til inden for en særlig frist at fremlægge bevis for fornyelse af registreringen af varemærke R 238 203, finder artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94 ikke anvendelse på omstændighederne i foreliggende sag, og appelkammeret skulle derfor ikke udøve det i bestemmelsen hjemlede skøn.

75 Budvar har anført, at idet den indsigende part ikke var forpligtet til at fremlægge fornyelsescertifikatet inden for en bestemt frist, var der ikke tale om »forsinket indgivelse« i den foreliggende sag. Inden Harmoniseringskontoret træffer beslutning om indsigelsen, skal det af egen drift undersøge, om de til støtte for indsigelsen påberåbte rettigheder er gyldige. Tidspunktet for den indsigende parts indgivelse af fornyelsescertifikatet for det ældre varemærke, som denne er indehaver af, eller spørgsmålet, om det faktisk er blevet indgivet, har ingen betydning.

Domstolens bemærkninger

76 Med sit andet anbringende kritiserer Anheuser-Busch Retten for at have begået en retlig fejl ved i den appellerede doms præmis 71 at fastslå, at hvad angår den omstændighed, at fornyelsescertifikatet blev taget i betragtning, kan den omtvistede afgørelse ikke på dette grundlag kritiseres for nogen tilsidesættelse af artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94.

77 Da nævnte certifikat ifølge Anheuser-Busch ikke er blevet fremlagt inden for den af Harmoniseringskontoret i medfør af artikel 42, stk. 3, i forordning nr. 40/94 fastsatte frist, er der tale om et bevis, som ikke er blevet fremlagt rettidigt i henhold til artikel 74, stk. 2, i nævnte forordning. Følgelig kunne Harmoniseringskontoret have set bort herfra, hvis det blot havde anvendt den mulighed, som tilkommer det i medfør af samme bestemmelse, for at undlade at tage for sent indgivne beviser i betragtning. Harmoniseringskontoret har imidlertid ikke i den foreliggende sag anvendt denne mulighed, idet det fejlagtigt fandt, at beviset var blevet indgivet rettidigt.

78 Det skal i denne henseende bemærkes, at det fremgår af nærværende doms præmis 69, at Retten uden at have begået retlige fejl har fundet, at den indsigende part i den foreliggende sag ikke var forpligtet til at fremlægge bevis for fornyelsen af varemærke R 238 203 inden for den i medfør af artikel 42, stk. 3, i forordning nr. 40/94 fastsatte frist.

79 Idet fornyelsescertifikatet blev fremlagt rettidigt, fandt Retten med rette, at der ikke var grundlag for, at Harmoniseringskontoret kunne anvende den mulighed, der tilkommer det i henhold til artikel 74, stk. 2, med henblik på at medtage dette bevis i vurderingen.

80 Følgelig skal det andet appelanbringende forkastes som ugrundet.

Det tredje anbringende vedrørende overtrædelsen af artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94

Parternes argumenter

81 Med sit tredje anbringende har Anheuser-Busch gjort gældende, at Retten har overtrådt artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 ved at lægge til grund, at de af Budvar til støtte for selskabets indsigelse fremlagte beviser for den reelle brug af varemærke R 238 203 var tilstrækkelige.

82 Det af Budvar fremlagte bevis for den reelle brug dokumenterer i næsten et og alt kun brugen af et andet varemærke, dvs. varemærke nr. 674 530, der, i en stiliseret form, indeholder ordene »Budweiser Budvar«. Sidstnævnte varemærke er imidlertid ikke medtaget i hverken appelkammerets eller Rettens vurdering, idet det ikke udgør en ældre rettighed i forhold til det ansøgte varemærke.

83 Det fremgår imidlertid af præmis 81-86 i dom af 13. september 2007, Il Ponte Finanziaria mod KHIM (sag C-234/06 P, Sml. I, s. 7333), at beviset for brugen af et registreret varemærke ikke samtidigt kan udgøre beviset for brugen af et andet registreret varemærke. Retten skulle have undersøgt, om dette princip fandt anvendelse i den foreliggende sag.

84 Anheuser-Busch har anført, at Retten burde have foretaget denne undersøgelse, da det var blevet hævdet, at de af Budvar fremlagte dokumenter ikke som beviser for brug opfyldte de i artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 fastsatte kriterier, og at disse beviser nærmere bestemt var blevet anfægtet for så vidt angår formen for brug af varemærket, nemlig den måde, hvorpå varemærket fremstår på selve produkterne.

85 Det er således med urette, at Retten i den appellerede doms præmis 112 fandt, at Anheuser-Busch ikke bestred den omstændighed, at de omhandlede dokumenter havde relation til brugen af varemærke R 238 203.

86 Harmoniseringskontoret har først og fremmest gjort gældende, at det tredje appelanbringende ikke kan antages til realitetsbehandling af to grunde.

87 Der er for det første tale om et nyt anbringende, der ændrer sagens genstand, således som den er blevet fremlagt for Retten, selv om indgivelsen af et sådant nyt anbringende forbydes i medfør af artikel 113, stk. 2, og artikel 116, stk. 2, i Domstolens procesreglement, idet Domstolens kontrol begrænser sig til Rettens stillingtagen til de anbringender, der blev fremsat for den.

88 Dette gælder så meget desto mere, når Rettens dom, som var genstand for appellen, der førte til dommen i sagen Il Ponte Finanziaria mod KHIM, allerede var afsagt på tidspunktet for indgivelsen af Anheuser-Buschs søgsmål ved Retten, hvorfor intet forhindrede selskabet i at fremsætte et sådant anbringende i forbindelse med dette søgsmål.

89 Det fremgår for det andet af den appellerede dom, at Retten har bemærket, at de af Budvar fremlagte beviser bekræfter brugen af ordet »budweiser« »i forskellige former«. Retten har derimod på intet tidspunkt antydet, at brugen af varemærke R 238 203 er blevet godtgjort på grundlag af beviserne for brug vedrørende varemærke nr. 674 530. Havde dette været Rettens fremgangmåde, ville den ydermere have anvendt artikel 15, stk. 2, litra a), i forordning nr. 40/94 i den foreliggende sag.

90 Den konklusion, Retten udleder af de af Budvar fremlagte beviser, dvs. at disse bekræfter den reelle brug af varemærke R 238 203, herunder i form af et ord, udgør i øvrigt en faktisk konstatering, som falder uden for Domstolens prøvelsesret.

91 Harmoniseringskontoret har dernæst gjort gældende, at nævnte anbringende, såfremt det forudsættes, at det kan antages til realitetsbehandling, under alle omstændigheder er ugrundet, idet det bygger på en fordrejning af de faktiske omstændigheder.

92 Det princip, som Domstolen har fastslået i dommen i sagen Il Ponte Finanziaria mod KHIM, finder endelig ikke anvendelse i den foreliggende sag, da sagens omstændigheder udelukker enhver analogi. Dette princip finder kun anvendelse, hvis to forskellige varemærker med føje er blevet påberåbt af den indsigende part, og begge er underlagt kravet om bevis for brugen. Det vil kun være i et sådant tilfælde, at der foreligger risiko for, at beviset for brugen af det ene varemærke kan anvendes til at omgå afvisningen af det andet varemærke i forbindelse med indsigelsen.

93 Dette er imidlertid ikke tilfældet i den foreliggende sag, for eftersom varemærke nr. 674 530, der indeholder ordene »Budweiser Budvar« i stiliseret form, ikke udgør en ældre rettighed, kan det ikke påberåbes i forbindelse med en indsigelsessag.

94 Budvar har anført, at både Harmoniseringskontoret og Retten har bekræftet, at de af Budvar fremlagte beviser klart fastlagde, på hvilken måde varemærket var blevet brugt, dvs. brug i forbindelse med øl.

95 Budvar har gjort gældende, at selskabet har fremlagt dokumenter, der beviser brugen af varemærke R 238 203, da varemærket i det mindste optræder på de relevante varer, dvs. øl, som selskabet har fremlagt reklamer for. Disse faktiske omstændigheder er klart blevet taget i betragtning i den appellerede doms præmis 110-115.

96 Det er desuden udelukket i den foreliggende sag at henvise til dommen i sagen Il Ponte Finanziaria mod KHIM, da denne dom omhandler det spørgsmål, om beviset for brugen af et varemærke kan anvendes til at bevise brugen af et andet varemærke, idet beviset for den reelle brug af varemærke R 238 203 i den foreliggende sag i kraft af fremlæggelsen af forskellige dokumenter, der bekræfter brugen af ordet »budweiser« i forbindelse med øl, er veldokumenteret af den indsigende part.

Domstolens bemærkninger

97 Med sit tredje anbringende kritiserer Anheuser-Busch i det væsentlige Retten for ikke at have annulleret den omtvistede afgørelse som følge af, at de af Budvar fremlagte dokumenter, når henses til de betingelser, der stilles i artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94, var utilstrækkelige til at dokumentere reel brug af varemærke R 238 203.

98 Den anfægtede dom er på dette punkt behæftet med en retlig fejl, eftersom de omhandlede dokumenter i det væsentlige dokumenterer brugen af et andet varemærke, dvs. varemærke nr. 674 530, der imidlertid ikke er medtaget i appelkammerets

vurdering, idet det ikke udgør et ældre varemærke i medfør af artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 40/94. Det fremgår imidlertid af dommen i sagen Il Ponte Finanziaria mod KHIM, navnlig af dommens præmis 86, at beviset for brugen af et registreret varemærke ikke samtidigt kan udgøre beviset for brugen af et andet registreret varemærke med den begrundelse, at sidstnævnte varemærke kun er en let varieret form af det første varemærke.

99 Som Harmoniseringskontoret med rette har gjort gældende, har Anheuser-Busch imidlertid fremsat et anbringende, som ikke er en del af det for Retten indbragte søgsmål til prøvelse af den omtvistede afgørelse.

100 Der er således tale om et nyt anbringende, der udvider sagens genstand, og som derfor ikke kan gøres gældende for første gang på tidspunktet for appellen (jf. bl.a. dom af 18.12.2008, sag C-16/06 P, Les Éditions Albert René mod KHIM, Sml. I, s. 10053, præmis 125).

101 Det skal således bemærkes, at Retten i den appellerede doms præmis 110 og 112 konstaterede, at Anheuser-Busch ikke bestred den omstændighed, at de omhandlede dokumenter havde relation til brugen af varemærke R 238 203. I samme doms præmis 114 fremhævede Retten, at Anheuser-Busch havde hævdet, at appelkammeret burde have støttet sig på andre betragtninger, såsom den form, hvori varemærket var blevet brugt i Tyskland og Østrig.

102 Heraf fremgår, at Retten fandt, at genstanden for den for Retten indbragte tvist udelukkende vedrørte spørgsmålet, om de omhandlede dokumenter var tilstrækkelige til at fastslå en reel brug af varemærke R 238 203, navnlig hvad angår formen for brugen af dette, og ikke angik det spørgsmål, om disse dokumenter havde relation til brugen af dette varemærke eller brugen af andre af de af den indsigende part påberåbte varemærker, men som var blevet afvist af Harmoniseringskontoret under indsigelsessagen.

103 Retten begrænsede sig følgelig i den appellerede doms præmis 114 til at besvare de for Retten fremførte argumenter vedrørende det første spørgsmål, og behandlede ikke det andet spørgsmål, som under alle omstændigheder ikke blev drøftet for Retten.

104 For Domstolen har Anheuser-Busch imidlertid gjort gældende, at sidstnævnte spørgsmål er omfattet af selskabets stævning indgivet for Retten, især af det tredje anbringende heri.

105 Det fremgår imidlertid af selve ordlyden af den appellerede doms præmis 110, 112 og 114, at Retten på ingen måde har taget fejl af rækkevidden af dette anbringende.

106 Argumentationen, hvorefter de af Budvar fremlagte beviser vedrørte brugen af et andet varemærke end det, som appelkammeret som det eneste havde medtaget i sin vurdering, har desuden ikke tilstrækkelig forbindelse med det tredje anbringende, der blev fremsat for Retten, hvorefter beviserne ikke opfyldte de krævede betingelser for, at det omhandlede ældre varemærke kunne anses for at have været genstand for reel brug, og en sådan argumentation kan følgelig ikke anses for blot at være en videreudvikling af det tredje anbringende.

107 Denne argumentation vedrører således præmis 81-86 i dommen i sagen Il Ponte Finanziaria mod KHIM, der angår et anbringende vedrørende artikel 15, stk. 2, litra a), i forordning nr. 40/94, mens det tredje anbringende, som Anheuser-Busch har fremsat for Retten, vedrører samme forordnings artikel 43, stk. 2 og 3.

108 Genstanden for denne argumentation er under alle omstændigheder forskellig fra argumentationen i annullationssøgsmålets tredje anbringende, eftersom den ikke har til formål at bestride, at varemærket virkelig anvendes handelsmæssigt, men snarere vedrører det spørgsmål, om beviserne i højere grad relaterer sig til et varemærke snarere end et andet.

109 Følgelig skal det tredje appelanbringende forkastes, idet det ikke kan antages til realitetsbehandling.

110 Det følger af det ovenstående, at ingen af de anbringender, som Anheuser-Busch har fremsat til støtte for appellen, kan tages til følge, og følgelig må appellen forkastes i det hele.

Sagens omkostninger

111 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, der i medfør af samme reglements artikel 118 finder tilsvarende anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Harmoniseringskontoret og Budvar har nedlagt påstand om, at Anheuser-Busch tilpligtes at betale sagens omkostninger, og da sidstnævnte selskab har tabt sagen, bør det pålægges det at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Fjerde Afdeling):

1) Appellen forkastes.

2) Anheuser-Busch Inc. betaler sagens omkostninger.

Underskrifter