RETTENS DOM (Femte Afdeling)

19. oktober 2006 *

I de forenede sager T-350/04 — T-352/04,

Bitburger Brauerei Th. Simon GmbH, Bitburg (Tyskland), ved Rechtsanwalt M. Huth-Dierig,

sagsøger,

mod

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

sagsøgt,

den anden part i sagen for appelkammeret ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) og intervenient ved Retten:

Anheuser-Busch, Inc., Saint Louis, Missouri (USA), ved lawyers A. Renck, V. von Bomhard, A. Pohlmann, D. Ohlgart og B. Goebel,

* Processprog: engelsk.

angående tre sager om annullation af afgørelser truffet den 22. juni 2004 af Andet Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 447/2002-2, sag R 451/2002-2 og sag R 453/2002-2) vedrørende indsigelsessager mellem Bitburger Brauerei Th. Simon GmbH og Anheuser-Busch, Inc.,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M. Vilaras, og dommerne F. Dehousse og D. Šváby,

justitssekretær: fuldmægtig K. Andová,

under henvisning til stævningerne, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 24. august 2004,

under henvisning til Harmoniseringskontorets svarskrifter, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 9. februar 2005,

under henvisning til intervenientens svarskrifter, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 17. februar 2005,

under henvisning til kendelsen afsagt den 26. oktober 2005 af formanden for Rettens Femte Afdeling om at forene disse sager med henblik på den mundtlige forhandling og dommen,

og efter retsmødet den 17. januar 2006,

afsagt følgende

Dom

Faktiske omstændigheder

I — *EF-varemærkeansøgninger indgivet af Anheuser-Busch*

1 Anheuser-Busch, Inc. har i medfør af Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret, indleveret tre EF-varemærkeansøgninger (herefter »varemærkeansøgningerne«) til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«):

— en ansøgning om ordmærket BUD indleveret den 1. april 1996 for varer henhørende under klasse 32 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret (herefter »Nice-arrangementet«), og svarende til følgende beskrivelse: »Øl, ale og porter, alkoholholdige og ikke-alkoholholdige drikkevarer fremstillet af malt«

— en ansøgning om figurmærket (herefter »figurmærke nr. 1«):



— en ansøgning om figurmærket (herefter »figurmærke nr. 2«):



2 Sidstnævnte to varemærkeansøgninger blev indgivet den 16. oktober 1996 for varer henhørende under klasse 16, 25 og 32 i Nice-arrangementet, og de svarede for hver enkelt af disse klasser til følgende beskrivelse:

— Klasse 16: »Papir, pap og varer produceret af disse materialer (indeholdt i klasse 16); tryksager, bogbinderiartikler; papirhandlervarer; klæbemidler til papirvarer og til husholdningsbrug; instruktions- og undervisningsmateriale (dog ikke apparater); plasticmateriale til emballeringsbrug (indeholdt i klasse 16); spillekort«

— Klasse 25: »Beklædningsgenstande, fodtøj og hovedbeklædning«

— Klasse 32: »Øl, ale og porter, alkoholholdige og ikke-alkoholholdige drikkevarer fremstillet af malt«.

3 Ansøgningerne om figurmærkerne nr. 1 og 2 blev offentliggjort i *EF-varemærketidende* nr. 20/98 og nr. 21/98 den 23. marts 1998.

4 Ansøgningen om ordmærket blev offentliggjort i *EF-varemærketidende* nr. 93/98 den 7. december 1998.

II — *De mod EF-varemærkeansøgningerne af Bitburger Brauerei rejste indsigelser*

5 Den 10. juni 1998 rejste Bitburger Brauerei Th. Simon GmbH (herefter »Bitburger Brauerei«) i medfør af artikel 42 i forordning nr. 40/94 to indsigelser (nr. 48 274 og

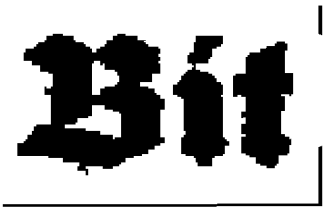
49 173) mod registrering af figurmærkerne nr. 1 og 2 for alle de varer, som varemærkeansøgningerne vedrørte.

6 Den 3. marts 1999 rejste Bitburger Brauerei i medfør af artikel 42 i forordning nr. 40/94 indsigelse (nr. 138 281) mod registrering af det ansøgte ordmærke BUD for alle de varer, som varemærkeansøgningen vedrørte.

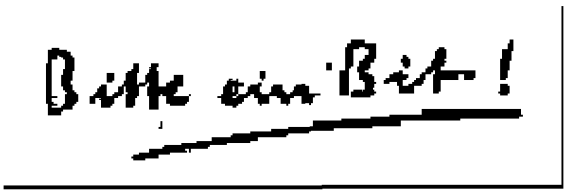
7 De tre indsigelser støttede for det første ret på eksistensen af følgende ældre varemærker:

— det nationale varemærke BIT, registreret i Tyskland den 17. september 1996 (nr. 39 615 324) for »øl; mineralvand og kulsyreholdige vande og andre ikke-alkoholholdige drikke; frugtdrikke og frugtsaft; saft og andre præparater til fremstilling af drikke« henhørende under klasse 32

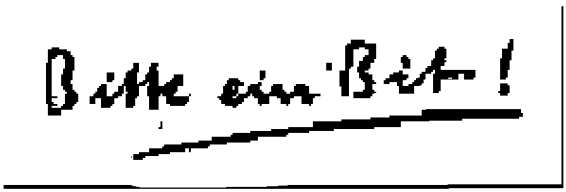
— ord- og figurmærket Bit, registreret i Tyskland den 12. december 1938 (nr. 505 912) for »øl« henhørende under klasse 32 og gengivet nedenfor:



— ord- og figurmærket Bitte ein Bit !, registreret i Tyskland den 5. juli 1957 (nr. 704 211) for følgende varer: »øl og ikke-alkoholholdige drikke« henhørende under klasse 32 og gengivet nedenfor:



— ord- og figurmærket Bitte ein Bit !, registreret i Tyskland den 3. november 1987 (nr. 1 113 784) for forskellige varer henhørende under klasse 16, 18, 20, 21, 24, 25, 28, 32, 34 og 42 og gengivet nedenfor:



8 De tre indsigelser støttede ret på alle varer omfattet af varemærkerne nr. 505 912, nr. 39 615 324 (BIT) og nr. 704 211 (Bitte ein Bit !).

9 Indsigelse (nr. 138 281) mod det ansøgte ordmærke BUD støttede desuden ret på følgende varer og tjenesteydelser omfattet af ord- og figurmærke nr. 1 113 784 (Bitte ein Bit !) og omfattet af flere klasser: øl og ikke-alkoholholdige drikke; restauration, navnlig udskænkning af drikke på restaurationssteder af enhver art; udlejning af værtshusinventar, af mobile barer, og af have- og festmøblement. De to indsigelser (nr. 48 274 og 49 173) mod de to ansøgte figurmærker støttede også ret på følgende varer, som er omfattet af ord- og figurmærke nr. 1 113 784 (Bitte ein Bit !) og

omfattet af flere klasser: øl og ikke-alkoholholdige drikke; brochurer, ølbrikker, reklameplakater, posters, kuglepenne, bartenderforklæder, t-shirts, slips, håndklæder, sweat-shirts og trøjer.

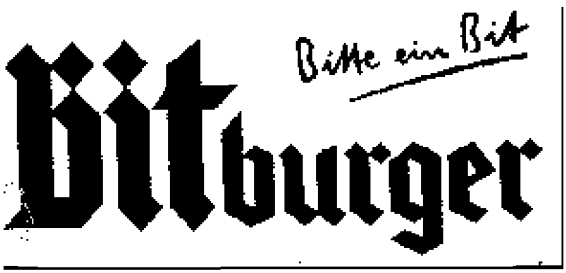
10 For det andet og særligt hvad angår de ansøgte figurmærker har Bitburger Brauerei ud over de i præmis 7 ovenfor nævnte varemærker påberåbt sig varemærket BIT, som i Tyskland er »velkendt« for følgende varer: »øl og ikke-alkoholholdige drikke; brochurer, ølbrikker, reklameplakater, posters, kuglepenne, øltapningsforklæde, t-shirts, slips, håndklæder, sweat-shirts og trøjer«.

11 For det tredje og særligt hvad angår det ansøgte ordmærke BUD har Bitburger Brauerei ud over de i præmis 7 ovenfor nævnte varemærker påberåbt sig følgende EF-varemærkeansøgninger:

— en EF-figurmærkeansøgning indgivet den 1. april 1996 (nr. 121 608) for varer, der henhører under klasse 32 i Nice-arrangementet, og som svarer til følgende beskrivelse: »Øl, øllignende drikke, ale, porter (alle førnævnte varer også i ikke-alkoholholdig, i alkoholfattig eller alkoholreduceret form); ikke-alkoholholdige drikke; saft og andre basisprodukter til fremstilling af ikke-alkoholholdige og alkoholholdige drikke; frugtsaft, bordvande«, og gengivet nedenfor:



— en EF-figurmærkeansøgning indgivet den 1. april 1996 (nr. 139 634) for varer, der henhører under klasse 32 i Nice-arrangementet, og som svarer til følgende beskrivelse: »Øl, øllignende drikke, ale, porter (alle førnævnte varer også i ikke-alkoholholdig form, med lavt alkoholindhold eller med reduceret alkoholindhold); ikke-alkoholholdige drikke; saft og andre præparater til fremstilling af ikke-alkoholholdige og alkoholholdige drikke; frugtsaft, bordvande«, og gengivet nedenfor:



12 Til støtte for indsigelserne påberåbte Bitburger Brauerei sig de relative registreringshindringer som omhandlet i artikel 8, stk. 1, litra b), og artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94.

III — *Indsigelsesafdelingens afgørelser*

13 Ved tre afgørelser af 27. marts 2002 forkastede Indsigelsesafdelingen de af Bitburger Brauerei rejste indsigelser.

14 Hvad angår artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 mente Indsigelsesafdelingen for det første ikke, at EF-figurmærkeansøgningerne nr. 121 608 og 139 634 — henset til at de var indgivet samme dato som det ansøgte ordmærke BUD (1.4.1996) — kunne anses som ældre rettigheder som omhandlet i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

15 For det andet mente Indsigelsesafdelingen, at brugen af det tyske ord- og figurmærke nr. 505 912 (BIT) i sin registrerede form ikke var bevist, og at brugen af de tyske ord- og figurmærker nr. 704 211 og 1 113 784 (Bitte ein Bit !) kun var bevist i forhold til »øl« og »øl uden alkohol« (i forhold til begge varemærker) og i forhold til »ølbrikker, t-shirts, trøjer, ølglas, øloplukkere, kuglepenne og bartenderforklæder« (for varemærke nr. 1 113 784).

16 I betragtning af disse forhold nåede Indsigelsesafdelingen frem til, at der ikke forelå en risiko for forveksling mellem de ansøgte varemærker på den ene side og det tyske ordmærke nr. 39 615 324 (BIT) og de tyske ord- og figurmærker nr. 704 211 og 1 113 784 (Bitte ein Bit !) på den anden side.

17 I denne henseende mente Indsigelsesafdelingen i det væsentlige, at uanset den øgede grad af særpræg af ordmærke nr. 39 615 324 (BIT) på det tyske marked, og uanset at de omhandlede varer var af samme art (for klasse 32), var de visuelle, fonetiske og begrebsmæssige forskelle mellem de omtvistede tegn tilstrækkelige til at udelukke enhver risiko for forveksling som omhandlet i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Indsigelsesafdelingen nåede således frem til, at der ikke i Tyskland var risiko for forveksling mellem det tyske ordmærke nr. 39 615 324 (BIT) og de ansøgte varemærker. Ifølge Indsigelsesafdelingen ville konklusionen være den samme, hvis der var taget hensyn til et varemærke BIT, der er »velkendt« i Tyskland, som påberåbt af Bitburger Brauerei i forbindelse med selskabets indsigelse mod de to ansøgte figurmærker.

18 Hvad angår de tyske ord- og figurmærker nr. 704 211 og 1 113 784 (Bitte ein Bit !) bemærkede Indsigelsesafdelingen, at de indeholdt flere tillægsbestanddele i forhold til det tyske ordmærke nr. 39 615 324 (BIT), og at de følgelig i alle henseender var forskellige fra de ansøgte varemærker. Indsigelsesafdelingen nåede således frem til, at der ikke i Tyskland var risiko for forveksling mellem de tyske ord- og figurmærker nr. 704 211 og 1 113 784 (Bitte ein Bit !) og de ansøgte varemærker.

19 Hvad angår artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94 mente Bitburger Brauerei i forhold til det ansøgte ordmærke BUD, at ord- og figurmærkerne nr. 505 912 (BIT), nr. 704 211 og nr. 1 113 784 (Bitte ein Bit !), ordmærket nr. 39 615 324 (BIT) samt EF-figurmærkeansøgning nr. 121 608 var velkendte varemærker, og at indsigelsen var berettiget på dette grundlag. Indsigelsesafdelingen mente derimod, at brugen af det tyske ord- og figurmærke nr. 505 912 (BIT) ikke var bevist, og at artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94 ikke kunne påberåbes. Hvad angik EF-varemærkeansøgning nr. 121 608 mente Indsigelsesafdelingen desuden, at da den var indgivet på den samme dato som det ansøgte ordmærke BUD (1.4.1996) var der ikke tale om en ældre rettighed som omhandlet i artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94, sammenholdt med samme forordnings artikel 8, stk. 2, litra a), nr. i). Eftersom artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94 forudsætter, at de omtvistede varemærker er identiske med eller ligner hinanden, konkluderede Indsigelsesafdelingen endelig, at det tyske ordmærke nr. 39 615 324 (BIT) og de tyske ord- og figurmærker nr. 704 211 og 1 113 784 (Bitte ein Bit !) ikke i medfør af denne bestemmelse kunne gøre indsigelsen berettiget.

20 I forhold til de ansøgte figurmærker påberåbte Bitburger Brauerei sig desuden det i Tyskland velkendte varemærke BIT. Eftersom artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94 forudsætter, at de omtvistede varemærker er identiske med eller ligner hinanden, konkluderede Indsigelsesafdelingen, at tegnet BIT ikke i medfør af denne bestemmelse kunne gøre indsigelsen berettiget.

IV — *Appelkammerets afgørelser*

21 Den 24. maj 2002 klagede Bitburger Brauerei over hver af Indsigelsesafdelingens tre afgørelser.

22 Bitburger Brauerei krævede de anfægtede afgørelser annulleret i det omfang, indsigelsen var blevet forkastet for varer i klasse 32.

23 Ved tre afgørelser af 22. juni 2004 (sag R 453/2002-2 for ordmærkeansøgningen BUD, sag R 447/2002-2 for figurmærkeansøgning nr. 1 og sag R 451/2002-2 for figurmærkeansøgning nr. 2), som blev meddelt Bitburger Brauerei den 29. juni 2004 (herefter »de anfægtede afgørelser«) afviste Andet Appelkammer ved Harmoniseringskontoret klagerne over Indsigelsesafdelingens afgørelser.

24 Hvad indledningsvis angår de to EF-varemærkeansøgninger, som Bitburger Brauerei påberåbte sig i indsigelsen mod det ansøgte ordmærke BUD, mente appelkammeret ikke, at de kunne karakteriseres som »ældre varemærker« som omhandlet i artikel 8, stk. 1 og 2, i forordning nr. 40/94, og at de følgelig ikke kunne danne grundlag for indsigelsesgrundene som omhandlet i artikel 8, stk. 1, litra b), og artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94. I de tre anfægtede afgørelser anførte appelkammeret desuden — i modsætning til Indsigelsesafdelingen — at det tyske ord- og figurmærke nr. 505 912 (BIT) havde været genstand for en brug, der var egnet til at sikre de rettigheder, som var knyttet hertil.

25 Hvad angår risikoen for forveksling konkluderede appelkammeret, at en sådan risiko ikke i Tyskland eksisterede mellem de ansøgte varemærker og de ældre tyske varemærker nr. 505 912 og 39 615 324 (BIT), hvilket var tilfældet uanset de ældre tyske varemærkers øgede grad af særpræg, og uanset at de omhandlede varer henhørende under klasse 32 var af samme eller lignende art. Appelkammerets vurdering bygger navnlig på de påviste visuelle og fonetiske forskelle mellem tegnene, og på at der ikke forelå nogen begrebsmæssig lighed.

26 Ifølge appelkammeret gælder tilsvarende — i endnu højere grad — med hensyn til sammenligningen mellem de ansøgte varemærker og de tyske varemærker nr. 704 211 og 1 113 784 (Bitte ein Bit !), som er sammensat af flere ord.

27 Hvad angår artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94 fandt appelkammeret i de tre anfægtede afgørelser, at forskellen mellem tegnene var af en sådan karakter, at det ikke kunne være et spørgsmål om udnyttelse af fornødent særpræg eller af ældre varemærkers værdi eller om, at disse varemærker var blevet skadet. Sagsøgeren havde desuden ikke forklaret, hvorfor en sådan udnyttelse eller skade kunne opstå.

Retsforhandlinger og parternes påstande

28 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Femte Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling og har som led i foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse anmodet parterne om at besvare en række spørgsmål og fremlægge dokumenter, hvilket de har gjort inden for den fastsatte frist.

29 Parterne afgav mundtlige indlæg og besvarede de mundtlige spørgsmål, der blev stillet i retsmødet den 17. januar 2006.

30 Bitburger Brauerei har nedlagt følgende påstande:

— De anfægtede afgørelser annulleres.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

31 Harmoniseringskontoret og Anheuser-Busch har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Bitburger Brauerei tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

I — *Henvisningen til visse skriftlige indlæg i sagerne for Harmoniseringskontoret*

32 I slutningen af sine svarskrifter har Anheuser-Busch generelt henvist til alle de argumenter, faktiske forhold og beviser, som denne fremførte for Harmoniseringskontoret i selskabets skriftlige indlæg af 30. marts 1999, af 2. februar 2000, af 18. juli 2000, af 18. november 2002 og af 19. august 2003.

33 Det bemærkes i denne henseende, at stævningen i henhold til artikel 44, stk. 1, i Rettens procesreglement, som i medfør af procesreglementets artikel 130, stk. 1, og artikel 132, stk. 1, finder anvendelse i sager om intellektuel ejendomsret, skal indeholde en kort fremstilling af søgsmålsgrundene. Det fremgår af fast retspraksis, at selv om visse punkter i stævningen kan støttes og udbygges med henvisninger til afsnit i dokumenter, der vedlægges som bilag til stævningen, kan en generel henvisning til andre dokumenter ikke afhjælpe, at der mangler væsentlige oplysninger i den retlige argumentation, der i medfør af de nævnte bestemmelser skal være indeholdt i selve stævningen (Rettens dom af 14.9.2004, sag T-183/03, Applied Molecular Evolution mod KHIM (APPLIED MOLECULAR EVOLUTION), Sml. II, s. 3113, præmis 11).

34 Denne retspraksis gælder i henhold til procesreglementets artikel 46, der i overensstemmelse med reglementets artikel 135, stk. 1, andet afsnit, finder anvendelse på sager vedrørende intellektuel ejendomsret, også for svarskriftet, som i en indsigelsessag for appelkammeret er indgivet af den anden part, der intervenerer i sagen for Retten (Rettens dom af 13.7.2004, sag T-115/02, AVEX mod KHIM — Ahlers (a), Sml. II, s. 2907, præmis 11).

35 Det følger heraf, at Anheuser-Buschs svarskrifter, for så vidt de henviser til dokumenter, der er indleveret til Harmoniseringskontoret, skal afvises, i det omfang den generelle henvisning, de indeholder, ikke kan knyttes til de anbringender og argumenter, der er gjort gældende og udviklet i svarskrifterne.

II — *Henvisningen til visse afgørelser truffet af Harmoniseringskontorets appelkamre*

36 I deres skriftlige indlæg henviser Bitburger Brauerei og Anheuser-Busch gentagne gange til Harmoniseringskontorets appelkamres afgørelsespraksis.

37 Det bemærkes i denne henseende, at de afgørelser, som Harmoniseringskontorets appelkamre skal træffe i henhold til forordning nr. 40/94 vedrørende registrering af et tegn som EF-varemærke, træffes under udøvelse af en bunden kompetence og ikke på grundlag af en skønsmæssig beføjelse. Lovligheden af appelkamrenes afgørelser skal derfor udelukkende bedømmes på grundlag af denne forordning og ikke på grundlag af appelkamrenes tidligere afgørelsespraksis (Domstolens dom af 15.9.2005, sag C-37/03 P, BioID mod KHIM, Sml. I, s. 7975, præmis 47, og af 12.1.2006, sag C-173/04 P, Deutsche Sisi-Werke mod KHIM, Sml. I, s. 551, præmis 48).

38 Bitburger Brauereis og Anheuser-Buschs henvisninger har derfor ingen relevans.

III — *Lovligheden af de anfægtede afgørelser*

39 De af Bitburger Brauerei indgivne stævninger i de forenede sager T-350/04 — T-352/04 hviler på to anbringender. Første anbringende vedrører en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. I det andet anbringende gøres en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94 gældende.

A — *Første anbringende vedrørende en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94*

40 Det første anbringende, Bitburger Brauerei har påberåbt sig, har to led.

41 I det første led mener Bitburger Brauerei, at appelkammeret har begået en fejl, da det konkluderede, at der ikke forelå risiko for forveksling mellem de ansøgte varemærker og de ældre tyske varemærker nr. 505 912 og 39 615 324 (BIT).

42 I det andet led mener Bitburger Brauerei, at appelkammeret har begået en fejl, da det konkluderede, at der ikke forelå risiko for forveksling mellem de ansøgte varemærker og de ældre tyske varemærker nr. 704 211 og 1 113 784 (Bitte ein Bit !).

1. Første led af første anbringende vedrørende risikoen for forveksling mellem de ansøgte varemærker og de ældre tyske varemærker nr. 505 912 og 39 615 324 (BIT)

a) Bitburger Brauereis argumenter

Den relevante kundekreds

43 Idet Bitburger Brauerei har henledt opmærksomheden på retspraksis vedrørende risiko for forveksling, har det præciseret, at de ældre varemærker er registeret i Tyskland, og at de omhandlede varer er dagligvarer. Således mener Bitburger Brauerei, at den relevante kundekreds er den tyske gennemsnitsforbruger, der må anses for at være almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet. Hvad angår påstanden i de anfægtede afgørelser, hvorefter gennemsnitsforbrugeren af øl i almindelighed kender de ølmærker, han kan lide, og er i stand til at skelne mellem de forskellige mærker, har Bitburger Brauerei påpeget, at hvis appelkammeret dermed har villet antyde, at der skulle anses at være et højere opmærksomhedsniveau for de omhandlede varer, er dette ræsonnement forkert. Navnlig ville det være i strid med Rettens dom af 15. januar 2003, Mystery Drinks mod KHIM — Karlsberg Brauerei (MYSTERY) (sag T-99/01, Sml. II, s. 43, præmis 37), som har fastholdt, at de tyske forbrugere ikke i forhold til »øl« og »ikke-alkoholholdige drikke« henhørende under klasse 32 har et usædvanlig højt opmærksomhedsniveau.

Varemærket BIT's fornødne særpræg

44 Bitburger Brauerei har understreget varemærket BIT's høje grad af særpræg. Hertil har Bitburger Brauerei anført, idet det har henvist til Domstolens dom af 29. september 1998, Canon (sag C-39/97, Sml. I, s. 5507), at et varemærkes

fornødne særpræg udspringer af dets egentlige beskaffenhed eller kendskabet til det på markedet. I det foreliggende tilfælde mente appelkammeret først og fremmest, at ordet »bit« har et normalt særpræg. Henset til den udstrakte brug af varemærkerne, som Bitburger Brauerei har påvist, mener selskabet, at dette særpræg er blevet forstærket gennem den anseelse, det har opnået i Tyskland. Ifølge Bitburger Brauerei har appelkammeret således med rette konkluderet, at de tyske varemærker nr. 505 912 og 39 615 324 (BIT) har en øget grad af særpræg. Den af appelkammeret tilføjede kvalifikation om en »vis« øget grad af særpræg er imidlertid ikke korrekt. Varemærket BIT's uafbrudte anvendelse i årtier og den udbredte grad af reklame som dokumenteret har ifølge Bitburger Brauerei resulteret i, at BIT allerede i juli 1996 var et begreb, som ifølge en uafhængig undersøgelse var kendt af 83,3% af tyske øldrikkere, og ifølge en afhængig undersøgelse var kendt af 94,8%. Heraf følger i henhold til Bitburger Brauerei, at BIT er et yderst velkendt varemærke, som derfor har en øget grad af særpræg.

Sammenligningen af tegnene

45 Bitburger Brauerei koncentrerer sig om den fonetiske sammenligning mellem de omtvistede tegn og anfægter i sagerne T-351/04 og T-352/04 først og fremmest appelkammerets konklusion, hvorefter de ansøgte figurmærker ikke fonetisk kan reduceres til det ene ord »bud«.

46 I denne henseende mener Bitburger Brauerei, at appelkammeret har begået en fejl ved at konkludere, at den relevante gennemsnitsforbruger kalder de ansøgte figurmærker American Bud eller Anheuser-Busch Bud.

47 Bitburger Brauerei har for det første anført, at der ved vurderingen af risikoen for forveksling i tilfælde af to sammensatte varemærker ikke skal tages hensyn til blot en enkelt bestanddel i et sammensat varemærke, således at denne bestanddel sammenlignes med et andet varemærke, men at en sådan sammenligning tværtimod

skal foretages ved at undersøge de pågældende varemærker, hvorved hvert varemærke betragtes i sin helhed. Dette udelukker imidlertid ikke, at det helhedsindtryk, som et sammensat varemærke fremkalder i erindringen hos den relevante kundekreds, under visse omstændigheder kan være domineret af en af varemærkets bestanddele (Domstolens kendelse af 28.4.2004, sag C-3/03 P, Matratzen Concord mod KHIM, Sml. I, s. 3657, præmis 32, og Rettens kendelse af 23.10.2002, sag T-6/01, Matratzen Concord mod KHIM — Hukla Germany (MATRATZEN), Sml. II, s. 4335, præmis 33 og 34). Ved vurderingen af, hvorvidt en eller flere bestemte bestanddele i et sammensat varemærke har dominerende karakter, skal der navnlig tages hensyn til hver af disse bestanddeles egenskaber i sig selv, sammenlignet med de andre bestanddeles egenskaber (MATRATZEN-dommen, præmis 35).

48 Desuden mener Bitburger Brauerei, at Rettens praksis — i tilfælde af en kombination af to ord — åbner mulighed for, at der anses at være en risiko for forveksling med et ældre varemærke, der alene består af et enkelt ord, når en af bestanddelene i ordkombinationen og det ældre ordmærke er identiske eller ligner hinanden. Til støtte for denne påstand har Bitburger Brauerei påberåbt sig Rettens dom af 25. november 2003, Oriental Kitchen mod KHIM — Mou Dybfrost (KIAP MOU) (sag T-286/02, Sml. II, s. 4953, præmis 39).

49 I det foreliggende tilfælde har Bitburger Brauerei gjort gældende, at den dominerende bestanddel i de ansøgte figurmærker udgøres af ordet »bud«. Navnlig hvad angår det ansøgte figurmærke nr. 1, som indeholder ordene »american« og »bud«, har Bitburger Brauerei understreget, at ordet »american« er en simpel angivelse af den geografiske oprindelse og derfor er beskrivende. Ordet »bud« er således bedre i stand til at fastholde den tilsigtede kundekreds' opmærksomhed. Hvad angår det ansøgte figurmærke nr. 2, som indeholder ordene »anheuser-busch« og »bud«, har Bitburger Brauerei anført, at ordet »bud« grafisk er fremhævet gennem sin centrale placering, og ved at det er omgivet af to pile (til højre og til venstre). Endvidere fæstner ordet »bud« sig hos forbrugeren som det enkleste at udtale og huske.

50 Ud fra den konklusion, at ordbestanddelen »bud« er de ansøgte varemærkers dominerende bestanddel (sag T-351/04 og T-352/04), og i det omfang det ansøgte ordmærke BUD (sag T-350/04) i øvrigt udelukkende består af ordet »bud«, fremsætter Bitburger Brauerei følgelig identiske argumenter i de tre sager og bestrider konklusionen i de anfægtede afgørelser, hvorefter der i det foreliggende tilfælde ikke er en risiko for forveksling med de ældre varemærker BIT.

51 Hertil har Bitburger Brauerei anført, at appelkammeret, da det ud fra en fonetisk betragtning fandt, at der henset til vokalerne »u« og »i« var tilstrækkelige forskelle mellem »bud« og »bit«, med urette gennemførte en fragmenteret analyse af bogstaverne hver for sig i stedet for at undersøge udtalen af ordet i sin helhed. Bitburger Brauerei henviser i den forbindelse til MYSTERY-dommen, nævnt i præmis 43 ovenfor (præmis 46). I det foreliggende tilfælde er de fælles bestanddele i de to tegn kvantitativt i overtal. Hvert tegn består af et enstavelsesord på tre bogstaver; intonationen og den fonetiske rytme er identisk, de to varemærker begynder begge med bogstavet »b« og deres endelse udtales på samme måde. Under disse omstændigheder er det ubegribeligt, at appelkammeret i punkt 51 i de anfægtede afgørelser har kunnet konkludere, at der var »væsentlige forskelle« mellem de tegn, der skulle sammenlignes.

52 Bitburger Brauerei fastholder, at konsonanten »d« på tysk udtales som konsonanten »t«, når den står til sidst i ordet. Den eneste forskel mellem de omtvistede tegn er således den mellem »u« og »i«. Idet Bitburger Brauerei har påpeget, at der skal tages hensyn til tegnenes fonetiske helhedsindtryk, har det understreget, at »bit« og »bud« har en kort intonation og udtales henholdsvis »bitt« og »butt«. I det omfang vokalerne »i« og »u« er omgivet af de dominerende lukkelyde »b« og »t«, mener Bitburger Brauerei, at det samlede fonetiske indtryk af tegnene bestemmes af konsonanterne.

53 Under disse omstændigheder er de fælles bestanddele i de to tegn dominerende, og forbrugeren, hvis erindring om et af de to varemærker er ufuldkommen, vil forveksle

de omtvistede varemærker, fordi de er enstavelsesord, har det samme antal bogstaver samt identiske begyndelses- og slutlyde. Bitburger Brauerei har tilføjet, at enstavelsesvaremærker er sjældne i ølsektoren. Forbrugeren, som er stillet over for et enstavelsesvaremærke, skal således genkalde sig de omhandlede ældre varemærker, navnlig når de varemærker, der skal sammenlignes med, næsten er fuldkommen sammenfaldende.

54 Efter at have koncentreret sin argumentation omkring de omtvistede tegns fonetiske lighed har Bitburger Brauerei endelig anført, at de grafiske bestanddele og de sekundære ordbestanddele (nemlig »american« og »anheuser-busch« for de ansøgte figurmærker) ikke har nogen betydning, når risikoen for forveksling skal vurderes på det visuelle plan. Under disse omstændigheder har Bitburger Brauerei fastholdt, at den visuelle sammenligning i forhold til de tre varemærker, der er søgt registreret, burde være foretaget mellem tegnene »bit« og »bud«, som i det mindste har en fjern typografisk lighed. Begge tegn har det samme begyndelsesbogstav »b« og består af tre bogstaver. Bogstaverne »i« og »u« er karakteriseret ved opadgående linjer, og bogstaverne »t« og »d« indeholder en vertikal grundbestanddel og en horisontal streg. Ifølge Bitburger Brauerei er der derfor i det mindste en fjern visuel lighed mellem de omtvistede tegn, og denne lighed er også tilstrækkelig til at fastslå, at der er risiko for forveksling, når henses til det indbyrdes afhængighedsforhold mellem de omtvistede faktorer.

Risikoen for forveksling

55 Bitburger Brauerei mener på baggrund af Domstolens dom af 22. juni 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer (sag C-342/97, Sml. I, s. 3819, præmis 28), at de omtvistede tegns fonetiske lighed er tilstrækkelig til at skabe en risiko for forveksling. Ligheden er særlig vigtig i det foreliggende tilfælde, i det omfang øl, navnlig på barer, bestilles mundtligt. Bitburger Brauerei har i denne forbindelse henvist til MYSTERY-dommen, nævnt i præmis 43 ovenfor (præmis 48), som har præciseret følgende: »Det er [...] tilstrækkeligt, at der er en forvekslingsrisiko; det kræves ikke, at forvekslingen godtgøres. I den udstrækning, de omhandlede varer også drikkes efter

en bestilling, der er givet mundtligt, er den fonetiske lighed mellem de omhandlede tegn i sig selv tilstrækkelig til at skabe en forvekslingsrisiko.« Bitburger Brauerei har også understreget, at der er en støjfaktor i barer, og at denne faktor påvirker den fonetiske opfattelse af de omtvistede tegn. Appelkammeret har ifølge Bitburger Brauerei ikke tillagt de særlige vilkår, hvorunder de omhandlede varer sælges, tilstrækkelig betydning.

56 På denne baggrund mener Bitburger Brauerei, at der eksisterer en risiko for forveksling alene på grund af de omtvistede tegns lighed, som er en følge af fælles bestanddele, som kommer til udtryk fonetisk. Hvis de ældre varemærker, som i det foreliggende tilfælde, derudover har et særpræg, som ligger over gennemsnittet, og de omhandlede varer er identiske, anser Bitburger Brauerei — idet selskabet har henvist til Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, nævnt i præmis 55 ovenfor (præmis 21), og til Rettens dom af 23. oktober 2002, Institut für Lernsysteme mod KHIM — Educational Services (ELS) (sag T-388/00, Sml. II, s. 4301, præmis 77), og af 3. juli 2003, Alejandro mod KHIM — Anheuser-Busch (BUDMEN) (sag T-129/01, Sml. II, s. 2251, præmis 59) — de ældre varemærker for at nyde en udvidet beskyttelse. Navnlig har Bitburger Brauerei understreget, at Domstolen har anset et ældre varemærkes høje grad af særpræg for at tale for — og ikke imod — en risiko for forveksling.

57 Desuden har Bitburger Brauerei fremført det forhold, at appelkammerets konklusion er i strid med Bundesgerichtshofs dom af 26. april 2001, Bit mod But (I ZR 212/98, s. 465-470, herefter »Bundesgerichtshofs dom«). Bitburger Brauerei har navnlig anført, at Bundesgerichtshof anså, at der var en fonetisk risiko for forveksling mellem ordene »bit« og »bud« i det omfang, begyndelseslydene var identiske, og slutlydene efter en sædvanlig tysk udtale var sammenfaldende. Den lydlige forskel, der knytter sig til de to ords vokaler, udlignes i øvrigt ved, at det ældre varemærkes særpræg ligger over gennemsnittet, og at de omfattede varer er identiske.

58 Bitburger Brauerei har anerkendt, at nationale retsafgørelser ikke er bindende inden for rammerne af de foreliggende sager. Bundesgerichtshofs vurdering af risikoen for

forveksling mellem BIT og BUD bygger imidlertid præcist på de af Domstolen udviklede regler, navnlig reglerne vedrørende hensyntagen til samtlige omstændigheder i en sag og det indbyrdes afhængighedsforhold mellem de pågældende forskellige faktorer. Bitburger Brauerei har tilføjet, at Harmoniseringskontorets Andet Appelkammer i en anden sag har taget hensyn til en dom afsagt af en national ret (afgørelse af 11.9.2003, sag R 70/2002-2, Kabel 1 mod ARD 1).

b) Harmoniseringskontorets og Anheuser-Buschs argumenter

59 Harmoniseringskontoret og Anheuser-Busch har anfægtet de af Bitburger Brauerei fremførte argumenter og mener i det væsentlige, at den visuelle og fonetiske forskel samt den manglende begrebsmæssige lighed mellem de omtvistede tegn er tilstrækkeligt til at udelukke enhver risiko for forveksling, og dette er tilfældet, uanset at de omhandlede varer er identiske eller af lignende art.

60 Anheuser-Busch har desuden bestridt appelkammerets konklusion, hvorefter de ældre tyske varemærker nr. 505 912 og 39 615 324 (BIT) har en høj grad af særpræg. Anheuser-Busch har navnlig gjort gældende, at de for Harmoniseringskontorets instanser fremlagte dokumenter henviser til varemærket Bitburger og ikke til varemærket BIT. Anheuser-Busch har ligeledes bestridt relevansen dels af den beedigede erklæring af en af Bitburger Brauereis medarbejdere, dels af den i juli 1996 foretagne markedsanalyse med henblik på at påvise varemærket BIT's omdømme i Tyskland.

61 Anheuser-Busch har tilsvarende insisteret på kendetegnene ved det tyske ølmarked, navnlig på det meget store forbrug af denne vare. Heraf udleder Anheuser-Busch, at den tyske gennemsnitsforbruger af øl er »ekspert«.

62 Endelig har Harmoniseringskontoret understreget, at de anfægtede afgørelser adskiller sig fra Bundesgerichtshofs dom for så vidt angår helhedsvurderingen af risikoen for forveksling. Anheuser-Busch mener ikke, at nationale domstoles afgørelser inden for rammerne af forordning nr. 40/94's anvendelse er bindende for Harmoniseringskontoret eller Retten.

c) Rettens bemærkninger

63 Det bestemmes i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, at hvis indehaveren af et ældre varemærke rejser indsigelse, er det varemærke, der søges registreret, udelukket fra registrering, når »der i offentlighedens bevidsthed inden for det område, hvor det ældre varemærke er beskyttet, er risiko for forveksling, fordi det yngre varemærke er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og varerne eller tjenesteydelserne, som omfattes af de to varemærker, er af samme eller lignende art; risikoen for forveksling indbefatter risikoen for, at der antages at være en forbindelse med det ældre varemærke«.

64 Ifølge fast praksis udgør risikoen for, at det i kundekredsen kan antages, at de pågældende varer eller tjenesteydelser hidrører fra den samme virksomhed eller i givet fald fra økonomisk forbundne virksomheder, en risiko for forveksling.

65 Ifølge samme retspraksis skal der foretages en helhedsvurdering af risikoen for forveksling i henhold til den opfattelse, som den relevante kundekreds har af de pågældende varemærker og de omhandlede varer eller tjenesteydelser, under hensyntagen til alle de relevante faktorer i det foreliggende tilfælde, især den indbyrdes afhængighed mellem ligheden mellem varemærkerne og ligheden mellem de varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af varemærkerne (jf. Rettens dom af 9.7.2003, sag T-162/01, Laboratorios RTB mod KHIM — Giorgio Beverly Hills (GIORGIO BEVERLY HILLS), Sml. II, s. 2821, præmis 31-33 og den deri nævnte retspraksis).

66 Desuden skal det bemærkes, at der er større risiko for forveksling, jo stærkere det ældre varemærkes særpræg er (Rettens dom af 21.4.2005, sag T-164/03, Ampafrance mod KHIM — Johnson & Johnson (monBeBé), Sml. II, s. 1401, præmis 70, og analogt Domstolens dom af 11.11.1997, sag C-251/95, SABEL, Sml. I, s. 6191, præmis 24). Der tilkommer derfor de varemærker, som har et stærkt særpræg, enten i sig selv, eller fordi de er kendt på markedet, en videre beskyttelse end de mærker, hvis særpræg er mindre (monBeBé-dommen, præmis 70, og analogt Canon-dommen, nævnt i præmis 44 ovenfor, præmis 18, og Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, nævnt i præmis 55 ovenfor, præmis 20).

67 Da de ældre varemærker er blevet registreret med retsvirkning i Tyskland, er den kundekreds, som i forhold til vurderingen af risiko for forveksling skal tages i betragtning, kundekredsen i denne medlemsstat.

68 Det skal også understreges, at de pågældende varer normalt købes overalt, lige fra varehusenes fødevareafdelinger til barer og caféer (jf. i denne retning for vareklasser, der omfatter øl, Rettens dom af 9.3.2005, sag T-33/03, Osotspa mod KHIM — Distribution & Marketing (Hai), Sml. II, s. 763, præmis 44). Under disse omstændigheder er den tilsigtede kundekreds gennemsnitsforbrugeren, som anses for at være almindeligt oplyst og rimeligt opmærksom (jf. i en sag, som også vedrørte øl, MYSTERY-dommen, nævnt i præmis 43 ovenfor, præmis 32 og 37, og i en sag, som omhandlede alkoholholdige drikke, Rettens dom af 15.2.2005, sag T-296/02, Lidl Stiftung mod KHIM — REWE-Zentral (LINDENHOF), Sml. II, s. 563, præmis 45).

69 Det er således med rette, at appelkammeret i det foreliggende tilfælde har kunnet mene, at »den relevante forbruger af de pågældende varer er den tyske gennemsnitsforbruger« (punkt 40 i den anfægtede afgørelse i sag T-352/04 og punkt 41 i de anfægtede afgørelser i sagerne T-350/04 og T-351/04). Af samme grunde kan appelkammerets konklusion, hvorefter den pågældende relevante kundekreds ikke udgøres af »eksperter«, kun tiltrædes (samme punkter i de anfægtede afgørelser).

70 I forbindelse med helhedsvurderingen af risikoen for forveksling skal det også bemærkes, at der skal tages hensyn til den omstændighed, at gennemsnitsforbrugeren kun sjældent har mulighed for at foretage en direkte sammenligning mellem de forskellige mærker, men må stole på det ufuldstændige billede af dem, han har i erindringen (Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, nævnt i præmis 55 ovenfor, præmis 26).

71 I lyset af de ovenfor anførte betragtninger skal det efterprøves, om appelkammeret, sådan som Bitburger Brauerei har gjort gældende, i det foreliggende tilfælde har anlagt en forkert vurdering af risikoen for forveksling.

i) Ligheden mellem de omhandlede varer

72 Det skal bemærkes, at Bitburger Brauerei alene indbragte en sag for appelkammeret mod hver af Indsigelsesafdelingens afgørelser i det omfang, hvor indsigelsen var blevet afvist i forhold til de af klasse 32 omfattede varer. Det er selvsamme varer, som de foreliggende sager vedrører.

73 I denne forbindelse fastslår de anfægtede afgørelser med rette, at »[d]e omhandlede varer er identiske eller af lignende art« (punkt 40 i de anfægtede afgørelser i sagerne T-350/04 og T-351/04, og punkt 39 i den anfægtede afgørelse i sag T-352/04). Appelkammerets vurdering heraf er ikke bestridt af parterne.

ii) De omhandlede varemærkers lighed

74 Det følger af retspraksis, at helhedsvurderingen af risikoen for forveksling for så vidt angår den visuelle, lydlige og begrebsmæssige lighed af de omhandlede varemærker skal være støttet på det helhedsindtryk, disse giver, idet der navnlig skal tages hensyn til deres særprægede og dominerende bestanddele (jf. SABEL-dommen, nævnt præmis 66 ovenfor, præmis 23, og Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, nævnt præmis 55 ovenfor, præmis 25).

De omhandlede varemærkers visuelle lighed

— Den visuelle lighed mellem det ansøgte ordmærke BUD og de ældre tyske varemærker nr. 505 912 og 39 615 324 (BIT)

75 I overensstemmelse med Indsigelsesafdelingens og Anheuser-Buschs ræsonnement fremførte appelkammeret følgende overvejelser:

»De to varemærker har nemlig samme længde, men forskellene mellem dem er mere betydningsfulde end lighederne. De to varemærker begynder godt nok med samme bogstav, men ikke desto mindre er resten forskellig. Forbrugeren opfatter denne visuelle forskel.« (Punkt 42 i den anfægtede afgørelse i sag T-350/04.)

76 Som appelkammeret med rette har påpeget, skal det for det første understreges, at bestanddelene »bud« og »bit« har samme begyndelsesbogstav til fælles, nemlig bogstavet »b«.

77 Som appelkammeret også med rette har påpeget, har enstavelsesordene »bit« og »bud« samme længde, idet de er sammensat af tre bogstaver. En mere indgående analyse, som den Anheuser-Busch har foretaget, gør det ganske vist muligt at mene, at tegnet BUD egentlig er længere end tegnet BIT, men en sådan forskel vil ikke opfattes af den tyske gennemsnitsforbruger.

78 For det tredje er det rigtigt som appelkammeret i det væsentlige har anført, at de omhandlede tegn er forskellige hvad angår deres to sidste bogstaver (nemlig »ud« for det ansøgte ordmærke BUD og »it« for de ældre tyske varemærker), og det uanset at de omhandlede bogstaver, sådan som Bitburger Brauerei har gjort gældende, har det til fælles, at de delvis er sammensat af vertikale streger.

79 Henset til alle disse forhold skal det fastslås, at de omhandlede tegn i anseeligt omfang er forskellige, navnlig henset til at to ud af tre bogstaver i ordene faktisk er forskellige. Som appelkammeret med rette har anført, er disse forskelligheder af større betydning end lighederne mellem de pågældende tegn. Den relevante forbruger vil opfatte disse forskelligheder. Det skal således fastslås, at det ansøgte ordmærke BUD og de ældre tyske varemærker nr. 505 912 og 39 615 324 (BIT) har en grad af visuel lighed, som højst kan siges at være svag. Bitburger Brauerei har i øvrigt selv i stævningerne bemærket, at den visuelle lighed mellem de omhandlede varemærker er »fjern«.

80 Hvad angår det ældre tyske ord- og figurmærke nr. 505 912, hvis grafiske udformning gør det muligt at mindske graden af visuel lighed med ordmærket BUD endnu mere, skal det tilføjes, at dette varemærke, sådan som appelkammeret har bemærket, af Bitburger Brauerei er blevet anvendt på forskellige måder, hvoraf en anvendelsesmåde var uden nogen særlig grafisk udformning.

— Den visuelle lighed mellem de ansøgte figurmærker og de ældre tyske varemærker nr. 505 912 og 39 615 324 (BIT)

81 Appelkammeret har anført følgende:

»Det ansøgte varemærke forestiller en sammensat etikette, som ikke reduceres til det ene ord »bud«. Uanset at »bud« udgør en bestanddel, der i varemærket har særpræg, overskygger det ikke varemærket visuelt i en sådan udstrækning, at de andre bestanddele, det udgøres af — nemlig den detaljerede grafiske gengivelse i den øverste del af varemærket samt den interessante farvesammensætning — fuldstændigt bliver sat i baggrunden. Forbrugeren opfatter varemærket i sin helhed og danner sig et generelt indtryk. Selv om man reducerede varemærket til ordbestanddelene [American Bud eller Anheuser-Busch Bud], ville der ikke desto mindre være en væsentlig visuel forskel mellem denne ordkombination og indsigerens korte ordmærke [BIT].« (Punkt 42 i den anfægtede afgørelse i sag T-351/04 og punkt 41 i den anfægtede afgørelse i sag T-352/04.)

82 Indledningsvis bemærkes, at selv om gennemsnitsforbrugeren normalt opfatter varemærket som en helhed og ikke undersøger de forskellige detaljer, tager vurderingen af, om der er risiko for forveksling, navnlig hensyn til karakteristiske og dominerende bestanddele i de omhandlede varemærker (SABEL-dommen, nævnt i præmis 66 ovenfor, præmis 23) og til, at det normalt er et tegns dominerende og karakteristiske kendetegn, der er lettest at huske (jf. i denne retning Rettens dom af 23.10.2002, sag T-104/01, Oberhauser mod KHIM — Petit Liberto (Fifties), Sml. II, s. 4359, præmis 47 og 48, og af 6.10.2004, forenede sager T-117/03 — T-119/03 og T-171/03, New Look mod KHIM — Naulover (NLSPORT, NLJEANS, NLACTIVE og NLCollection), Sml. II, s. 3471, præmis 39).

83 I det foreliggende tilfælde skal det fastslås, at ordbestanddelene »american« og »bud« (det ansøgte figurmærke nr. 1) eller »anheuser-busch« og »bud« (det ansøgte

figurmærke nr. 2) er placeret i midten af de ansøgte figurmærker. Derudover er de skrevet med store bogstaver, der er blå på hvidt underlag, hvilket får disse ord til visuelt at træde frem, og dette så meget desto mere eftersom det ansøgte varemærkes baggrund er rød.

84 De andre ordbestanddele, som fremstår på hvidt underlag, navnlig Anheuser-Buschs navn og adresse, er placeret under ordene »american« og »bud« (det ansøgte figurmærke nr. 1) eller »anheuser-busch« og »bud« (det ansøgte figurmærke nr. 2) og er skrevet med meget mindre bogstaver. Det forholder sig på samme måde med ordbestanddelene, som står på den øverste del af figurmærket, navnlig bogstaverne »ab«, som tilmed er placeret i midten af et våbenskjold. Ordet »genuine« figurerer to gange på hver sin side af den hvide rektangel, på hvilken ordene »american« og »bud« (det ansøgte figurmærke nr. 1) eller »anheuser-busch« og »bud« (det ansøgte figurmærke nr. 2) står. Dette ord er imidlertid skrevet vertikalt, således at det er svært at læse.

85 Hvad angår figurbestanddelene på den øverste del af det ansøgte varemærke gengiver de et våbenskjold, der er dekoreret med et motto. Disse bestanddele svarer til de dekorative dele af en etikette og kan derfor ikke anses som deres hovedbestanddel.

86 Hovedbestanddelene af de to omhandlede varemærker skal således anses for at være ordbestanddelene »american« og »bud« (det ansøgte figurmærke nr. 1) eller »anheuser-busch« og »bud« (det ansøgte figurmærke nr. 2).

87 Hvis det i denne forbindelse antages, at det kan fastslås, at ordet »bud« er den eneste bestanddel med særpræg blandt de dominerende ordbestanddele og således i endnu højere grad fanger den relevante kundekreds' opmærksomhed, kunne det i det

højeste fastslås, at der er en svag visuel lighed mellem de ansøgte figurmærker og de ældre tyske varemærker nr. 505 912 og 39 615 324 (BIT), eftersom en svag visuel lighed mellem det ansøgte ordmærke BUD og disse ældre tyske varemærker allerede blev konstateret i præmis 79 ovenfor.

88 Ved den visuelle helhedsvurdering af de omhandlede tegn må der imidlertid henvises til den temmelig komplekse art af de ansøgte figurmærker, der er blandede tegn, der ikke alene består af de førnævnte ordbestanddele, men også af flere figurelementer i meget varierede farver (jf. i samme retning Fifties-dommen, nævnt i præmis 82 ovenfor, præmis 38).

89 Henset til alle disse elementer skal det fastslås, at de ansøgte figurmærker og de ældre tyske varemærker nr. 505 912 og 39 615 324 (BIT) ikke ligner hinanden visuelt.

De omhandlede varemærkers fonetiske lighed

— Den fonetiske lighed mellem det ansøgte ordmærke BUD og de ældre tyske varemærker nr. 505 912 og 39 615 324 (BIT)

90 Appelkammeret har anført følgende i punkt 43 og 44 i den anfægtede afgørelse vedrørende det ansøgte ordmærke BUD:

»43. Hvad angår den fonetiske sammenligning mellem varemærkerne mener appelkammeret, at det ansøgte ordmærke BUD og indsigerens varemærke BIT er

tilstrækkeligt forskellige. Fonetisk set adskiller vokalerne »i« og »u« sig nemlig klart fra hinanden. Den forskel, som disse bogstaver udgør i ordene »bud« og »bit«, der begge består af tre bogstaver, er tilstrækkelig til, at forbrugeren kan skelne.

44. Andet følger ikke af Rettens dom [ELS-sagen, nævnt i præmis 56 ovenfor]. I den sag fastslog Retten i Første Instans, at »e« og »i« ligner hinanden i udtalen, og at der er fuldstændigt sammenfald mellem konsonantfonemerne »l« og »s« i tegnene (præmis 71). Derimod udtales vokalerne »i« og »u« (eller »a« i tilfælde af en engelsk udtale) ikke på samme måde. Endvidere er der ikke noget fuldkomment sammenfald mellem konsonanterne. Disse forskelle er tilstrækkelige, når man bestiller de omhandlede varer på en restaurant.«

91 For det første skal det fastslås, at de omhandlede tegns begyndelsesbogstaver er ens, og at deres udtale ikke adskiller sig på tysk.

92 For det andet udtales bogstaverne »i« (i tegnet BIT) og »u« (i tegnet BUD) forskelligt på tysk. Denne forskel i udtalen er ikke bestridt af Bitburger Brauerei.

93 For det tredje ligger bogstaverne »t« (i tegnet BIT) og »d« (i tegnet BUD) i det foreliggende tilfælde tæt på hinanden i udtalen, uanset at denne udtale ikke kan være fuldstændigt den samme. Under sagen for Harmoniseringskontorets instanser er der blevet fremlagt beviser herfor.

94 For det fjerde skal det understreges, at appelkammerets ræsonnement ikke blot er baseret på den omstændighed, at bogstaverne »i« og »u« udtales forskelligt. Appelkammeret har nemlig med rette taget højde for, at ordene »bit« og »bud« »begge [var] sammensat af tre bogstaver« (punkt 43 i de anfægtede afgørelser). I modsætning til det, Bitburger Brauerei har påstået, bemærkes i denne forbindelse, at intet gør det muligt at fastslå, at bogstaverne »i« og »u«, som er de eneste vokaler i de omhandlede tegn, skulle spille en ubetydelig rolle i den samlede udtale af ordene »bit« og »bud«.

95 Genindsat i en samlet udtale leder de forudgående bestanddele frem til konklusionen, at der er en begrænset fonetisk lighed mellem det ansøgte ordmærke BUD og de ældre tyske varemærker nr. 505 912 og 39 615 324 (BIT). Som appelkammeret imidlertid med rette har påpeget, er forskellen i udtalen mellem vokalerne »i« og »u« i de to omhandlede tegn, der er sammensat af tre bogstaver, tilstrækkelig til at gøre det muligt for den relevante forbruger at skelne fonetisk.

— Den fonetiske lighed mellem de ansøgte figurmærker og de ældre tyske varemærker nr. 505 912 og 39 615 324 (BIT)

96 I punkt 43 i den anfægtede afgørelse vedrørende det ansøgte figurmærke nr. 1 anførte appelkammeret følgende:

»[...] Appelkammeret mener, at den relevante forbruger udtaler det ansøgte varemærke »american bud«, hvilket gør det tilstrækkelig forskelligt fra indsigerens

enstavelsesvaremærke, nemlig »BIT«. Selv hvis det antages, at det ansøgte varemærke reduceres til ordet »bud«, er de to varemærker imidlertid stadigvæk tilstrækkelig forskellige. Fonetisk set adskiller vokalerne »i« og »u« sig nemlig klart fra hinanden. Den forskel, som disse bogstaver udgør i ordene »bud« og »bit«, der begge består af tre bogstaver, er tilstrækkelig til, at forbrugeren kan skelne.«

97 I punkt 42 og 43 i afgørelsen vedrørende det ansøgte figurmærke nr. 2 har appelkammeret anført følgende:

»42. [...] Appelkammeret mener, at den relevante forbruger udtaler det ansøgte varemærke »anheuser-busch bud«, hvilket gør det tilstrækkeligt forskelligt fra indsigerens korte varemærke, nemlig »BIT«. Appelkammeret mener ikke, at der er nogen grund til, at gennemsnitsforbrugeren mundtligt skulle forkorte betegnelsen »anheuser-busch bud« ved kun at bruge sidste ord heri, nemlig »bud«. Desuden er der ingen grund til, at denne forbruger, selv hvis han anser »anheuser« og »busch« for familienavne, skulle undlade at udtale dem. Det er nemlig hævet over enhver tvivl, at familienavne i sig selv er i stand til at være en del af et varemærke.

43. Selv hvis det antages, at det ansøgte varemærke reduceres til ordet »bud«, er de to varemærker imidlertid stadigvæk tilstrækkeligt forskellige. Fonetisk set adskiller vokalerne »i« og »u« sig nemlig klart fra hinanden. Den forskel, som disse bogstaver udgør i ordene »bud« og »bit«, der begge består af tre bogstaver, er tilstrækkelig til, at forbrugeren kan skelne.«

98 I punkt 44 i de to anfægtede afgørelser vedrørende de ansøgte figurmærker har appelkammeret ligesom i afgørelsen vedrørende det ansøgte ordmærke BUD desuden tilføjet følgende:

»Andet følger ikke af Rettens dom [ELS-sagen, nævnt i præmis 56 ovenfor]. I den sag fastslog Retten i Første Instans, at »e« og »i« ligner hinanden i udtalen, og at der er fuldstændigt sammenfald mellem konsonantfonemerne »l« og »s« i tegnene (præmis 71). Derimod udtales vokalerne »i« og »u« [...] ikke på samme måde. Endvidere er der ikke noget fuldkomment sammenfald mellem konsonanterne. Disse forskelle er tilstrækkelige, når man bestiller de omhandlede varer på en restaurant.«

99 Indledningsvis skal det understreges, at et figurmærke kan gengives fonetisk, for så vidt som det er sammensat af en eller flere ordbestanddele (Rettens dom af 4.5.2005, sag T-359/02, Chum mod KHIM — Star TV (STAR TV), Sml. II, s. 1515, præmis 49).

100 Hvis det i det foreliggende tilfælde antages, at det kan fastslås, at ordet »bud« i de ansøgte varemærker er den eneste bestanddel med særpræg blandt de dominerende ordbestanddele »american« og »bud« eller »anheuser-busch« og »bud« og således i endnu højere grad fanger den relevante kundekreds' opmærksomhed, kunne det i det højeste fastslås, når henses til den i præmis 95 ovenfor gengivne konklusion vedrørende den fonetiske lighed mellem det ansøgte ordmærke BUD og de ældre tyske varemærker nr. 505 912 og 39 615 324 (BIT), at der er en begrænset fonetisk lighed mellem de ansøgte figurmærker og disse ældre varemærker. Sådan som det imidlertid også er blevet påpeget i præmis 95 ovenfor, er forskellen i udtalen mellem vokalerne »i« og »u« i de to omhandlede tegn tilstrækkeligt til at gøre det muligt for den relevante forbruger at skelne fonetisk.

De omhandlede varemærkers begrebsmæssige lighed

101 I punkt 45 i de anfægtede afgørelser mente appelkammeret ikke, at der var nogen begrebsmæssig lighed mellem de ansøgte varemærker og de ældre tyske varemærker nr. 505 912 og 39 615 324 (BIT).

102 Hvad angår de ældre tyske varemærker nr. 505 912 og 39 615 324 (BIT) kan de have flere begrebsmæssige betydninger. Anheuser-Busch har i denne forbindelse anført, at ordet »bit« af den relevante kundekreds kan opfattes enten som enhed, der anvendes inden for it, eller som en henvisning til byen Bitburg. Disse forskellige betydninger følger også af den af Bitburger Brauerei foranstaltede markedsundersøgelse, som er blevet forelagt Harmoniseringskontorets instanser.

103 Hvad angår de ansøgte varemærker skal det indledningsvis understreges, at ordet »bud« ikke i den relevante kundekreds' opfattelse synes at have nogen særlig betydning. Sagens parter har ikke fremlagt oplysninger, som ville gøre det muligt at modsige denne konklusion.

104 Hvad således angår det ansøgte varemærke BUD skal det fastslås, at det ikke vil få nogen særlig begrebsmæssig betydning i den relevante kundekreds' opfattelse.

105 Hvad angår de ansøgte figurmærker bemærkes, at uanset at ordet »american« (figurmærke nr. 1) kunne vække den tanke, at de omhandlede varer har amerikansk oprindelse eller i hvert fald amerikansk karakter, og ordene »anheuser-busch« (figurmærke nr. 2) af en del af kundekredsen kunne opfattes som en henvisning til den virksomhed, som fremstiller den pågældende vare, ville sammenstillingen af disse ord med ordet »bud« ikke indebære nogen særlig begrebsmæssig betydning. I hvert fald er der ingen oplysninger, som gør det muligt samlet at anse disse ord for at kunne have en begrebsmæssig betydning, som er analog til de begrebsmæssige betydninger, der kan tillægges de ældre tyske varemærker nr. 505 912 og 39 615 324 (BIT).

106 Under henvisning til disse forhold skal det fastslås, at de ansøgte varemærker og de ældre tyske varemærker nr. 505 912 og 39 615 324 (BIT) ikke har nogen lighed ud fra et begrebsmæssigt synspunkt.

Konklusion på de omhandlede varemærkers lighed

107 Henset til de ovenfor anførte betragtninger og ud fra en helhedsvurdering af de omhandlede varemærker skal det, under hensyntagen til de væsentlige forskelle, som adskiller de omhandlede varemærker, samt til, at der ikke er nogen begrebsmæssig lighed mellem dem, fastslås:

— Det ansøgte ordmærke BUD og de ældre tyske varemærker nr. 505 912 og 39 615 324 (BIT) er forskellige ud fra en helhedsvurdering, uanset at de visuelt og fonetisk har en svag grad af lighed.

— De ansøgte figurmærker og de ældre tyske varemærker nr. 505 912 og 39 615 324 (BIT) er forskellige ud fra en helhedsvurdering, uanset at de fonetisk har en svag grad af lighed.

108 Det skal således konkluderes, at der ikke er lighed mellem de ansøgte varemærker og de ældre tyske varemærker nr. 505 912 og 39 615 324 (BIT).

iii) Risikoen for forveksling

109 I lyset af de forskelle, der allerede er blevet påvist mellem de ansøgte varemærker og de ældre tyske varemærker nr. 505 912 og 39 615 324 (BIT), skal det fastslås, at der uanset en svag grad af visuel og fonetisk lighed ikke i det foreliggende tilfælde — selv om de ældre varemærker måtte have en høj grad af særpræg — er risiko for forveksling, og det på trods af at de omhandlede varer er af samme eller lignende art.

110 De af Bitburger Brauerei fremførte argumenter kan ikke drage denne konklusion i tvivl.

111 For det første hvad angår betingelserne, hvorunder de omhandlede varer sælges — og navnlig spørgsmålet om, hvorvidt disse varer hovedsageligt bestilles mundtligt, og hvorvidt en støjfaktor kan påvirke forbrugernes fonetiske opfattelse — er det tilstrækkeligt at fastslå, at de af Bitburger Brauerei fremførte argumenter er simple påstande, som ikke hviler på noget bevis, som rettidigt er blevet fremført for Harmoniseringskontorets instanser.

112 Desuden har Bitburger Brauerei ikke fremlagt det mindste bevis med henblik på at godtgøre, at selskabets varer i almindelighed sælges på en sådan måde, at kundekredsen ikke opfatter varemærket visuelt. I denne forbindelse skal det bemærkes, at selv om barer og restauranter er betydelige salgskanaler for Bitburger Brauereis varer, er det ubestridt, at forbrugeren visuelt kan opfatte de omhandlede varer på disse steder, navnlig ved at undersøge flasken, der serveres, eller på anden baggrund (glas, reklameplakater, osv.). Endvidere og frem for alt er det ubestridt, at barer og restauranter ikke er de eneste salgskanaler for de omhandlede varer. Således bliver disse varer ligeledes solgt i supermarkeder eller andre detailforretninger. Det må imidlertid konstateres, at forbrugerne ved de køb, der foretages dér, vil kunne opfatte varemærkerne visuelt, da drikkevarerne står fremme på hylderne (jf. i denne retning Rettens dom af 24.11.2005, sag T-3/04, Simonds Farsons Cisk mod KHIM — Spa Monopole (KINJI by SPA), Sml. II, s. 4837, præmis 57-59). Heraf følger, at Bitburger Brauereis argument vedrørende betingelserne for salg af de omhandlede varer under alle omstændigheder må forkastes.

113 Hvad for det andet angår spørgsmålet om de ældre varemærkers høje grad af særpræg og Bitburger Brauereis henvisning til Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, nævnt i præmis 55 ovenfor, skal det understreges, at Domstolen i nævnte doms præmis 28 fastslog, at »det ikke kan udelukkes, at en lydlig lighed mellem varemærkerne i sig selv kan skabe risiko for forveksling«, afhængig af de ældre varemærkers grad af særpræg. Det følger af denne dom, at Domstolen for det første blot som en ren hypotese nævnte muligheden for, at der skal tages hensyn til andre relevante faktorer i det enkelte tilfælde, og for det andet, at Domstolen sigtede til tilfælde, hvor der var fonetisk lighed mellem de omhandlede varemærker. Inden for rammerne af helhedsvurderingen af risikoen for forveksling og uanset de ældre varemærkers mulige høje grad af særpræg udelukker de forud påviste forskelle mellem de i de foreliggende sager omhandlede varemærker, at der i Tyskland foreligger en sådan risiko mellem varemærkerne.

114 Hvad for det tredje angår den omstændighed, at appelkammerets afgørelse angiveligt er i strid med Bundesgerichtshofs dom, skal det indledningsvis bemærkes,

at EF-varemærkesystemet er et selvstændigt system, der består af en helhed af regler, og idet det forfølger formål, der er særlige for det, er dets anvendelse uafhængig af alle nationale systemer (Rettens dom af 5.12.2000, sag T-32/00, Messe München mod KHIM (electronica), Sml. II, s. 3829, præmis 47, og af 14.7.2005, sag T-312/03, Wassen International mod KHIM — Stroschein Gesundkost (SELENIUM-ACE), Sml. II, s. 2897, præmis 46).

115 Desuden skal lovligheden af appelkamrenes afgørelser udelukkende vurderes på grundlag af forordning nr. 40/94, som denne fortolkes af Fællesskabets retsinstanser, og ikke på grundlag af en national retspraksis, selv om den er støttet på bestemmelser, der er analoge i forhold til forordningens bestemmelser (Rettens dom i GIORGIO BEVERLY HILLS-sagen, nævnt i præmis 65 ovenfor, præmis 53, Rettens dom af 4.11.2003, sag T-85/02, Díaz mod KHIM — Granjas Castelló (CASTILLO), Sml. II, s. 4835, præmis 37, og a-dommen, nævnt i præmis 34 ovenfor, præmis 30).

116 Under alle omstændigheder skal det påpeges, at Bundesgerichtshof kun har fastslået, at der er risiko for forveksling mellem det tyske varemærke nr. 505 912 og et figurmærke, der er identisk med det ansøgte figurmærke nr. 1, idet den baserede resultatet på disse varemærkers fonetiske lighed mellem ordene »bud« og »bit«.

117 Derudover skal det understreges, at appelkammeret ud fra en helhedsvurdering har taget stilling til risikoen for forveksling mellem det ældre tyske ord- og figurmærke nr. 505 912 (BIT) og det ansøgte figurmærke nr. 1 og ikke udelukkende har baseret sin stillingtagen på en fonetisk sammenligning af dem. Denne helhedsvurdering skal nemlig tage hensyn til alle relevante faktorer i den foreliggende sag og skal — for så vidt angår Harmoniseringskontoret — alene basere sig på forordning nr. 40/94.

118 For det fjerde hvad angår Bitburger Brauereis henvisning under retsmødet til Rettens dom af 23. november 2005, Soffass mod KHIM — Sodipan (NICKY) (sag T-396/04, Sml. II, s. 4789), er det tilstrækkeligt at fastslå, at Retten — i modsætning til det Bitburger Brauerei synes at antyde — ikke i denne sag fandt, at der var risiko for forveksling mellem det ansøgte varemærke NICKY og de ældre varemærker NOKY. Idet den stadfæstede appelkammerets afgørelse, som havde hjemvist sagen til Indsigelsesafdelingen, fastslog Retten, at der var visse lighedspunkter mellem de nævnte to tegn, og at en prøvelse af de omhandlede varers lighed skulle foretages (jf. navnlig dommens præmis 38 og 39). Retten understregede desuden, at de to tegn havde begyndelsesbogstavet »n« og endelsen »ky« til fælles. Denne endelse, der ifølge Retten ikke er sædvanlig på fransk, kunne betragtes som den dominerende bestanddel i de to tegn, der fanger opmærksomheden hos den franske forbruger (dommens præmis 34). Denne situation er forskellig fra de foreliggende sager.

119 Henset til de ovenfor anførte betragtninger, og uden at det er nødvendigt at tage stilling til de af Anheuser-Busch fremførte argumenter vedrørende relevansen af graden af særpræg af de ældre tyske varemærker nr. 505 912 og 39 615 324 (BIT), må første led af Bitburger Brauereis første anbringende forkastes.

2. Første anbringendes andet led vedrørende risikoen for forveksling mellem de ansøgte varemærker og de ældre tyske varemærker nr. 704 211 og 1 113 784 (Bitte ein Bit !)

a) Parternes argumenter

120 Henset til betragtningerne i første anbringendes første led vedrørende risikoen for forveksling mellem de ansøgte varemærker og de ældre tyske varemærker nr. 505 912 og 39 615 324 (BIT), mener Bitburger Brauerei, at der også er en

lighed mellem de ansøgte varemærker og de tyske varemærker nr. 704 211 og 1 113 784 (Bitte ein Bit !). Bitburger Brauerei har i denne henseende præciseret, at sloganet »bitte ein bit !« af kundekredsen forstås som den koncise forkortelse af en bestilling. Kundekredsen ledes ifølge Bitburger Brauerei af ordet »bit«, som dominerer de ældre varemærker.

121 Harmoniseringskontoret mener derimod, at de tyske varemærker nr. 704 211 og 1 113 784 (Bitte ein Bit !) ligger fjernere fra de ansøgte varemærker end de ældre tyske varemærker nr. 505 912 og 39 615 324 (BIT). Hvis der således ikke er nogen risiko for forveksling mellem sidstnævnte varemærker og de ansøgte varemærker, vil der heller ikke kunne være det i relation til de ældre varemærker Bitte ein Bit !

b) Rettens bemærkninger

122 Henset til Rettens bemærkninger vedrørende risikoen for forveksling mellem de ansøgte varemærker og de ældre tyske varemærker nr. 505 912 og 39 615 324 (BIT), skal det fastslås, at der så meget desto mere ikke er risiko for forveksling mellem de ansøgte varemærker og de ældre tyske varemærker nr. 704 211 og 1 113 784 (Bitte ein Bit !).

123 De ældre tyske varemærker nr. 704 211 og 1 113 784 (Bitte ein Bit !) indeholder nemlig yderligere ordbestanddele (»bitte«, »ein«) og grafiske bestanddele (»!«), samt en særlig grafisk form i forhold til de ældre tyske varemærker nr. 505 912 og 39 615 324 (BIT). Visuelt ligger de førstnævnte dermed endnu fjernere fra de ansøgte varemærker end de sidstnævnte. Hvad det fonetiske angår, og hvis det antages, at de ældre tyske varemærker nr. 704 211 og 1 113 784 (Bitte ein Bit !) kunne udtales, så de kun refererede til ordet »bit«, ville Rettens konklusion desuden ikke være anderledes end i forhold til første anbringendes første led. Hvad endelig angår det begrebsmæssige har sagens parter ikke fremlagt oplysninger, som gør det

muligt at anse de omhandlede varemærker for at have en eller anden grad af lighed med hinanden.

124 Ud fra en helhedsvurdering er der således ingen lighed mellem de ansøgte varemærker og de ældre tyske varemærker nr. 704 211 og 1 113 784 (Bitte ein Bit !). Dermed vil der ikke være risiko for forveksling mellem disse varemærker.

125 Af disse grunde må andet led af Bitburger Brauereis første anbringende forkastes.

B — *Andet anbringende vedrørende en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94*

1. Parternes argumenter

126 Med henvisning til ordlyden af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94 har Bitburger Brauerei anført, at appelkammeret i de anfægtede afgørelser mente, at forskellen mellem tegnene var af en sådan karakter, at det ikke kunne være et spørgsmål om en utilbørlig udnyttelse af eller skade for det ældre varemærkes særpræg eller renommé.

127 Ifølge Bitburger Brauerei tog appelkammeret ikke hensyn til den væsentlige grad af fonetisk lighed mellem »bit« og »bud«. Det er ganske vist rigtigt, at de omhandlede varer i de foreliggende sager også er af samme eller af meget lignende art, men idet den gik ud over ordlyden af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94, har Domstolen ifølge Bitburger Brauerei fastslået, at bestemmelsen også finder anvendelse på tilfælde, hvor varerne er af samme eller lignende art (Domstolens dom af 9.1.2003, sag C-292/00, Davidoff, Sml. I, s. 389).

128 Ifølge Bitburger Brauerei nyder varemærket BIT i Tyskland et renommé som omhandlet i artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94. Dette renommé mener Bitburger Brauerei at have påvist under sagen for Harmoniseringskontoret.

129 Ansøgningen om registrering af varemærket BUD vil ifølge Bitburger Brauerei skade de ældre varemærkers særpræg fra det øjeblik, der er søgt om registrering af et lignende tegn for samme varer, og disse ældre varemærkers særpræg vil således blive svækket.

130 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at selv hvis de ældre varemærkers særpræg kunne godtgøres, har Bitburger Brauerei ikke bevist, at de omhandlede tegn er identiske eller ligner hinanden, eller at de ansøgte varemærker medfører en utilbørlig udnyttelse af de ældre varemærkers særpræg eller renommé.

131 I medfør af artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94 er Harmoniseringskontorets instansers prøvelse desuden begrænset til de faktiske oplysninger og beviser, som

parterne fremfører. Appelkammeret har således med rette forkastet indsigelsen efter artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94, eftersom Bitburger Brauerei »ikke [havde] forklaret, hvorfor en sådan udnyttelse skulle finde sted eller en sådan skade indtræde«.

132 Anheuser-Busch har indledningsvis anført, at artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94 kræver, at de omtvistede tegn er identiske eller ligner hinanden. Som det allerede er blevet påvist, ligner de omtvistede tegn ikke hinanden i det foreliggende tilfælde.

133 Endvidere har Anheuser-Busch understreget, at det ældre varemærke skal være velkendt for at drage fordel af den i artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94 fastsatte beskyttelse. I det foreliggende tilfælde har Bitburger Brauerei ikke kunnet bevise, at varemærket BIT er velkendt.

134 Endelig mener Anheuser-Busch ikke, at de af Bitburger Brauerei fremførte argumenter er tilstrækkelige til at bevise, at der er sket en forskydning i image hos en del af den relevante kundekreds.

2. Rettens bemærkninger

135 Det følger af ordlyden af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94, at »[h]vis indehaveren af et ældre varemærke efter stk. 2 rejser indsigelse, er det varemærke, der søges registreret, ligeledes udelukket fra registrering, hvis det er identisk med

eller ligner det ældre varemærke, og det søges registreret for varer eller tjenesteydelser af anden art end dem, for hvilke det ældre varemærke er registreret, når der, hvis det drejer sig om et ældre EF-varemærke, er tale om et i Fællesskabet velkendt varemærke, og der, hvis det drejer sig om et ældre nationalt varemærke, er tale om et i den pågældende medlemsstat velkendt varemærke, og brugen af det varemærke, der søges registreret, uden rimelig grund ville medføre en utilbørlig udnyttelse af det ældre varemærkes særpræg eller renommé, eller sådan brug ville skade dette særpræg eller renommé«.

136 Denne artikel forudsætter bl.a., at det ansøgte varemærke og det ældre varemærke er identiske eller ligner hinanden. I det omfang det er blevet fastslået, at de ansøgte varemærker og de ældre tyske varemærker nr. 505 912 og 39 615 324 (BIT) og nr. 704 211 og 1 113 784 (»Bitte ein Bit !«) ikke er identiske eller ligner hinanden, kan Bitburger Brauereis indsigelse ikke i det foreliggende tilfælde støtte ret på artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94.

137 Bitburger Brauereis andet anbringende skal således forkastes, og Harmoniseringskontoret må dermed frifindes i det hele.

Sagens omkostninger

138 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Bitburger Brauerei har tabt sagen og bør derfor dømmes til at betale sagens omkostninger, i overensstemmelse med Harmoniseringskontorets og Anheuser-Buschs påstande herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Femte Afdeling)

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

2) Bitburger Brauerei Th. Simon GmbH betaler sagens omkostninger.

Vilaras Dehousse Šváby

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 19. oktober 2006.

E. Coulon M. Vilaras

Justitssekretær Afdelingsformand