RETTENS DOM (Femte Afdeling)

22. januar 2009 *

I sag T-316/07,

Commercy AG, Weimar (Tyskland), først ved avocat F. Jaschke, derefter ved avocats S. Grosse og I. Müller,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved S. Schäffner, som befuldmægtiget,

sagsøgt,

den anden part i sagen for appelkammeret ved Harmoniseringskontoret og intervenient ved Retten:

* Processprog: tysk.

easyGroup IP Licensing Ltd, London (Det Forenede Kongerige), ved avocats T. Koerl og S. Möbus,

angående en påstand om annullation af afgørelsen truffet den 19. juni 2007 af Andet Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 1295/2006-2) vedrørende en ugyldighedssag mellem Commercy AG og easyGroup IP Licensing Ltd,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M. Vilaras (refererende dommer), og dommerne M. Prek og V. Ciucă,

justitssekretær: fuldmægtig C. Kantza,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 20. august 2007,

under henvisning til Harmoniseringskontorets svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 7. januar 2008,

under henvisning til intervenientens svarskrift, som blev indleveret til Rettens Justitskontor den 21. december 2007,

under henvisning til sagsøgerens ansøgning om retshjælp, der blev indgivet den 18. september 2008,

efter retsmødet den 18. september 2008,

under henvisning til de skriftlige bemærkninger vedrørende sagsøgerens ansøgning om retshjælp, som blev fremsat af Harmoniseringskontoret og intervenienten den 2. oktober 2008,

under henvisning til afdelingsformandens afgørelse af 9. oktober 2008 om afslutning af den mundtlige forhandling,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

1 Den 21. september 2000 indgav intervenienten easyGroup IP Licensing Ltd i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994

L 11, s. 1), som ændret, en ansøgning om registrering af et EF-varemærke til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«).

2 Det varemærke, der er søgt registreret, er ordmærket easyHotel.

3 De varer og tjenesteydelser, for hvilke varemærket er søgt registreret, henhører under klasse 9, 16, 25, 32, 33, 35, 36, 38, 39, 41 og 42 i Nicearrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret.

4 Den 30. juni 2004 blev EF-varemærket registreret under nr. 1866706 for alle de i registreringsansøgningen omhandlede varer og tjenesteydelser.

5 Den 11. februar 2005 indgav sagsøgeren, Commercy AG, en begæring om, at det omhandlede varemærke blev erklæret ugyldigt i henhold til artikel 55 i forordning nr. 40/94. Der blev henvist til grundene i forordningens artikel 52, stk. 1, litra a), sammenholdt med samme forordnings artikel 8, stk. 1.

6 Ugyldighedsbegæringen var baseret på det ældre nationale ordmærke EASYHOTEL, som er registreret i Tyskland for forskellige varer og tjenesteydelser i bl.a. klasse 9 og 42, og som i hver enkelt af disse klasser svarer til følgende beskrivelse:

— Klasse 9: »Software til oprettelse af webbutikker, der er uafhængige af alle andre platforme og forfattersystemer på internettet, hovedsagelig til brug i forbindelse med reservation, bestilling og betaling af hotelværelser«

— Klasse 42: »Udvikling og udformning af software hovedsagelig til brug i forbindelse med webbutikker og forfattersystemer vedrørende internettet, navnlig i forbindelse med reservation, bestilling og betaling af hotelværelser«.

7 Ugyldighedsbegæringen omfattede alle de varer og tjenesteydelser, der var omfattet af det omstridte varemærke.

8 Dem 12. februar 2005 gav intervenienten i henhold til artikel 49 i forordning nr. 40/94 afkald på det omstridte varemærke for alle varer og tjenesteydelser i klasse 9 og 38, samt for en del af tjenesteydelserne i klasse 42, for hvilke det var registreret. Afkaldet blev registreret hos Harmoniseringskontoret den 28. juni 2005.

9 Blandt de tjenesteydelser i klasse 39 og 42, som efter dette afkald var omfattet af det omstridte varemærke, findes bl.a. de tjenesteydelser, som i klasse 39 og 42 svarer til følgende beskrivelse:

— Klasse 39: »Information vedrørende transportvirksomhed, inklusive information leveret online fra en computerdatabase eller fra internettet; reservation og booking af rejser ved hjælp af World Wide Web«

— Klasse 42: »Computerstyret hotelreservation«.

10 Den 31. juli 2006 afslog Annullationsafdelingen ugyldighedsbegæringen med den begrundelse, at en af de nødvendige betingelser for at anvende artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 ikke var opfyldt, nemlig betingelsen om, at de varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af de omtvistede varemærker, skal være af samme eller lignende art.

11 Den 29. september 2006 påklagede sagsøgeren i medfør af artikel 57-62 i forordning nr. 40/94 Annullationsafdelingens afgørelse, for så vidt som denne havde afslået ugyldighedsbegæringen vedrørende det omhandlede varemærke for tjenesteydelser i klasse 39 og 42, med den begrundelse, at de varer og tjenesteydelser i klasse 9 og 42, som var omfattet af det ældre varemærke og nævnt ovenfor i præmis 6, og de tjenesteydelser i klasse 39 og 42, som var omfattet af det omhandlede varemærke og nævnt ovenfor i præmis 9, var af lignende art.

12 Ved afgørelse af 19. juni 2007 (herefter »den anfægtede afgørelse«), der blev meddelt sagsøgeren den følgende dag, afslog Andet Appelkammer sagsøgerens klage og stadfæstede Annullationsafdelingens afgørelse.

13 Appelkammeret fandt nærmere bestemt, at de berørte varer og tjenesteydelser hverken var af samme eller lignende art, og at artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 derfor ikke fandt anvendelse.

Parternes påstande

14 Sagsøgeren har nedlagt påstand om annullation af det omtvistede varemærke.

15 Harmoniseringskontoret og intervenienten har nedlagt følgende påstande:

— Harmoniseringskontoret frifindes.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

Ansøgningen om retshjælp

16 I henhold til artikel 94, stk. 1, andet afsnit, i Rettens procesreglement ydes retshjælp til hel eller delvis dækning af omkostningerne til juridisk bistand og repræsentation ved Retten. Omkostningerne afholdes af Rettens kasse. Det fremgår af stk. 2, at fysiske personer, som på grund af deres økonomiske situation helt eller delvis er ude af stand til at betale de i stk. 1 omhandlede omkostninger, er berettigede til retshjælp.

17 Det følger af disse bestemmelser, at en juridisk person, såsom Commercy, ikke er berettiget til at modtage retshjælp.

18 Under retsmødet anførte sagsøgerens repræsentant imidlertid, at advokat B., der i sin egenskab af kurator i forbindelse med konkursbehandling af Commercy havde anlagt sagen, skulle anses for sagsøger i den foreliggende sag. Advokat B. er en fysisk person og derfor berettiget til at modtage retshjælp.

19 Denne argumentation kan ikke tages til følge. Det fremgår ganske vist af sagsakterne vedrørende sagens behandling ved Harmoniseringskontoret, som blev fremsendt til Retten i overensstemmelse med procesreglementets artikel 133, stk. 3, at den omtvistede ugyldighedsbegæring blev indgivet af advokat B. i dennes ovennævnte

egenskab. Harmoniseringskontoret anså imidlertid med rette denne begæring for at være indgivet på vegne af Commercy, som er indehaver af det ældre varemærke.

20 En ugyldighedsbegæring indgivet af advokat B. i eget navn burde nemlig være blevet afvist af Harmoniseringskontoret. Det følger af artikel 55, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, sammenholdt med forordningens artikel 42, stk. 1, og artikel 52, stk. 1, at en ugyldighedsbegæring, der er baseret på samme forordnings artikel 8, stk. 1, kun kan indgives af indehavere af ældre varemærker, som påberåbes til støtte for begæringen, og af de licenstagere, som disse mærkeindehavere har bemyndiget dertil. Hvervet som kurator i forbindelse med konkursbehandlingen af et selskab falder imidlertid ikke ind under nogen af disse kategorier.

21 Klagesagen for appelkammeret og søgsmålet for Retten skal begge anses for at være iværksat af Commercy. Eftersom ugyldighedsbegæringen blev anset for at være indgivet af Commercy, vil en fortolkning, som indebærer, at sagerne anses for anlagt af advokat B., nemlig nødvendigvis føre til, at de måtte afvises med den begrundelse, at de, i modsætning til, hvad der følger af henholdsvis artikel 58 og artikel 63, stk. 4, i forordning nr. 40/94, er blevet iværksat af en person, som ikke er kompetent til at klage over eller anlægge sag vedrørende de afgørelser, som disse sager omhandler, nemlig henholdsvis Annullationsafdelingens afgørelse og appelkammerets afgørelse.

22 Sagsøgeren har imidlertid anført, at de tyske processuelle regler foreskriver, at kurator i et konkursbo kan optræde som part i en retssag i sit eget navn i egenskab af »Partei kraft Amtes« og ikke på vegne af den fysiske eller juridiske person, som er berørt af den omhandlede konkursbehandling.

23 Dette argument kan ikke tages til følge. Ud over den omstændighed, at de tyske processuelle regler ikke er relevante i det foreliggende tilfælde, idet sagen for Retten er omfattet af procesreglementet, er det tilstrækkeligt at bemærke, at dette argument ikke rejser tvivl om den konklusion, hvorefter en ugyldighedsbegæring for at kunne antages til behandling af Harmoniseringskontoret burde have været indgivet på vegne af Commercy. Hvis det som anført ovenfor er sidstnævnte selskab, som har indgivet ugyldighedsbegæringen, er det også dette selskab — i givet fald repræsenteret ved kuratoren — der er kompetent til at klage over Annullationsafdelingens afgørelser og anlægge sag vedrørende appelkammerets afgørelser.

24 Det følger af ovennævnte bemærkninger, at eftersom sagsøgeren i den foreliggende sag er selskabet Commercy, dvs. en juridisk person, er sagsøgeren ikke berettiget til retshjælp.

25 Selv om advokat B. blev anset for sagsøger i den foreliggende sag, ville en ansøgning om retshjælp under alle omstændigheder heller ikke kunne imødekommes.

26 Sagsøgeren har nemlig i ansøgningen om retshjælp anført, at det med henblik på at vurdere, hvorvidt ansøgningen er begrundet, er nødvendigt at tage hensyn til Commercys økonomiske situation og ikke den personlige, økonomiske situation, som kuratoren for selskabets konkursbo befinder sig i. Som Harmoniseringskontoret har anført i sine skriftlige bemærkninger vedrørende ansøgningen, har sagsøgerens opfattelse på dette punkt sin oprindelse i § 116, stk. 1, i Zivilprozessordnung, som foreskriver, at retshjælp kan bevilges til en »Partei kraft Amtes«, såfremt den formue, som kuratoren forvalter, ikke er tilstrækkelig til at dække udgifterne i forbindelse med en retssag.

27 Det er i denne henseende tilstrækkeligt at bemærke, at procesreglementet ikke indeholder nogen bestemmelse, som svarer til § 116, stk. 1, i Zivilprozessordnung, og som udtrykkeligt foreskriver, at retshjælp alene kan bevilges til fysiske personer under hensyntagen til deres personlige økonomiske situation.

28 Det bemærkes endvidere, at sagsøgerens repræsentant under retsmødet som svar på et spørgsmål fra Retten anførte, at hvis søgsmålet blev forkastet og sagsøgeren tilpligtet at betale sagens omkostninger, ville omkostningerne påhvile Commercys formue og ikke advokat B's personlige formue. Denne erklæring blev tilført retsbogen.

29 At imødekomme ansøgningen om retshjælp under disse omstændigheder vil reelt svare til at indrømme en juridisk person denne mulighed i strid med procesreglementets artikel 94, stk. 2.

30 Henset til ovennævnte bemærkninger kan ansøgningen om retshjælp ikke imødekommes.

Om søgsmålet

31 Sagsøgeren har nedlagt påstand om, at det omhandlede varemærke erklæres ugyldigt. Sagsøgeren har i stævningen til støtte for denne påstand påberåbt sig et enkelt anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 52, stk. 1, litra a), i forordning nr. 40/94, sammenholdt med samme forordnings artikel 8, stk. 1, litra a). Sagsøgeren

har gjort gældende, at der henset til identiteten mellem de omtvistede varemærker består en risiko for forveksling, idet de omhandlede varer og tjenesteydelser, i modsætning til, hvad appelkammeret fandt i den anfægtede afgørelse, i det mindste har en svag grad af lighed.

32 Sagsøgerens repræsentant bemærkede imidlertid under retsmødet, at det skyldes en skrivefejl, at det er artikel 8, stk. 1, litra a), i forordning nr. 40/94, som nævnes i stævningens eneste anbringende, og ikke samme bestemmelses stk. 1, litra b), som er den relevante bestemmelse i det foreliggende tilfælde. De andre parter har tilkendegivet, at de ikke har nogen indsigelser imod denne afklaring. Disse bemærkninger er blevet tilført retsbogen for retsmødet.

33 Harmoniseringskontoret og intervenienten har principalt nedlagt formalitetsindsigelser om afvisning af sagsøgerens eneste påstand med den begrundelse, at Retten ikke i henhold til artikel 63, stk. 3, i forordning nr. 40/94 har kompetence til at erklære det omstridte varemærke ugyldigt eller at give Harmoniseringskontoret et pålæg herom.

34 Harmoniseringskontoret og intervenienten har subsidiært gjort gældende, at det var med rette, at appelkammeret fastslog, at de berørte varer og tjenesteydelser hverken var af samme eller lignende art, og at artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 ikke fandt anvendelse i det foreliggende tilfælde.

35 Retten finder det hensigtsmæssigt først at tage stilling til sagens realitet, nemlig spørgsmålet om lovligheden af den anfægtede afgørelse set i lyset af de argumenter, som sagsøgeren har fremsat inden for rammerne af sit eneste anbringende, og dernæst i givet fald undersøge, om sagen kan antages til behandling, hvilket principalt bestrides af Harmoniseringskontoret og intervenienten.

36 Artikel 52, stk. 1, litra a), i forordning nr. 40/94 bestemmer, at EF-varemærket erklæres ugyldigt efter indgivelse af begæring herom til Harmoniseringskontoret, når der findes et af de i artikel 8, stk. 2, omhandlede ældre varemærker, og betingelserne i artikel 8, stk. 1 eller 5, er opfyldt.

37 Anvendelsen af samme forordnings artikel 8, stk. 1, litra b), forudsætter, at der i offentlighedens bevidsthed inden for det område, hvor det ældre mærke er beskyttet, er risiko for forveksling, fordi det yngre varemærke er identisk med eller ligner det omhandlede varemærke, og varerne eller tjenesteydelserne, som de to varemærker omfatter, er af samme eller lignende art.

38 I henhold til samme forordnings artikel 8, stk. 2, litra a), nr. ii), forstås ved ældre varemærker de varemærker, som er registreret i en medlemsstat, og hvis ansøgningsdato ligger før datoen for EF-varemærkeansøgningen.

39 I det foreliggende tilfælde har både Annullationsafdelingen og appelkammeret anerkendt, at de omtvistede varemærker er identiske. Begge har imidlertid fundet, at de berørte varer og tjenesteydelser hverken er af samme eller lignende art, og at registreringen af det omstridte varemærke derfor ikke er i strid med artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 40/94.

40 Sagsøgeren har til støtte for sit eneste anbringende bestridt denne konklusion og anført, at konklusionen er baseret på en for snæver fortolkning af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Sagsøgeren har anført, at det følger af fast retspraksis, at denne bestemmelse skal fortolkes således, at hvis — som i det foreliggende tilfælde — de omstridte varemærker er identiske, skal forskellen mellem de berørte varer og tjenesteydelser være meget stor for at kunne udelukke enhver risiko for forveksling.

41 Ifølge retspraksis skal spørgsmålet, om der i offentlighedens bevidsthed foreligger en risiko for forveksling i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, afgøres efter en helhedsvurdering under hensyntagen til alle relevante faktorer i det foreliggende tilfælde. Denne helhedsvurdering indebærer en vis indbyrdes afhængighed mellem de faktorer, der kommer i betragtning, således at en svag grad af lighed mellem de af varemærkerne omfattede varer eller tjenesteydelser kan opvejes af en høj grad af lighed mellem varemærkerne og omvendt (jf. Domstolens dom af 17.4.2008, sag C-108/07 P, Ferrero Deutschland mod KHIM og Cornu, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 44 og 45 og den deri nævnte retspraksis).

42 Det er endvidere blevet fastslået i praksis, at det ved anvendelsen af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 kræves, for at der kan foreligge en risiko for forveksling, både, at de omtvistede varemærker er identiske eller ligner hinanden, og at de varer eller tjenesteydelser, som varemærkerne betegner, er af samme eller lignende art. Der er i den henseende tale om kumulative betingelser (jf. i denne retning Domstolens dom af 12.10.2004, sag C-106/03 P, Vedial mod KHIM, Sml. I, s. 9573, præmis 51, og af 13.9.2007, sag C-234/06 P, Il Ponte Finanziaria mod KHIM, Sml. I, s. 7333, præmis 48).

43 Ved anvendelsen af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 er det derfor nødvendigt, selv i tilfælde, hvor de omtvistede varemærker er identiske, at føre bevis for, at de varer eller tjenesteydelser, som varemærkerne betegner, er af lignende art (jf. i denne retning Domstolens kendelse af 9.3.2007, sag C-196/06 P, Alecansan mod KHIM, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 24, og Rettens dom af 11.7.2007, sag T-150/04, Mülhens mod KHIM — Minoronzoni (TOSCA BLU), Sml. II, s. 2353, præmis 27).

44 Henset til disse betragtninger og den omstændighed, at det ikke er blevet bestridt, at de omtvistede varemærker er identiske, skal det med henblik på at besvare sagsøgerens eneste anbringende undersøges, om appelkammerets konklusion i den anfægtede afgørelse, hvorefter de berørte varer og tjenesteydelser ikke er af lignende art, er

korrekt, og i den forbindelse skal sagsøgerens argument om, at de nævnte varer og tjenesteydelser i det mindste har en svag grad af lighed, vurderes.

45 Det følger af fast retspraksis, at der ved vurderingen af ligheden mellem varer og tjenesteydelser skal tages hensyn til alle relevante faktorer, der kendetegner forbindelsen mellem disse varer eller tjenesteydelser. Disse faktorer omfatter navnlig deres art, anvendelsesformål og benyttelse, samt om de konkurrerer med eller supplerer hinanden (Domstolens dom af 11.5.2006, sag C-416/04 P, Sunrider mod KHIM, Sml. I, s. 4237, præmis 85, og kendelsen i sagen Alecansan mod KHIM, nævnt ovenfor i præmis 43, præmis 28).

46 Appelkammeret har i det foreliggende tilfælde i den anfægtede afgørelses punkt 18-21 foretaget en sammenligning af de berørte varer og tjenesteydelser. Appelkammeret har anført, at de omhandlede varer og tjenesteydelser, som er omfattet af det ældre varemærke, udgør bestanddele af en hjemmeside eller tjener til i forbindelse med en sådan hjemmeside at oprette et reservations-, bestillings- eller betalingssystem vedrørende hotelværelser og gør det muligt for en virksomhed at oprette sådanne funktioner på internettet. De adskiller sig ifølge appelkammeret fra de omhandlede tjenesteydelser, som er omfattet af det omstridte varemærke, og som hovedsageligt udgør ydelser i form af information, reservation og booking af rejser og hotelværelser, hvor formålet er at gøre det muligt for den brede offentlighed at reservere et hotelværelse eller en rejse i erhvervs- eller fritidssammenhæng eller i enhver anden henseende.

47 Appelkammeret har endvidere fremhævet, at de varer og tjenesteydelser, som er omfattet af det ældre varemærke, henhører under en specialiseret sektor, nemlig sektoren for varer og tjenesteydelser, som vedrører udarbejdelsen og driften af it-systemer, og henvender sig til en begrænset kundekreds, idet de udelukkende har til formål at gøre det muligt for en virksomhed inden for hotel- og rejsebranchen at installere et onlinereservationssystem, der er tilgængeligt via internettet. Den begrænsede kundekreds, som disse virksomheder udgør, adskiller sig væsentligt fra den brede offentlighed, som de omhandlede tjenesteydelser, der er omfattet af det omstridte varemærke, henvender sig til.

48 Eftersom de berørte varer og tjenesteydelser sælges til en forskellig kundekreds, fandt appelkammeret, at de heller ikke befandt sig i en konkurrencesituation.

49 Appelkammeret undersøgte endvidere de berørte varer og tjenesteydelsers eventuelt indbyrdes supplerende karakter. Ifølge appelkammeret var en sådan supplerende karakter udelukket i det foreliggende tilfælde, idet den brede offentlighed, som de tjenesteydelser, der er omfattet af det omstridte varemærke, henvender sig til, ikke køber de omhandlede varer og tjenesteydelser, som det ældre varemærke omfatter, idet disse alene henvender sig til virksomheder, der efterfølgende udbyder tjenesteydelser til den brede offentlighed.

50 Appelkammeret fandt endelig i denne sammenhæng, at de internetbrugere, som køber rejser online, sandsynligvis ikke ved, hvem der har leveret den software, som gør det muligt for en webbutik at fungere, og de er under alle omstændigheder i stand til at skelne mellem en virksomhed, der udbyder kompleks teknologi, og en anden virksomhed, som udbyder rejser på internettet.

51 Denne opfattelse må tiltrædes. Det er i tilstrækkelig grad godtgjort, at de berørte varer og tjenesteydelser er forskellige hvad angår deres art, anvendelsesformål og benyttelse, og de hverken konkurrerer med eller supplerer hinanden. Det bemærkes nemlig for det første, at de omhandlede varer og tjenesteydelser, som er omfattet af det ældre varemærke, har it-mæssig karakter, mens de ydelser i form af information, bestilling og reservation, som er omfattet af det omstridte varemærke, er af en anden art og kun anvender informationsteknologi som et redskab til at videregive information eller gøre det muligt at reservere hotelværelser eller rejser.

52 Det bemærkes endvidere, at de omhandlede varer og tjenesteydelser, som er omfattet af det ældre varemærke, er særligt rettet imod virksomheder inden for hotel- og rejsebranchen, og at de ydelser i form af information, bestilling og reservation, som det omstridte varemærke omfatter, henvender sig til den brede offentlighed.

53 Det bemærkes i øvrigt, at de omhandlede varer og tjenesteydelser, som er omfattet af det ældre varemærke, anvendes med henblik på at få et it-system og nærmere bestemt en webbutik til at fungere, mens de ydelser i form af information, bestilling og reservation, som er omfattet af det omstridte varemærke, anvendes med henblik på at reservere et hotelværelse eller en rejse.

54 Den omstændighed alene, at de ydelser i form af information, bestilling og reservation, som er omfattet af det omstridte varemærke, udelukkende udbydes via internettet, og som stiller krav om et databærende medium, såsom det, der udbydes i form af de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af det ældre varemærke, er ikke tilstrækkelig til at ophæve de væsentlige forskelle, der består mellem de berørte varer og tjenesteydelser hvad angår deres art, anvendelsesformål og benyttelse.

55 Varer og tjenesteydelser inden for it-området anvendes nemlig i næsten alle brancher. De samme varer og tjenesteydelser, f.eks. et bestemt program eller operationelsystem, kan ofte anvendes til meget forskellige formål, uden at dette indebærer, at varerne og tjenesteydelserne bliver forskellige. Omvendt ændrer de ydelser, som et rejsebureau udbyder, sig ikke hvad angår art, anvendelsesformål og benyttelse alene som følge af, at de udbydes via internettet, og dette så meget desto mere som anvendelsen af it-programmer i dag næsten er uundgåelig i forbindelse med udbuddet af sådanne ydelser, også selv om ydelserne ikke udbydes via en webbutik.

56 De berørte varer og tjenesteydelser er i øvrigt ikke substituerbare, idet de henvender sig til forskellige kundekredse. Det var derfor med rette, at appelkammeret fastslog, at de nævnte varer og tjenesteydelser ikke er i et konkurrenceforhold.

57 Endelig supplerer nævnte varer og tjenesteydelser heller ikke hinanden. Det bemærkes i denne henseende, at de varer og tjenesteydelser, der supplerer hinanden, er dem, hvorimellem der er en tæt forbindelse i den forstand, at den ene er uundværlig eller vigtig for brugen af den anden, således at forbrugerne kan antage, at ansvaret for fremstillingen af de to varer eller for leveringen af disse tjenesteydelser påhviler den samme virksomhed (Rettens dom af 1.3.2005, sag T-169/03, Sergio Rossi mod KHIM — Sissi Rossi (SISSI ROSSI), Sml. II, s. 685, præmis 60, af 15.3.2006, sag T-31/04, Eurodrive Services and Distribution mod KHIM — Gómez Frías (euroMASTER), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 35, og af 17.6.2008, sag T-420/03, El Corte Inglés mod KHIM — Abril Sánchez og Ricote Saugar (Boomerang TV), Sml. II, s. 837, præmis 98).

58 Denne definition, som følger af retspraksis, indebærer, at de varer og tjenesteydelser, der supplerer hinanden, kan anvendes sammen, hvilket forudsætter, at de henvender sig til samme kundekreds. Det følger heraf, at der ikke kan foreligge en komplementærforbindelse mellem på den ene side de varer og tjenesteydelser, som er nødvendige i forbindelse med driften af en kommerciel virksomhed, og på den anden side de varer og tjenesteydelser, som virksomheden producerer eller udbyder. Disse to kategorier af varer og tjenesteydelser anvendes ikke sammen, idet varerne og tjenesteydelserne i den første kategori anvendes af den berørte virksomhed selv, mens varerne og tjenesteydelserne i den anden kategori anvendes af virksomhedens kunder.

59 Sagsøgeren har anerkendt, at de endelige modtagere af de berørte varer og tjenesteydelser er forskellige, men har samtidig anført, at det ikke kan udelukkes, at der i det foreliggende tilfælde foreligger en risiko for forveksling, idet de omhandlede

varer og tjenesteydelser, som er omfattet af det ældre varemærke, alene har til formål at gøre det muligt at udbyde de ydelser i form af information, bestilling og reservation, som er omfattet af det omstridte varemærke. Den del af offentligheden, som er interesseret i sidstnævnte ydelser, ved generelt ikke, hvem der har udarbejdet den nødvendige software, og vil heller ikke blandt de informationer, som fremgår af intervenientens hjemmeside, kunne fastslå, hvilke informationer der hidrører fra intervenienten, og hvilke informationer der har deres oprindelse i den software eller de tjenesteydelser, som leveres af en specialiseret virksomhed på it-området, såsom sagsøgeren. Endelig optræder de tjenesteydelser, som er omfattet af det omstridte varemærke, på intervenientens hjemmeside sammen med de omhandlede varer og tjenesteydelser, som er omfattet af det ældre varemærke.

60 Dette argument kan ikke tages til følge. Det bemærkes i denne henseende, at den handelsmæssige oprindelse af det program og de it-ydelser, som gør det muligt for intervenientens hjemmeside at fungere, generelt ikke har nogen betydning for den kundekreds, som de tjenesteydelser, der er omfattet af det omstridte varemærke, og som udbydes via denne hjemmeside, henvender sig til. Intervenientens hjemmeside er for denne kundekreds et simpelt redskab til onlinereservation af rejser og hotelværelser. Det væsentlige er, at hjemmesiden fungerer, og ikke hvem der har leveret softwaren og de it-ydelser, som gør det muligt for hjemmesiden at fungere.

61 Selv om visse af intervenientens kunder imidlertid er i tvivl om den handelsmæssige oprindelse af den software og de ydelser inden for udvikling og udformning af software, som er nødvendige for, at intervenientens hjemmeside kan fungere, kan de, som appelkammeret med rette har anført, skelne mellem en specialiseret virksomhed, der udbyder disse varer og tjenesteydelser, og intervenienten, som udbyder tjenesteydelser inden for turist- og rejsebranchen via internettet. Eftersom de ydelser, der er omfattet af det omstridte varemærke, pr. definition udelukkende udbydes via internettet, må det antages, at intervenientens kunder i det mindste har et grundlæggende it-kendskab. De er således klar over, at ikke enhver computerbruger kan oprette et onlinereservations-system, og at dette kræver software og ydelser inden for udvikling og udformning af software, som udbydes af en specialiseret virksomhed.

62 Sagsøgerens argument om, at intervenientens kunder ikke kan skelne de informationer, der hidrører fra intervenienten selv, fra de informationer, der har deres oprindelse i den software eller de it-ydelser, der er omfattet af det ældre varemærke, er heller ikke korrekt. De informationer, der har interesse for intervenientens kunder, er informationer, som vedrører de nærmere omstændigheder ved en rejse eller spørgsmålet om, hvorvidt der er ledige hotelværelser, samt værelsernes pris. Levering af sådanne informationer udgør netop de tjenesteydelser, som er omfattet af det omstridte varemærke. De varer og tjenesteydelser, som er omfattet af det ældre varemærke, anvendes alene til at overføre disse informationer og indeholder ikke i sig selv andre informationer til de berørte parter.

63 Endelig har sagsøgeren bestridt henvisningen i den anfægtede afgørelse til Oberlandesgericht Dresdens dom af 12. maj 2006, som intervenienten påberåbte for appelkammeret. Oberlandesgericht Dresden fastslog i dommen i forbindelse med en sag om krænkelse af varemærkerettigheder mellem sagsøgeren og intervenienten, at den software og de ydelser inden for udvikling og udformning af software samt de ydelser, som anvender denne software, ikke er af lignende art, idet offentligheden er klar over, at tjenesteydelser inden for mange brancher udbydes ved hjælp af et databærende medium. Det fremgår af den anfægtede afgørelses punkt 22, at appelkammeret er fuldt ud enig i den i nævnte dom anførte begrundelse og konklusion.

64 Sagsøgeren har imidlertid anført, at henvisningen bekræfter, at appelkammerets konklusion, hvorefter de berørte varer og tjenesteydelser ikke er af lignende art, er fejlagtig. Det er sagsøgerens opfattelse, at Bundesgerichtshofs dom af 13. november 2003 (I ZR 103/01, GRUR 2004, s. 241), som nævnes i præmisserne til Oberlandesgericht Dresdens dom, vedrører en sag, i hvilken forbindelse det blev fastslået, at den måde, hvorpå informationer og bestillinger videresendes, nemlig videresendelse ved hjælp af et it-system eller andre midler, såsom ordinær post, ikke var relevant for sagens afgørelse. Situationen i den foreliggende sag er en anden, idet de omhandlede tjenesteydelser, som er omfattet af det omstridte varemærke, udelukkende udbydes via internettet.

65 Som anført ovenfor er alene den omstændighed, at de af intervenientens tjenesteydelser, som er omfattet af det omstridte varemærke, alene udbydes via internettet, ikke tilstrækkelig til at fastslå, at disse tjenesteydelser og de varer og tjenesteydelser, som er omfattet af det ældre varemærke, er af lignende art. I modsætning til, hvad sagsøgeren har anført, godtgør henvisningen i den anfægtede afgørelse til Oberlandesgericht Dresdens dom derfor på ingen måde, at konklusionen om manglende lighed mellem de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af det ene og det andet omstridte varemærke, er fejlagtig, og dette gælder, uden at det er nødvendigt at undersøge, om der i sidstnævnte dom er foretaget en korrekt henvisning til Bundesgerichtshofs praksis, idet dette spørgsmål går ud over Rettens kompetence og under alle omstændigheder ikke er relevant for nærværende søgsmål.

66 Det fremgår i det hele af det anførte, at sagsøgerens eneste anbringende må forkastes.

67 Eftersom sagsøgerens eneste anbringende til støtte for søgsmålet skal forkastes, skal søgsmålet under alle omstændigheder anses for at være ugrundet, uden at det er nødvendigt at tage stilling til den formalitetsindsigelse, som Harmoniseringskontoret og intervenienten har fremført i deres svarskrifter (jf. i denne retning Domstolens dom af 26.2.2002, sag C-23/00 P, Rådet mod Boehringer, Sml. I, s. 1873, præmis 52, og af 23.3.2004, sag C-233/02, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 2759, præmis 26).

Sagens omkostninger

68 Ifølge procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Sagsøgeren har tabt sagen og bør derfor pålægges at betale de af Harmoniseringskontoret og intervenienten afholdte omkostninger i overensstemmelse med deres påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Femte Afdeling)

1) Ansøgningen om retshjælp forkastes.

2) Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) frifindes.

3) Commercy AG betaler sagens omkostninger.

Vilaras Prek Ciucă

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 22. januar 2009.

Underskrifter