FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT F.G. JACOBS fremsat den 15. december 2005 [1]

1. Den foreliggende sag er en appel iværksat til prøvelse af en dom afsagt af Retten i Første Instans [2], der opretholdt en afgørelse fra Første Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«) om afvisning af en klage over en afgørelse fra Harmoniseringskontorets Indsigelsesafdeling (herefter »Indsigelsesafdelingen«).

2. I denne afgørelse fandt Indsigelsesafdelingen, at der var gjort reel brug af et varemærke i den i artikel 43 i forordning nr. 40/94 om EF-varemærker [3] omhandlede forstand, og at de varer, der var omfattet af varemærket og af et ansøgt EF-varemærke, var af samme art i den i forordningens artikel 8, stk. 1, litra b), omhandlede forstand.

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Dom af 8.7.2004, sag T-203/02, Sunrider mod KHIM, Sml. II, s. 2811.

3 — Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20.12.1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret.

Fællesskabslovgivning

3. Artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 40/94 bestemmer, så vidt det er relevant:

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

[...]

b) såfremt der i offentlighedens bevidsthed inden for det område, hvor det ældre mærke er beskyttet, er risiko for forveksling, fordi det yngre mærke er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og varerne eller tjenesteydelserne er af samme eller lignende art [...]«

4. Artikel 8, stk. 2, litra a), bestemmer, at »ældre varemærker« bl.a. omfatter varemærker, der er registreret i en medlemsstat.

5. Artikel 42 i forordning nr. 40/94 bestemmer, at der kan rejses indsigelse mod registreringen af et EF-varemærke i henhold til forordningens artikel 8 i indtil tre måneder efter bekendtgørelsen af varemærkeansøgningen.

6. Artikel 43 i forordning nr. 40/94 bestemmer, så vidt det er relevant:

»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 [...]

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.«

7. Det er ubestridt i nærværende sag, at brug af et ældre varemærke med indehaverens samtykke ligestilles med indehaverens brug [4].

8. Regel 22 i Kommissionens forordning om gennemførelsesbestemmelser til EF-varemærkeforordningen [5] bestemmer, så vidt det er relevant:

»2. Af de oplysninger og bevisligheder, der fremlægges som dokumentation for brug,

4 — Analogt med artikel 15, stk. 3, i forordning nr. 40/94, der i sammenhæng med fortabelse af et EF-varemærke på grund af manglende reel brug inden fem år regnet fra registreringen bestemmer: »Brug af EF-varemærket med indehaverens samtykke ligestilles med indehaverens brug af varemærket.«

5 — Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13.12.1995 om gennemførelsesbestemmelser til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 om EF-varemærker (EFT L 303, s. 1).

skal det fremgå, hvor, hvornår samt i hvilket omfang og i hvilken form det varemærke, som indsigelsen støttes på, er blevet brugt til de varer og tjenesteydelser, for hvilke varemærket er registreret, og hvorpå indsigelsen støttes, og disse oplysninger skal underbygges med beviser, jf. stk. 3.

3. Som bevis bør der kun fremlægges underbyggende dokumentation og bevisligheder, som f.eks. emballager, etiketter, prislister, kataloger, fakturaer, fotografier, avisannoncer samt de i forordningens artikel 76, stk. 1, litra f), nævnte skriftlige erklæringer.«

Baggrunden for den af Retten i Første Instans afsagte dom

9. Den 1. april 1996 indgav The Sunrider Corp. (herefter »appellanten«) en ansøgning om registrering af et EF-varemærke til Harmoniseringskontoret. Varemærket, for hvilket der blev ansøgt om registrering, var ordmærket VITAFRUIT. De varer, som registreringsansøgningen vedrørte, var bl.a.: »mineralvand og kulsyreholdige vande og andre ikke-alkoholholdige drikke; frugt- og grønsagsdrikke, frugtsaft; saft og andre præparater til fremstilling af drikke; urte- og vitamindrikke«. Ansøgningen blev offentliggjort den 5. januar 1998.

10. Den 1. april 1998 rejste Juan Espadafor Caba (herefter »indsigeren«) indsigelse i medfør af artikel 42, stk. 1, i forordning nr. 40/94 mod registrering af det ansøgte varemærke. Indsigelsen var støttet på et ældre varemærke, nemlig ordmærket VITAFRUT, som allerede var registreret i Spanien for »ikke-alkoholholdige og ikke-terapeutiske kulsyreholdige drikke, alle former for ikke-terapeutiske kolde drikke, kulsyreholdige præparater, brusende granulater, ugærede frugt- og grønsagsdrikke (bortset fra most), limonade, orangeade, kolde drikke (bortset fra mandelmælk), kulsyreholdige vande, Seidlitzvand og kunstig is«.

11. Indsigeren påberåbte sig til støtte for indsigelsen artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

12. I oktober 1998 anmodede appellanten om, at indsigeren i henhold til artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 skulle godtgøre, at der inden for de seneste fem år forud for offentliggørelsen af EF-varemærkeansøgningen var gjort reel brug af det ældre varemærke i Spanien. Harmoniseringskontorets Indsigelsesafdeling opfordrede indsigeren til at føre bevis herfor.

Indsigeren fremsendte til Harmoniseringskontoret dels seks flaskeetiketter, som var påført det ældre varemærke, dels fjorten fakturaer og ordreskrivelser, hvoraf ti var dateret i perioden før den 5. januar 1998. Det fremgår af fakturaerne, at salget af de varer, der var forsynet med det ældre varemærke, var foretaget af Industrias Espadafor SA og ikke af varemærkeindehaveren, nemlig indsigeren Juan Espadafor Caba.

13. Ved afgørelse af 23. august 2000 afslog Indsigelsesafdelingen varemærkeansøgningen for følgende varer: »mineralvand og kulsyreholdige vande og andre ikke-alkoholholdige drikke; frugt- og grønsagsdrikke, frugtsaft; saft og andre præparater til fremstilling af drikke; urte- og vitamindrikke«. Indsigelsesafdelingen fandt for det første, at de beviser, som indsigeren havde fremlagt, godtgjorde, at det ældre varemærke havde været genstand for reel brug i henhold til artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 for varerne »ugærede frugt- og grønsagsdrikke, limonade, orangeade«. Indsigelsesafdelingen anførte for det andet, at disse varer delvis lignede og delvis var af samme art som de varer, der betegnedes »mineralvand og kulsyreholdige vande og andre ikke-alkoholholdige drikke; frugt- og grønsagsdrikke, frugtsaft; saft og andre præparater til fremstilling af drikke; urte- og vitamindrikke«, som omhandlet i varemærkeansøgningen, og at der var risiko for forveksling mellem de omhandlede tegn i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

14. Den 23. oktober 2000 påklagede appellanten Indsigelsesafdelingens afgørelse. Ved afgørelse af 8. april 2002 afviste Første Appelkammer ved Harmoniseringskontoret (herefter »appelkammeret«) klagen. Appelkammeret bekræftede i det væsentlige den vurdering, som var indeholdt i Indsigelsesafdelingens afgørelse, men understregede imidlertid, at brugen af det ældre varemærke kun var godtgjort for de varer, der betegnedes »saftkoncentrater«.

15. Appellanten anlagde sag ved Retten i Første Instans.

Rettens dom

16. Appellanten fremførte to anbringender til støtte for søgsmålet for Retten. Det første vedrørte en tilsidesættelse af artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94. Dette anbringende bestod af to led. Det første led vedrørte den omstændighed, at Harmoniseringskontoret betragtede tredjemands brug som en reel brug, uden at det var godtgjort, at varemærkeindehaverens samtykke forelå, og det andet led vedrørte den omstændighed, at Harmoniseringskontoret havde tilsidesat begrebet reel brug. Det andet anbringende vedrørte en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

17. Hvad angår det første anbringendes første led udtalte Retten følgende:

»19 I medfør af artikel 43, stk. 2 og 3, og artikel 15, stk. 1, i forordning nr. 40/94 forkastes en indsigelse, der er rejst mod registreringen af et EF-varemærke, såfremt indehaveren af det omhandlede ældre varemærke ikke godtgør, at der inden for de seneste fem år forud for offentliggørelsen af EF-varemærkeansøgningen er gjort reel brug af varemærket. Såfremt indehaveren af varemærket derimod kan godtgøre dette, prøver Harmoniseringskontoret de registreringshindringer, som indsigeren har gjort gældende.

20 I henhold til artikel 15, stk. 3, i forordning nr. 40/94 sammenholdt med samme forordnings artikel 43, stk. 3, betragtes tredjemands brug af et ældre nationalt varemærke med indehaverens samtykke som indehaverens brug.

21 Indledningsvis bemærkes, at Retten tidligere har fastslået, at omfanget af den prøvelse, som appelkammeret skal foretage med hensyn til afgørelsen, der er genstand for klagen — i det foreliggende tilfælde Indsigelsesafdelingens afgørelse — ikke afhænger af, om den part, der har indgivet klagen, har fremsat et særligt anbringende i forhold til afgørelsen, hvorved han har anfægtet den fortolkning eller den anvendelse, som Harmoniseringskontorets afdeling, der har truffet afgørelse i første instans, har foretaget af en bestemmelse, eller denne afdelings vurdering af et bevis (jf. i denne retning Rettens dom af 23.9.2003, sag T-308/01, Henkel mod KHIM — LHS (UK) (KLEENCARE), [Sml. II, s. 3253], præmis 32). Selv om den part, der har indgivet klagen til Harmoniseringskontorets appelkammer, ikke har fremsat et specifikt anbringende for appelkammeret, er appelkammeret ikke desto mindre forpligtet til — i lyset af alle de foreliggende, relevante retlige og faktiske oplysninger — at prøve, om en ny afgørelse med samme konklusion som den afgørelse, der er genstand for klagen, lovligt kan — eller ikke kan — træffes på det tidspunkt, hvor der træffes afgørelse om klagen (KLEENCARE-dommen, præmis 29). Omfattet af denne prøvelse er tillige spørgsmålet om, hvorvidt det i lyset af de faktiske oplysninger og beviser, som den anden part i sagen ved appelkammeret har fremført, er godtgjort, at indehaveren af det ældre varemærke eller en bemyndiget tredjemand har gjort reel brug af varemærket i henhold til artikel 43, stk. 2 og 3, og artikel 15, stk. 3, i forordning nr. 40/94. Heraf følger, at første led af det første anbringende kan antages til realitetsbehandling.

22 Hvorvidt påstanden om, at sagsøgeren hverken for Indsigelsesafdelingen eller for appelkammeret har bestridt, at der

forelå et samtykke fra indehaveren af det ældre varemærke, er relevant, er derimod omfattet af realitetsprøvelsen.

23 Som det fremgår af de fakturaer, den anden part i sagen for appelkammeret har fremlagt, blev salget af varer under det ældre varemærke foretaget af selskabet Industrias Espadafor, SA, og ikke af varemærkeindehaveren, selv om dennes navn også indgår i det omhandlede selskabs navn.

24 Såfremt en indsiger har gjort gældende, at tredjemand har gjort reel brug af det ældre varemærke i henhold til artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94, har han indirekte tilkendegivet, at denne brug er sket med hans samtykke.

25 Hvad angår rigtigheden af denne indirekte konstatering bemærkes, at såfremt brugen af det ældre varemærke, sådan som den fremgår af de fakturaer, der er fremlagt for Harmoniseringskontoret, skete uden indehaverens samtykke og dermed i strid med dennes varemærkeret, ville selskabet Industrias Espadafor, SA, almindeligvis have en interesse i ikke at afsløre beviserne for en sådan brug over for indehaveren af det omhandlede varemærke. Det forekommer således usandsynligt, at indehaveren af et varemærke ville fremlægge bevis for brug, som er sket mod hans vilje.

26 Harmoniseringskontoret kunne så meget desto mere gå ud fra denne formodning, som sagsøgeren ikke har bestridt, at den brug, som selskabet Industrias Espador, SA, har gjort af det ældre varemærke, er sket med indsigerens samtykke. Det er ikke tilstrækkeligt, at sagsøgeren under sagen for Harmoniseringskontoret generelt har gjort gældende, at de beviser, som indsigeren har fremført, ikke er tilstrækkelige til at godtgøre en reel brug af varemærket.

27 Det fremgår af sagen, at sagsøgeren nærmere bestemt har anfægtet den angiveligt alt for ringe handelsmæssige brug, der er godtgjort, samt kvaliteten af de fremførte beviser. Der er derimod ikke i det indlæg, som sagsøgeren afgav i sagen for Harmoniseringskontoret, holdepunkter for at antage, at sagsøgeren har henledt Harmoniseringskontorets opmærksomhed på, at der var tale om en tredjemands brug, eller at der kunne rejses tvivl om varemærkeindehaverens samtykke til denne brug.

28 Disse oplysninger udgjorde et tilstrækkeligt solidt grundlag for, at appelkammeret kunne fastslå, at brugen af det ældre varemærke skete med indehaverens samtykke.

29 Heraf følger, at det første led af anbringendet vedrørende tilsidesættelse af artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 bør forkastes.«

18. Hvad angår det første anbringendes andet led om, at Harmoniseringskontoret havde foretaget en urigtig fortolkning af begrebet reel brug, udtalte Retten følgende:

»36 Som det fremgår af niende betragtning til forordning nr. 40/94, er det fællesskabslovgivers opfattelse, at det kun er berettiget at beskytte et ældre varemærke i det omfang, hvor dette rent faktisk er blevet brugt. I overensstemmelse med denne betragtning bestemmer artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94, at den, der ansøger om et EF-varemærke, kan begære, at det bevises, at der er gjort reel brug af det ældre varemærke på det område, hvor det er beskyttet, inden for de seneste fem år forud for offentliggørelsen af varemærkeansøgningen, som der er rejst indsigelse imod (Rettens dom af 12.12.2002, sag T-39/01, Kabushiki Kaisha Fernandes mod KHIM — Harrison (HIWATT), Sml. II, s. 5233, præmis 34).

37 I medfør af regel 22, stk. 2, i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 40/94 (EFT L 303, s. 1) skal det af beviset for brug fremgå, hvor, hvornår samt i hvilket omfang og i hvilken form det ældre varemærke er blevet brugt. Det kræves derimod ikke, at indsigeren fremlægger en skriftlig erklæring vedrørende omsætningen i den virksomhed, der har gjort brug af det ældre varemærke. Artikel 43, stk. 2, og artikel 76 i forordning nr. 40/94 samt regel 22, stk. 3, i forordning nr. 2868/95 overlader det til indsigeren at vælge, hvilke beviser han finder egnede til at godtgøre, at det ældre varemærke har været genstand for reel brug i den relevante periode. Sagsøgerens kritik af den manglende erklæring på tro og love vedrørende den totale omsætning ved salg af varer under det ældre varemærke bør derfor afvises.

38 Ved fortolkningen af begrebet reel brug bør der tages hensyn til den omstændighed, at formålet med kravet om, at der skal være gjort reel brug af det ældre varemærke, for at mærket kan gøres gældende over for en EF-varemærkeansøgning, er at begrænse konflikter mellem to varemærker, når der ikke økonomisk er nogen rimelig grund til dem, der udspringer af varemærkets faktiske funktion på markedet (Rettens dom af 12.3.2003, sag T-174/01, Goulbourn mod KHIM — Redcats (Silk Cocoon), Sml. II, s. 789, præmis 38). Nævnte bestemmelse omhandler derimod hverken vurderingen af den handelsmæssige succes eller kontrollen med en virksomheds økonomiske stra-

tegi og bestemmer heller ikke, at beskyttelsen af varemærker kun skal forbeholdes en kvantitativt væsentlig handelsmæssig brug.

39 Som det fremgår af Domstolens dom af 11. marts 2003, Ansul (sag C-40/01, Sml. I, s. 2439), vedrørende fortolkningen af artikel 12, stk. 1, i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1), hvis indhold i det væsentlige svarer til indholdet af artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94, er der gjort »reel brug« af et varemærke, når dette er anvendt i overensstemmelse med varemærkets grundlæggende funktion, som er at garantere oprindelsen af de varer eller tjenesteydelser, som det er blevet registreret for, med henblik på at skabe eller bevare en afsætningsmulighed for disse varer og tjenesteydelser. [Dette omfatter ikke symbolske former for brug alene med det formål at bevare de til varemærket knyttede rettigheder] (jf. Ansul-dommen, præmis 43). I denne forbindelse er betingelsen om reel brug af varemærket kun opfyldt, når varemærket med den beskyttelse, det har inden for det relevante geografiske område, bruges offentligt og i forhold til omverdenen (Ansul-dommen, præmis 37, og Silk Cocoon-dommen, præmis 39).

40 Bedømmelsen af, om brugen af varemærket er reel, skal foretages på grundlag af samtlige faktiske omstændigheder, der kan godtgøre, at varemærket virkelig anvendes handelsmæssigt, navnlig de former for brug, der i den pågældende branche anses for begrundet i fastholdelse eller erhvervelse af markedsandele for de varer eller tjenesteydelser, der beskyttes af varemærket, disse varers eller tjenesteydelsers art, de særlige forhold på markedet samt omfanget og hyppigheden af brugen af varemærket (Ansul-dommen, præmis 43).

41 Med hensyn til omfanget af den brug, der er gjort af det ældre varemærke, bør der bl.a. tages hensyn dels til det handelsmæssige omfang af brugen, dels til varigheden og hyppigheden af brugen.

42 For i en konkret sag at undersøge, om der er tale om reel brug af et ældre varemærke, skal der anlægges en helhedsvurdering, under hensyntagen til alle de relevante faktorer i det foreliggende tilfælde. Denne vurdering indebærer en vis indbyrdes afhængighed mellem de faktorer, der kommer i betragtning. Et mindre antal varer, der markedsføres under det omhandlede varemærke, kan således kompenseres ved, at det pågældende varemærke tidligere er anvendt meget intensivt eller meget regelmæssigt og omvendt. Den faktiske omsætning og det kvantitative salg af varer under det ældre varemærke

kan således ikke bedømmes isoleret, men skal vurderes i forhold til andre relevante faktorer, såsom omfanget af den handelsmæssige virksomhed, den produktionsmæssige eller handelsmæssige kapacitet, spredningsgraden hos den virksomhed, der bruger varemærket, samt de pågældende varers eller tjenesteydelsers egenskaber på det relevante marked. Domstolen har i denne forbindelse udtalt, at det ikke kræves, at brugen af varemærket altid har et betydeligt kvantitativt omfang, for at den kan betegnes som reel (Ansuldommen, præmis 39).

43 I lyset af disse betragtninger skal det undersøges, om Harmoniseringskontoret med rette har fundet, at de beviser, som den anden part i sagen for Harmoniseringskontoret har fremlagt, godtgjorde en reel brug af det ældre varemærke.

44 Da sagsøgerens EF-varemærkeansøgning blev offentliggjort den 5. januar 1998, løber perioden på fem år i henhold til artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94 fra den 5. januar 1993 til den 4. januar 1998 (herefter »den relevante periode«).

45 Som det fremgår af samme forordnings artikel 15, stk. 1, er det kun de varemærker, for hvilke reel brug har været suspenderet uden afbrydelse i fem år, der underkastes de i denne forordning omhandlede sanktioner. Det er derfor tilstrækkeligt til at undgå nævnte sanktioner, at et varemærke har været genstand for reel brug i en del af denne periode.

46 De fakturaer, som den anden part i sagen for Harmoniseringskontoret har fremlagt, viser, at varemærket har været genstand for brug fra slutningen af maj 1996 til midt i maj 1997, dvs. i elleve og en halv måned.

47 Det fremgår endvidere, at de gennemførte leveringer var bestemt til en kunde i Spanien, og at de var faktureret i spanske pesetas. Heraf følger, at varerne var bestemt for det spanske marked, som udgjorde det relevante marked.

48 Hvad angår omfanget af de markedsførte varer beløber værdien heraf sig til ikke over 4 800 EUR, hvilket svarer til salg af 293 enheder, der kaldes »cajas« (»kasser«) i fakturaerne, af hver tolv stk., dvs. 3 516 stk. i alt, til en pris ekskl. moms pr. stk. på 227 spanske pesetas (1,36 EUR). Selv om det er et forholdsvist lavt antal, gør de fremlagte fakturaer det muligt at slutte, at de heri omhandlede varer er blevet markedsført på en relativt regelmæssig måde i mere end

elleve måneder — en periode, der hverken er særlig kort eller særlig tæt på offentliggørelsen af sagsøgerens EF-varemærkeansøgning.

49 De gennemførte salg udgør en brug, der objektivt set kan skabe eller bevare en afsætningsmulighed for de omhandlede varer, hvis handelsomfang med hensyn til varigheden og hyppigheden af brugen ikke er så lille, at det fører til den konklusion, at der er tale om en ren symbolsk, minimal eller fiktiv brug, som kun har til formål at bevare varemærkeretten.

50 Den omstændighed, at fakturaerne var adresseret til en enkelt kunde, ændrer ikke herpå. Det er tilstrækkeligt, at varemærket bruges offentligt og i forhold til omverdenen og ikke kun inden for den virksomhed, der er indehaver af det ældre varemærke, eller i et distributionsnet, som denne virksomhed ejer eller kontrollerer. I det foreliggende tilfælde har sagsøgeren ikke gjort gældende, at adressaten for fakturaerne ejes af den anden part i sagen for Harmoniseringskontoret, og der er ingen omstændigheder i sagen, der tyder på, at det forholder sig sådan. Det er derfor ikke nødvendigt at påberåbe sig det argument, som Harmoniseringskontoret fremførte under retsmødet, hvorefter kunden er storleverandør til de spanske supermarkeder.

51 Med hensyn til arten af den brug, der er gjort af det ældre varemærke, betegnes varerne i fakturaerne »concentrado« (koncentreret), der for det første efterfølges af en aromaangivelse [»kiwi«, »menta« (mynte), »granadina« (grenadine), »maracuya«, »lima« (limette), eller »azul trop«] og for det andet af ordet »vitafrut« i anførselstegn. Denne betegnelse gør det muligt at konkludere, at de omhandlede varer er koncentreret frugtsaft eller forskellige frugtsaftkoncentrater.

52 Det fremgår endvidere af de etiketter, som den anden part i sagen har fremlagt, at det drejer sig om koncentrat af forskellige frugtsafter, bestemt til endelige forbrugere, og ikke om frugtsaft, bestemt til frugtsaftindustrien. Således står der på etiketterne »bebida concentrada para diluir 1 + 3« (»koncentreret drik fortyndes 1 + 3«), hvilket klart er rettet mod den endelige forbruger.

53 Som sagsøgeren har bemærket, er etiketterne ikke forsynet med en dato. Spørgsmålet om, hvorvidt etiketter sædvanligvis er forsynet med en dato — en tese, som sagsøgeren har forfægtet, og som Harmoniseringskontoret har anfægtet — er således ikke relevant. Selv om etiketterne ikke i sig selv har beviskraft, kan de imidlertid påberåbes til støtte for de andre beviser, der blev fremlagt i sagen for Harmoniseringskontoret.

54 Det følger heraf, at den anden part i sagen for appelkammeret har godtgjort, at der med dennes samtykke i perioden fra maj 1996 til maj 1997 blev solgt ca. 300 enheder af hver 12 stk. koncentrat af forskellige frugtsafter til en spansk kunde, hvilket svarer til en omsætning på ca. 4 800 EUR. Selv om omfanget af den brug, der er gjort af det ældre varemærke, er begrænset, og det ville være at foretrække, om der forelå flere beviser for arten af den brug, de er gjort i den relevante periode, er de faktiske omstændigheder og de beviser, som den anden part i sagen har fremlagt, tilstrækkelige til at fastslå, at der foreligger en reel brug. Det er derfor med rette, at Harmoniseringskontoret i den anfægtede afgørelse har fastslået, at det ældre varemærke har været genstand for en reel brug for en del af de varer, for hvilke det er registreret, nemlig frugtsaft.

55 Hvad angår den påståede uforenelighed mellem den anfægtede afgørelse og afgørelsen truffet af Fjerde Appelkammer ved Harmoniseringskontoret i sag R 578/2000-4 (HIPOVITON/HIPPOVIT) bemærkes, at appelkammerets afgørelse blev annulleret ved Rettens dom af 8. juli 2004, MFE Marienfelde mod KHIM — Vétoquinol (HIPOVITON) (sag T-334/01, [Sml. II, s. 2787]).

56 I lyset heraf kan andet led af dette anbringende ikke tiltrædes [...]«

19. Hvad angår det andet anbringende om tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 udtalte Retten følgende:

»63 Hvis indehaveren af et ældre varemærke rejser indsigelse, er et varemærke udelukket fra registrering i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, såfremt varerne eller tjenesteydelserne, for hvilke varemærket er søgt registreret, er af samme eller lignende art som de varer eller tjenesteydelser, for hvilke et ældre varemærke er registreret, og såfremt graden af lighed mellem de omhandlede varemærker er tilstrækkelig høj til, at der kan antages at være risiko for forveksling mellem disse i offentlighedens bevidsthed inden for det område, hvor det ældre mærke er beskyttet. I henhold til artikel 8, stk. 2, litra a), nr. ii), skal ældre varemærker forstås som varemærker, der er registreret i en medlemsstat, og hvis ansøgningsdato ligger før datoen for EF-varemærkeansøgningen.

64 I det foreliggende tilfælde har sagsøgeren kun kritiseret appelkammerets

konstateringer med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt der er identitet eller lighed mellem på den ene side de varer, der er benævnt »urte- og vitamindrikke«, som varemærkeansøgningen vedrører, og på den anden side de varer, for hvilke det ældre varemærke var genstand for en reel brug, nemlig »frugtsaft« (den anfægtede afgørelses punkt 19 og 20).

65 Som det fremgår af retspraksis skal der ved vurderingen af ligheden mellem de pågældende varer eller tjenesteydelser tages hensyn til alle de relevante faktorer, der kendetegner forbindelsen mellem varerne eller tjenesteydelserne. Disse faktorer omfatter navnlig deres art, deres anvendelsesformål og benyttelsen af dem, samt om de er i et konkurrenceforhold eller supplerer hinanden (Domstolens dom af 29.9.1998, sag C-39/97, Canon, Sml. I, s. 5507, præmis 23).

66 Som det fremgår af denne doms præmis 52, blev det ældre varemærke i det foreliggende tilfælde brugt for koncentreret frugtsaft, bestemt til de endelige forbrugere, og ikke for frugtsaftkoncentrater, bestemt til frugtsaftindustrien. Sagsøgerens argument, hvorefter målgruppen for de omhandlede varer er forskellig, således at frugtsaftindustrien er målgruppen for frugtsaftkoncentrat, og den endelige forbruger er målgruppen for urte- og vitamindrikke, bør derfor forkastes.

67 Appelkammeret har desuden med rette anført, at de omhandlede varer har samme formål, nemlig at slukke tørsten, og at de i vidt omfang er i et konkurrenceforhold med hinanden. Med hensyn til arten og benyttelsen af de omhandlede varer drejer det sig i begge tilfælde om ikke-alkoholholdige drikke, der almindeligvis nydes kolde, hvis sammensætning ganske vist i de fleste tilfælde er forskellig. Den forskellige sammensætning af disse varer kan imidlertid ikke ændre den konstatering, at de nævnte varer er indbyrdes substituerbare, idet de skal opfylde samme behov.

68 Heraf følger, at appelkammeret ikke har foretaget en urigtig vurdering, da det fastslog, at der var lighed mellem de omhandlede varer. Dette anbringende er således ugrundet [...]«

20. Retten frifandt derfor Harmoniseringskontoret.

Appellen til Domstolen

21. Appellanten har appelleret til Domstolen. Appellanten har fremsat tre appelan-

bringender, der svarer nøjagtigt til de tre spørgsmål, appellanten rejste for Retten.

Det første appelanbringende

22. Appellanten har for det første gjort gældende, at Retten fejlfortolkede artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94, sammenholdt med forordningens artikel 15, stk. 3, da den tog tredjemands brug af varemærket VITAFRUT i betragtning. Appellanten har navnlig påstået, at Retten fejlfortolkede bevisbyrdefordelingen i artikel 15, stk. 1 og 3, tog hensyn til erklæringer og beviser, der var fremlagt af indsigeren, og som ikke var afgørende (indirekte beviser), og støttede sig til formodninger i stedet for håndgribelige beviser.

23. Artikel 15, stk. 1, er ikke relevant i denne sag, da den er begrænset til sanktioner for manglende brug af et EF-varemærke. Jeg formoder, at appellanten har ønsket at henvise til artikel 43, stk. 2, der finder anvendelse i henhold til artikel 43, stk. 3. Det er dog korrekt, at artikel 15, stk. 3, finder analog anvendelse på indsigelsessager, der støttes på et ældre varemærke. Bestemmelsen siger, at brug af varemærket »med indehaverens samtykke ligestilles med indehaverens brug af mærket«.

24. Appellantens klagepunkt er i det væsentlige, at Retten ikke behørigt undersøgte, om tredjemands brug af varemærket kunne ligestilles med indehaverens brug i artikel 15, stk. 3's forstand.

25. Det er min opfattelse, at Retten foretog en korrekt undersøgelse af dette spørgsmål.

26. Retten udtalte, at såfremt en indsiger har gjort gældende, at tredjemands brug udgør reel brug, »har han indirekte tilkendegivet, at denne brug er sket med hans samtykke« [6].

27. Retten fremhævede herefter to punkter. Såfremt tredjemands brug for det første skete uden indehaverens samtykke, ville brugen have krænket indehaverens varemærkerettigheder, og det ville derfor åbenbart have været i tredjemands interesse ikke at afsløre beviserne for en sådan brug over

6 — Præmis 24 i den appellerede dom.

for indehaveren. Det forekommer således usandsynligt, at indehaveren ville være i stand til at fremlægge bevis for en sådan brug [7].

28. Denne måde at se tingene på forekommer yderst fornuftig. Det vil være formålsløst og i strid med principperne om god forvaltningsskik og procesøkonomi, hvis Harmoniseringskontoret automatisk krævede, at en varemærkeindehaver skal føre bevis for samtykke under sådanne omstændigheder.

29. Sagen ville naturligvis stille sig anderledes, hvis appellanten havde rejst spørgsmålet om manglende samtykke for Harmoniseringskontoret. Dette er imidlertid Rettens andet punkt: Der er intet i sagsakterne, der antyder, at appellanten i denne sag har gjort dette gældende [8].

30. Retten konkluderede derfor, at ovennævnte oplysninger »udgjorde et tilstrækkeligt solidt grundlag for, at appelkammeret kunne fastslå, at brugen af det ældre varemærke skete med indehaverens samtykke« [9]. Jeg er enig i denne konklusion og er af den opfattelse, at Retten ikke begik en fejl for så vidt angår bevisbyrden.

31. Appellanten har fremført et yderligere argument i forbindelse med det første appelanbringende, som jeg må indrømme, at jeg har vanskeligt ved at følge.

32. Appellanten har anført, at i henhold til dommen i sagen Henkel mod KHIM [10] burde Retten selv have afgjort, om der på tidspunktet for Rettens afgørelse lovligt kunne træffes en ny afgørelse med samme indhold som afgørelsen fra appelkammeret ved Harmoniseringskontoret. Retten begik derfor en retlig fejl, da den udtalte, at Harmoniseringskontoret på det tidspunkt, hvor appelkammeret traf sin afgørelse, kunne støtte sig på en formodning om, at indehaveren af »VITAFRUT«-varemærket havde samtykket i tredjemands brug af varemærket.

33. Præmis 25, 26 og 29 i dommen i sagen Henkel mod KHIM har følgende indhold:

> »25 I den forbindelse følger det af retspraksis, at der er funktionel kontinuitet mellem undersøgeren og appelkamrene (Rettens dom af 8.7.1999, sag

7 — Præmis 25.

8 — Præmis 26 og 27.

9 — Præmis 28.

10 — Der er omtalt i præmis 21 i Rettens dom, der er gengivet ovenfor i punkt 17. Appellanten har henvist til præmis 29 i dommen i sagen Henkel mod KHIM.

T-163/98, Procter & Gamble mod KHIM (BABY-DRY), Sml. II, s. 2383, præmis 38-44, og af 12.12.2002, sag T-63/01, Procter & Gamble mod KHIM (formen på et stykke sæbe), Sml. II, s. 5255, præmis 21). Denne retspraksis finder imidlertid også anvendelse på forholdet mellem de andre enheder ved Harmoniseringskontoret, der træffer afgørelse i første instans, såsom Indsigelses- og annullationsafdelingerne og appelkamrene.

26 Harmoniseringskontorets appelkamres kompetence indebærer således en efterprøvelse af afgørelser truffet af de enheder ved Harmoniseringskontoret, der træffer afgørelse i første instans. Inden for rammerne af denne efterprøvelse afhænger klagens resultat af, om der lovligt på det tidspunkt, hvor der træffes afgørelse om klagen, kan — eller ikke kan — træffes en ny afgørelse, der har den samme konklusion, som afgørelsen, der er genstand for klagen. Således kan appelkamrene — alene med forbehold for artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94 — tage klagen til følge på grundlag af nye faktiske omstændigheder, der er fremført af den part, som har indgivet klagen, eller på grundlag af nye beviser, der er fremlagt af denne part.

[...]

29 I lyset af de betragtninger, der er redegjort for ovenfor i præmis 25 og 26, bemærkes, i modsætning til hvad Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at omfanget af den prøvelse, som appelkammeret er forpligtet til at foretage af den afgørelse, der er genstand for klagen, i princippet ikke er afgrænset af de anbringender, som den part, der har indgivet klagen, har fremsat. Selv om den part, der har indgivet klagen, ikke har fremsat et specifikt anbringende, er appelkammeret ikke desto mindre forpligtet til — i lyset af alle de relevante retlige og faktiske oplysninger — at prøve, om en ny afgørelse med samme konklusion som den afgørelse, der er genstand for klagen, lovligt kan — eller ikke kan — træffes på det tidspunkt, hvor der træffes afgørelse om klagen.«

34. Disse præmisser vedrører i det væsentlige appelkamrenes beføjelse til at træffe afgørelse på grundlag af nye faktiske omstændigheder eller beviser, der ikke forelå for undersøgeren eller andre af Harmoniseringskontorets afdelinger, da de traf afgørelse om ansøgningen i første instans. I denne sammenhæng tog Retten dem udtrykkeligt i betragtning og anvendte dem ved afgørelsen af, at appellantens første anbringendes første led kunne antages til realitetsbehandling. Jeg kan imidlertid ikke se, hvordan appelkamrenes beføjelser er af relevans for Rettens beføjelser i forbindelse med et søgsmål til prøvelse af en afgørelse fra et appelkammer, da der her klart ikke er nogen funktionel kontinuitet.

35. Jeg mener derfor, at appellantens første appelanbringende må forkastes som ugrundet.

Det andet appelanbringende

36. Appellanten har for det andet gjort gældende, at Retten fejlfortolkede begrebet reel brug i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94. Appellanten har navnlig henvist til Rettens »vurderinger« i dommens præmis 48 og 49.

37. Det fremgår umiddelbart, således som også Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at disse præmisser indeholder Rettens vurderinger af faktiske omstændigheder på grundlag af de fremlagte beviser. Det er fast retspraksis, at det alene er Retten, der har kompetence til at fastlægge og bedømme de relevante faktiske omstændigheder såvel som til at vurdere beviserne. Bedømmelsen af disse faktiske omstændigheder og beviser er således ikke et retsspørgsmål, der som sådan kan efterprøves af Domstolen under en appelsag, medmindre disse omstændigheder og beviser er blevet forkert gengivet [11].

38. Det skal efter min opfattelse ligeledes erindres, at i varemærkesager, der appelleres til Domstolen, er de faktiske og retlige omstændigheder generelt allerede blevet vurderet i tre underliggende instanser: for det første af Harmoniseringskontorets relevante afdeling, for det andet af appelkammeret og for det tredje af Retten.

39. Under alle omstændigheder blev alle de beviser, som appellanten har henvist til i appelskriftet [12], specifikt omtalt og bedømt af Retten i dommens præmis 46-50.

40. Kun ét af appellantens argumenter forekommer mig muligvis at indeholde et egentligt retsspørgsmål, nemlig appellantens påstand [13] om, at udaterede etiketter ikke

11 — Jf. senest dom af 15.9.2005, sag C-37/03 P, BioID, Sml. I, s. 7975, præmis 43.

12 — Punkt B, afsnit V, nr. 2, litra b), underpunkt kk)-qq), på s. 15 og 16.

13 — Appelskriftets punkt B, afsnit V, nr. 2, litra b), underpunkt ss), på s. 17.

kan udgøre støtte for andre beviser, modsat hvad der anføres i den appellerede doms præmis 53. Det fremgår imidlertid af præmis 52, at Retten blot mente, at etiketterne underbyggede beviserne i fakturaerne, hvorefter de pågældende varer var koncentrater af forskellige frugtsafter rettet mod den endelige forbruger og ikke saftkoncentrater til industrien. Eftersom appellanten ikke har anfægtet denne vurdering af de faktiske omstændigheder — og faktisk principielt heller ikke kunne anfægte den under appelsagen — og eftersom appellanten endvidere i appelskriftet har anført, at »de pågældende varer er [...] rettet mod den endelige forbruger og til daglig brug« [14], er det min opfattelse, at appellantens anbringende vedrørende de udaterede etiketter skal afvises eller subsidiært forkastes som ugrundet.

41. Endelig vil jeg sige, at selv om de øvrige argumenter i appellantens andet appelanbringende blev anset for at rejse retlige spørgsmål og derfor kunne antages til realitetsbehandling, forekommer det mig, at Retten ved at nå den konklusion, at appelkammeret havde fortolket begrebet reel brug korrekt, omhyggeligt havde analyseret [15] og samvittighedsfuldt havde anvendt [16] formålet med kravet om reel brug og de principper for dette begreb, som Domstolen har opstillet i Ansul-dommen [17]. Domstolen har forklaret disse principper yderligere i kendelsen i La Mer Technology-sagen [18], som begge parter henviste til under retsmødet, men de er ikke blevet ændret. Kendelsen i La Mer Technology-sagen blev faktisk afsagt i overensstemmelse med artikel 104, stk. 3, i Domstolens procesreglement, netop fordi det var Domstolens opfattelse, at svaret på de spørgsmål, der var forelagt i den sag, klart kunne udledes af Ansul-dommen [19].

42. Det er derfor min opfattelse, at det andet appelanbringende skal afvises eller subsidiært forkastes.

Det tredje appelanbringende

43. Appellanten har endelig gjort gældende, at Retten anvendte artikel 8, stk. 1, litra b), i

14 — Punkt B, afsnit V, nr. 2, litra b), underpunkt oo), på s. 16.

15 — Præmis 36 og 38-42.

16 — Præmis 44-54.

17 — Dom af 11.3.2003, sag C-40/01, Sml. I, s. 2439.

18 — Kendelse af 27.1.2004, sag C-259/02, Sml. I, s. 1159.

19 — Kendelsens præmis 14. Dette var faktisk Domstolens opfattelse med hensyn til de første seks præjudicielle spørgsmål, der alle vedrørte brugens omfang og art, mens Domstolen om det syvende spørgsmål, som vedrørte betydningen af brug efter begæringens indgivelse, hvilket spørgsmål ikke direkte er opstået i denne sag, fandt, at svaret ikke gav anledning til nogen rimelig tvivl. Dommen af 29.7.2005 fra Court of Appeal, England and Wales, der blev afsagt i appellen iværksat til prøvelse af den forelæggende rets dom, indeholder nogle interessante og nyttige drøftelser af spørgsmålene ([2005] EWCA Civ 978).

forordning nr. 40/94 forkert, da den konkluderede[20], at appelkammeret ikke havde foretaget en urigtig vurdering ved at fastslå, at der var lighed mellem de omhandlede varer.

44. Appellanten har navnlig gjort gældende, at Retten »efter korrekt at have understreget, at der ved vurderingen af ligheden mellem de pågældende varer eller tjenesteydelser skal tages hensyn til alle de relevante faktorer, der kendetegner forbindelsen mellem varerne eller tjenesteydelserne, herunder deres art, deres endelige forbrugere, deres anvendelsesformål og benyttelsen af dem, samt om de er i et konkurrenceforhold eller supplerer hinanden [...] kun tog hensyn til nogle få af disse relevante faktorer, der kendetegner de pågældende varer, nemlig deres endelige forbrugere, deres anvendelsesformål, samt om de er i et konkurrenceforhold«.

45. Den eneste faktor, der er nævnt i den første af disse lister og udeladt i den anden, er varernes art, som Retten faktisk tog hensyn til[21].

46. Appellanten har anført, at Rettens vurdering i dommens præmis 66 og 67 »ikke er overbevisende«, og er fremkommet med en række argumenter, der efter appellantens opfattelse støtter synspunktet om, at de pågældende varer ikke ligner hinanden. De fleste af disse argumenter gentager ordret eller næsten ordret appellantens argumenter for Retten[22], selv om flere er fremkommet for første gang for Domstolen. De vedrører alle de faktiske omstændigheder.

47. Efter min opfattelse har appellanten ikke påvist nogen som helst retlig fejl begået af Retten. Jeg er enig med Harmoniseringskontoret i, at det tredje appelanbringende er begrænset til faktiske omstændigheder og derfor skal afvises.

48. Under alle omstændigheder forekommer dommen mig at indeholde en korrekt sammenfatning af de principper for vurderingen af ligheden, som Domstolen har opstillet i Canon-dommen[23], og en korrekt anvendelse af disse principper på nærværende sag[24].

49. Det er derfor min opfattelse, at det tredje appelanbringende skal afvises eller alternativt forkastes som ugrundet.

20 — I præmis 68.

21 — Jf. dommens præmis 67, der er citeret ovenfor i punkt 19.

22 — Punkt B, afsnit V, nr. 3, litra b), underpunkt aa), bb), cc) og ee), aaa) og bbb) i appelskriftet er således identisk med eller svarer til punkt B), afsnit III, nr. 2, litra c), underpunkt bb), cc), dd), og ee) i stævningen for Retten, som er sammenfattet i dommens præmis 59-61.

23 — Dom af 29.9.1998, sag C-39/97, Sml. I, s. 5507.

24 — Præmis 65-67.

Forslag til afgørelse

50. På baggrund af ovenstående betragtninger er det min opfattelse, at Domstolen skal:

1) forkaste appellen

2) pålægge appellanten at betale sagens omkostninger.