FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT P. CRUZ VILLALÓN fremsat den 14. september 2010[1]

Indhold

I — Indledning ..... I - 2139

II — Retsforskrifter ..... I - 2141

A — Lissabonaftalen ..... I - 2141

B — Den bilaterale konvention ..... I - 2142

C — EU-lovgivningen ..... I - 2142

III — De faktiske omstændigheder i sagen for Retten og den appellerede dom ..... I - 2143

A — De faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne for Harmoniseringskontoret ..... I - 2143

B — Sammenfatning af den appellerede dom ..... I - 2145

IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen og parternes påstande ..... I - 2148

V — Nogle indledende betragtninger vedrørende artikel 8 i forordning nr. 40/94 ..... I - 2148

A — Indsigelse på grundlag af et ældre registreret varemærke: artikel 8, stk. 1 og 2 I - 2149

B — Indsigelse på baggrund af andre tegn: artikel 8, stk. 4 ..... I - 2150

1. Artikel 8, stk. 4, omfatter meget uensartede tegn ..... I - 2150

2. Betingelserne i artikel 8, stk. 4, har til formål at sikre, at de tegn, for hvilke der gøres krav på beskyttelse, reelt består. ..... I - 2153

1 — Originalsprog: spansk.

C — Spørgsmålet om det er berettiget at anvende kravene i artikel 8, stk. 1, analogt på artikel 8, stk. 4 ..... I - 2154

VI — Vurdering af appellen ..... I - 2156

A — Det første appelanbringende, vedrørende tilsidesættelsen af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 ..... I - 2156

1. Første del af det første appelanbringende: om Harmoniseringskontorets kompetence til at bedømme gyldigheden af den påberåbte rettighed i henhold til artikel 8, stk. 4 ..... I - 2156

a) Parternes argumenter ..... I - 2156

b) Stillingtagen ..... I - 2157

2. Anden del af det første appelanbringende: vedrørende kravet om »erhvervsmæssig anvendelse« ..... I - 2159

a) Den kvantitative og kvalitative anvendelse ..... I - 2159

i) Parternes argumenter ..... I - 2159

ii) Stillingtagen ..... I - 2160

b) Det relevante område for godtgørelsen af, at tegnet er »erhvervsmæssigt anvendt« ..... I - 2163

i) Parternes argumenter ..... I - 2163

ii) Stillingtagen ..... I - 2163

c) Den relevante periode for vurderingen af, om et tegn har været »erhvervsmæssigt anvendt« ..... I - 2165

i) Parternes argumenter ..... I - 2165

ii) Stillingtagen ..... I - 2166

d) Konklusion ..... I - 2168

3. Tredje del af det første appelanbringende: vedrørende kravet om et tegn, »som ikke kun har lokal betydning«. ..... I - 2168

a) Parternes argumenter ..... I - 2168

b) Stillingtagen ..... I - 2168

4. Konklusion ..... I - 2172

B — Det andet appelanbringende vedrørende tilsidesættelsen af artikel 8, stk. 4, og artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94 ..... I - 2173

1. Parternes argumenter ..... I - 2173

2. Stillingtagen ..... I - 2173

C — Medhold i appellen og hjemvisning af sagen til Retten ..... I - 2175

VII — Sagens omkostninger ..... I - 2175

VIII — Forslag til afgørelse ..... I - 2176

I — Indledning

1. Den foreliggende appel udgør endnu et kapitel i den lange føljeton af retssager mellem det nordamerikanske bryggeri Anheuser-Busch og det tjekkiske Budějovický Budvar, národní podnik (herefter »Budvar«), som allerede omfatter adskillige afgørelser fra nærværende Domstol [2]. Om end disse tidligere domme kan have en vis betydning for nogle af punkterne i den foreliggende sag, er der her tale om et juridisk problem, som endnu ikke er blevet behandlet i vores retspraksis.

2 — Senest i dom af 29.7.2010, sag C-214/09 P, Anheuser-Busch Inc. mod KHIM og Budějovický Budvar, Sml. I, s. 7665. For flere oplysninger om den historiske baggrund for konflikten og dens seneste judicielle kapitler henvises til generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse af 5.2.2009, fremsat i sag C-478/07, Budějovický Budvar (dom af 8.9.2009, sag C-478/07, Sml. I, s. 7721).

2. De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans besluttede i sin dom af 16. december 2008, Budějovický Budvar mod KHIM — Anheuser-Busch (BUD) [3], som nu appelleres, at give medhold i de af Budvar anlagte annullationssøgsmål mod en række afgørelser truffet af Andet Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«), hvori appelkammeret forkastede Budvars indsigelse mod den af Anheuser-Busch indgivne ansøgning om registrering af Bud som EF-varemærke.

3. Det særlige ved sagen er, at Budvar fremsatte sin indsigelse mod den nævnte registrering af Bud som EF-varemærke i henhold til artikel 8, stk. 4, i Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker [4], idet Budvar gjorde gældende, at der eksisterede en ældre rettighed til betegnelsen Bud, nemlig i form af en beskyttet oprindelsesbetegnelse i Østrig og Frankrig på grundlag af internationale instrumenter i hvert af landene.

4. Domstolen skal således for første gang fortolke artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, og den skal gøre det i en sag, som ikke lader til at være en af de bedst egnede til anvendelsen af den nævnte bestemmelse. Sagen er nemlig, at den indre logik i artikel 8, stk. 4, er mere anvendelig på de rettigheder, som opstår på grund af den faktiske brug af et givent tegn (f.eks. ikke-registrerede varemærker, men også visse firmanavne, skilte og andre kendetegn, alt afhængig af den nationale lovgivning), frem for de rettigheder, der nyder beskyttelse takket være en formel registrering, sådan som det er tilfældet i den foreliggende sag.

5. Sidstnævnte omstændighed kan muligvis have spillet en rolle i forbindelse med Rettens afgørelse, men jeg mener ikke, at den bør have indflydelse på afgørelsen i appelsagen. Det er sandt, at fortolkningen af artikel 8, stk. 4, bør være tilstrækkeligt fleksibel for at kunne finde anvendelse på den lange række af forskelligartede tegn, som er omfattet heraf. Ikke desto mindre bør det samtidig tilstræbes at foretage en ensartet fortolkning. I modsat fald ville de opstillede betingelser i bestemmelsen ikke kunne opfylde deres grundlæggende funktion, som er at sikre de pågældende tegns eksistens og reelle indhold, som de er blevet tildelt af fællesskabslovgiveren.

6. Disse betingelser er således altovervejende af faktisk karakter, og det er ud fra dette perspektiv, at deres opfyldelse skal kontrolleres. Dette bør efter min mening også være tilfældet i sager som den foreliggende, hvori eksistensen af en formel og international retlig beskyttelse kunne lede tankerne hen på

3 — Forenede sager T-225/06, T-255/06, T-257/06 og T-309/06, Sml. II, s. 3555.

4 — EFT 1994 L 11, s. 1.

nødvendigheden af at modificere kravene om tegnets »anvendelse« og »betydning«.

navn, offentlige eller private, som i henhold til deres nationale lovgivning er indehavere af retten til at bruge disse betegnelser. I den forbindelse kan landenes myndigheder, inden for en frist på et år fra modtagelsen af registreringsmeddelelsen og med angivelse af begrundelser, erklære, at de ikke kan sikre beskyttelsen af en oprindelsesbetegnelse.

II — Retsforskrifter

A — *Lissabonaftalen*

9. I henhold til artikel 6 og artikel 7, stk. 1, kan en oprindelsesbetegnelse, der er registreret i henhold til Lissabonaftalen, ikke anses for at være blevet en artsbetegnelse, så længe den beskyttes som oprindelsesbetegnelse i oprindelseslandet.

7. I Lissabonaftalen om beskyttelse af oprindelsesbetegnelser og deres internationale registrering [5] bestemmes det i artikel 1, stk. 2, at de lande, der deltager i denne aftale [6], påtager sig på deres områder at beskytte de oprindelsesbetegnelser for varer fra andre lande i den »særlige union«, som er anerkendt under denne titel i deres oprindelsesland og registreret ved Det Internationale Bureau som omhandlet i konventionen til oprettelse af Verdensorganisationen for Intellektuel Ejendomsret (herefter »WIPO«).

10. På den anden side fremgår det af regel 16 i gennemførelsesforskrifterne til Lissabonaftalen, at når virkningen af en international registrering gøres ugyldig i et kontraherende land, og ugyldiggørelsen ikke længere kan overklages, skal denne ugyldiggørelse meddeles Det Internationale Bureau af den kompetente forvaltningsmyndighed i dette kontraherende land.

8. I henhold til aftalens artikel 5 skal registreringen af oprindelsesbetegnelser ske på anmodning fra myndighederne i de deltagende lande i de fysiske eller juridiske personers

11. Oprindelsesbetegnelsen »Bud« blev registreret ved WIPO den 10. marts 1975 med nr. 598 i henhold til Lissabonaftalen.

5 — Vedtaget den 31.10.1958, revideret i Stockholm den 14.7.1967 og ændret den 28.9.1979 (*United Nations Treaty Series*, bind 828, nr. 13172, s. 205).

6 — I øjeblikket udgøres den såkaldte »Lissabonunion« af 26 lande (http://www.wipo.int/treaties/en), heriblandt Den Tjekkiske Republik.

B — *Den bilaterale konvention*

12. Den 11. juni 1976 indgik Republikken Østrig og Den Socialistiske Republik Tjekkoslovakiet en traktat om beskyttelse af oprindelsesangivelser, oprindelsesbetegnelser og andre betegnelser for landbrugsprodukters og industrivarers oprindelse (herefter »den bilaterale konvention«) [7].

13. I overensstemmelse med konventionens artikel 2 anvendes termerne geografiske betegnelser, oprindelsesbetegnelser og andre betegnelser, der angiver oprindelsen, til enhver angivelse, der i henhold til konventionen direkte eller indirekte henviser til en vares oprindelse.

14. I artikel 3, stk. 1, fastsættes følgende: »[...] de tjekkoslovakiske betegnelser, der er opregnet i en overenskomst indgået i henhold til artikel 6, er i Republikken Østrig udelukkende forbeholdt tjekkoslovakiske produkter«. I henhold til artikel 5, stk. 1, punkt B, nr. 2, henhører øl til de kategorier af tjekkiske produkter, der er beskyttet af den bilaterale konvention, og den pågældende overenskomsts bilag B, som konventionens artikel 6 henviser til, nævner »Bud« blandt de tjekkoslovakiske betegnelser for landbrugsprodukter og industrivarer (under overskriften »øl«).

7 — For så vidt angår Østrig blev konventionen offentliggjort i *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* den 19.2.1981 (BGBl. 1981/75) og trådte i kraft den 26.2.1981 for en ubegrænset periode.

C — *EU-lovgivningen*

15. Siden den 13. april 2009 har EF-varemærket været reguleret af den nye forordning (EF) nr. 207/2009 [8]. For så vidt angår løsningen af den foreliggende appel finder bestemmelserne i forordning (EF) nr. 40/94 dog tidsmæssig anvendelse.

16. I artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, hvis fortolkning der er rejst spørgsmål om i den foreliggende appel, bestemmes følgende:

»Hvis indehaveren af et ikke-registreret varemærke eller af et andet erhvervsmæssigt anvendt tegn, som ikke kun har lokal betydning, rejser indsigelse, er det varemærke, der søges registreret, udelukket fra registrering, hvis og i det omfang der i henhold til fælleskabslovgivningen eller medlemsstatens lovgivning vedrørende det pågældende tegn:

a) er erhvervet rettigheder til tegnet før tidspunktet for indgivelsen af ansøgningen om registrering som EF-varemærke eller i givet fald før tidspunktet for den prioritet, der gøres gældende til støtte for EF-varemærkeansøgningen

b) tegnet giver sin indehaver ret til at forbyde anvendelsen af et yngre mærke.«

8 — Rådets forordning af 26.2.2009 om EF-varemærker (EUT L 78, s. 1).

17. I samme forordnings artikel 43, stk. 2 og 3, fastsættes følgende:

»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.«

18. I artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94 bestemmes det, at »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«.

III — De faktiske omstændigheder i sagen for Retten og den appellerede dom

A — *De faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne for Harmoniseringskontoret*

19. Den 1. april 1996, den 28. juli 1999, den 11. april 2000 og den 4. juli 2000 indgav Anheuser-Busch, Inc. fire ansøgninger til Harmoniseringskontoret om registrering af mærket Bud (i form af figur- og ordmærke) som EF-varemærke.

20. Den 5. marts 1999, den 1. august 2000, den 22. maj 2001 og den 5. juni 2001 rejste Budvar i medfør af artikel 42 i forordning nr. 40/94 indsigelse, idet virksomheden for det første i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 påberåbte sig den internationale varemærkeregistrering nr. 361 566 med retsvirkning i Østrig, Beneluxlandene

og Italien, og for det andet på grundlag af samme forordnings artikel 8, stk. 4, påberåbte sig oprindelsesbetegnelsen »Bud«, som den 10. marts 1975 ved WIPO og i henhold til Lissabonaftalen var blevet registreret med retsvirkning i Frankrig, Italien og Portugal, samt oprindelsesbetegnelsen »Bud«, som er beskyttet i Østrig i henhold til den bilaterale konvention.

21. Ved afgørelse truffet den 16. juli 2004 (nr. 2326/2004) tog indsigelsesafdelingen delvist den indsigelse, der var blevet rejst mod registreringen af et af de ansøgte mærker, til følge. Ved afgørelser af 23. december 2004 (nr. 4474/2004 og nr. 4475/2004) og 26. januar 2005 (nr. 117/2005) forkastede indsigelsesafdelingen derimod de indsigelser, der var blevet rejst af Budvar mod registreringen af de tre øvrige varemærker. Budvar indgav klager mod disse tre sidstnævnte afslag fra indsigelsesafdelingen, og Anheuser-Busch indgav ligeledes en klage over afgørelsen af 16. juli 2004, hvori der var blevet givet delvist medhold i indsigelsen.

22. Ved afgørelser af 14. juni 2006 (sag R 234/2005-2), af 28. juni 2006 (sag R 241/2005-2) og af 1. september 2006 (sag R 305/2005-2) afviste Andet Appelkammer ved Harmoniseringskontoret Budvars klager. Ved afgørelse af 28. juni 2006 (sag R 802/2004-2) gav appelkammeret Anheuser-Busch medhold i selskabets klage og forkastede Budvars indsigelse i sin helhed.

23. I disse fire afgørelser anførte appelkammeret ved Harmoniseringskontoret i første omgang, at Budvar ikke længere syntes at påberåbe sig det internationale figurmærke nr. 361 566 til støtte for sine indsigelser, men alene oprindelsesbetegnelsen »bud«.

24. For det andet fandt appelkammeret det vanskeligt at se, hvorledes tegnet BUD kunne anses for en oprindelsesbetegnelse eller blot betragtes som en indirekte geografisk oprindelsesangivelse, og fastslog som følge heraf, at en indsigelse ikke i henhold til artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 kunne tages til følge på grundlag af en rettighed, der fremstilles som en oprindelsesbetegnelse, men som reelt ikke er en oprindelsesbetegnelse.

25. Appelkammeret fandt for det tredje ved analog anvendelse af bestemmelserne i artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 og regel 22 i forordning nr. 2868/95[9], at de af Budvar fremlagte beviser vedrørende brugen af oprindelsesbetegnelsen »Bud«

9 — Kommissionens forordning af 13.12.1995 om gennemførelsesbestemmelser til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 om EF-varemærker (EFT L 303, s. 1).

i Østrig, Frankrig, Italien og Portugal var utilstrækkelige.

26. Appelkammeret fastslog for det fjerde, at indsigelserne endvidere måtte forkastes, idet Budvar ikke havde godtgjort, at den omhandlede oprindelsesbetegnelse gav selskabet ret til at forbyde brugen af udtrykket »Bud« som varemærke i Østrig og Frankrig.

B — *Sammenfatning af den appellerede dom*

27. Den 26. august 2006 [10], den 15. september 2006 [11] og den 14. november 2006 [12] anlagde Budvar annullationssøgsmål ved Retten mod de nævnte afgørelser fra appelkammeret. Til støtte for sin påstand påberåbte appellanten sig et eneste anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94. Budvars eneste anbringende havde to led: Det første led vedrørte gyldigheden af oprindelsesbetegnelsen »Bud« (appelkammeret havde afvist, at tegnet BUD kunne anses for en oprindelsesbetegnelse). Det andet led omhandlede spørgsmålet om, hvorvidt betingelserne i artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 var opfyldt (afvist af appelkammeret, men fastholdt af Budvar).

28. I sin dom af 16. december 2008, som nu appelleres, gav Retten medhold i det af Budvar anlagte annullationssøgsmål, idet den tog det eneste anbringendes første og andet led til følge.

29. Retten gav medhold i det eneste anbringendes første led, idet den ved sin vurdering sondrede mellem oprindelsesbetegnelsen »Bud«, som er registreret i henhold til Lissabonaftalen, og betegnelsen »Bud«, som er beskyttet i henhold til den bilaterale konvention.

30. For så vidt angår det første led gjorde Retten med henvisning til sin retspraksis opmærksom på, at »gyldigheden af et nationalt varemærke ikke [kan] anfægtes under en procedure om registrering af et EF-varemærke« (præmis 88), og at det heraf følger, at »den ordning, der er indført med forordning nr. 40/94, forudsætter, at Harmoniseringskontoret tager hensyn til eksistensen af ældre rettigheder, der er beskyttet på nationalt plan« (præmis 89). Da virkningen af oprindelsesbetegnelsen »Bud« ikke var gjort endelig ugyldig i Frankrig, fandt Retten, at appelkammeret var forpligtet til at tage hensyn til den relevante nationale lovgivning og til registreringen i henhold til Lissabonaftalen, uden at det kunne anfægte den omstændighed, at den ældre påberåbte rettighed udgjorde en »oprindelsesbetegnelse« (præmis 90).

10 — Sag T-225/06.

11 — Sagerne T-255/06 og T-257/06

12 — Sag T-309/06.

31. Hvad angår det andet led bemærkede Retten, at det i henhold til den bilaterale konventions artikel 2 er »tilstrækkeligt, at de berørte angivelser eller betegnelser direkte eller indirekte henviser til en vares oprindelse, for at varen kan medtages under den bilaterale aftale og som følge heraf være omfattet af den beskyttelse, der er fastsat ved den bilaterale konvention« (præmis 94). På denne baggrund bemærkede Retten, at appelkammeret med urette havde fundet, at betegnelsen »Bud« var særligt beskyttet som »oprindelsesbetegnelse« i henhold til den bilaterale konvention (præmis 95). På den anden side fastslog Retten, at den bilaterale konvention fortsat har virkninger i Østrig, hvor den beskytter betegnelsen »Bud«, for der er intet, der indikerer, at Østrig og Den Tjekkiske Republik har opsagt konventionen. Dertil kommer, at de verserende sager i Østrig ikke har ført til en endelig retsafgørelse (præmis 98).

32. I lyset af det ovenstående fastslog Retten, at appelkammeret tilsidesatte artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, da det fastslog for det første, at de ældre påberåbte rettigheder ikke var en »oprindelsesbetegnelse«, og dernæst, at spørgsmålet om, hvorvidt tegnet Bud skulle anses for en beskyttet oprindelsesbetegnelse i bl.a. Frankrig og Østrig, var »af underordnet betydning«, og idet kammeret konkluderede, at indsigelsen ikke kunne tages til følge på dette grundlag (præmis 92 og 97 i den appellerede dom).

33. Retten gav ligeledes medhold i det eneste anbringendes andet led vedrørende anvendelsen af betingelserne i artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94. Inden for dette andet led havde Budvar yderligere fremsat to klagepunkter.

34. Det første klagepunkt omhandlede betingelserne vedrørende den erhvervsmæssige brug af tegnet, og hvorvidt det »ikke kun har lokal betydning«.

35. For så vidt angår undersøgelsen af betingelsen om, at de omhandlede tegn skal anvendes erhvervsmæssigt, fandt Retten, at appelkammeret begik en retlig fejl, da det besluttede at foretage en analog anvendelse af de fællesskabsretlige bestemmelser om »reel« brug af det ældre varemærke (artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94). For det første nævner artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 ikke en sådan »reel« brug af det tegn, der er påberåbt til støtte for indsigelsen (præmis 164 i den appellerede dom). Domstolen og Retten har for det andet inden for rammerne af artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 40/94 og artikel 5, stk. 1, og artikel 6, stk. 1, i direktiv 89/104/EØF [13] i en fast praksis fastslået, at »brugen

13 — Rådets direktiv af 12.12.1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1).

af et tegn finder sted »erhvervsmæssigt«, når den finder sted i forbindelse med en erhvervsmæssig virksomhed, hvormed der søges opnået økonomisk vinding, og ikke i private forhold« (præmis 165). For det tredje kan visse tegn inden for rammerne af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 ikke »fortabe de rettigheder, der knytter sig til dem, og dette selv om der ikke er gjort »reel« brug af dem« (præmis 166). Endelig bemærkede Retten for det fjerde, at appelkammeret ved i det foreliggende tilfælde at foretage en analog anvendelse af artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 og regel 22 i forordning nr. 2868/95 havde vurderet brugen af det omhandlede tegn i Østrig, Frankrig, Italien og Portugal uafhængigt af hinanden, dvs. for hvert af de områder, hvor betegnelsen »Bud« ifølge Budvar er beskyttet, og dette på trods af, at de tegn, der er omfattet af forordningens artikel 8, stk. 4, »kan være genstand for beskyttelse på et bestemt område, selv om de ikke er blevet anvendt på dette bestemte område, men alene på et andet område« (præmis 167).

36. Retten fandt ligeledes, at »en angivelse, der har til formål at oplyse en vares geografiske oprindelse, i lighed med et varemærke kan bruges erhvervsmæssigt«, uden at dette indebærer, at den berørte betegnelse bruges »som varemærke«, og at den dermed mister sin primære funktion (præmis 175 i den appellerede dom).

37. Hvad angår betingelsen vedrørende betydningen fandt Retten, at artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 omhandler betydningen af det pågældende tegn og ikke omfanget af dets brug. Det omhandlede tegns betydning omfatter den geografiske udstrækning af tegnets beskyttelse, som ikke kun må være af lokal betydning. Som følge heraf fandt Retten, at appelkammeret endvidere under disse omstændigheder begik en retlig fejl, da det hvad angår Frankrig fandt, at der var sammenhæng mellem beviset for brugen af det berørte tegn og betingelsen om, at den omhandlede rettighed skal have en betydning, der ikke kun er lokal (præmis 180 og 181).

38. Af ovennævnte grunde fandt Retten, at første klagepunkt i det eneste anbringendes andet led måtte tages til følge.

39. Det andet klagepunkt i det eneste anbringendes andet led omhandlede den rettighed, der afledes af det tegn, som er påberåbt til støtte for indsigelsen. På dette punkt havde appelkammeret henvist til de retsafgørelser, der var truffet i Østrig og Frankrig, og på dette grundlag fastslået, at Budvar ikke havde godtgjort, at det omhandlede tegn gav selskabet ret til at forbyde brugen af et yngre varemærke. Retten gjorde imidlertid opmærksom på, at ingen af de påberåbte retsafgørelser havde opnået retskraft, og at appelkammeret derfor ikke alene kunne henvise til disse afgørelser som grundlag for sin konklusion,

men endvidere burde have taget hensyn til de bestemmelser i national ret, som Budvar påberåbte sig, herunder Lissabonaftalen og den bilaterale konvention (præmis 192). Retten bemærkede i denne henseende, at Harmoniseringskontoret ex officio og med de midler, som det finder hensigtsmæssige hertil, skal indhente oplysninger om den nationale lovgivning i den berørte medlemsstat (præmis 193). Følgelig fastslog Retten, at appelkammeret begik en fejl, idet det ikke tog hensyn til alle de relevante faktiske og retlige omstændigheder for at afgøre, om den pågældende medlemsstats lovgivning i henhold til artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 gav Budvar ret til at forbyde brugen af et yngre varemærke (præmis 199).

IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen og parternes påstande

40. Anheuser-Buschs appelskrift blev indleveret til Domstolens Justitskontor den 10. marts 2009, og svarskrifterne fra henholdsvis Budvar og Harmoniseringskontoret blev modtaget den 22. og 25. maj samme år. Der blev ikke indgivet replik eller duplik.

41. Anheuser-Busch har nedlagt påstand om, at den appellerede dom ophæves (dog ikke hvad angår domskonklusionens punkt 1 vedrørende foreningen af sagerne), at der træffes endelig afgørelse i sagen derved, at søgsmålet i første instans forkastes, eller subsidiært at sagen hjemvises til Retten, idet Budvar i alle tilfælde tilpligtes at betale sagens omkostninger.

42. Harmoniseringskontoret har nedlagt tilsvarende påstande, mens Budvar har nedlagt påstand om, at den appellerede dom stadfæstes, og at appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

43. Under retsmødet, der blev afholdt den 2. juni 2010, afgav repræsentanterne for Anheuser-Busch, Budvar og Harmoniseringskontoret mundtlige indlæg og besvarede spørgsmål fra medlemmerne af Store Afdeling og generaladvokaten.

V — Nogle indledende betragtninger vedrørende artikel 8 i forordning nr. 40/94

44. Inden jeg foretager min analyse af den foreliggende appel, forekommer det mig hensigtsmæssigt at anlægge nogle generelle betragtninger vedrørende artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, idet tvisten omhandler fortolkningen af denne bestemmelse, hvilket ikke tidligere er behandlet i Domstolens retspraksis. En korrekt forståelse af denne bestemmelse forudsætter endvidere, at de øvrige stykker i den nævnte artikel 8 tages i betragtning.

A — *Indsigelse på grundlag af et ældre registreret varemærke: artikel 8, stk. 1 og 2*

45. Artikel 8, stk. 1 og 2, i forordning nr. 40/94 omhandler indsigelser mod registreringen af et EF-varemærke på grundlag af et ældre varemærke. Særligt i stk. 2 gives mulighed for indsigelse på grundlag af et ældre registreret varemærke (EF-varemærke, nationalt varemærke eller internationalt varemærke), og samme mulighed gives for de nationale varemærker, som, uanset om de har været genstand for registrering [14], er blevet vitterligt kendt i en medlemsstat som følge af en særlig omfattende brug [15].

46. I forordning nr. 40/94 opstilles en række betingelser for, at en indsigelse på grundlag af et af disse ældre varemærker kan tages til følge.

47. For det første skal der i overensstemmelse med forordningens artikel 43, stk. 2 og 3, inden for de seneste fem år forud for offentliggørelsen af EF-varemærkeansøgningen være gjort »reel brug« af det ældre varemærke, som påberåbes, i Den Europæiske Union eller i den pågældende medlemsstat for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret.

48. For det andet skal indehaveren af et af disse ældre varemærker i henhold til forordningens artikel 8, stk. 1, endvidere bevise, at det varemærke, der gøres indsigelse imod, er identisk med eller ligner dennes varemærke, samt at der er risiko for forveksling inden for det område, hvor det ældre mærke er beskyttet, fordi de varer eller tjenesteydelser, som begge mærker kendetegner, er af samme eller lignende art [16].

49. Følgelig er den tredje betingelse det såkaldte specialitetsprincip: Der kan kun rejses indsigelse, hvis den ansøgte registrering vedrører varer eller tjenesteydelser, som er af samme med eller lignende art som dem, for hvilke det ældre varemærke er beskyttet. Der findes imidlertid en undtagelse til anvendelsen af dette specialitetsprincip, nemlig når der er tale om varemærker, som er velkendte i Fællesskabet eller i en medlemsstat. I dette tilfælde tages indsigelsen til følge, uanset om varerne eller tjenesteydelserne ikke er af lignende art, forudsat at brugen af det ansøgte varemærke uden rimelig grund ville medføre en utilbørlig udnyttelse af det ældre varemærkes særpræg eller renommé, eller sådan brug ville skade dette særpræg eller renommé (artikel 8, stk. 5).

14 — I artikel 8, stk. 2, litra c), nævnes intet om dette.

15 — I artikel 6b i Pariserkonventionen af 20.3.1883 om en union til beskyttelse af industriel ejendomsret (FN's Traktatsamling, bind 828, nr. 11847, s. 108), som fællesskabsforordningen henviser til på dette punkt, bestemmes det, at de vitterligt kendte varemærker, som tilhører personer i et kontraherende land, skal beskyttes.

16 — Når varemærkerne er identiske, og varerne og tjenesteydelserne er af samme art, formodes risikoen for forveksling dog at være til stede. Dette kan efter min mening udledes af forordningens artikel 8, stk. 1, litra a).

B — *Indsigelse på baggrund af andre tegn: artikel 8, stk. 4*

50. Uafhængigt af ovenstående gives der i artikel 8 i forordning nr. 40/94 ligeledes mulighed for til støtte for en indsigelse mod en registrering som EF-varemærke at påberåbe sig andre tegn, som ikke er registrerede varemærker eller vitterligt kendte varemærker.

51. Nærmere bestemt indeholder artikel 8, stk. 4, hjemmel til, at »indehaveren af et ikke-registreret varemærke eller af et andet erhvervsmæssigt anvendt tegn, som ikke kun har lokal betydning«, rejser indsigelse. Bestemmelsen åbner således op for en relativt ubestemt kategori af tegn (1), om end der opstilles visse betingelser for at sikre, at disse reelt består (2).

1. Artikel 8, stk. 4, omfatter meget uensartede tegn

52. Den manglende bestemthed hvad angår typen af tegn, der kan påberåbes inden for rammerne af stk. 4, betyder, at bestemmelsen i praksis fungerer som en slags opsamlingsbestemmelse eller som en forskelligartet gruppe tegn, som ikke kun de ikke-registrerede varemærker, der ikke opfylder betingelsen om renommé [17], men ligeledes ethvert andet tegn, der bruges erhvervsmæssigt, og som ikke kun har lokal betydning, skal henføres til.

53. Denne indledende unøjagtighed i definitionen af bestemmelsens materielle anvendelsesområde skyldes i høj grad den omstændighed, at de ikke-registrerede varemærker og de øvrige tegn i det nævnte stk. 4 er skabt, anerkendt og beskyttet i henhold til de nationale lovgivninger, som således kan udvise en høj grad af uensartethed. Denne uensartethed gøres der opmærksom på i de »Oposition Guidelines«, der er offentliggjort af Harmoniseringskontoret [18], og som indeholder en omtrentlig oversigt over de tegn, som i de forskellige medlemsstater kan udgøre »ældre rettigheder« i henhold til artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94. Ud over de ikke-registrerede varemærker nævnes blandt disse tegn i de pågældende Guidelines firma- og virksomhedsnavne, butiksskilte, publikationstitler samt geografiske betegnelser. Overordnet set

17 — I modsat fald skal en indsigelse være baseret på stk. 2, litra c).

18 — Guidelines Concerning Proceedings before the Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs). Part C: OPOSITION GUIDELINES (s. 312-339).

omfatter bestemmelsen således både forskellige tegn, der har en kendetegnende eller identificerende funktion for de erhvervsmæssige aktiviteter, som de betegner, og andre tegn, som angiver oprindelsen af de produkter eller tjenesteydelser, for hvilke de benyttes.

54. Størstedelen af disse tegn (hvad enten der er tale om varemærker eller ej) passer ikke ind i den klassiske registreringsmodel, idet eneretten til deres anvendelse opnås eller forstærkes gennem brugen, uden at det er nødvendigt at foretage en formel registrering [19]. Ikke desto mindre omfatter artikel 8, stk. 4, samtidig tegn, som har været genstand for tidligere registrering, herunder — om end det ikke er det mest karakteristiske eksempel på bestemmelsens anvendelse — de geografiske betegnelser, som er beskyttede i en medlemsstat, fordi de er blevet registreret i henhold til Lissabonaftalen eller et andet internationalt instrument.

55. På dette punkt vil det nok være hensigtsmæssigt at stoppe op og undersøge, hvilke geografiske betegnelser der helt konkret kan påberåbes inden for rammerne af artikel 8, stk. 4.

56. I første omgang skal der ses bort fra de geografiske betegnelser, som er registreret på fællesskabsplan, for selv om forordning nr. 40/94 ikke indeholder konkrete bestemmelser herom, fremgår det af artikel 14 i forordning (EF) nr. 510/2006 [20], at »hvis en oprindelsesbetegnelse eller en geografisk betegnelse er registreret i henhold til denne forordning, gives der afslag på ansøgningen om registrering af et varemærke, der svarer til en af situationerne beskrevet i artikel 13, og som vedrører samme produktklasse, såfremt ansøgningen om registrering af varemærket indgives efter datoen for indgivelse af registreringsansøgningen til Kommissionen«. I tråd hermed er de fælleskabsretligt beskyttede oprindelsesbetegnelser og geografiske betegnelser medtaget blandt de absolutte registreringshindringer for et EF-varemærke i artikel 7, stk. 1, litra k), i den nye forordning om EF-varemærker [21].

57. Følgelig vil artikel 8, stk. 4, kun have virkning på de geografiske betegnelser, som *ikke* er registrerede på fællesskabsplan, men som nyder beskyttelse på nationalt plan. Disse kan bl.a. omfatte de betegnelser, der er blevet

19 — Oplysninger fra oversigten over tegn i Oposition Guidelines.

20 — Rådets forordning af 20.3.2006 om beskyttelse af geografiske betegnelser og oprindelsesbetegnelser for landbrugsprodukter og levnedsmidler (EFT L 93, s. 12).

21 — Forordning nr. 207/2009, nævnt ovenfor i fodnote 8.

registreret i henhold til af Lissabonaftalen eller et andet internationalt instrument [22].

imidlertid ikke, at den blotte registrering er tilstrækkelig til at kunne påberåbe sig artikel 8, stk. 4: Betingelserne om rettighedens anvendelse, betydning og kendetegn, som fastsættes i den nævnte bestemmelse, finder ligeledes anvendelse i forbindelse med de geografiske betegnelser uden for fælleskabslovgivningen, som kun kan gøres gældende over for ansøgninger om registrering af EF-varemærker i henhold til artikel 8, stk. 4.

58. Denne type tegn er omfattet af en mere formel beskyttelse, hvori indgår den forudgående registrering. I det omfang en sådan registrering har retsstiftende karakter, er opretholdelsen af registreringen efter min mening det eneste element, der skal tages i betragtning ved afgørelsen af, om den omhandlede geografiske betegnelse er gyldig. Det betyder

59. Følgelig, og i modsætning til, hvad Budvar fremførte på retsmødet [23], er det min opfattelse, at den særlige karakter af disse typer tegn og den beskyttelse, som de kan opnå gennem deres registrering på internationalt plan, ikke kan fritage dem for at skulle opfylde de i denne bestemmelse fastsatte betingelser. Kun ved at opfylde disse betingelser kan det sikres, at de, på trods af at der er tale om simple geografiske betegnelser (hvilket udelukker dem fra muligheden for at opnå fællesskabsbeskyttelse), har et indhold og en reel eksistens, der gør dem værdige til at opnå denne særlige beskyttelse. I modsat fald ville de være ligestillet med de i fællesskabslovginingen omhandlede oprindelsesbetegnelser og geografiske betegnelser.

22 — Jeg mener, at der i lyset af Domstolens dom af 8.9.2009, Budějovický Budvar, kan eksistere sådanne typer geografiske betegnelser, så længe der er tale om simple betegnelser, som ikke henhører under anvendelsesområdet for forordning nr. 510/2006. På den anden side kan det af den nævnte dom udledes, at de oprindelsesbetegnelser og kvalificerede geografiske betegnelser, der ikke er blevet registreret på fællesskabsplan, selv om der har været mulighed herfor, ikke kan fortsætte med at være beskyttede på nationalt plan, og slet ikke gennem en bilateral konvention mellem to medlemsstater. Det fremgår af sagens akter, at Budvar udtrykkeligt havde påberåbt sig tegnet BUD som »oprindelsesbetegnelse«. Ud over den tvivl, der måtte herske om dets virkelige karakter, ville alene den kendsgerning, at tegnet er blevet præsenteret som en oprindelsesbetegnelse, der ikke har været genstand for registrering på fællesskabsplan, være tilstrækkelig til at afvise dets gyldighed for så vidt angår indsigelsen, såfremt retspraksis om den udtømmende virkning af forordning nr. 510/2006 anvendes. Sandheden er ikke desto mindre, at de ovennævnte betragtninger ikke har nogen som helst indvirkning på den foreliggende sag, idet Anheuser-Busch ikke har anført denne fejl ved det påberåbte tegn, og vi står over for en søgsmålsgrund, som Domstolen hverken kan eller skal træffe afgørelse om ex officio, og slet ikke inden for rammerne af en appel.
Hvad angår »søgsmålsgrunde, der støttes på grundlæggende retsprincipper«, henvises til generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse af 30.3.2000 i sagen Salzgitter mod Kommissionen (dom af 13.7.2000, sag C-210/98 P, Sml. I, s. 5843), punkt 141-143, samt generaladvokat Mengozzis forslag til afgørelse af 1.3.2007 i Common Market Fertilizers-sagen (dom af 13.9.2007, sag C-443/05 P, Sml. I, s. 7209), punkt 102 og 103. Der henvises ligeledes til B. Vesterdorf: »Le relevé d'office par le juge communautaire«, i *Une Communauté de droit: Festschrift für G.C. Rodríguez Iglesias*, Nomos, 2003, s. 551 ff.

23 — Budvar fastholdt allerede under indsigelsessagen dette standpunkt over for Harmoniseringskontoret, således som det. fremgår af punkt 13 (b) i appelkammerets afgørelse af 14.6.2006.

2. Betingelserne i artikel 8, stk. 4, har til formål at sikre, at de tegn, for hvilke der gøres krav på beskyttelse, reelt består.

60. Det umiddelbare omfang af artikel 8, stk. 4, som er meget vidt hvad angår typerne af tegn, der giver adgang til at fremsætte indsigelser med hjemmel heri, bliver straks begrænset af en række betingelser, som disse tegn skal opfylde for at kunne danne grundlag for at udelukke et EF-varemærke fra registrering.

61. Det primære formål med disse betingelser er netop at begrænse anvendelsesområdet for denne indsigelsesgrund, således at den kun kan påberåbes af indehaverne af særligt stærkt indarbejdede og vigtige tegn. Således opstilles følgende krav i stk. 4:

— på den ene side to betingelser, der har til formål at sikre, at tegnet er særligt beskyttet på nationalt plan (helt konkret, at det »giver sin indehaver ret til at forbyde anvendelsen af et yngre mærke«), og at dets indehaver har erhvervet rettigheden til at benytte det før tidspunktet for ansøgningen om EF-varemærket eller før tidspunktet for den prioritet, der gøres gældende; disse to betingelser, som fremgår af litra a) og b) i artikel 8, stk. 4, skal logisk nok vurderes i lyset af »medlemsstatens lovgivning vedrørende det pågældende tegn«

— på den anden side to betingelser (»erhvervsmæssigt anvendt«, og »som ikke kun har lokal betydning«), som har til formål at sikre, at det ud over, at de har nationale beskyttelse, drejer sig om tegn med en vis handelsmæssig udbredelse og betydning.

62. Fællesskabslovgiver har dermed taget udgangspunkt i nødvendigheden af at beskytte de nationalt anerkendte tegn, om end der fastsættes to beskyttelsesniveauer: Det første vedrører de tegn, der har en særlig betydning, fordi de er »erhvervsmæssigt anvendt« og »ikke kun har lokal betydning«, og som kan påberåbes med henblik på at udelukke registreringen af et EF-varemærke i henhold til artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, mens det andet niveau vedrører de lokale rettigheder, som ikke må benyttes til at hindre registreringen af et EF-varemærke, men som derimod godt må benyttes til at hindre brugen heraf i det område, hvor rettigheden er beskyttet, i henhold til artikel 107 i samme forordning.

63. Blandt de nationale tegn udvælges og beskyttes især de tegn, hvis karakter retfærdiggør udelukkelsen fra registrering af et varemærke på fællesskabsniveau, idet dette gøres ud fra de to kriterier »anvendelse« og »betydning«. Som appellanten så rigtigt påpeger, ville det praktisk talt være umuligt at indføre et varemærke med enhedskarakter for hele Den Europæiske Union, hvis et hvilket som helst nationalt tegn kunne påberåbes med henblik på at hindre registreringen af et EF-varemærke. Når først det er registreret, er

EF-varemærket gyldigt og beskyttet på hele Fællesskabets område (artikel 1 i forordning nr. 40/94). Følgelig skal et nationalt tegn eller et tegn, der er beskyttet i flere forskellige medlemsstater, have en særlig styrke for at kunne forhindre registreringsproceduren, dvs. nogle kendetegn, som giver det mulighed for at blokere registreringen af et EF-varemærke med virkning i hele EU.

64. Efter min mening kan det ikke antages, at disse kendetegn umiddelbart opstår som følge af en eventuel registrering. De af lovgiveren anvendte begreber peger tilsyneladende på nødvendigheden af at foretage en mere faktuel vurdering, som hænger sammen med den erhvervsmæssige betydning. Det drejer sig kort sagt om krav, som lovgiveren bevidst har placeret på et faktuelt plan, idet de er tættere forbundet med de faktiske omstændigheder end med det abstrakte begreb om retlig beskyttelse.

65. Størsteparten af de tegn, der er omfattet af denne artikel, indeholder begge elementer side om side. Når dette ikke er tilfældet, sådan som det ses i den foreliggende sag, skal der i henhold til artikel 8, stk. 4, foretages en supplerende undersøgelse af de faktuelle oplysninger, nærmere bestemt hvor, hvornår og under hvilke omstændigheder det pågældende tegn er blevet anvendt. Også i de tilfælde, hvor tegnets retlige beskyttelse på nationalt plan måtte være uafhængig af disse omstændigheder, og dets eksistens ikke forudsætter nogen form for anvendelse, kan tegnet kun påberåbes til støtte for en indsigelse, hvis det opfylder disse betingelser, som har til formål at sikre, at tegnet har et minimum af realitet.

66. Afslutningsvis finder jeg det nødvendigt allerede efter denne indledende fremstilling at præcisere, at disse betingelser og kendetegn i artikel 8, stk. 4, udgør en ramme, som lovgiveren har skabt *ad hoc*, og at de ikke kan sammenlignes med de betingelser, der er fastsat i forbindelse med andre indsigelsesmuligheder mod registreringen af et EF-varemærke.

C — *Spørgsmålet, om det er berettiget at anvende kravene i artikel 8, stk. 1, analogt på artikel 8, stk. 4*

67. Såvel i den appellerede dom som under appelsagen selv er der gentagne gange blevet argumenteret omkring berettigelsen eller den manglende berettigelse, alt afhængig af situationen, til inden for rammerne af artikel 8, stk. 4, at anvende de krav, som foreskrives i artikel 8, stk. 1, for så vidt angår indsigelser baseret på et ældre varemærke, samt andre hermed sammenhængende bestemmelser, såsom artikel 43. Som anført nedenfor har denne delvist analoge anvendelse ført til inkohærente løsninger. Det hovedargument, der fremføres til støtte for en analog anvendelse af den nævnte artikel 8, stk. 1, og artikel 43, stk. 2 og 3, er, at varemærkerne fortjener en mere favorabel behandling end de øvrige tegn, idet både de nationale (harmoniserede) varemærker og EF-varemærket er reguleret af

nogle standarder, som er ensartede og accepterede på hele Unionens område, og derfor frembyder de større garantier end et ikke-registreret varemærke eller et hvilket som helst af de øvrige tegn, der er omfattet af artikel 8, stk. 4.

68. Hele denne argumentation savner efter min mening tilstrækkeligt grundlag. I forordning nr. 40/94 er indsigelsesgrundene mod registrering af et EF-varemærke opdelt i flere forskellige grupper, som hver især er undergivet nogle forskellige betingelser, og der ville være tale om en oversimplificering af tingene, hvis der blev foretaget en graduering fra den højeste til den laveste grad af betingelser på baggrund af den høje eller lave grad af tillid, som fællesskabslovgiveren kan have til det pågældende tegn. Hvis vi ser nærmere på de nævnte betingelser, holder påstanden ikke.

69. Det er sandt, at lovgiveren har taget højde for eksistensen af en fællesskabsregistrering eller af en fællesskabsharmonisering, men dette er sket i sammenhæng med det omhandlede tegns egenskaber: Kun dette kan forklare, hvorfor fællesskabsretligt beskyttede oprindelsesbetegnelser ikke pålægges noget krav hvad angår brugen [24], men at der for de registrerede varemærker derimod kræves en reel brug gennem fem år. Hvad angår de tegn, der er omfattet af artikel 8, stk. 4, har lovgiveren ønsket at udarbejde en anden ramme for betingelser, som er tilstrækkelig nøjagtig til, at dens anvendelse ikke kan udvides mere end hvad hensigtsmæssigt er, men som samtidig er tilstrækkelig bred til at kunne tilpasses de forskelligartede egenskaber ved de tegn, der måtte kunne påberåbes ad denne vej.

70. Denne forskelligartethed er efter min mening den eneste omstændighed, der kan forklare, hvorfor artikel 8, stk. 4, ikke indeholder et krav om anvendelse af specialitetsprincippet på de indsigelser, der fremsættes ad denne vej. Mens en indsigelse på grundlag af et ældre registreret varemærke kun kan gives medhold, når det ældre varemærke omfatter varer eller tjenesteydelser af samme eller lignende art som dem, der er omfattet af det varemærke, hvis registrering der gøres indsigelse imod, er det ikke nødvendigt at opfylde betingelsen om, at genstanden skal være af samme eller lignende art, hvis der påberåbes et ikke-registreret varemærke eller et hvilket som helst andet tegn (medmindre det er påkrævet i henhold til den nationale lovgivning for at kunne give indehaveren af tegnet »ret til at forbyde anvendelsen af et yngre mærke«). Dette kan forekomme overraskende i dobbelt forstand, når det konstateres, at specialitetsprincippet faktisk er påkrævet for effektivt at kunne påberåbe sig en i henhold til fællesskabslovgivningen beskyttet oprindelsesbetegnelse eller geografisk betegnelse som absolut hindring for registrering af et yngre EF-varemærke [25].

24 — Artikel 14 i forordning nr. 510/2006, og artikel 7, stk. 1, litra k), i den nye forordning om EF-varemærker (forordning nr. 207/09).

25 — Jf. herom de ovenfor i fodnote 24 anførte bestemmelser.

71. Efter min mening beviser ovenstående, at de større »garantier«, som fællesskabsrettighederne eller de harmoniserede rettigheder tilbyder — om ikke andet så i teorien — ikke er den eneste faktor, der skal tages i betragtning ved fortolkningen af de betingelser, der skal opfyldes for at kunne benytte et givent tegn til støtte for en indsigelse mod et yngre EF-varemærke. Særligt skal betingelserne i artikel 8, stk. 4, betragtes som en helhed, og de kan ikke sammenlignes med de løsninger, som lovgiveren har valgt i andre situationer af anden karakter.

VI — Vurdering af appellen

72. Appellanten påberåber sig to anbringender, hvoraf det første vedrører tilsidesættelsen af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, mens det andet vedrører tilsidesættelsen af artikel 8, stk. 4, og artikel 74, stk. 1, i samme forordning.

A — *Det første appelanbringende vedrørende tilsidesættelsen af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94*

73. Det første appelanbringende, som vedrører tilsidesættelsen af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, består af tre dele.

1. Første del af det første appelanbringende: om Harmoniseringskontorets kompetence til at bedømme gyldigheden af den påberåbte rettighed i henhold til artikel 8, stk. 4

a) Parternes argumenter

74. Anheuser-Busch gør gældende, at Retten begik en retlig fejl, da den i den appellerede doms præmis 79-100 frakendte appelkammeret kompetence til at afgøre, om Budvar havde løftet bevisbyrden for gyldigheden af de ældre rettigheder, som denne havde påberåbt sig i henhold til artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94.

75. Anheuser-Busch fastholder i sin appel, at Harmoniseringskontoret skal fastslå, om de rettigheder, som indsigelsen er baseret på, reelt er eksisterende, sådan som det hævdes, samt om de er anvendelige og kan påberåbes over for ansøgningen om et EF-varemærke. Den blotte henvisning til registreringen af rettigheden på nationalt plan vil efter appellantens mening ikke være tilstrækkelig til at fastslå eksistensen af en sådan rettighed, idet registreringen kun skaber en simpel lovsformodning.

76. Anheuser-Busch kritiserer endvidere, at Retten til støtte for sin opfattelse påberåber sig sin egen retspraksis vedrørende artikel 8,

stk. 1, i forordning nr. 40/94[26], idet den anbefaler en analog anvendelse heraf. I henhold til denne retspraksis kan gyldigheden af et nationalt varemærke ikke anfægtes under en procedure om registrering af et EF-varemærke. Appellanten mener ikke, at der findes noget retsgrundlag for at opstille denne analogi med artikel 8, stk. 1, idet eksistensen af en harmonisering på området for varemærker sikrer, at de samme kriterier og standarder anvendes på registrerede varemærker inden for hele Unionens område, mens de tegn, der er omhandlede i artikel 8, stk. 4, ikke er harmoniserede.

b) Stillingtagen

77. Efter min mening kan man ikke hævde, at Retten har foretaget en analog anvendelse af artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 40/94. I virkeligheden er der i den appellerede dom blot tale om en udvidelse af de synspunkter, der i retspraksis har været anlagt vedrørende registrerede nationale varemærker, til også at omfatte de tegn, der er omhandlet i stk. 4, forstået på den måde, at Harmoniseringskontoret ikke har kompetence til at træffe afgørelse om gyldigheden af disse tegn. Lige som det er tilfældet med de nævnte varemærker, reguleres disse tegn nemlig af den pågældende medlemsstats nationale lovgivning, og der kan kun træffes afgørelse om deres gyldighed inden for rammerne heraf.

78. Den kendsgerning, at de nationale varemærker er harmoniserede, og at de øvrige tegn ikke er, er efter min mening ikke afgørende i denne henseende.

79. Ved udarbejdelsen af indsigelsesgrunden i artikel 8, stk. 4, afgav fællesskabslovgiveren samtidig et tillidsvotum til de nationale rettigheder, der er omfattet af bestemmelsen, alene med det forbehold, at der skal foretages en kontrol af de betingelser, der har som formål at begrænse bestemmelsens anvendelsesområde (rettighedens tidsmæssige prioritet, at der er tale om et særligt beskyttet tegn på nationalt plan, at det anvendes erhvervsmæssigt, og at det ikke kun har lokal betydning). EU's myndigheder kan udelukkende kontrollere opfyldelsen af disse betingelser, men de kan ikke betvivle gyldigheden af hverken den pågældende nationale rettighed eller dens effektive beskyttelse i medlemsstaten. I modsat fald ville konsekvensen være, at Harmoniseringskontoret fik tildelt kompetence til at fortolke og anvende nationale bestemmelser, hvilket absolut ikke stemmer overens med dets kompetenceområde, og det ville kunne få alvorlige indvirkninger på eksistensen og beskyttelsen af tegnet på nationalt plan.

26 — Rettens dom af 23.10.2002, sag T-6/01, Matratzen Concord mod KHIM - Hukla Germany (MATRATZEN), Sml. II, s. 4335, præmis 55, af 30.6.2004, sag T-186/02, BMI Bertollo mod KHIM - Diesel (DIESELIT), Sml. II, s. 1887, præmis 71, af 21.4.2005, sag T-269/02, PepsiCo mod KHIM - Intersnack Knabber-Gebäck (RUFFLES), Sml. II, s. 1341, præmis 26, og af 22.3.2007, sag T-64/05, Saint-Gobain Pam mod KHIM - Propamsa (PAM PLUVIAL), Sml. II, s. 757, præmis 88.

80. Derfor er det min klare overbevisning, at Harmoniseringskontoret kun ville have haft mulighed for og pligt til at tage dette forhold i betragtning og forkaste indsigelsen baseret på det pågældende tegn, såfremt beskyttelsen af tegnet var blevet endeligt ugyldiggjort i den pågældende medlemsstat (ved retskraftig dom eller ved en tilsvarende relevant procedure).

81. Ovenstående bliver særlig tydeligt, når beskyttelsen af tegnet, sådan som det er tilfældet i den foreliggende sag, opstår på baggrund af en formel retshandling, som f.eks. en registrering. I denne situation er det almindeligt, at der ikke kan sættes spørgsmålstegn ved gyldigheden af en sådan registrering under en procedure om registrering af et EF-varemærke, men udelukkende under en annullationsprocedure, som er indledt i henhold til den lovgivning, der regulerer den pågældende registrering.

82. Inden for rammerne af Lissabonaftalen er det kun en administrativ myndighed i et af de deltagende lande, der kan gøre virkningen af en allerede registreret oprindelsesbetegnelse ugyldig, enten ved inden for en frist på ét år fra modtagelsen af registreringsmeddelelsen at erklære, at den ikke kan sikre beskyttelsen af en oprindelsesbetegnelse (artikel 5 i Lissabonaftalen), eller ved at fastslå, at dens beskyttelse i oprindelseslandet er ugyldig (artikel 6 og 7 i Lissabonaftalen). Ud over disse to retsmidler kan der ikke sås tvivl om gyldigheden af en international registrering og virkningen af den beskyttelse, som sikres i de forskellige deltagende lande ved denne registrering.

83. Hvad angår beskyttelsen på grundlag af den bilaterale konvention vil det efter min mening kun være muligt at udelukke eksistensen af et tegn, der kan gøres gældende gennem en indsigelse baseret på artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, såfremt konventionen opsiges eller ændres, eller det ved en retskraftig dom fastslås, at beskyttelsen er ophørt i det pågældende land.

84. I den foreliggende sag fandt appelkammeret, at spørgsmålet om, hvorvidt tegnet Bud blev anset for en beskyttet oprindelsesbetegnelse i Frankrig, Italien og Portugal i henhold til Lissabonaftalen og i Østrig i henhold til den bilaterale konvention indgået mellem denne medlemsstat og Den Tjekkiske Republik, var »af underordnet betydning«, idet »der ikke kunne gives medhold i en indsigelse […] på grundlag af en rettighed, der præsenteredes som en oprindelsesbetegnelse, men som reelt ikke udgjorde en sådan«. I den forbindelse henholdt Harmoniseringskontoret sig til de kendetegn, som både i retspraksis og i fællesskabslovgivningen [27] er påkrævet for at kunne kvalificere et tegn som oprindelsesbetegnelse, og Harmoniseringskontoret konkluderede, at disse krav ikke var opfyldt for så vidt angik det påberåbte tegn. I betragtning af det ovenstående er sådanne overvejelser imidlertid

27 — Forordning nr. 510/2006.

langt fra afgørende. Når de påberåbte rettigheder ikke var kendt endeligt ugyldige i henhold til de procedurer i national ret, som yder dem beskyttelse, kunne appelkammeret ikke så tvivl om deres gyldighed eller om, hvorvidt de udgjorde en »oprindelsesbetegnelse«.

85. Følgelig mener jeg ikke, at første del af det første appelanbringende skal tages til følge.

2. Anden del af det første appelanbringende: vedrørende kravet om »erhvervsmæssig anvendelse«

86. Appellanten gør gældende, at Retten har fejlfortolket kravet i artikel 8, stk. 4, om et »erhvervsmæssigt anvendt« tegn på tre punkter: for det første hvad angår den kvalitative og kvantitative brug, idet Retten ikke sidestiller denne med den »reelle brug«, som kræves, når der er tale om registrerede varemærker. For det andet hvad angår anvendelsesstedet, idet Retten fastslog, at der kunne tages hensyn til beviser, der stammer fra andre medlemsstater end dem, hvor den påståede rettighed er beskyttet, og for det tredje hvad angår den relevante periode for at bevise brugen, idet Retten afviste, at datoen for ansøgningen om registrering var relevant, og i stedet valgte at benytte datoen for ansøgningens offentliggørelse.

87. Retten har dermed fortolket betingelsen om et »erhvervsmæssigt anvendt« tegn på den mindst krævende måde, hvorved den begik en retlig fejl.

a) Den kvantitative og kvalitative anvendelse

i) Parternes argumenter

88. Det første af disse tre klagepunkter vedrører præmis 160-178 i den appellerede dom. I disse præmisser fastholdt Retten, at kravet om et »erhvervsmæssigt anvendt« tegn i artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 ikke skal fortolkes på samme måde som kravet om »reel brug«, der i henhold til samme forordnings artikel 43, stk. 2 og 3, finder anvendelse i tilfælde af en indsigelse på grundlag af et ældre varemærke, sådan som appelkammeret havde gjort.

89. Appellanten kritiserer dette fortolkningsmæssige valg med det argument, at hvis kravet om »reel brug« ikke fandt anvendelse

inden for rammerne af artikel 8, stk. 4, ville de registrerede varemærker være underlagt strengere krav end de tegn, der er omfattet af nævnte stk. 4, for så vidt angår deres anvendelse i forbindelse med en indsigelse over for registreringen af et yngre EF-varemærke. På samme måde, som der kræves mindre for at konstatere en krænkelse af et varemærke (artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 40/94), end der kræves for at opretholde varemærket (artikel 15 og artikel 43, stk. 2 og 3, i forordningen), er Anheuser-Busch af den opfattelse, at strengheden bør være maksimal, når der, som det er tilfældet i artikel 8, stk. 4, er tale om at »anerkende en rettighed, der kan have indvirkning på en anden virksomheds erhvervsmæssige aktiviteter«.

90. Ifølge Anheuser-Busch ville anvendelsen af dette krav om en »reel brug« således betyde, at udleveringen af gratis prøver på den ene side ikke kunne tages i betragtning som bevis for en sådan brug, idet disse efter appellantens opfattelse falder uden for dette begreb ifølge Silberquelle-dommen [28]. På samme måde skulle brugen af en oprindelsesbetegnelse eller en geografisk betegnelse, som er påberåbt i henhold til artikel 8, stk. 4, foregå i overensstemmelse med det pågældende tegns væsentligste funktion for at kunne kvalificeres som en reel brug, og denne væsentligste funktion går ganske enkelt ud på at garantere produkternes geografiske oprindelse og særlige egenskaber over for forbrugerne.

28 — Dom af 15.1.2009, sag C-495/07, Sml. I, s. 137, præmis 21 og 22.

ii) Stillingtagen

91. Spørgsmålet om fortolkningen af udtrykket »erhvervsmæssigt anvendt« er af Budvar blevet behandlet på samme måde som i den appellerede dom. Og i det store og hele stilles det begge steder op som et valg mellem to alternativer: Enten sidestilles udtrykket med begrebet »reel brug« i artikel 43, stk. 2, i forordning 40/94, eller man benytter den i retspraksis anvendte fortolkning af de identiske begreber »erhvervsmæssig brug«, som findes i artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 40/94 samt i artikel 5, stk. 1, og artikel 6, stk. 1, i direktiv 89/104.

92. Der er i virkeligheden væsentlige forskelle på de to former for brug. På den ene side er et varemærke ifølge retspraksis genstand for en »reel brug« i henhold til artikel 43 i forordning nr. 40/94, når det »i overensstemmelse med varemærkets væsentligste funktion, som er at garantere oprindelsen af de varer eller tjenesteydelser, som det er blevet registreret for, anvendes med henblik på at skabe eller bevare en afsætningsmulighed for disse varer og tjenesteydelser, bortset fra en rent symbolsk brug, der alene gøres med henblik på at bevare de til registreringen

knyttede rettigheder« [29]. Hvad angår begrebet »erhvervsmæssig brug« har der på den anden side i retspraksis indtil videre kun været lejlighed til at fortolke dette inden for rammerne af artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 40/94 samt af artikel 5, stk. 1, og artikel 6, stk. 1, i direktiv 89/104, idet det er blevet fastslået, at der er tale om erhvervsmæssig brug, når brugen af det omhandlede tegn finder sted »i forbindelse med en erhvervsmæssig virksomhed, hvormed der søges opnået økonomisk vinding, og ikke i private forhold«.

93. Efter min mening er denne dualistiske betragtningsmåde imidlertid i strid med selve lovgrunden for artikel 8, stk. 4. Den omstridte bestemmelse indeholder på den ene side et særligt sæt af de betingelser, der skal fortolkes uafhængigt af dem, der stilles til de øvrige indsigelsesgrunde. På den anden side har den sin egen selvstændige logik, som ikke svarer til den logik, der findes i forordningens artikel 43, stk. 2, og slet ikke til den, der findes i dens artikel 9, stk. 1.

94. Det af Budvar fremførte argument om retssikkerheden (betingelsen skal fortolkes ens i alle de bestemmelser i forordningen, hvor den optræder) er givetvis ikke uden vægt, men omvendt er det heller ikke tilstrækkeligt til at støtte Rettens fortolkning. Som hovedregel kræver det nævnte princip, at der foretages en ensartet fortolkning af et ikke nærmere fastlagt juridisk begreb, særligt når to bestemmelser i den samme lovtekst eller i lovtekster, hvis indhold har indbyrdes sammenhæng, benytter den samme terminologi (som det netop er tilfældet i den foreliggende sag med henholdsvis artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, artikel 9, stk. 1, i samme forordning, samt artikel 5, stk. 1, og artikel 6, stk. 1, i direktiv 89/104). Dette fortolkningskriterium, hvorved den samme definition skal anvendes på identiske termer, må imidlertid ikke være så stift, at det helt ser bort fra den kontekst, hvori det pågældende begreb benyttes. I dette tilfælde opfylder betingelsen vidt forskellige funktioner, alt afhængig af, hvilken bestemmelse den indgår i.

95. I henhold til artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 er det en betingelse for at kunne gøres gældende over for en ansøgning om registrering af et nyt EF-varemærke, at tegnet er »erhvervsmæssigt anvendt«. Det drejer sig således her om at skabe en indsigelsesgrund over for forsøget på at registrere et varemærke som EF-varemærke. I samme forordnings artikel 9, stk. 1, anvendes dette udtryk derimod til at beskrive brugen af et tegn, der er af identisk med eller ligner et EF-varemærke, og som indehaveren af sidstnævnte har mulighed for at forbyde. I dette tilfælde er det hensigten at sikre rækkevidden — naturligvis formuleret i

29 — Dom af 11.5.2006, sag C-416/04 P, Sunrider mod KHIM, Sml. I, s. 4237, præmis 70, og af 13.9.2007, sag C-234/06 P, Il Ponte Finanziaria mod KHIM, Sml. I, s. 7333, præmis 72. Jf. ligeledes vedrørende artikel 10, stk. 1, i direktiv 89/104 dom af 11.3.2003, sag C-40/01, Ansul, Sml. I, s. 2439, præmis 43, og kendelse af 27.1.2004, sag C-259/02, La Mer Technology, Sml. I, s. 1159, præmis 27.

de videst mulige termer — af EF-varemærkeindehaverens eneret til anvendelsen [30].

96. I denne henseende anvendes udtrykket i artikel 8, stk. 4, positivt, idet der kræves en »brugstærskel« på et vist minimumsniveau for at kunne gøre indsigelse mod registreringen af et EF-varemærke. I artikel 9, stk. 1, anvendes udtrykket derimod i en negativ betydning med den hensigt i videst mulig forstand at forbyde nogle typer af »fjendtlig« adfærd over for det registrerede varemærke.

97. Dette betyder imidlertid ikke, at det er korrekt at fortolke artikel 8, stk. 4, med støtte i artikel 43, stk. 2, sådan som det er tilfældet i den appellerede dom. Det, jeg mener, er, at den erhvervsmæssige anvendelse kræver en selvstændig fortolkning, som nødvendigvis må være, at den indsigelse, der fremsættes på grundlag af et af disse tegn, skal dokumentere en »brug«, som er det pågældende navn værdig.

98. Efter min mening er kravet om et »erhvervsmæssigt anvendt« tegn i artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 således et selvstændigt begreb [31], ligesom de øvrige betingelser i denne bestemmelse, der fortjener en selvstændig fortolkning.

99. For det første er det min opfattelse, at det ikke er en ufravigelig betingelse, at tegnet anvendes med henblik på »at skabe eller bevare en afsætningsmulighed«, men at der til gengæld kræves en specifik brug i en erhvervsmæssig sammenhæng, dvs. bortset fra anvendelse i privatsfæren, men at det f.eks. ikke er tilstrækkeligt at udlevere gratis prøver.

100. For det andet virker det også rimeligt at kræve, at der er tale om en brug, som er i overensstemmelse med det omhandlede tegns væsentligste funktion. For så vidt angår de geografiske betegnelser består denne funktion i at sikre, at offentligheden kan identificere den geografiske oprindelse og/eller visse særlige egenskaber ved produktet.

30 — Samme formål har artikel 5, stk. 1, og artikel 6, stk. 1, i direktiv 89/104. Jeg er enig i generaladvokat Sharpstons synspunkt om, at 40/94 (forslag til afgørelse fremsat den 12.3.2009 i agen Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli (dom af 11.6.2009, sag fortolkningen af direktiv 89/104 skal være i overensstemmelse med forordning nr. C-529/07, Sml. I s. 4893), punkt 16), men jeg mener ikke, at man deraf kan udlede, sådan som Budvar tilsyneladende gør, at denne »overensstemmelse« skal tilstræbes uden at have for øje, hvilken funktion hver enkelt bestemmelse opfylder. I den foreliggende sag ville der kunne kræves overensstemmelse mellem direktivets artikel 5, stk. 1, og artikel 6, stk. 1, og forordningens artikel 9, stk. 1, da det er disse bestemmelser, som har ensartet indhold (og som der henvises til i den på nuværende tidspunkt eksisterende retspraksis). At denne definition, som følger af retspraksis, skulle udvides til også at omfatte artikel 8, stk. 4, forekommer mig dog ikke så indlysende.

31 — Ud over at opfylde dette fællesskabskrav om erhvervsmæssig anvendelse skal tegnet i virkeligheden også opfylde den grad af anvendelse, som måtte være påkrævet i henhold til lovgivningen i den pågældende medlemsstat for at kunne give indehaveren »ret til at forbyde anvendelsen af et yngre mærke« [artikel 8, stk. 4, litra b), i forordningen].

101. En fortolkning af denne art (som efter min mening har den fordel at kunne tilpasses til de talrige forskelligartede tegn, som er omfattet af artikel 8, stk. 4) kunne betyde, at Anheuser-Buschs anbringender om, at Budvar har anvendt tegnet BUD som et varemærke og ikke med henblik på at angive produktets geografiske oprindelse, ville være relevante, om end der først skulle føres bevis herfor.

b) Det relevante område for godtgørelsen af, at tegnet er »erhvervsmæssigt anvendt«

i) Parternes argumenter

102. Det andet af disse klagepunkter vedrører det område, der er relevant for godtgørelsen af, at det nævnte krav om et »erhvervsmæssigt anvendt« tegn er opfyldt.

103. Appellanten mener, at Retten har fraveget territorialitetsprincippet og fejlfortolket artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, idet den i den appellerede doms præmis 167 og 168 fastslog, at det ikke fremgår af denne bestemmelses affattelse, »at der skal være gjort brug af det omhandlede tegn på det område, hvis lovgivning påberåbes til støtte for beskyttelsen af nævnte tegn«. Retten henviste navnlig til nødvendigheden af at tage hensyn til de af Budvar fremlagte beviser vedrørende brugen af Bud i Beneluxlandene, Spanien og Det Forenede Kongerige, på trods af at indsigelsen var fremsat på grundlag af enerettigheder, som kun findes i Østrig og Frankrig.

104. Ifølge Anheuser-Busch kan kravet om et »erhvervsmæssigt anvendt« tegn kun vedrøre den brug af tegnet, som finder sted i det område, hvor det er omfattet af den påberåbte beskyttelse. Dette ville være i overensstemmelse med det territorialitetsprincip, der finder anvendelse på de intellektuelle ejendomsrettigheder i almindelighed og på oprindelsesbetegnelserne i særdeleshed. Endelig benytter appellanten atter argumentet om sammenligning med varemærkesystemet: Hvis der blev taget hensyn til brugen i disse andre områder, ville de ikke-harmoniserede tegn i henhold til artikel 8, stk. 4, opnå en mere favorabel behandling end varemærkerne i henhold til artikel 8, stk. 1 og 2, idet artiklen indeholder et krav om en reel brug af disse i det pågældende område.

ii) Stillingtagen

105. Hvad angår dette andet klagepunkt er jeg enig i appellantens argumentation på grundlag af territorialitetsprincippet, men af de ovennævnte grunde er jeg derimod ikke enig i den argumentation, der er baseret på sammenligningen med varemærkesystemet.

106. Efter min mening er en territorial vurdering af kravet om brug ufravigelig, uanset hvilket tegn der påberåbes. For så vidt angår varemærker bestemmes det udtrykkeligt i artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94, at den reelle brug »i Fællesskabet« (når der påberåbes et EF-varemærke) eller »i den medlemsstat, hvor det ældre nationale varemærke er beskyttet« skal godtgøres. Den kendsgerning, at der i artikel 8, stk. 4, ikke nævnes noget om dette, kan imidlertid ikke fortolkes som et ønske om at udelukke et krav, der følger helt naturligt af territorialitetsprincippet, som finder anvendelse på alle slags intellektuelle ejendomsrettigheder [32].

107. I Fællesskabets lovgivning og retspraksis findes talrige eksempler på anvendelsen af dette princip.

108. F.eks. kan det af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 udledes, at risikoen for forveksling som følge af ligheden mellem det ansøgte varemærke og et ældre varemærke og mellem de varer eller tjenesteydelser, som disse to varemærker omfatter, skal bedømmes ud fra offentlighedens bevidsthed inden for det område, hvorpå det ældre varemærke er beskyttet [33].

109. Artikel 3, stk. 3, i direktiv 89/104, ifølge hvilken et varemærke ikke må udelukkes fra registrering eller erklæres ugyldigt, når det har opnået et fornødent særpræg »som følge af den brug, der er gjort deraf«, indeholder ingen præcisering af reglen om, hvor den pågældende brug skal kontrolleres. Ikke desto mindre har Domstolen fastslået, at det alene er »situationen på den del af den berørte medlemsstats område (eller i givet fald den del af Beneluxområdet), hvor registreringshindringerne er konstateret, der er relevant« [34].

110. Tilsvarende findes der i artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 en undtagelse fra anvendelsen af de absolutte hindringer for registrering af et EF-varemærke, når dette »som følge af den brug, der er gjort deraf, har fået

32 — Blandt de første til at anerkende dette princip var Hagens, som allerede i 1927 diskuterede påstanden om varemærkets universalitet, som traditionelt blev forsvaret i den tyske retspraksis. Han fastslog, at påstanden var uholdbar, idet anvendelsen heraf ville medføre en indtrængen i fremmede suveræne staters retssfære (Hagens, Warenzeichenrecht, Berlin og Leipzig, 1927). Den tyske højesteret tog Hagens' påstand til sig i en dom af 20.9.1927, og i dag er det et almindeligt accepteret princip inden for varemærkeretten, uden at dets betydning efter min mening er blevet svækket af de internationale aftaler, der primært udarbejdes på grundlag af gensidighed.

33 — Jf. i denne henseende, dom af 26.4.2007, sag C-412/05 P, Alcon mod KHIM, Sml. I, s. 3569, præmis 51, og dommen i sagen Il Ponte Finanziaria mod KHIM, præmis 60.

34 — Dom af 7.9.2006, sag C-108/05, Bovemij Verzekeringen, Sml. I, s. 7605, præmis 22. I sit forslag til afgørelse i denne sag, som blev fremsat den 30.3.2006, tager generaladvokat Sharpston ligeledes udgangspunkt i nødvendigheden af at foretage en territorial vurdering af disse krav, og hun bemærker, at det i modsætning til, hvad der kan kræves af nationale varemærker, er rimeligt at kræve, at varemærkeindehaveren, når det drejer sig om EF-varemærker, skal godtgøre, »at der er opnået fornødent særpræg ved brug inden for et større geografisk område« (punkt 45).

fornødent særpræg«. I retspraksis er det endvidere blevet præciseret, at varemærket kun kan registreres i henhold til den nævnte bestemmelse, hvis det bevises, at det »som følge af den brug, der er gjort deraf, har fået fornødent særpræg i den del af Fællesskabet, hvor det ikke fra begyndelsen havde et sådant særpræg i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 1, litra b). Den del af Fællesskabet, som er omhandlet i nævnte artikels stk. 2, kan i givet fald bestå af en enkelt medlemsstat« [35]. For at hindre registreringen på fællesskabsplan er det således tilstrækkeligt, at et varemærke ikke har det fornødne særpræg i blot én medlemsstat. På den anden side finder denne registreringshindring ikke længere anvendelse fra det øjeblik, hvor det varemærke, for hvilket der søges om fællesskabsregistrering, opnår det fornødne særpræg i det område, hvor det ikke tidligere havde dette.

111. Endelig er det min opfattelse, at kun en nøje overholdelse af territorialitetsprincippet gør det muligt at tage hensyn til målsætningen i artikel 8, stk. 4. Hvis kravet om et »erhvervsmæssigt anvendt« tegn har til hensigt at sikre, at det tegn, der påberåbes ad denne vej, har en vis offentlig relevans, er det kun naturligt, at denne relevans, der er opnået gennem brugen, skal godtgøres i forbindelse med det område, hvor tegnet er beskyttet, og at det ikke er tilstrækkeligt, at det har været brugt i et andet område (som tilmed kunne være uden for EU), hvor det ikke er beskyttet.

35 — Dom af 22.6.2006, sag C-25/05 P, Storck mod KHIM, Sml. I, s. 5719, præmis 83.

c) Den relevante periode for vurderingen af, om et tegn har været »erhvervsmæssigt anvendt«

i) Parternes argumenter

112. Det tredje klagepunkt vedrører det tidsrum, der er relevant, når det skal vurderes, om tegnet har været »erhvervsmæssigt anvendt«, og i særdeleshed hvornår dette tidsrum udløber.

113. Efter Anheuser-Buschs opfattelse har Retten fejlfortolket artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, idet den i den anfægtede doms præmis 169 fastslog, at det af denne bestemmelse ikke kan udledes, at »indsigeren skal godtgøre, at det omhandlede tegn blev brugt før indgivelsen af EF-varemærkeansøgningen«, men derimod, at det allerhøjst kan »kræves i lighed med, hvad der kræves i forhold til ældre varemærker, og dette for at undgå, at brugen af den ældre rettighed alene iværksættes på grund af en indsigelsessag, at det omhandlede tegn er blevet anvendt inden varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EF-varemærketidende*«.

114. Appellanten mener derimod, at alle betingelserne for indsigelsen mod registreringen af et varemærke skal være til stede på tidspunktet for indgivelsen af ansøgningen

vedrørende det yngre varemærke, uden at indsigeren må tildeles en længere frist til at foretage erhvervsmæssig anvendelse af det tegn, der påberåbes over for det varemærke, der søges registreret.

ii) Stillingtagen

115. På dette punkt er jeg enig i appellantens opfattelse, hvorefter brugen af tegnet i givet fald skal være bevist inden ansøgningens indgivelse, og ikke at det kan ske helt frem til tidspunktet for offentliggørelsen af registreringsansøgningen.

116. Først og fremmest, og af de grunde, jeg har fremlagt i afsnit V i dette forslag til afgørelse, medfører lovgiverens tavshed en forpligtelse til også på dette område at foretage en selvstændig fortolkning af indsigelsesmuligheden i artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94.

117. På den ene side er det nødvendigt at forkaste den analoge anvendelse af artikel 43 som foreslået i den appellerede dom [36]. Med denne argumentation begår Retten en alvorlig selvmodsigelse, idet den blot nogle få præmisser forinden forkaster selv samme analoge anvendelse i forbindelse med begrebet »erhvervsmæssigt anvendt«. Hvis begrebet »erhvervsmæssigt anvendt« fortolkes som værende forskelligt fra begrebet »reel brug« i artikel 43, stk. 2, er det af hensyn til den logiske sammenhæng nødvendigt at forkaste den fortolkning af det tidsmæssige krav, som foretages i den anfægtede dom. Dette betyder på den anden side heller ikke, at man kan nå frem til denne løsning ved blot at foretage en analog anvendelse af retspraksis vedrørende artikel 8, stk. 5 [37], idet denne bestemmelse vedrører en helt anden sammenhæng (indsigelse på grundlag af et ældre velkendt varemærke). De af appellanten nævnte domme er imidlertid klare eksempler på anvendelsen af det princip om prioritet, der finder anvendelse på de industrielle ejendomsrettigheder, og som der ligeledes skal tages højde for i forbindelse med artikel 8, stk. 4.

118. Efter min mening skal dette krav om prioritet tage udgangspunkt i datoen for registreringsansøgningen vedrørende det nye EF-varemærke og ikke i datoen for offentliggørelsen heraf i EF-varemærketidende. Hvis det handler om at sikre, at det tegn, der påberåbes til støtte for indsigelsen, har været genstand for en erhvervsmæssig brug, der konsoliderer tegnet, og som giver det den nødvendige tyngde til, at der på rimelig vis kan gøres indsigelse mod registreringen af et nyt EF-varemærke, forekommer det rimeligt at kræve, at det pågældende tegn allerede har

36 — Om end forordningens artikel 43 ikke nævnes udtrykkeligt, bemærkes det i den appellerede doms præmis 169, at kriteriet vedrørende datoen for offentliggørelsen er påkrævet »i lighed med, hvad der kræves i forhold til ældre varemærker«, idet der tydeligt henvises til betingelserne i den nævnte bestemmelse.

37 — Jf. fodnote 36.

været anvendt forud for indgivelsen af den pågældende registreringsansøgning.

119. Valget af en anden løsning ville åbne op for muligheden for bedrageri, idet indehaveren af den ældre rettighed, alene med det formål at gøre denne gældende som støtte for en indsigelse, ville kunne »improvisere« en kunstig brug af tegnet i overgangsperioden fra indgivelsen af registreringsansøgningen (som det er muligt at få kendskab til gennem uofficielle kanaler, sådan som det blev fastslået på retsmødet) til offentliggørelsen heraf i EF-varemærketidende [38].

120. I sit interventionsindlæg gør Budvar gældende, at det i artikel 8, stk. 4, litra a), udtrykkeligt kræves, at rettigheden til tegnet skal være erhvervet før tidspunktet for indgivelsen af ansøgningen om registrering som EF-varemærke eller i givet fald før tidspunktet for den prioritet, der gøres gældende til støtte for EF-varemærkeansøgningen, men at denne tidsmæssige betingelse ikke anvendes på kravet om erhvervsmæssig anvendelse. Efter Budvars opfattelse ville det således være tilstrækkeligt, at den rettighed, der lægges til grund for indsigelsen, er opnået inden tidspunktet for indgivelsen af varemærkeansøgningen, også selv om brugen af denne rettighed først har fundet sted efterfølgende, nemlig i perioden frem til offentliggørelsen af ansøgningen. Jeg er ikke enig i denne fortolkning af bestemmelsen. Efter min mening er dens affattelse ikke til hinder for, at dette tidsmæssige krav udvides til også at omfatte kravet om brug. Det ville tværtimod være mere naturligt, om alle kravene i artikel 8, stk. 4, var tidsmæssigt samordnede. I modsat fald ville systemet som nævnt nemt kunne udnyttes til bedrageri: Hvis det formål, der forfølges, er at »undgå, at brugen af den ældre rettighed alene iværksættes på grund af en indsigelsessag«, sådan som det anføres i den dom, der er genstand for appellen, er det nødvendigt at sikre, at brugen af det omhandlede tegn ville have fundet sted, uanset om der ansøges om en registrering som EF-varemærke eller ej, og dette kan kun sikres ved at kræve, at brugen skal have fundet sted forud for indgivelsen af en sådan ansøgning.

121. Endelig anfører Budvar, at registreringsansøgningen kun kan gøres gældende over for tredjemand, når den har været genstand for offentliggørelse. Dette argument er i mine øjne irrelevant, for sagen handler ikke om at fastslå den omstændighed, der fører til en sådan mulighed for at gøre ansøgningen gældende, men derimod om at bevise, at det påberåbte tegn benyttes erhvervsmæssigt i et vist omfang.

38 — Det blev ligeledes bekræftet på retsmødet, at dette tidsrum kan strække sig over adskillige måneder eller endda mere end et år, som det er tilfældet med nogle af de i den foreliggende sag omhandlede ansøgninger. I disse tilfælde er der af indlysende årsager en større risiko for, at der i visse kredse er kendskab til registreringsansøgningen inden dennes offentliggørelse. Det må uundgåeligt give anledning til en vis skepsis, at den eneste godtgjorte anvendelse af det påberåbte tegn har fundet sted i perioden mellem ansøgningen om varemærkeregistrering og dennes offentliggørelse.

d) Konklusion

122. Da de tre klagepunkter er begrundede, bør den anden del af det første appelanbringende efter min mening tages til følge.

3. Tredje del af det første appelanbringende: vedrørende kravet om et tegn, »som ikke kun har lokal betydning«.

a) Parternes argumenter

123. I tredje del af det første appelanbringende gør Anheuser-Busch gældende, at der i præmis 179-183 i den appellerede dom foretages en fejlfortolkning af udtrykket »som ikke kun har lokal betydning«.

124. Selv om appellanten er enig i, at det i henhold til artikel 8, stk. 4, er tegnet (og ikke dets brug), »som ikke kun [skal have] lokal betydning«, er det dennes opfattelse, at udtrykket »betydning« nødvendigvis skal knyttes til markedet i det land, hvor det pågældende tegn er beskyttet, og at et tegn kun kan have erhvervsmæssig »betydning«, hvis det anvendes i dette land. Den blotte omstændighed, at lovgivningen i to eller flere stater giver en person enerettigheder til et givent tegn, betyder ikke, at det pågældende tegn alene af den grund har en erhvervsmæssig »betydning« i disse stater.

125. Anheuser-Busch mener endvidere, at det geografiske anvendelsesområde for den beskyttelse, der ydes i den nationale lovgivning, ikke er et hensigtsmæssigt kriterium i denne forbindelse, for ellers ville betingelsen være underlagt medlemsstaternes nationale lovgivning, hvilket ville være i strid med den retspraksis, ifølge hvilken EF-varemærkelovgivningen er selvstændig og ikke er underlagt national lovgivning (dom af 25.10.2007, sag C-238/06 P, Develey mod KHIM, Sml. I, s. 9375, præmis 65 og 66)

b) Stillingtagen

126. Efter min mening foretages der i den appellerede dom en fortolkning, som er alt for bogstavelig og alt for bundet til ordlyden af artikel 8, stk. 4.

127. På den ene side er det, som det fremgår af den appellerede dom [39], sandt, at udtrykket »som ikke kun har lokal betydning«

39 — Præmis 180.

kvalificerer tegnet og ikke dets brug eller erhvervsmæssige anvendelse. Det henviser kort sagt til betydningen af det omhandlede tegn og ikke omfanget af dets brug. Dette bekræftes i analysen af nogle af de sproglige versioner af artiklen: Den italienske version er en af de tydeligste, idet der i denne er indføjet bindeordet »og« (»contrassegno utilizzato nella normale prassi commerciale e di portata non puramente locale«), men den franske (»signe utilisé dans la vie des affaires dont la portée n'est pas seulement locale«), portugisiske (»sinal utilizado na vida comercial cujo alcance não seja apenas local«) og tyske version (»eingetragenen Marke oder eines sonstigen im geschäftlichen Verkehr benutzten Kennzeichenrechts von mehr als lediglich örtlicher Bedeutung«) giver heller ingen anledning til tvivl, og det vil derfor være vanskelligt at ty til en anden fortolkning, selv i tilfælde af formuleringer, der ikke er helt tydelige, sådan som det er tilfældet i den spanske version (»signo utilizado en el tráfico económico de alcance no únicamente local«) eller i den engelske (»sign used in the course of trade of more than mere local significance«).

128. På trods af Rettens standpunkt i den appellerede dom kan ovenstående dog ikke betyde, at tegnets betydning svarer til den geografiske udstrækning af dets retlige beskyttelse, og ej heller, at et tegn ikke kun har lokal betydning alene af den grund, at det er retligt beskyttet i mere end ét land.

129. Som jeg allerede har bemærket, er betingelserne i artikel 8, stk. 4, ikke begrænsede til det rent juridiske område. På grund af de begreber, som fællesskabslovgiveren har anvendt, og selve målsætningen med bestemmelsen er det nødvendigt at foretage en fortolkning, som tager hensyn til omstændighederne og tegnets erhvervsmæssige betydning [40].

130. For det første lader det til, at termen »betydning« og de tilsvarende termer, der anvendes i de øvrige sprogversioner, refererer til faktiske omstændigheder og ikke til en beskyttelsesstandards territoriale

40 — Det, jeg hentyder til, er en form for fortolkning, der ligger tættere op ad den fortolkning, som Harmoniseringskontoret foretager i de tidligere nævnte »opposition guidelines«, uden at den nødvendigvis behøver at være identisk på alle punkter. Ifølge Harmoniseringskontoret kan fortolkningen af et tegns betydning i henhold til artikel 8, stk. 4, ikke udelukkende foretages ud fra et geografisk perspektiv, men skal ligeledes baseres på den økonomiske dimension af tegnets brug idet der foretages en vurdering af intensiteten og omfanget af brugen, udbredelsen af de varer eller tjenesteydelser, for hvilke tegnet anvendes, samt den reklame, der er foretaget under det pågældende tegn. Retten selv har punkt for punkt taget Harmoniseringskontorets fortolkning til sig i en anden dom afsagt kort tid efter den dom, der er genstand for appellen: Det drejer sig om dom af 24.3.2009, forenede sager T-318/06 – T-321/06, Moreira da Fonseca mod KHIM-General Óptica, Sml. II, s. 649. Forskellene mellem Rettens to domme var efter Domstolens egen anmodning genstand for en væsentlig del af drøftelserne på retsmødet. Om end de anerkender, at dommene tager udgangspunkt i forskellige omstændigheder og rettigheder, gjorde Anheuser-Busch og Harmoniseringskontoret gældende, at de påberåbte tegns forskellige egenskaber (en geografisk betegnelse i Budějovický Budvar-sagen og et butiksskilt i General Óptica-sagen) manglede relevans og ikke kunne retfærdiggøre forskellen i de to afgørelser. Budvar gjorde derimod gældende, at General Óptica-dommen omhandlede et tegn, der udelukkende var beskyttet som følge af dets brug, og at denne faktor ifølge Budvar ikke er relevant i forbindelse med oprindelsesbetegnelserne, som alene på grund af deres registrering eksisterer og er beskyttede. Følgelig var det Budvars opfattelse, at dommene ikke er modstridende, og at kravene i artikel 8, stk. 4, skal vurderes for hver enkelt sag, idet der tages hensyn til arten af det påberåbte tegn. Jeg deler ikke Budvars holdning på dette punkt.

anvendelsesområde [41]. Denne tanke stemmer overens med den allerede nævnte kendsgerning, at artikel 8, stk. 4, omfatter en forskelligartet gruppe tegn, hvoraf nogle er beskyttede som følge af en forudgående registrering, og andre alene på grundlag af deres brug.

131. Samme konklusion nås for det andet, hvis der foretages en analyse af den samling af betingelser, som et tegn underlægges i henhold til forordning nr. 40/94 for at kunne påberåbes som en relativ registreringshindring i henhold til artikel 8, stk. 4. Som tidligere nævnt kan de nævnte betingelser opdeles i to store grupper: på den ene side to betingelser af national karakter [de i bestemmelsens litra a) og b) omhandlede], som har til formål at sikre, at tegnet er og tidligere har været særligt beskyttet på nationalt plan, og på den anden side to betingelser (»erhvervsmæssigt anvendt« og »som ikke kun har lokal betydning«), som appellanten på korrekt vis anser for selvstændige betingelser »inden for fællesskabsretten«, og hvis formål er at forbeholde denne indsigelsesmulighed for de tegn, der ud over deres nationale beskyttelse har en vis handelsmæssig udbredelse og betydning.

132. Faktisk kan termen »betydning« således næppe betragtes uafhængigt af det marked, hvor tegnet optræder, og af anvendelsen heraf. Det er ikke tilfældigt, at man forinden taler om, at tegnet skal være »erhvervsmæssigt« anvendt: Selv om kravet vedrører tegnet, kan fortolkningen heraf ikke foretages uafhængigt af konteksten. Bestemmelsen skal fortolkes i sin helhed.

133. Følgelig kan de ikke-registrerede varemærker og de øvrige tegn i artikel 8, stk. 4, kun anvendes som relative registreringshindringer, når de rent erhvervsmæssigt har en betydning, der ikke kun er lokal [42]. Det geografiske område, hvori denne betydning skal analyseres, er det, hvor tegnet nyder retlig beskyttelse [43], men den blotte eksistens af en sådan beskyttelse inden for en medlemsstats område, eller sågar i flere medlemsstater, er ikke nogen garanti for, at kravet om betydning er opfyldt.

134. Ovenstående bekræftes ligeledes, hvis vi nu, for det tredje, tyr til en teleologisk fortolkning. Medtagelsen af dette krav om betydning stemmer, som jeg flere gange har nævnt, overens med lovgiverens ønske om at hindre adgangen til at anvende artikel 8, stk. 4, for

41 — I ordbogen Real Academia Española defineres ordet »alcance« som »evnen til at nå eller tilbagelægge en strækning«. Det franske akademi medtager »distance maximale à laquelle une chose peut exercer son effet, étendue, champ d'action d'un phénomène« blandt betydningerne af termen »portée«. Særlig udtrykkelig er termen »significance«, som anvendes i den engelske version, og som ifølge Cambridge Advanced Learner's Dictionary er synonymt med »importance« og »special meaning«.

42 — Jf. i denne henseende C. Fernández Novoa, *El sistema comunitario de marcas*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1995, s. 167, samt A.V. Mühlendahl, D. Ohlgart og V.V. Bomhard, *Die Gemeinschaftsmarke*, Bech, München, 1998, s. 38.

43 — Dette kan udledes af det tidligere nævnte territorialitetsprincip.

tegn, der ikke har gjort sig »fortjent« til at udgøre en registreringshindring for et lignende varemærke på fællesskabsplan [44].

135. I henhold til artikel 1 i forordning nr. 40/94 er EF-varemærket gyldigt og beskyttet inden for hele Unionens område, når først det er registreret. For at en ældre ikke-registreret rettighed skal kunne hindre registreringen af et EF-varemærke, som ønskes anerkendt i alle 27 medlemsstater, skal den således have en tilstrækkelig betydning til at retfærdiggøre, at den har forrang for det yngre EF-varemærke. Dens »betydning« skal være af et sådant omfang, at den potentielt set kan blokere for registreringen af et varemærke med virkning for hele Den Europæiske Union, og denne betydning må ikke kun vedrøre det territoriale område, hvor den påberåbte rettighed er beskyttet.

136. Den fortolkningsmæssige løsning, som Retten har valgt i den appellerede dom, finder nemt anvendelse på de tegn, der er omfattet af en formel international beskyttelse på baggrund af en registrering, sådan som det er tilfældet med Bud. Ikke desto mindre har størsteparten af de tegn, der er omfattet af artikel 8, stk. 4, ikke disse egenskaber.

137. På den ene side lader det til, at den omhandlede bestemmelse grundlæggende er udtænkt med sigte på de tegn, der kun er beskyttet i én medlemsstat [45], og ikke med henblik på de rent kvantitativt mindre interessante situationer, hvor der findes en grænseoverskridende beskyttelse. Hvis kravet om »betydning« blev fortolket som værende synonymt med den retlige beskyttelses territoriale udstrækning, ville det medføre, at muligheden for at påberåbe sig de tegn, der er beskyttet i henhold til artikel 8, stk. 4, i en hel medlemsstat, men ikke uden for dennes grænser, på forhånd ville være udelukket, idet de aldrig ville have en betydning, som ikke kun var lokal [46]. For at de kan medtages, skal termen »betydning« betragtes mere faktuelt, forstået på den måde, at tegnet skal være kendt i et område, der rækker ud over f.eks. en by eller et distrikt.

138. På den anden side finder den løsning, som fremgår af den appellerede dom, heller ikke anvendelse på de tegn, der ligesom de ikke-registrerede varemærker, opstår og opnår beskyttelse på grundlag af deres brug, uden at der er behov for en forudgående registrering. I disse tilfælde, som er de fleste af de tilfælde, der berøres af denne bestemmelse, er det ikke nemt at holde omfanget af brugen og

44 — Jf. i denne henseende D. Kitchin, D. Llewelyn, J. Mellor, R. Meade, T. Moody-Stuart og D. Keeling, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, Sweet & Maxwell, London, 2005, s. 274.

45 — Derfor henvises der til »medlemsstatens lovgivning vedrørende det pågældende tegn«.

46 — Af Rettens fortolkning ville man kunne udlede, at denne betydning kun kan garanteres gennem en international beskyttelse (jf. i denne henseende den anfægtede doms præmis 181: »De påberåbte ældre rettigheder [har] ikke kun lokal betydning, for så vidt som beskyttelsen af disse rettigheder i henhold til Lissabonaftalens artikel 1, stk. 2, og den bilaterale konventions artikel 1 rækker ud over deres oprindelsesområde«).

omfanget af den retlige beskyttelse adskilt fra hinanden.

139. Endelig, og i modsætning til bemærkningerne i den appellerede doms præmis 180, er jeg af den opfattelse, at artikel 107 i forordning nr. 40/94 ikke er til hinder for den fortolkning, jeg her foreslår.

140. Artikel 8, stk. 4, finder anvendelse side om side med denne artikel 107, som giver mulighed for en »sameksistens« mellem det nye EF-varemærke og et ældre tegn, som kun er af lokal betydning, idet det i artiklen bestemmes, at indehaveren af denne ældre rettighed af lokal betydning (der således ikke kan påberåbes til støtte for indsigelsen mod et EF-varemærke, men som er beskyttet i en medlemsstat) »kan modsætte sig brugen af EF-varemærket inden for det område, hvor denne ret er beskyttet, såfremt den pågældende medlemsstats lovgivning tillader det«. Det fremgår af artiklen, at der til en lokal betydning er knyttet en beskyttelse, der er begrænset til medlemsstatens område, og at der til en betydning, der ikke kun er lokal, er knyttet en beskyttelse, der dækker hele EU [47], men det fremgår ikke, at beskyttelsen på fællesskabsplan (gennem en med held gennemført indsigelse mod registreringen af det yngre varemærke) kun må ydes, når der eksisterer en retlig beskyttelse i mere end én medlemsstat. Artikel 107 er efter min opfattelse ikke tilstrækkelig til at sammenknytte betydningen og beskyttelsens territoriale udstrækning, sådan som det foreslås i den appellerede dom.

141. På baggrund af det ovenstående er det min opfattelse, at uanset om en geografisk betegnelse er beskyttet i mere én medlemsstat i henhold til en international aftale, således som det er tilfældet med Bud, opfylder den ikke kravet om »ikke kun [at have] lokal betydning«, hvis det kun kan bevises (som det tilsyneladende er tilfældet i den foreliggende sag), at den er kendt og anvendt i én af de stater, hvor den er beskyttet.

142. Følgelig finder jeg, at tredje del af det første appelanbringende bør tages til følge.

4. Konklusion

På baggrund af det ovenstående foreslår jeg Domstolen at tage anden og tredje del af det første appelanbringende til følge, mens første del ikke tages til følge.

47 — Med udgangspunkt i denne tanke mener Fleckenstein, at begge artikler udgør et »system«: J. Fleckenstein, *Der Schutz territorial beschränkter Kennzeichen* (Peter Lang — Europäische Hochschulschriften, Frankfurt am Main, 1999), s. 104.

B — *Det andet appelanbringende vedrørende tilsidesættelsen af artikel 8, stk. 4, og artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94*

1. Parternes argumenter

143. I sit andet appelanbringende, som vedrører tilsidesættelsen af artikel 8, stk. 4, og artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94, gør appellanten gældende, at der i den appellerede doms præmis 199 begås en retlig fejl, når Harmoniseringskontorets appelkammer pålægges ex officio at undersøge den gældende nationale lovgivning, herunder retspraksis vedrørende Budvars ret til at forbyde anvendelsen af et yngre varemærke under påberåbelse af en geografisk betegnelse. I betragtning af, at der kunne opnås kendskab til udfaldet af de nationale retssager via almindeligt tilgængelige kilder, og at dette følgelig udgjorde en vitterligt kendt omstændighed, som er fritaget for den bevisbyrde, som i forordningens artikel 74 pålægges indsigeren, har Retten tilsidesat denne bestemmelse, ifølge hvilken Harmoniseringskontorets undersøgelse i forbindelse med en indsigelsessag skal begrænses til at omfatte de fremførte kendsgerninger, beviser og argumenter og de af parterne fremsatte anmodninger.

2. Stillingtagen

144. Det andet appelanbringende rejser i virkeligheden to forskellige spørgsmål.

145. For det første skal det undersøges, om Harmoniseringskontoret i henhold til artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94 har pligt til ex officio at undersøge status og udfaldet af de retssager, der føres i den pågældende medlemsstat, og følgelig om de nationale retsafgørelser i denne henseende udgør vitterligt kendte omstændigheder.

146. I de annullerede afgørelser har Harmoniseringskontorets appelkammer kun taget hensyn til nogle franske og tyske retsafgørelser, hvori det blev nægtet indehaverne af Bud at forbyde Anheuser-Busch anvendelsen heraf i de pågældende nationale områder. På daværende tidspunkt var disse nationale domme ikke endelige, men appelkammeret tog ikke hensyn til dette forhold, som ikke var blevet gjort gældende af Budvar.

147. I mine øjne var den af Harmoniseringskontorets appelkammer anvendte fremgangsmåde helt i overensstemmelse med reglerne for indsigelsessager, og i særdeleshed med den almindelige ordning vedrørende bevisbyrde, som er omtalt i artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94. Efter som hovedregel at have fastslået Harmoniseringskontorets pligt til at iværksætte en ex officio-prøvelse af de faktiske omstændigheder, bestemmes det i den nævnte artikel, at »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«.

148. Bevisbyrden påhviler således helt og holdent indsigeren, og Harmoniseringskontoret kan ikke kritiseres for ikke at have taget hensyn til eksistensen af nogle retsafgørelser, som på trods af, hvad Retten fandt, ikke udgjorde »vitterligt kendte omstændigheder«. Selv hvis de kilder, der kunne have formidlet disse oplysninger, havde været »tilgængelige« for appelkammeret, er det ikke sidstnævntes, men derimod den interesserede parts opgave at kontrollere alle de oplysninger, der gøres gældende i sagen, og særligt at undersøge, om en dom afsagt i en national retssag er endelig eller ej.

149. For det andet fremsætter appellanten indirekte, og i forbindelse med hovedargumentet i det andet appelanbringende, endnu et klagepunkt ud fra et bevismæssigt perspektiv. Anheuser-Busch gør gældende, at »appelkammeret er i besiddelse af beviser for det forhold, at Budvar uden held har forsøgt at få de nationale retter til at anerkende de rettigheder, som denne nu påberåber sig over for de af Anheuser-Busch indgivne ansøgninger om registrering som EF-varemærke. […] Budvar har ikke fremlagt nogen afgørelse, hvori selskabet gives medhold i, at det kan få sine rettigheder anerkendt i henhold til artikel 8, stk. 4«. Affattelsen af appelskriftet kunne give anledning til at tro, at forordningens artikel 8, stk. 4, i Anheuser-Buschs øjne skal forstås på en sådan måde, at indsigeren skal bevise, at det på effektiv vis er lykkedes denne at forbyde brugen af et yngre varemærke, samt at det ikke er tilstrækkeligt at være i besiddelse af en abstrakt rettighed til at forbyde brugen af et yngre varemærke.

150. Hvis det er denne fortolkning, som appellanten forsvarer, er jeg ikke enig heri. Efter min opfattelse er det tydeligt, at artikel 8, stk. 4, litra b), udelukkende kræver, at indsigeren er i besiddelse af denne abstrakte rettighed som en mulighed for at beskytte sit tegn på nationalt plan. Indsigelsen vil altid være mulig, hvis man er i besiddelse af denne rettighed, også selv om den ikke udtrykkeligt er blevet udøvet eller retsligt anerkendt.

151. Der kunne argumenteres for, at alle diskussioner omkring nationale retssagers status (dvs. om retsafgørelserne vedrørende anerkendelsen af rettigheden er endelige eller ej) er irrelevante, hvis der blot kræves en abstrakt rettighed. Det forhold, at der rent faktisk findes nationale domme (med og uden retskraft), hvori retten til at forbyde brugen af et yngre varemærke afvises, sådan som det er tilfældet i den foreliggende sag, kunne dog tyde på, at denne rettighed ikke eksisterer.

152. Med forbehold af denne sidste bemærkning mener jeg, at det andet appelanbringende bør tages til følge.

C — *Medhold i appellen og hjemvisning af sagen til Retten*

153. På baggrund af det ovenstående finder jeg det hensigtsmæssigt at give medhold i appellen, således at det andet appelanbringende samt anden og tredje del af det første appelanbringende tages til følge, og at den nævnte afgørelse annulleres.

154. For så vidt som de påberåbte fejl kun lader til at kunne afhjælpes ved at foretage en bedømmelse af de faktiske omstændigheder, finder jeg ikke, at sagen kan afgøres af Domstolen i henhold til artikel 61, stk. 1, i Domstolens statut. Jeg anbefaler derfor, at sagen hjemvises til Retten, således at denne kan foretage en sådan bedømmelse og træffe en ny afgørelse i overensstemmelse hermed.

155. Det vil særligt påhvile Retten at efterprøve, om Budvar har godtgjort, at Bud har været anvendt »erhvervsmæssigt« forud for det tidspunkt, hvor Anheuser-Busch indgav sin første ansøgning om registrering af Bud som EF-varemærke. I denne henseende bør Retten foretage en selvstændig fortolkning af kravet om et »erhvervsmæssigt anvendt« tegn, dvs. en fortolkning, der er uafhængig af den i retspraksis fastslåede fortolkning af dette samme udtryk, men inden for rammerne af samme forordnings artikel 9, stk. 1.

VII — Sagens omkostninger

156. Idet det foreslås at hjemvise sagen til Retten, bør afgørelsen om omkostningerne i forbindelse med nærværende appelsag udsættes.

VIII — Forslag til afgørelse

157. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen,

1) at der gives medhold i den af Anheuser-Busch iværksatte appel til prøvelse af dommen af 16. december 2008 afsagt af Rettens Første Afdeling i de forenede sager T-225/06, T-255/06, T-257/06 og T-309/06

2) at sagen hjemvises til Den Europæiske Unions Ret

3) at afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.