DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

29. marts 2011 *

I sag C-96/09 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i Domstolens statut, iværksat den 4. marts 2009,

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

appellant,

de øvrige parter i appelsagen:

Budějovický Budvar, národní podnik, České Budějovice (Den Tjekkiske Republik), ved avocats F. Fajgenbaum, T. Lachacinski, C. Petsch og S. Sculy-Logotheti,

sagsøger i første instans,

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

sagsøgt i første instans,

har

* Processprog: engelsk.

DOMSTOLEN (Store Afdeling)

sammensat af præsidenten, V. Skouris, afdelingsformændene A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot (refererende dommer), K. Schiemann og D. Šváby samt dommerne A. Rosas, R. Silva de Lapuerta, E. Levits, U. Lõhmus, M. Safjan og M. Berger,

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

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 2. juni 2010,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 14. september 2010,

afsagt følgende

Dom

1 Anheuser-Busch Inc. (herefter »Anheuser-Busch«) har i appelskriftet nedlagt påstand om ophævelse af dom afsagt af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans den

16. december 2008, Budějovický Budvar mod KHIM — Anheuser-Busch (BUD) (forenede sager T-225/06, T-255/06, T-257/06 og T-309/06, Sml. II, s. 3555, herefter »den appellerede dom«), hvorved Retten gav medhold i de påstande, der var nedlagt af Budějovický Budvar, národní podnik (herefter »Budvar«) i søgsmålet til prøvelse af afgørelserne truffet af Andet Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) af 14. juni 2006 (sag R 234/2005-2), af 28. juni 2006 (sag R 241/2005-2 og sag R 802/2004-2) og af 1. september 2006 (sag R 305/2005-2) (herefter »de omtvistede afgørelser«) vedrørende indsigelsessager om ansøgninger om registrering som EF-varemærke af tegnet »BUD«, der var indgivet af Anheuser-Busch.

Retsforskrifter

International ret

2 Artikel 1-5 i Lissabonaftalen af 31. oktober 1958 om beskyttelse af oprindelsesbetegnelser og deres internationale registrering, som revideret i Stockholm den 14. juli 1967 og ændret den 28. september 1979 (*United Nations Treaty Series*, bind 828, nr. 13172, s. 205, herefter »Lissabonaftalen«), bestemmer følgende:

»*Artikel 1*

1) De lande, hvor denne aftale finder anvendelse, udgør en særlig union inden for rammerne af unionen til beskyttelse af den industrielle ejendomsret.

2) Landene påtager sig på deres områder og i henhold til ordlyden i denne aftale at beskytte de oprindelsesbetegnelser for varer fra andre lande i den særlige union, som er anerkendt og beskyttet som sådan i deres oprindelsesland og registreret ved Det Internationale Bureau for Intellektuel Ejendomsret […] som omhandlet i konventionen til oprettelse af Verdensorganisationen for Intellektuel Ejendomsret (WIPO).

Artikel 2

1) Ved oprindelsesbetegnelse i denne aftales forstand forstås en geografisk betegnelse på et land, en region, eller en lokalitet, som tjener til at betegne en vare, som stammer herfra, idet dens kvalitet og kendetegn udelukkende eller i det væsentlige kan henføres til det geografiske område, herunder naturlige og menneskelige faktorer.

2) Oprindelseslandet er det land, eller den heri beliggende region eller lokalitet, hvis navn udgør oprindelsesbetegnelsen, som har givet varen dens renommé.

Artikel 3

Det skal sikres, at der ydes beskyttelse mod enhver uretmæssig brug eller efterligning, selv hvis varens virkelige oprindelse er angivet, eller hvis betegnelsen er anvendt i oversættelse eller ledsaget af udtryk såsom »art«, »type«, »som fremstillet i«, »efterligning« eller lignende.

Artikel 4

Bestemmelserne i denne aftale udelukker på ingen måde den beskyttelse, som allerede ydes oprindelsesbetegnelser i hvert land i den særlige union i henhold til andre

internationale instrumenter, såsom Pariserkonventionen af 20. marts 1883 om beskyttelse af industriel ejendomsret, som senere revideret, og Madridarrangementet af 14. april 1891 om forbud mod falske eller vildledende oprindelsesangivelser, som senere revideret, eller i henhold til national lovgivning eller retspraksis.

Artikel 5

1) Registreringen af oprindelsesbetegnelser skal ske ved Det Internationale Bureau på anmodning fra myndighederne i landene i den særlige union i de fysiske eller juridiske personers navn, offentlige eller private, som i henhold til deres nationale lovgivning er indehavere af retten til at bruge disse betegnelser.

2) Det Internationale Bureau underretter uden ophold myndighederne i de forskellige lande i den særlige union om registreringerne og offentliggør disse med mellemrum i en Tidende.

3) Landenes myndigheder kan erklære, at de ikke kan sikre beskyttelsen af en oprindelsesbetegnelse, hvis registrering de er blevet underrettet om, men kun i det omfang deres erklæring meddeles Det Internationale Bureau med angivelse af begrundelser, inden for en frist på et år fra modtagelsen af registreringsmeddelelsen, og uden at denne erklæring i det pågældende land kan berøre andre former for beskyttelse af betegnelsen, som dennes indehaver kan kræve i henhold til artikel 4 ovenfor.

[…]«

3 Af regel 9 og 16 i gennemførelsesforskrifterne til Lissabonaftalen, som de trådte i kraft den 1. april 2002, følger:

»Regel 9

Afslag

1) Ethvert afslag skal meddeles Det Internationale Bureau af den kompetente forvaltningsmyndighed i det kontraherende land, hvor afslaget er givet, og skal underskrives af denne forvaltningsmyndighed.

[…]

Regel 16

Ugyldiggørelse

1) Når virkningen af en international registrering gøres ugyldig i et kontraherende land, og ugyldiggørelsen ikke længere kan overklages, skal denne ugyldiggørelse meddeles Det Internationale Bureau af den kompetente forvaltningsmyndighed i dette kontraherende land. […]

[…]«

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

De bilaterale traktater

Den bilaterale konvention

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

6 Efter at den bilaterale konvention var blevet godkendt og ratificeret, blev den offentliggjort i *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* den 19. februar 1981 (BGBl. 75/1981). Den 26. februar 1981 trådte den bilaterale konvention i henhold til sin artikel 16, stk. 2, i kraft for en ubestemt periode.

7 Artikel 1 i den bilaterale konvention bestemmer følgende:

»De kontraherende stater forpligter sig til at træffe alle nødvendige foranstaltninger til beskyttelse af oprindelsesangivelser, oprindelsesbetegnelser og øvrige betegnelser, der angiver oprindelsen, for landbrugsprodukter og industrivarer, der henhører under de kategorier, som er nævnt i artikel 5 og præciseret i den overenskomst, der er nævnt i artikel 6, samt de navne og illustrationer, som er nævnt i artikel 3, artikel 4 og artikel 8, stk. 2, mod illoyal erhvervsmæssig konkurrence.«

8 Den bilaterale konventions artikel 2 har følgende ordlyd:

»I denne traktat forstås ved oprindelsesangivelser, oprindelsesbetegnelser og andre betegnelser, der angiver oprindelsen, enhver angivelse, der direkte eller indirekte henviser til en vares oprindelse. En sådan angivelse består som regel af en geografisk betegnelse. Den kan imidlertid også bestå af andre angivelser, hvis de berørte omsætningskredse i oprindelseslandet i forbindelse med et produkt med en sådan betegnelse forstår det som en angivelse af fremstillingslandet. De nævnte betegnelser kan ud over angivelsen af et bestemt geografisk oprindelsesområde også indeholde angivelser vedrørende den pågældende vares kvalitet. Varernes særlige kendetegn er udelukkende eller hovedsageligt resultatet af geografiske eller menneskelige påvirkninger.«

9 Den bilaterale konventions artikel 3, stk. 1, fastsætter følgende:

»[...] de tjekkoslovakiske betegnelser, der er opregnet i en overenskomst indgået i henhold til artikel 6, er i Republikken Østrig udelukkende forbeholdt tjekkoslovakiske produkter.«

10 I henhold til den bilaterale konventions artikel 5, stk. 1, punkt B, nr. 2, henhører øl under de kategorier af tjekkiske produkter, der er beskyttet af konventionen.

11 Den bilaterale konventions artikel 6 har følgende ordlyd:

»Betegnelserne vedrørende de produkter, som betingelserne i artikel 2 og 5 finder anvendelse på, der nyder beskyttelse i henhold til traktaten, og som derfor ikke er artsbetegnelser, opregnes i en overenskomst, der indgås mellem de to kontraherende staters regeringer.«

Gennemførelsesoverenskomsten

12 Den 7. juni 1979 blev der i henhold til den bilaterale konventions artikel 6 indgået en overenskomst om gennemførelse af konventionen (herefter »gennemførelsesoverenskomsten« og sammen med den bilaterale konvention herefter de »bilaterale traktater«).

13 Bilag B til gennemførelsesoverenskomstens er affattet således:

»Tjekkoslovakiske betegnelser for landbrugsprodukter og industrivarer

[…]

B Ernæring og landbrug (andet end vin)

[…]

2. Øl

Den Tjekkiske Socialistiske Republik

[…]

Bud

[…]«

EU-retten

14 Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1) blev ophævet ved og erstattet af Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26. februar 2009 om EF-varemærker (EFT L 78, s. 1). Det er dog fortsat forordning nr. 40/94, der finder anvendelse på nærværende tvist i den affattelse, der fremgår af Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 19. februar 2004 (EFT L 70, s. 1, herefter »forordning nr. 40/94«).

15 Artikel 8 i forordning nr. 40/94 med overskriften »Relative registreringshindringer« bestemmer i stk. 4:

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

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

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

16 Samme forordnings artikel 43, stk. 2 og 3 bestemmer:

»2. På begæring af ansøgeren skal indehaveren af et ældre EF-varemærke, der har rejst indsigelse, godtgøre, at der inden for de seneste fem år forud for offentliggørelsen af EF-varemærkeansøgningen, er gjort reel brug af det ældre EF-varemærke i Fællesskabet for de varer og tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, og som lægges til grund for indsigelsen, eller at der foreligger rimelig grund til, at brug ikke har fundet sted, forudsat at det ældre EF-varemærke på dette tidspunkt har været registreret i mindst fem år. Godtgøres dette ikke, forkastes indsigelsen. Har det ældre EF-varemærke kun været anvendt for en del af de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, anses det ved behandlingen af indsigelsen kun som registreret for denne del af varerne eller tjenesteydelserne.

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

17 Artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94 bestemmer:

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

Tvistens baggrund

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

19 Den 1. april 1996, den 28. juli 1999, den 11. april 2000 og den 4. juli 2000 indgav Anheuser-Busch fire ansøgninger til Harmoniseringskontoret om registrering af figur- og ordmærket Bud for visse typer af varer som EF-varemærke, herunder øl, i klasse 16, 21, 25, 32, 33, 35, 38, 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.

20 Den 5. marts 1999, den 1. august 2000 og den 22. maj og 5. juni 2001 rejste Budvar i henhold til artikel 42 i forordning nr. 40/94 indsigelse for alle de varer, som varemærkeansøgningerne vedrørte.

21 Til støtte for indsigelserne påberåbte Budvar sig for det første i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 et ældre varemærke, nemlig det internationale figurmærke Bud (nr. 361 566), registreret for øl med virkning i Østrig, Benelux og Italien.

22 Budvar påberåbte sig for det andet på grundlag af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 betegnelsen »bud«, som dels er beskyttet i henhold til Lissabonaftalen i Frankrig, Italien og Portugal, dels i Østrig i henhold til de omhandlede bilaterale traktater.

23 Ved afgørelse truffet den 16. juli 2004 tog indsigelsesafdelingen den indsigelse, der var blevet rejst mod registreringen af det ansøgte mærke, til følge for så vidt angår »restauranter, barer og pubber« (klasse 42), der var omfattet af registreringsansøgningen af 4. juli 2000 ved bl.a. at fastslå, at Budvar havde godtgjort, at det havde en ret til oprindelsesbetegnelsen »bud« i Frankrig, Italien og Portugal.

24 Ved afgørelser af 23. december 2004 og 26. januar 2005 forkastede indsigelsesafdelingen de indsigelser, der var blevet rejst mod registreringen af de varemærker, der var genstand for de tre øvrige registreringsansøgninger, ved i det væsentlige at fastslå, at der ikke var blevet ført bevis for, at oprindelsesbetegnelsen »bud« for så vidt angår Frankrig, Italien, Østrig og Portugal var et erhvervsmæssigt anvendt tegn, som ikke kun har lokal betydning.

25 For at nå til dette resultat fastslog indsigelsesafdelingen, at de samme kriterier som dem, der er fastsat i artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94, sammenholdt med regel 22, stk. 2 og 3, i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til forordning (EF) nr. 40/94 (EFT L 303, s. 1), som ændret ved Kommissionens forordning nr. 1041/2005 af 29. juni 2005 (EUT L 172, s. 4, herefter »forordning nr. 2868/95«), skulle anvendes, idet disse kriterier omhandler beviset for »reel brug« af de ældre varemærker, som en indsigelse støttes på.

26 Budvar indgav derfor tre klager over indsigelsesafdelingens afgørelser af 23. december 2004 og 26. januar 2005 samt over samme afdelings afgørelse af 16. juli 2004, for så vidt som denne afgørelse forkastede indsigelsen vedrørende de øvrige tjenesteydelser i klasse 35, 38, 41 og 42.

27 Hvad angår Anheuser-Busch indgav selskabet en klage over afgørelsen truffet den 16. juli 2004 af indsigelsesafdelingen ved Harmoniseringskontoret, for så vidt den delvis gav medhold i den af Budvar rejste indsigelse.

28 Ved sine afgørelser af 14. og 28. juni 2006 samt af 1. september 2006 afviste Andet Appelkammer ved Harmoniseringskontoret Budvars klager over afgørelserne truffet af indsigelsesafdelingen ved Harmoniseringskontoret den 23. december 2004 og den 26. januar 2005. Ved afgørelse af 28. juni 2006 gav appelkammeret Anheuser-Busch medhold i selskabets klage over afgørelsen truffet den 16. juli 2004 af indsigelsesafdelingen ved Harmoniseringskontoret og forkastede Budvars indsigelse i sin helhed.

29 I de omtvistede afgørelser anførte appelkammeret for det første, at Budvar ikke længere syntes at påberåbe sig det internationale figurmærke nr. 361 566 til støtte for sine indsigelser, men alene oprindelsesbetegnelsen »bud«.

30 For det andet fandt appelkammeret i det væsentlige, at det var vanskeligt at se, hvorledes tegnet »BUD« kan anses for en oprindelsesbetegnelse eller ligefrem en indirekte geografisk oprindelsesbetegnelse. Appelkammeret udledte deraf, at en indsigelse i henhold til artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 ikke kunne tages til følges på grundlag af en rettighed, der fremstilles som en oprindelsesbetegnelse, men som reelt ikke er en oprindelsesbetegnelse.

31 For det tredje fandt appelkammeret ved analog anvendelse af bestemmelserne i artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 og regel 22 i forordning nr. 2868/95, at de af Budvar fremlagte beviser vedrørende brugen af oprindelsesbetegnelsen »bud« i Frankrig, Italien, Østrig og Portugal var utilstrækkelige.

32 Appelkammeret fastslog endelig, at indsigelsen måtte forkastes, idet Budvar ikke havde godtgjort, at den omhandlede oprindelsesbetegnelse gav Budvar ret til at forbyde brugen af udtrykket »bud« som varemærke i Frankrig eller i Østrig.

Retsforhandlingerne for Retten og den appellerede dom

33 Ved stævninger indgivet til Rettens Justitskontor den 26. august (sag T-225/06), den 15. september (forenede sager T-255/06 og T-257/06) og den 14. november 2006 (sag T-309/06) anlagde Budvar søgsmål med påstand om annullation af de omtvistede afgørelser.

34 Budvar påberåbte sig i det væsentlige et eneste anbringende om tilsidesættelse af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, som omfattede to led.

35 Med det første led anfægtede Budvar appelkammerets konklusion om, at tegnet »BUD« ikke kan anses for en oprindelsesbetegnelse. Med det andet led bestred Budvar appelkammerets vurdering, hvorefter betingelserne i artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 ikke var opfyldt i det foreliggende tilfælde.

36 Hvad angår det pågældende anbringendes første led bemærkede Retten i den appellerede doms præmis 82, at der med henblik på prøvelsen af de omtvistede afgørelser skal sondres mellem oprindelsesbetegnelsen »bud«, der er registreret i henhold til Lissabonaftalen, og betegnelsen »bud«, der er beskyttet i henhold til den bilaterale konvention.

37 Hvad for det første angår oprindelsesbetegnelsen »bud« registreret i henhold til Lissabonaftalen udtalte Retten sig i den appellerede doms præmis 87 som følger:

»I det foreliggende tilfælde blev oprindelsesbetegnelsen »bud« (nr. 598) registreret den 10. marts 1975. Frankrig har ikke inden for fristen på et år fra modtagelsen af registreringsmeddelelsen erklæret, at Frankrig ikke kan sikre beskyttelsen af

oprindelsesbetegnelsen. Virkningen af den omhandlede oprindelsesbetegnelse var i øvrigt på tidspunktet for afsigelsen af de [omtvistede] afgørelser blevet gjort ugyldig ved dom af 30. juni 2004 fra tribunal de grande instance de Strasbourg [Frankrig]. Som det fremgår af de i sagen indleverede dokumenter, appellerede Budvar imidlertid denne dom, og appellen tillagdes opsættende virkning. Det følger heraf, at på tidspunktet for afsigelsen af de [omtvistede] afgørelser var virkningen af den omhandlede oprindelsesbetegnelse ikke gjort ugyldig i Frankrig ved en afgørelse, der ikke længere kunne overklages.«

38 Dernæst erindrede Retten i den appellerede doms præmis 88 om dens praksis, hvorefter de EU-retlige varemærkeregler ikke træder i stedet for medlemsstaternes lovgivning om varemærker, og gyldigheden af et nationalt varemærke ikke kan anfægtes under en procedure om registrering af et EF-varemærke.

39 Retten udledte i dommens præmis 89 deraf, at den ordning, der er indført med forordning nr. 40/94, forudsætter, at Harmoniseringskontoret tager hensyn til eksistensen af ældre rettigheder, der er beskyttet på nationalt plan.

40 I den appellerede doms præmis 90 drog Retten følgende konklusion:

»Da virkningen af oprindelsesbetegnelsen »bud« ikke var gjort endelig ugyldig i Frankrig, var appelkammeret forpligtet til i henhold til artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 at tage hensyn til den relevante nationale lovgivning og til registreringen i henhold til Lissabonaftalen, uden at det kunne anfægte den omstændighed, at den ældre påberåbte rettighed udgjorde en »oprindelsesbetegnelse.««

41 Retten tilføjede endelig i den appellerede doms præmis 91, at hvis appelkammeret var i alvorlig tvivl med hensyn til at anse den ældre rettighed for en »oprindelsesbetegnelse« og derfor også var i tvivl med hensyn til den beskyttelse, som denne rettighed skulle tildeles i henhold til den påberåbte nationale lovgivning, mens dette spørgsmål netop var genstand for et søgsmål i Frankrig, havde appelkammeret mulighed for i henhold til regel 20, stk. 7, litra c), i forordning nr. 2868/95 at udsætte indsigelsesproceduren og afvente den endelige dom i denne henseende.

42 Retten fastslog følgelig i den appellerede doms præmis 92, at appelkammeret tilsidesatte artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, da det for det første fastslog, at den ældre påberåbte rettighed, som var registreret i henhold til Lissabonaftalen, ikke var en »oprindelsesbetegnelse«, og dernæst, at spørgsmålet om, hvorvidt tegnet »BUD« skulle anses for en beskyttet oprindelsesbetegnelse i bl.a. Frankrig var »af underordnet betydning«, og endelig, at indsigelsen ikke kunne tages til følge på dette grundlag.

43 Hvad for det andet angår betegnelsen »bud«, som er beskyttet i henhold til de omhandlede bilaterale konventioner, bemærkede Retten i den appellerede doms præmis 93, at det ikke følger ikke af de omhandlede konventioner, at angivelsen »bud« blev beskrevet særligt som en »oprindelsesbetegnelse«.

44 Retten fandt i den appellerede doms præmis 94, at det følger af artikel 2 i den bilaterale konvention, at denne støttes på en bredere definition end den definition, appelkammeret anvendte, idet det er tilstrækkeligt, at de berørte angivelser eller betegnelser direkte eller indirekte henviser til en vares oprindelse for at varen kan medtages under den bilaterale aftale og som følge heraf være omfattet af den beskyttelse, der er fastsat ved den bilaterale konvention.

45 I den forbindelse fastslog Retten i den appellerede doms præmis 95, at appelkammeret begik to fejl, for det første ved, at appelkammeret med urette, fandt, at betegnelsen »BUD« var særligt beskyttet som »oprindelsesbetegnelse« i henhold til de omhandlede bilaterale traktater, og for det andet ved, at appelkammeret under alle omstændigheder anvendte en definition af begrebet »oprindelsesbetegnelse«, som ikke svarer til definitionen af de angivelser, som er beskyttet i henhold til samme traktater.

46 Dernæst fastslog Retten i den appellerede doms præmis 96, at den omstændighed, at Budvar fremstillede den påberåbte rettighed som en »oprindelsesbetegnelse«, ikke forhindrede appelkammeret i at foretage en fuldstændig bedømmelse af de faktiske omstændigheder og de fremlagte dokumenter, idet begrænsningen af det faktiske grundlag for den prøvelse, som Harmoniseringskontoret foretager, ikke udelukker, at Harmoniseringskontoret ud over de faktiske omstændigheder, der udtrykkelig er anført af parterne i indsigelsessagen, også tager hensyn til velkendte kendsgerninger, dvs. kendsgerninger, som enhver har kendskab til eller kan få kendskab til ved almindeligt tilgængelige kilder.

47 Retten konkluderede i den appellerede doms præmis 97, at appelkammeret tilsidesatte artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, da det for det første fastslog, at den ældre påberåbte rettighed, som var beskyttet i henhold til den bilaterale konvention, ikke var en »oprindelsesbetegnelse« ifølge den definition, som appelkammeret anvendte, og dernæst, at spørgsmålet om, hvorvidt tegnet »BUD« skulle anses for en beskyttet oprindelsesbetegnelse, bl.a. i Østrig, var »af underordnet betydning«, og endelig, at indsigelsen ikke kunne tages til følge på dette grundlag.

48 Retten bemærkede i dommens præmis 98 derudover, at de omhandlede bilaterale traktater fortsat har virkninger i Østrig, hvor de beskytter betegnelsen »bud«, ved bl.a. at lægge den betragtning til grund, at de verserende sager i Østrig ikke havde ført til en endelig retsafgørelse. Retten udtalte også, at appelkammeret var forpligtet til i henhold til artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 at tage hensyn til den ældre

rettighed, som Budvar påberåbte sig, uden at rejse tvivl om kvalificeringen af selve rettigheden.

49 Retten godtog derfor i den appellerede doms præmis 99 det eneste anbringendes første led om tilsidesættelse af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94.

50 Hvad angår anbringendets andet led vedrørende anvendelsen af betingelserne i artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 undersøgte Retten først klagepunktet angående betingelserne vedrørende en erhvervsmæssig brug af et tegn, som ikke kun har lokal betydning.

51 Hvad for det første angår betingelsen om erhvervsmæssig brug af tegnet »BUD« bemærkede Retten i den appellerede doms præmis 160, at appelkammeret i de omtvistede afgørelser havde foretaget analog anvendelse af artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 og af kravet om bevis for »reel« brug af den ældre rettighed i nævnte stk. 2.

52 I den appellerede doms præmis 163 fastslog Retten dernæst, at de formål og betingelser, der er forbundet med beviset for reel brug af det ældre varemærke, ikke er de samme som de formål og betingelser, der vedrører beviset for erhvervsmæssig brug af et tegn, som er omfattet af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, navnlig når der som i det foreliggende tilfælde er tale om en oprindelsesbetegnelse, som er registreret i henhold til Lissabonaftalen, eller en betegnelse, der er beskyttet i henhold til de omhandlede bilaterale traktater.

53 I den forbindelse konstaterede Retten i den appellerede i den appellerede doms præmis 164-167, at:

— artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 ikke nævner »reel« brug af det tegn, der er påberåbt til støtte for indsigelsen

— Domstolen og Retten inden for rammerne af artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 40/94 og artikel 5, stk. 1, og artikel 6, stk. 1, i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1) ved flere lejligheder har fastslået, at brugen af et tegn finder sted »erhvervsmæssigt«, når den finder sted i forbindelse med en erhvervsmæssig virksomhed, hvormed der søges opnået økonomisk vinding, og ikke i private forhold (jf. bl.a. Domstolens dom af 12.11.2002, sag C-206/01, Arsenal Football Club, Sml. I, s. 10273, præmis 40)

— den analoge anvendelse af bestemmelserne i artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 ville indebære, at de tegn, der er omhandlet i artikel 8, stk. 4, undergives betingelser, som er specifikt knyttet til varemærker og omfanget af beskyttelsen af dem. Denne sidstnævnte bestemmelse omfatter endvidere det supplerende krav, der ikke følger af samme forordnings artikel 8, stk. 1, litra b), vedrørende bevis for, at tegnet i henhold til den berørte medlemsstats lovgivning giver ret til at forbyde anvendelsen af et yngre varemærke

— denne analoge anvendelse af artikel 43, stk. 2 og 3, indebar, at appelkammeret alene foretog en vurdering af brugen af det omhandlede tegn i Frankrig, Italien, Østrig og Portugal uafhængigt af hinanden, dvs. for hvert af de områder, som beskyttelsen af betegnelsen »bud« ifølge Budvar henhører under, og dette fik følgelig appelkammeret til ikke at tage hensyn til de beviser, som Budvar fremlagde vedrørende brugen af de omhandlede betegnelser i Benelux, Spanien og Det Forenede

Kongerige. Eftersom det ifølge Retten imidlertid ikke fremgår af ordlyden af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, at der skal være gjort brug af det omhandlede tegn på det område, hvis lovgivning påberåbes til støtte for beskyttelsen af nævnte tegn, kan disse være genstand for beskyttelse på et bestemt område, selv om de ikke er blevet anvendt på dette bestemte område.

54 På denne baggrund fastslog Retten endelig i den appellerede doms præmis 168, at appelkammeret begik en retlig fejl, da det besluttede at foretage en analog anvendelse af de fællesskabsretlige bestemmelser om »reel« brug af det ældre varemærke. Appelkammeret burde have undersøgt, om de elementer, som Budvar fremlagde under den administrative procedure, afspejlede, at de omhandlede tegn var blevet brugt i forbindelse med en erhvervsmæssig virksomhed, hvormed der søgtes opnået økonomisk vinding, og ikke i private forhold, uanset hvilket område denne brug vedrørte.

55 I samme præmis 168 tilføjede Retten imidlertid, at den metodefejl, som appelkammeret begik, således kun ville kunne begrunde annullation af de omtvistede afgørelser, såfremt Budvar havde godtgjort, at de omhandlede tegn blev brugt erhvervsmæssigt.

56 Retten understregede i den forbindelse i den appellerede doms præmis 169, at det ikke følger af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, at indsigeren skal godtgøre, at det omhandlede tegn blev brugt før indgivelsen af EF-varemærkeansøgningen, men at det allerhøjst i lighed med, hvad der kræves i forhold til ældre varemærker, og dette for at undgå, at brugen af den ældre rettighed alene iværksættes på grund af en indsigelsessag, kan kræves at det omhandlede tegn er blevet anvendt inden varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EF-Varemærketidende*.

57 I den appellerede doms præmis 170-172 undersøgte Retten de af Budvar fremlagte dokumenter og efter at have konstateret, at de vedrørte en brug af tegnet, som lå forud for bekendtgørelsen af ansøgningen om registrering af det omhandlede varemærke, konkluderede Retten i samme doms præmis 173, at disse dokumenter — med forbehold for deres bevisværdi — kan godtgøre, at det omhandlede tegn »anvendes« erhvervsmæssigt.

58 Vedrørende realiteten udtalte Retten i den appellerede doms præmis 175, at en angivelse, der har til formål at oplyse en vares geografiske oprindelse, i lighed med et varemærke kan bruges erhvervsmæssigt, uden at dette af denne grund betyder, at den berørte betegnelse bruges »som varemærke«, og at den dermed mister sin primære funktion.

59 Retten fandt endvidere i den appellerede doms præmis 176, at der ikke kunne rejses tvivl om bevisværdien af de dokumenter, der er knyttet til de leveringer, der blev foretaget gratis, idet disse kunne være blevet gennemført i forbindelse med en erhvervsmæssig virksomhed, hvormed der søges opnået økonomisk vinding, nemlig at tilegne sig nye afsætningsmuligheder.

60 Retten tiltrådte i den appellerede doms præmis 178 som en konsekvens heraf Budvars klagepunkt vedrørende betingelsen om erhvervsmæssig brug af det omhandlede tegn i henhold til artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94.

61 Hvad for det andet angår betingelsen om det omhandlede tegns betydning bemærkede Retten i den appellerede doms præmis 179, at appelkammeret fandt, at beviset for brug i Frankrig ikke er tilstrækkeligt til at godtgøre, at der består en rettighed, som ikke kun har lokal betydning.

62 I den forbindelse udtalte Retten i den appellerede doms præmis 180 og 181, at appelkammeret ligeledes begik en retlig fejl, idet den pågældende betingelse omhandler det pågældende tegns betydning, dvs. den geografiske udstrækning af tegnets beskyttelse og ikke omfanget af brugen af tegnet. Retten lagde vedrørende dette punkt til grund, at de pågældende ældre rettigheder ikke kun har lokal betydning, for så vidt som beskyttelsen af disse rettigheder i henhold til Lissabonaftalens artikel 1, stk. 2, og de omhandlede bilaterale traktater rækker ud over deres oprindelsesområde.

63 Retten konkluderede i den appellerede doms præmis 182 deraf, at det eneste anbringendes andet led var velbegrundet.

64 Hvad angår det andet klagepunkt vedrørende det eneste anbringendes andet led om spørgsmålet, hvorvidt Budvar havde ført bevis for, at de omhandlede tegn gav selskabet ret til at forbyde brugen af det yngre varemærke i henhold til artikel 8, stk. 4, litra b), i forordning nr. 40/94, udtalte Retten i den appellerede doms præmis 185, at bevisbyrden, når der ligeledes henses til samme forordnings artikel 74, påhviler indsigeren.

65 Hvad angår de nationale rettigheder, som Budvar har påberåbt sig til støtte for sin indsigelse og for påstanden om retten til at forbyde brugen af ordet »BUD« som varemærke i Frankrig eller i Østrig fastslog Retten i den appellerede doms præmis 192 for det første, at appelkammeret ikke udelukkende kunne henvise til visse retsafgørelser truffet i disse medlemsstater for at konkludere, at Budvar ikke førte bevis for, at det omhandlede bevis gav selskabet ret til at forbyde brug af et yngre varemærke, idet ingen af disse afgørelser havde fået retskraft.

66 Retten tilføjede i samme præmis 192, at appelkammeret ved bedømmelsen af, om det pågældende bevis var ført, ligeledes burde have taget hensyn til de bestemmelser

i national ret, som Budvar påberåbte sig, herunder Lissabonaftalen og den bilaterale konvention og navnlig for så vidt angår Frankrig en række bestemmelser i code rural, code de la consommation og code de la propriété intellectuelle, og for så vidt angår Østrig det retlige grundlag, således som det følger af de sager, som Budvar har anlagt i henhold til den påberåbte nationale lovgivning, dvs. artikel 9 i den bilaterale konvention og østrigsk lovgivning vedrørende varemærker og illoyal konkurrence.

67 Hvad for det andet angår Østrig bemærkede Retten i den appellerede doms præmis 193, at appelkammeret anførte, at dommen af 21. april 2005 fra Oberlandesgericht Wien (Østrig) fastslog, at ordet »bud« ikke var et stednavn, og at det ikke af forbrugere i Den Tjekkiske Republik blev opfattet som en betegnelse for en øl fra České Budějovice, og at denne dom ifølge appelkammeret var baseret på nogle faktiske omstændigheder, som en ret i sidste instans med stor sandsynlighed ikke vil ændre.

68 Retten konstaterede imidlertid i samme præmis 193, at det fremgår af de i sagen indleverede dokumenter, at dommen fra Oberlandesgericht Wien (Østrig) netop blev ophævet af Oberster Gerichtshof ved dom af 29. november 2005, dvs. før vedtagelsen af de omtvistede afgørelser med den begrundelse, at det alene var blevet fastslået, at betegnelsen »bud« ikke i Den Tjekkiske Republik var forbundet med en særlig region eller lokalitet, mens det ligeledes skulle have været undersøgt, om tjekkiske forbrugere opfatter ordet »BUD« i forbindelse med øl som angivelsen af et sted eller en region.

69 I den forbindelse fastslog Retten i samme præmis 193, at henset til, at Budvar i sin replik for appelkammeret havde fremlagt en kopi af sin appel til Oberster Gerichtshof, havde denne mulighed for at indhente oplysninger hos parterne, eller ved hjælp af andre midler, om udfaldet af sagen ved den nationale retsinstans.

70 Til dette punkt bemærkede Retten ligeledes i den appellerede doms præmis 193, at Harmoniseringskontoret ex officio og med de midler, som det finder hensigtsmæssige hertil, skal indhente oplysninger om den nationale lovgivning i den berørte medlemsstat, såfremt sådanne oplysninger er nødvendige for at bedømme betingelserne for anvendelse af en registreringshindring og navnlig, om de påberåbte faktiske omstændigheder er rigtige, og hvilken beviskraft de fremlagte dokumenter har. Ifølge Retten udelukker begrænsningen af det faktiske grundlag for den prøvelse, som Harmoniseringskontoret foretager, ikke, at Harmoniseringskontoret ud over de faktiske omstændigheder, der udtrykkelig er anført af parterne i indsigelsessagen, også tager hensyn til velkendte kendsgerninger, dvs. kendsgerninger, som enhver har kendskab til eller kan få kendskab til ved almindeligt tilgængelige kilder.

71 Hvad for det tredje angår Frankrig, fastslog Retten i den appellerede doms præmis 195, at i modsætning til hvad appelkammeret fastslog, følger det ikke af ordlyden af artikel 8, stk. 4, litra b), i forordning nr. 40/94, at indsigeren skal godtgøre, at han allerede effektivt har kunnet forbyde brugen af et yngre varemærke, men han skal alene godtgøre, at han har en sådan ret.

72 Retten tilføjede i den appellerede doms præmis 196, at i modsætning til, hvad appelkammeret anførte, gjorde dommen afsagt af tribunal de grande instance de Strasbourg den 30. juni 2004 ikke oprindelsesbetegnelsen »bud«, der er registreret i henhold til Lissabonaftalen, ugyldig, idet denne klart angiver, at ugyldigheden alene vedrører »virkningerne« på det franske område af oprindelsesbetegnelsen »bud« i henhold til de relevante bestemmelser i den pågældende aftale. Retten bemærkede ligeledes, at den pågældende dom var blevet appelleret, og at appellen havde opsættende virkning.

73 Retten fastslog i den appellerede doms præmis 199, at appelkammeret begik en fejl, idet det ikke tog hensyn til alle de relevante faktiske og retlige omstændigheder for at afgøre, om den pågældende medlemsstats lovgivning i henhold til artikel 8, stk. 4, litra b), i forordning nr. 40/94 gav Budvar ret til at forbyde brugen af et yngre varemærke.

74 Retten konkluderede i den appellerede doms præmis 201 deraf, at det eneste anbringendes andet led således skulle anses for begrundet, og det eneste anbringende og søgsmålet som helhed blev derfor godtaget.

75 Som følge heraf annullerede Retten i den appellerede doms præmis 202 de omtvistede afgørelser.

Retsforhandlingerne for Domstolen og parternes påstande

76 Anheuser-Busch har i sin appel nedlagt følgende påstande:

— Den appellerede dom ophæves med undtagelse af domskonklusionens punkt 1.

— Principalt træffes endelig afgørelse i sagen, således at de påstande, der blev nedlagt i første instans, ikke tages til følge, subsidiært hjemvises sagen til Retten.

— Budvar tilpligtes at betale sagens omkostninger

77 Budvar har nedlagt følgende påstande:

— Appellen forkastes.

— Anheuser-Busch tilpligtes at betale sagens omkostninger.

78 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Den appellerede dom ophæves.

— Budvar tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Appellen

79 Anheuser-Busch har til støtte for sin appel påberåbt sig to anbringender. Det første anbringende, der kan inddeles i tre led, vedrører tilsidesættelse af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94. Det andet anbringende vedrører tilsidesættelse af artikel 8, stk. 4, sammenholdt med samme forordnings artikel 74, stk. 1.

80 Harmoniseringskontoret har erklæret at støtte appellen og har påberåbt sig to anbringender om tilsidesættelse af henholdsvis artikel 8, stk. 4, og artikel 74, stk. 1, i samme forordning.

Det første anbringende om tilsidesættelse af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94

Det første anbringendes første led

— Parternes argumenter

81 Med det første anbringendes første led har Anheuser-Busch gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl, da den frakendte appelkammeret kompetence til at afgøre, om Budvar havde godtgjort, at de ældre rettigheder, som selskabet havde påberåbt sig i henhold til artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, var gyldige, selv om der kunne rejses alvorlig tvivl om gyldigheden.

82 Inden for rammerne af en indsigelsessag støttet på »rettigheder« i henhold til artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, skal Harmoniseringskontoret afgøre, om disse rettigheder reelt består, om de finder anvendelse, og om de kan gøres gældende over for ansøgningen om registrering af det omhandlede varemærke, hvilket appelkammeret behørigt gjorde.

83 Det er i øvrigt indsigeren, der bærer bevisbyrden for, at disse betingelser er opfyldt, således som det stadfæstes i artikel 43, stk. 5, og artikel 45 i forordning nr. 40/94.

84 I det foreliggende tilfælde støttede appelkammeret sig til adskillige retsafgørelser, der var blevet endelige i Den Italienske Republik og i Den Portugisiske Republik, men endnu ikke endelige for så vidt angår Den Franske Republik og Republikken Østrig og af hvilke afgørelser det for så vidt angår de to førstnævnte medlemsstater følger, at den omhandlede betegnelse blev annulleret og for så vidt angår de to øvrige medlemsstater, at den ældre rettighed ikke fandt anvendelse.

85 Hvad angår de afgørelser, der blev truffet i de to sidstnævnte medlemsstater fremlagde Anheuser-Busch adskillige oplysninger, der godtgjorde, at den omhandlede betegnelse ikke kunne anses for at udgøre en oprindelsesbetegnelse eller ligefrem en geografisk betegnelse og afkræftede således formodningen om, at der forelå en sådan ældre rettighed, som følger af dens registrering. Det påhvilede dernæst Budvar at godtgøre, at de påberåbte nationale rettigheder bestod. Appelkammeret lagde efter at have undersøgt de af Budvar fremlagte beviser til grund, at selskabet ikke havde ført et sådant bevis.

86 Endelig har Anheuser-Busch foreholdt Retten, at den støttede sig på en analogi mellem artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 og stk. 1 i samme artikel, som vedrører en indsigelse, der støttes på et ældre varemærke og inden for rammerne af hvilken det af fast retspraksis fremgår, at Harmoniseringskontoret ikke skal efterprøve gyldigheden af det ældre varemærke.

87 En sådan analogi er imidlertid uden grundlag. De to omhandlede bestemmelser omfatter nemlig uafhængige og forskellige relative registreringshindringer. Et nationalt varemærke udgør en relativ registreringshindring som følge af dens blotte registrering, idet lovgivningen om varemærker i medlemsstaterne er harmoniseret ved direktiv 89/104. Dette er derimod ikke tilfældet for så vidt angår tilfældet »rettigheder« som omhandlet i artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, idet disse ikke har været genstand for harmonisering.

88 Budvar har bemærket, at forordning nr. 40/94 ikke tildeler Harmoniseringskontoret i dets egenskab af EU-organ en kompetence til at registrere eller ugyldiggøre nationale varemærker. Som ellevte betragtning til forordningen således også angiver, kan der ikke indrømmes kompetencer til Harmoniseringskontoret uden en udtrykkelig tildeling i henhold til afledt ret og betinget af, at EF-traktaten giver mulighed for en sådan tildeling.

89 Det var således med rette, at Retten afviste at anerkende, at Harmoniseringskontoret har kompetence til at udtale sig om gyldigheden af et nationalt varemærke, der påberåbes til støtte for en indsigelse. Dette princip, som ligeledes er opstillet i femte betragtning til forordning nr. 40/94, finder fuldt ud anvendelse på rettigheder, der påberåbes af en indsiger i henhold til forordningens artikel 8, stk. 4.

— Domstolens bemærkninger

90 Anheuser-Busch har i det væsentlige gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl ved at fastslå, at appelkammeret tilsidesatte artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, for så vidt som appelkammeret fandt, at den geografiske oprindelsesangivelse »Bud«, som er beskyttet i medfør af Lissabonaftalen og de omhandlede bilaterale traktater, ikke kunne kvalificeres som en oprindelsesbetegnelse eller ligefrem en indirekte geografisk oprindelsesbetegnelse, og at en indsigelse ikke i henhold til denne bestemmelse kan tages til følge på grundlag af disse ældre rettigheder, der forelægges som en oprindelsesbetegnelse, men som i virkeligheden ikke er en sådan.

91 I den forbindelse konstaterede Retten i den appellerede doms præmis 87 og 98, at på tidspunktet for vedtagelsen af de omtvistede afgørelser, havde de verserende retslige procedurer i Frankrig og Østrig vedrørende gyldigheden af henholdsvis

oprindelsesbetegnelsen »bud«, som er beskyttet i Frankrig i henhold til Lissabonaftalen, og betegnelsen »bud«, som er beskyttet i Østrig i henhold til de omhandlede bilaterale traktater, ikke ført til en afgørelse, der er endelig og ikke kan anfægtes.

92 Efter således at have konstateret, at virkningerne af de påberåbte ældre rettigheder ikke var blevet erklæret endeligt ugyldige i disse to medlemsstater, og at disse rettigheder fortsat var gyldige i forbindelse med vedtagelsen af de omtvistede afgørelser, konkluderede Retten i den appellerede doms præmis 90 og 98, at appelkammeret var forpligtet til at tage hensyn til de påberåbte ældre rettigheder uden at kunne anfægte selve kvalifikationen af disse rettigheder.

93 Retten begik ikke en retlig fejl ved at træffe en sådan afgørelse.

94 For at en indsiger på grundlag af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 kan hindre en registrering af et EF-varemærke, er det nødvendigt og tilstrækkeligt, at det på tidspunktet, hvor Harmoniseringskontoret efterprøver, at alle betingelserne for indsigelsen er opfyldt, godtgøres, at der foreligger en ældre rettighed, der ikke er blevet erklæret ugyldig ved en retsafgørelse, der er blevet endelig.

95 På denne baggrund tilkommer det, selv om det, når Harmoniseringskontoret udtaler sig om en indsigelse, der støttes på den pågældende artikel 8, stk. 4, påhviler det at tage hensyn til afgørelser fra medlemsstaternes retsinstanser vedrørende gyldigheden eller kvalifikationen af ældre påberåbte rettigheder, for at sikre sig, at disse altid har de virkninger, der kræves i henhold til denne bestemmelse, ikke kontoret at sætte sin bedømmelse i stedet for de kompetente nationale retsinstansers bedømmelse, hvilken beføjelse Harmoniseringskontoret endvidere ikke indrømmes i medfør af forordning nr. 40/94.

96 I det foreliggende tilfælde kunne appelkammeret, som fastslået af Retten, da det traf afgørelse om de af Budvar rejste indsigelser, konstatere, at de ældre rettigheder, der blev gjort gældende i henhold til artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, ikke var blevet erklæret ugyldige ved endelige retsafgørelser.

97 Spørgsmålet om, hvorvidt de af Budvar påberåbte ældre rettigheder vedrørende betegnelsen »BUD« bestod, kunne endvidere let konstateres af appelkammeret på den dato, hvorpå appelkammeret traf afgørelse om de pågældende indsigelser, idet deres eksistens var attesteret af registreringen af denne betegnelse i henhold til Lissabonaftalen, bl.a. med virkning i bl.a. Frankrig, og ved at denne var inkluderet i den liste over betegnelser med virkning i Østrig, som følger af den bilaterale aftale. Som generaladvokaten anførte i punkt 58 i forslaget til afgørelse var det tilstrækkeligt til at fastslå de omhandlede ældre rettigheders gyldighed i forbindelse med sagen for appelkammeret, at registreringen og inkluderingen var opretholdt på denne dato.

98 Hvad angår spørgsmålet, om de således påberåbte ældre rettigheder, dvs. dem, der vedrører oprindelsesbetegnelsen »bud«, som er beskyttet i henhold til Lissabonaftalen med virkning i Frankrig samt samme betegnelse, som er beskyttet i henhold til de omhandlede bilaterale traktater med virkning i Østrig, udgør tegn, der kan påberåbes til støtte for en indsigelse i henhold til artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, henset til, hvad Domstolen har fastslået i dom af 8. september 2009, Budějovický Budvar (sag C-478/07, Sml. I, s. 7721), hvorefter beskyttelsesordningen i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 510/2006 af 20. marts 2006 om beskyttelse af geografiske betegnelser og oprindelsesbetegnelser for landbrugsprodukter og fødevarer (EUT L 93, s. 12) har en udtømmende karakter, bemærkes, at det pågældende spørgsmål ikke blev debatteret for Retten.

99 Første anbringendes første led må derfor forkastes.

Det første anbringendes andet og tredje led

— Parternes argumenter

100 Med sit første anbringendes andet led har Anheuser-Busch for det første for så vidt angår omfanget og beskaffenheden af brugen af tegnet foreholdt Retten, at den fastslog, at betingelsen i artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, hvorefter et »andet tegn« som omhandlet i denne bestemmelse skal »anvendes erhvervsmæssigt«, skal forstås således, at den omfatter enhver erhvervsmæssig anvendelse, selv begrænset, forudsat at den ikke finder anvendelse i en rent privat sammenhæng, herunder anvendelse af en geografisk betegnelse som varemærke og selv i forbindelse med gratis levering.

101 Anheuser-Busch har gjort gældende, at appelkammeret med rette fastslog, at den pågældende betingelse i det mindste må forstås på samme måde som betingelsen om reel brug i artikel 15 og artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94, som skal forstås således, at den stiller krav om en effektiv anvendelse af et varemærke på markedet for de varer og tjenesteydelser, for hvilke det er beskyttet, samt en reel erhvervsmæssig anvendelse i modsætning til en simpel intern eller symbolsk anvendelse, som alene har til formål at opretholde de til varemærket knyttede rettigheder, og denne reelle brug skal ske i overensstemmelse med varemærkets væsentligste funktion, som er at garantere varernes og tjenesteydelserne oprindelse over for forbrugeren eller den endelige bruger.

102 Hvis en sådan betingelse fandt anvendelse inden for rammerne af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 i medfør af en selvstændig betingelse i EU-retten vedrørende »erhvervsmæssigt anvendt«, ville forordningen stille krav om brug, for at et ældre EF-varemærke skulle kunne udgøre en hindring for en varemærkeansøgning indgivet i henhold til forordningens artikel 8, stk. 1, der ville være strengere end dem, der er

fastsat for en ældre rettighed, der henhører under samme artikels stk. 4, og dette selv om en sådan rettighed i modsætning til varemærkerettigheder ikke har været genstand for harmonisering.

103 I modsætning til appelkammeret tog Retten ikke hensyn til formålet med den retlige betingelse om brug. For at kunne fastslå en tilsidesættelse i henhold til artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 40/94 må kravene til brug være mindre strenge end kravene til opretholdelse af et varemærke i henhold til forordningens artikel 15 og artikel 43, stk. 2 og 3. De strengeste krav må imidlertid finde anvendelse ved stiftelsen af en rettighed, såsom indsigelsesretten i henhold til samme forordnings artikel 8, stk. 4, idet denne kan berettige et afslag på registrering af et EF-varemærke.

104 Anheuser-Busch har ligeledes kritiseret Retten for at have taget hensyn til Budvars leveringer af ekstremt begrænset kvantitet, der blev foretaget gratis i en periode på fire år. Disse kan ikke anses for at udgøre reel brug i forhold til retspraksis vedrørende denne betingelse om brug (jf. dom af 15.1.2009, sag C-495/07, Silberquelle, Sml. I, s. 137).

105 Anheuser-Busch har ligeledes foreholdt Retten at have fastslået, at det ikke er relevant i relation til artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 om brugen af tegnet sker som varemærke eller som oprindelsesbetegnelse eller endog som geografisk betegnelse.

106 Ligesom brugen af et varemærke skal ske i overensstemmelse med dets væsentligste funktion for at kunne kvalificeres som reel, skal brug af en oprindelsesbetegnelse eller en geografisk betegnelse, der gøres gældende som en ældre rettighed i henhold til artikel 8, stk. 4, ske i overensstemmelse med disse tegns væsentligste funktion, dvs. at garantere varernes geografiske oprindelse og de særlige, centrale egenskaber ved disse over for forbrugerne.

107 Budvar har derimod gjort gældende, at begrebet erhvervsmæssigt anvendt som omhandlet i artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, ikke indeholder nogen henvisning til en reel brug og må forstås som et kvalitativt og ikke et kvantitativt kriterium, idet dette begreb, således som det ligeledes er at finde i forordningens artikel 9 og 12 samt i artikel 5 og 6 i direktiv 89/104, fastlægger de aktiviteter, for hvilke et varemærke er beskyttet i relation til, eller om dette ikke er tilfældet.

108 Retten foretog imidlertid i den appellerede doms præmis 165 den korrekte fortolkning af begrebet brug, således som den er blevet fastlagt i fast retspraksis af Domstolen og Retten, dvs. en fortolkning, hvorefter brug alene finder sted »i forbindelse med en erhvervsmæssig virksomhed, hvormed der søges opnået økonomisk vinding, og ikke i private forhold«. Af retssikkerhedsmæssige grunde må samme begreb, som følger af forskellige bestemmelser, undergives samme fortolkning.

109 De andre ældre rettigheder end varemærker, som er omhandlet i artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 og med en meget lignende affattelse, i artikel 4, stk. 4, litra b), i direktiv 89/104, er i den grad så forskellige, at det ikke er muligt at fastlægge de minimumsegenskaber, som disse rettigheder må have for at kunne påberåbes med henblik på at rejse indsigelse mod et yngre varemærke. Det er grunden til, at der i de pågældende bestemmelser opstilles en supplerende betingelse, hvorefter indehaveren af det ikke-registrerede varemærke eller tegnet skal godtgøre, at han er i stand til at forbyde brugen af et yngre varemærke i medfør af ret, der påberåbes.

110 Hvad endvidere angår de leveringer, der foretages gratis i Frankrig af øl under betegnelsen »BUD«, har Budvar gjort gældende, at Silberquelle-dommen ikke kan overføres til et tilfælde som det foreliggende, idet denne dom ikke vedrørte en betingelse om »erhvervsmæssig« anvendelse af tegnet, men om »reel brug« som omhandlet i artikel 10, stk. 1, og artikel 12, stk. 1, i direktiv 89/104.

111 Hvad angår argumentet, hvorefter Retten skulle have afgjort, om Budvar havde godtgjort en brug af det omhandlede tegn som oprindelsesbetegnelse eller geografisk betegnelse og ikke som varemærke, er Budvar af den opfattelse, at artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 ikke opstiller en sådan betingelse for at den ældre rettighed gyldigt kan gøres gældende og ønsker i den forbindelse en stadfæstelse af den appellerede doms præmis 174 og 175. Under alle omstændigheder udgør spørgsmålet, om Budvar i det foreliggende tilfælde anvendte dette tegn som oprindelsesbetegnelse eller som varemærke, et spørgsmål om faktiske omstændigheder, som det alene tilkommer Retten at bedømme.

112 Anheuser-Busch har inden for rammerne af det første anbringendes andet led for det andet, for så vidt angår det område, der er relevant for beviset for erhvervsmæssig anvendelse af det omhandlede tegn, gjort gældende, at Retten tilsidesatte territorialitetsprincippet og fortolkede artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 urigtigt ved i den appellerede doms præmis 167 at fastslå, at der kunne tages hensyn til områder i andre medlemsstater end dem, i hvilke rettigheden i henhold til bestemmelsen gøres gældende ved fastlæggelsen af, om der forelå en erhvervsmæssig anvendelse.

113 En sådan betingelse kan alene angå anvendelsen af tegnet på det område, hvori beskyttelsen af tegnet gøres gældende.

114 Dette følger af bl.a. af territoralitetsprincippet, der er et grundlæggende princip for intellektuelle ejendomsrettigheder. De dokumenter, der godtgør brugen af det ældre tegn må vedrøre de omhandlede jurisdiktioner, i det foreliggende tilfælde jurisdiktionen i Den Franske Republik og Republikken Østrig, og må behandles særskilt for hver enkelt af disse jurisdiktioner.

115 Hvis det forholdt sig anderledes, ville de ikke-harmoniserede rettigheder, der er omhandlet i artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, være bedre stillet end de rettigheder, der har været genstand for harmonisering, idet det er ubestridt, at disse sidstnævnte alene kan udgøre en hindring for en EF-varemærkeansøgning, såfremt de er genstand for reel brug på området i den medlemsstat, hvor de er beskyttet, idet brugen i en anden medlemsstat ikke tages i betragtning.

116 Til dette punkt har Harmoniseringskontoret forsvaret samme synspunkt, dvs. at det relevante område for bevis for erhvervsmæssig anvendelse af det omhandlede tegn i henhold til den pågældende bestemmelse udelukkende er det område, hvor beskyttelsen gøres gældende, dvs. i det foreliggende tilfælde i Frankrig og Østrig. Dette følger af selve ordlyden af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, idet der i samme sætning henvises til »erhvervsmæssigt anvendt tegn« og »lovgivning […] vedrørende det pågældende tegn«.

117 Den korrekte tilgang blev lagt til grund i præmis 40 i Rettens dom af 24. marts 2009, Moreira da Fonseca mod KHIM — General Óptica (GENERAL OPTICA) (forenede sager T-318/06 — T-321/06, Sml. II, s. 649), dvs. den tilgang, hvorefter det relevante område med hensyn til rækkevidden af enerettighederne er det område, hvor hver enkelt af de retsregler, som enerettighederne har deres oprindelse i, finder anvendelse.

118 Budvar har derimod gjort gældende, at det var med rette, at Retten fastslog, at det inden for rammerne af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 ikke er nødvendigt at godtgøre en reel effektiv brug af en ældre rettighed på området i den medlemsstat, hvori der nydes beskyttelse, for så vidt som de rettigheder, der er omhandlet i bestemmelsen, kan nyde beskyttelse på området uden nogensinde at have været anvendt.

119 Den pågældende bestemmelse stiller hverken krav om, at der godtgøres en reel brug af det omhandlede tegn, eller at der godtgøres en brug af tegnet på det område, hvori der nydes beskyttelse.

120 Anheuser-Busch har inden for rammerne af sit første anbringendes andet led for det tredje gjort gældende, at Retten for så vidt angår den periode, for hvilken der skal godtgøres en brug af de ældre rettigheder, foretog en urigtig fortolkning af artikel 8, stk. 4, i forordning 40/94 ved at afvise at lægge datoen for indgivelsen af ansøgningen om registrering af varemærket til grund som den relevante dato for, hvornår den erhvervsmæssige anvendelse skal være godtgjort og for i den appellerede doms præmis 169 at have fastslået, at det er tilstrækkeligt, at brugen godtgøres inden tidspunktet for bekendtgørelsen af varemærkeansøgningen i *EF-Varemærketidende*.

121 I den forbindelse har Anheuser-Busch gjort gældende, at samtlige betingelser for, at en ældre rettighed kan gøres gældende i medfør af de relative registreringshindringer i artikel 8 i forordning nr. 40/94, skal være opfyldt på datoen for indgivelsen af den registreringsansøgning, der er genstand for indsigelsen, herunder — vedrørende denne artikels stk. 4 — betingelsen vedrørende erhvervsmæssig anvendelse. Ethvert bevis, der fremlægges med henblik på at godtgøre en sådan anvendelse, skal vedrøre perioden forud for indgivelsen af den omhandlede ansøgning eller dennes prioritetsdato.

122 En sådan fortolkning bekræftes i en lignende sammenhæng af den retspraksis, hvorefter et ældre varemærkes renommé, der påberåbes af indsigeren i henhold til artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94, må foreligge på tidspunktet for indgivelsen af den EF-varemærkeansøgning, som er genstand for indsigelsen eller på tidspunktet for den prioritet, der påberåbes (jf. bl.a. dommen af 17.4.2008, sag C-108/07 P, Ferrero Deutschland mod KHIM, Sml. I, s. 61, præmis 35), selv om denne bestemmelse alene henviser til varemærkets alder og ikke stiller udtrykkeligt krav om, at renommeet tillige skal foreligge forud for indgivelsen.

123 Denne retspraksis er støttet på prioritetsprincippet, hvilet er et almindeligt anerkend grundlæggende princip for intellektuelle ejendomsrettigheder, herunder i de grundlæggende traktater om intellektuel ejendomsret, som giver forrang til ældre eneretigheder i forhold til rettigheder, der stiftes efterfølgende, og som bestemmer, at en varemærkeansøgning alene kan anfægtes på grundlag af ældre rettigheder.

124 Anheuser-Busch har foreholdt Retten, at den foretog en unøjagtig analog anvendelse af artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 ved at knytte prioriteten til datoen for offentliggørelse af varemærkeansøgningen i *EF-Varemærketidende.* Dette strider i øvrigt mod den appellerede doms præmis 166, hvori Retten afviste en sådan analog anvendelse.

125 Artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 indeholder endvidere en særlig og specifik prioritetsregel vedrørende opretholdelse af et ældre varemærke, som ikke finder anvendelse i andre tilfælde, såsom tilfældet omhandlet i artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94.

126 Endelig er begrebet anvendelse af et tegn, »som ikke kun har lokal betydning«, en selvstændig betingelse i EU-retten, der skal være opfyldt, ganske som de øvrige betingelser i artikel 8, stk. 4, litra a) og b), i forordning nr. 40/94 samt mere generelt alle betingelserne i den pågældende artikel 8, »før tidspunktet for indgivelsen af ansøgningen om registrering som EF-varemærke eller i givet fald før tidspunktet for den prioritet, der gøres gældende til støtte for EF-varemærkeansøgningen«.

127 Ligeledes skal datoen for indgivelsen af ansøgningen om registrering af varemærket ifølge Harmoniseringskontoret lægges til grund som den relevante for, hvornår den erhvervsmæssige anvendelse skal være godtgjort. Dette princip blev korrekt anvendt i præmis 44 i dommen i sagen Moreira da Fonseca mod KHIM — General Óptica (GENERAL OPTICA).

128 Budvar har derimod gjort gældende, at Rettens analyse skal stadfæstes.

129 For det første kan Domstolens praksis vedrørende artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94 ikke overføres til samme artikels stk. 4. Denne bestemmelse er begrundet i den særlige karakter ved varemærker, der har et renomme, idet det er meget sandsynligt, at renommeet er ansøgeren bekendt ved indgivelsen af det yngre varemærke. Hvad derimod angår de øvrige typer indsigelser omhandlet i artikel 8, er det alene gennem offentliggørelse af ansøgningen, at denne gøres bekendt for offentligheden og kan gøres gældende mod tredjemand.

130 For det andet er den appellerede dom ikke i strid med prioritetsprincippet på dette punkt. Dette princip, der er opstillet i artikel 8, stk. 4, litra a), i forordning nr. 40/94, pålægger indsigeren en supplerende pligt, nemlig en pligt til at godtgøre, at den rettighed, der påberåbes til støtte for indsigelsen, bestod forud for tidspunktet for indgivelsen af varemærkeansøgningen. Dette princip stiller imidlertid ikke krav om, at indsigeren godtgør, at der var gjort erhvervsmæssig brug af denne rettighed inden denne dato.

131 Anheuser-Busch har med sit første anbringendes tredje led gjort gældende, at Retten ligeledes tilsidesatte artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 ved i den appellerede doms præmis 179-183 at foretage en urigtig fortolkning af ordene »som ikke kun har lokal betydning«, der er anført i denne bestemmelse.

132 Anheuser-Busch har navnlig gjort gældende, at »betydningen« af et tegn i henhold til artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 skal bedømmes på grundlag af dets beskyttelsesområde, i det foreliggende tilfælde området i Den Franske Republik og i Republikken Østrig.

133 Et tegn kan endvidere kun have en betydning i henhold til den pågældende bestemmelse, såfremt det anvendes på markederne i de medlemsstater i henhold til hvis lovgivning, det beskyttes. En sådan betydning kan derimod ikke følge af den blotte omstændighed, at tegnet beskyttes i medfør af lovgivningen i to eller flere medlemsstater.

134 Anheuser-Busch har deraf konkluderet, at ordene »som ikke kun har lokal betydning« skal fortolkes således, at de udgør en selvstændig betingelse i EU-retten, som ikke kan anvendes i national ret, men må følge af anvendelsen af det pågældende tegn på markeder i de medlemsstater på hvis område det er beskyttet.

135 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at Retten ved i den appellerede doms præmis 180 at forbinde »betydningen« af tegnet med den geografiske udstrækning af den beskyttelse, der følger af den påberåbte nationale ret, så bort fra, at betingelsen i artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, hvorefter tegnet ikke kun har lokal betydning, udgør et krav, der henhører under EU-retten, og som ikke kan bedømmes med en henvisning til national ret.

136 Retten begik en retlig fejl ved i den appellerede doms præmis 181 at fastslå, at de ældre rettigheder havde en betydning, som ikke kun var lokal i den i artikel 8, stk. 4, omhandlede betydning, udelukkende fordi deres beskyttelse rækker ud over deres oprindelsesområde.

137 Ifølge Harmoniseringskontoret har kriteriet »betydning« til formål at fastsætte en effektiv grænse for alle andre potentielle tegn end varemærker, der kan påberåbes med henblik på at anfægte, at et EF-varemærke registreres. Dette begreb kan derfor alene vedrøre den økonomiske betydning og den geografiske udtrækning af »erhvervsmæssigt anvendt«.

138 I den forbindelse har Harmoniseringskontoret henvist til præmis 36-39 i dommen i sagen Moreira da Fonseca mod KHIM — General Óptica (GENERAL OPTICA), i hvilken denne sidstnævnte fortolkning blev lagt til grund.

139 Budvar har derimod gjort gældende, at udtrykket »som ikke kun har lokal betydning« i henhold til artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 henviser til den geografiske udstrækning af det omhandlede tegns beskyttelse, dvs. det område, hvor indsigeren kan gøre sin ældre rettighed gældende, hvilket i det foreliggende tilfælde udgøres af det samlede franske og østrigske område, hvorpå de påberåbte rettigheder er beskyttet i medfør af henholdsvis Lissabonaftalen og af de omhandlede bilaterale traktater.

140 Det pågældende udtryk omfatter således det område, hvor tegnet er beskyttet og ikke det område, hvor det anvendes. En modsat fortolkning ville stride mod selve ordlyden af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 og ville endvidere medføre, at indsigeren ville blive pålagt en supplerende betingelse, som desuden heller ikke ville være sammenhængende med samme forordnings artikel 107, der som anvendelseskriterium for en ældre rettighed fastsætter det område, hvor denne rettighed er beskyttet og ikke det område, hvor den anvendes.

— Domstolens bemærkninger

141 Anheuser-Busch har med sit anbringendes andet og tredje led, som skal behandles samlet, foreholdt Retten, at den tilsidesatte artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 med den begrundelse, at den foretog en urigtig fortolkning af betingelsen om, at den ældre rettighed, der påberåbes til støtte for indsigelsen, skal vedrøre et »erhvervsmæssigt anvendt tegn, som ikke kun har lokal betydning«.

142 Hvad angår det første punkt, som vedrører spørgsmålet, om ordene »erhvervsmæssigt anvendt tegn«, således som Retten fastslog, skal forstås som en henvisning til en brug af en ældre rettighed i forbindelse med erhvervsmæssig virksomhed, hvormed der søges opnået økonomisk vinding, og ikke i private forhold, eller i stedet som en henvisning til en reel brug, analogt med, hvad der i artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 er fastsat for de ældre varemærker, der påberåbes til støtte for en indsigelse, er den appellerede dom ikke behæftet med nogen fejl.

143 Artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 nævner ikke »reel« brug af det tegn, der er påberåbt til støtte for indsigelsen, og der er intet i ordlyden af forordningens artikel 43, stk. 2 og 3, der indikerer, at kravet om reel brug finder anvendelse på et sådant tegn.

144 Selv om det er korrekt, at ordene »erhvervsmæssig anvendelse« i artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 ikke nødvendigvis skal undergives samme fortolkning som den, der skal anvendes inden for rammerne af forordningens artikel 9, stk. 1, eller af artikel 5, stk. 1, og artikel 6, stk. 1, i direktiv 89/104, idet der skal tages hensyn til det respektive formål med disse bestemmelser, forholder det sig ikke desto mindre således, at en fortolkning af disse ord, der i det væsentlige betyder, at tegnet alene skal være genstand for erhvervsmæssig anvendelse, svarer til den sædvanlige forståelse af disse.

145 Det var ligeledes med rette, at Retten i den appellerede doms præmis 166 fastslog, at såfremt kravet om reel brug blev stillet til de tegn, der er omhandlet i artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, på samme betingelser, som stilles i forordningens artikel 43, stk. 2 og 3, ville en sådan fortolkning indebære, at disse tegn undergives betingelser, der gælder for de indsigelser, der støttes på ældre varemærker, og at indsigeren til forskel fra disse indsigelser inden for rammerne af artikel 8, stk. 4, ligeledes skal

godtgøre, at det omhandlede tegn i henhold til den berørte medlemsstats lovgivning giver ham ret at forbyde brugen af et yngre varemærke.

146 En analog anvendelse af betingelsen om reel brug for ældre varemærker på de ældre rettigheder, der er omhandlet i artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, ville ligeledes stride mod den i princippet selvstændige karakter af denne relative registreringshindring, der, som generaladvokaten bemærkede i præmis 69-71 i forslaget til afgørelse, kendetegnes af specifikke betingelser, og som ligeledes skal forstås på grundlag af den væsentlige forskelligartethed af de ældre rettigheder, der kan omfattes af en sådan grund.

147 Hvad for det andet angår spørgsmålet, om ordene »erhvervsmæssig anvendelse« indebærer, at brugen af en geografisk betegnelse, der påberåbes i henhold til artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, skal ske i overensstemmelse med et sådant tegns væsentligste funktion, dvs. over for forbrugerne at garantere den geografiske oprindelse af varerne og de egenskaber, der er uløseligt forbundet med disse, mens det påberåbte tegn i det foreliggende tilfælde blev anvendt som varemærke, begik Retten heller ikke en retlig fejl i sin dom.

148 Retten fastslog i den appellerede doms præmis 175, at det for anvendelsen af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 er tilstrækkeligt at konstatere, at det tegn, der påberåbes til støtte for indsigelsen, bruges erhvervsmæssigt, og at den omstændighed, at tegnet er identisk med et varemærke, ikke af den grund betyder, at det ikke anvendes erhvervsmæssigt.

149 Hvad angår den funktion, som brugen af et tegn skal have, skal dette tegn anvendes som et særpræget element i den forstand, at det skal tjene til at identificere den erhvervsvirksomhed, som udøves af indehaveren, hvilket der ikke er rejst tvivl om i den foreliggende sag.

150 Retten tilføjede navnlig i den pågældende præmis 175, at begrundelsen for at tegnet »BUD« var blevet brugt »som et varemærke«, ikke var blevet klart præciseret for Retten, og at intet tydede på, at den på den omhandlede vare anførte betegnelse henviste mere til den handelsmæssige oprindelse end til varens geografiske oprindelse.

151 Det følger heraf, at klagepunktet kun kan forkastes, idet Retten ikke i den forbindelse begik en retlig fejl i sin dom, og at det endvidere ikke under appelsagen tilkommer Domstolen at foretage en prøvelse af den bedømmelse af de faktiske omstændigheder, som Retten foretog, og Anheuser-Busch har i øvrigt heller ikke for Domstolen gjort gældende, at der foreligger en urigtig gengivelse af disse.

152 Retten kunne for det tredje og i modsætning til, hvad Anheuser-Busch har gjort gældende i den appellerede doms præmis 176, med rette fastslå, at de gratis leveringer kunne tages i betragtning ved efterprøvelsen af betingelsen om erhvervsmæssig anvendelse af den påberåbte ældre rettighed, idet disse kan være blevet gennemført i forbindelse med erhvervsmæssig virksomhed, hvormed der søges opnået økonomisk vinding, nemlig at tilegne sig nye afsætningsmuligheder.

153 Inden de øvrige klagepunkter, som Anheuser-Busch inden for rammerne af sit første anbringendes andet led og Harmoniseringskontoret inden for rammerne af sit første anbringende, vedrørende den relevante periode og det relevante område med hensyn til betingelsen om erhvervsmæssig anvendelse, har gjort gældende, behandles, skal der først foretages en analyse af Anheuser-Buschs første anbringendes tredje led og Harmoniseringskontorets første anbringende, for så vidt som de vedrører kravet om, at betydningen af det påberåbte tegn ikke kun må være lokal, hvilket er en anden betingelse i artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94.

154 Retten fastslog i den appellerede doms præmis 180 dels, at det følger af selve ordlyden af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, at bestemmelsen omhandler betydningen af det pågældende tegn og ikke dets anvendelse, dels at betydningen af tegnet skal forstås som den geografiske udstrækning af beskyttelsen, hvilken beskyttelse ikke kun må være lokal.

155 På dette punkt indeholder den appellerede dom en retlig fejl.

156 Et tegn, hvis beskyttelses territoriale udstrækning kun er lokal, må naturligvis anses for alene at have lokal betydning. Det følger imidlertid ikke deraf, at betingelsen i den pågældende artikel 8, stk. 4, er opfyldt i alle tilfælde blot som følge af, at beskyttelsen af det omhandlede tegn vedrører et område, som ikke kan anses for alene at være lokalt, hvilket i det foreliggende tilfælde skyldes, at beskyttelsesområdet rækker ud over oprindelsesområdet.

157 Det fælles formål med de to betingelser, der opstilles i artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, er at begrænse konflikter mellem tegnene ved at hindre, at en ældre rettighed, der ikke er tilstrækkeligt kvalificeret, dvs. væsentlig og betydende i erhvervslivet, kan hindre registrering af et nyt EF-varemærke. En sådan mulighed for at rejse indsigelse må forbeholdes tegn, der faktisk og reelt er aktive på det relevante marked.

158 Betydningen af et tegn skal således ikke kun være bestemt af det geografiske omfang af beskyttelsen, idet et tegn, hvis beskyttelses udstrækning ikke er rent lokal, hvis det forholdt sig således, af denne ene grund ville kunne være til hinder for en registrering af et EF-varemærke, og dette sågar selv om det alene anvendes erhvervsmæssigt i en marginal grad.

159 Det følger heraf, at for at kunne hindre registrering af et nyt tegn, må det tegn, der påberåbes til støtte for indsigelsen, faktisk anvendes erhvervsmæssigt på en tilstrækkeligt betydelig måde og have en geografisk udstrækning, der ikke kun er lokal, hvilket, såfremt beskyttelsesområdet for tegnet kan anses for ikke kun at være lokalt, forudsætter, at denne brug finder sted på en væsentlig del af området.

160 Med henblik på at fastslå om dette er tilfældet, skal der tages hensyn til varigheden og intensiteten af brugen af tegnet som særpræget element for adressaterne, som udgøres af såvel indkøbere, forbrugere, leverandører og konkurrenter. I den forbindelse er den anvendelse, der er gjort af tegnet i reklamer og i erhvervsmæssig korrespondance, særligt relevant.

161 Idet, som det også blev anført i denne doms præmis 159, den erhvervsmæssige anvendelse af det omhandlede tegn på et område, der ikke kun udgør et lokalt område af beskyttelsesområdet for tegnet, skal undersøges, begik Retten ligeledes en retlig fejl, således som Anheuser-Busch inden for rammerne af sit første anbringendes andet led såvel som Harmoniseringskontoret inden for rammerne af sit første anbringende har gjort gældende, ved i den appellerede doms præmis 167 at fastslå, at artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 ikke stiller krav om, at der skal være gjort brug af det omhandlede tegn på dettes beskyttelsesområde, og at anvendelse på et andet område end det område, hvor tegnet er beskyttet, kan være tilstrækkeligt, herunder selv om det ikke er blevet anvendt på beskyttelsesområdet.

162 Det er nemlig kun på tegnets beskyttelsesområde, hvad enten der er tale om hele området eller på en del af dette, at den anvendelige ret giver tegnet enerettigheder, der kan komme i konflikt med et EF-varemærke.

163 Bedømmelsen af betingelsen om den erhvervsmæssige anvendelse skal i øvrigt ske særskilt for hvert enkelt af de områder, hvor den rettighed, der påberåbes til støtte for indsigelsen, er beskyttet. Tegnets betydning kan derfor ikke i det foreliggende tilfælde udledes af kumulativ bedømmelse af anvendelsen af tegnet på de to relevante områder, dvs. det østrigske område for så vidt angår beskyttelsen i henhold til de omhandlede bilaterale traktater og det franske område for så vidt angår beskyttelsen i henhold til Lissabonaftalen.

164 Retten begik ligeledes, som Anheuser-Busch og Harmoniseringskontoret har gjort gældende, en retlig fejl ved i den appellerede doms præmis 169 at fastslå, at der alene skal godtgøres erhvervsmæssig anvendelse af det omhandlede tegn foretaget inden offentliggørelsen af ansøgningen om registrering af varemærket og ikke senest på datoen for indgivelsen af ansøgningen.

165 Herved indeholder den appellerede dom i det mindste en mangel på overensstemmelse, idet Retten i den pågældende præmis 169 henviser analogt til, hvad der kræves for ældre varemærker, der påberåbes til støtte for en indsigelse, mens Retten i den samme doms præmis 166 afviste, og dette med rette, som det blev anført i denne doms præmis 142, en analog anvendelse på ældre rettigheder, der påberåbes i henhold til artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, af betingelsen om reel brug for ældre varemærker.

166 Endvidere skal der, som generaladvokaten bemærkede i punkt 20 i forslaget til afgørelse på betingelsen om erhvervsmæssig anvendelse af det tegn, der påberåbes til støtte for indsigelsen, anvendes det samme tidsmæssige kriterium, som det, der udtrykkeligt er fastsat i artikel 8, stk. 4, litra a), i forordning nr. 40/94, vedrørende erhvervelse af rettigheder over det pågældende tegn, dvs. datoen for indgivelsen af ansøgningen om registrering af EF-varemærket.

167 Henset navnlig til den betydelige tid, der kan forløbe mellem indgivelsen af registreringsansøgningen og offentliggørelsen af denne, kan anvendelsen af samme kriterium bedre sikre, at den påberåbte brug af det omhandlede tegn er en reel brug og ikke en praksis, som alene har til formål at hindre registrering af et nyt varemærke.

168 Endvidere er en brug af det pågældende tegn, der udelukkende eller i det væsentlige foretages i perioden, der ligger mellem indgivelsen af ansøgningen om registrering af EF-varemærket og ansøgningens offentliggørelse, som hovedregel ikke tilstrækkelig til at godtgøre, at tegnet har været genstand for en erhvervsmæssig anvendelse, der kan godtgøre, at det har den fornødne betydning.

169 Det følger af det ovenstående, at selv om de af Anheuser-Busch påberåbte klagepunkter om begreberne reel brug, erhvervsmæssig anvendelse og de gratis foretagne leveringer må forkastes, er det første anbringendes andet og tredje led samt Harmoniseringskontorets første anbringende velbegrundede, idet den appellerede dom er behæftet med retlige fejl ved bedømmelsen af de betingelser, der er fastsat i artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94. Det var nemlig med urette, at Retten først fastslog, at betydningen af tegnet, der ikke kun er lokal, udelukkende skal bedømmes i forhold til den geografiske udstrækning af det pågældende tegns beskyttelse uden at tage hensyn til anvendelsen af tegnet på dette område, og dernæst, at det relevante område for bedømmelsen af brugen af tegnet ikke nødvendigvis er området for beskyttelse af tegnet, og endelig, at brugen af samme tegn ikke nødvendigvis skal finde sted inden datoen for indgivelsen af ansøgningen om registrering af varemærket.

Det andet anbringende om tilsidesættelse af bestemmelsen i artikel 8, stk. 4, sammenholdt med bestemmelsen i artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94

— Parternes argumenter

170 Anheuser-Busch har med sit andet anbringende foreholdt Retten, at den tilsidesatte artikel 8, stk. 4, sammenholdt med artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94 ved i den appellerede doms præmis 199 at fastslå, at appelkammeret begik en fejl, idet det ikke tog hensyn til alle de relevante faktiske og retlige omstændigheder for at afgøre, om den pågældende medlemsstats lovgivning i henhold til artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 gav Budvar ret til at forbyde brugen af et yngre varemærke.

171 Anheuser-Busch har kritiseret Retten for at have tilsidesat artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94 ved i den appellerede doms præmis 193 at fastslå, at appelkammeret havde pligt til ex officio og med de midler, som det måtte finde hensigtsmæssige, at indhente oplysninger om den nationale lovgivning, herunder om praksis fra retterne i den pågældende medlemsstat, idet denne lovgivning kan anses for en velkendt eller almindelig kendt kendsgerning, og at appelkammeret — ud over de på dette punkt af parterne fremlagte beviser — burde have indhentet oplysninger hos sidstnævnte, eller ved hjælp af ethvert andet middel, om udfaldet af verserende sager for de pågældende retter.

172 Ved at udtale sig således tilsidesatte Retten princippet om processuel ligestilling i indsigelsessager, for så vidt som den afgørelse, den traf, indebærer, at ophavsmanden til en ansøgning om registrering af et varemærke, når der foreligger en påstand fra en indsiger, der påberåber sig en national rettighed i medfør af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, må foretage undersøgelser om national lovgivning og retspraksis.

173 Den appellerede dom strider på dette punkt særligt mod det princip, der er fastsat i artikel 74, i forordning nr. 40/94, hvorefter det er indsigeren, der har bevisbyrden i forbindelse med en indsigelse, der støttes på samme forordnings artikel 8, stk. 4, særligt med henblik på at godtgøre, at dette tegn giver denne indsiger ret til at forbyde brugen af det yngre varemærke.

174 Det følger af den pågældende artikel 74, stk. 1, at Harmoniseringskontorets undersøgelse i en indsigelsessag er begrænset til de af parterne fremførte faktiske omstændigheder, og at Harmoniseringskontorets ikke har pligt til en ex officio prøvelse af disse faktiske omstændigheder.

175 Den nationale lovgivning, herunder praksis fra den omhandlede medlemsstats retter, i det foreliggende tilfælde den praksis, der vedrører spørgsmålet, om en geografisk betegnelse kan nyde retsbeskyttelse, udgør faktiske oplysninger, hvilke oplysninger ikke kan kvalificeres som velkendte kendsgerninger, som Harmoniseringskontoret skal foretage en ex officio prøvelse af.

176 Anheuser-Busch har gjort gældende, at Retten i den appellerede doms præmis 195 anvendte et urigtigt kriterium ved bedømmelsen af, om indsigeren på tilstrækkelig vis havde godtgjort, at det påberåbte tegn giver sin indehaver ret til at forbyde brug af et yngre varemærke, nemlig et kriterium om, at der forelå abstrakte nationale bestemmelser, der kunne danne grundlag for en rettighed, der gør det muligt at forbyde brug af et yngre tegn.

177 I en situation som den foreliggende havde appelkammeret ifølge Anheuser-Busch på grundlag af adskillige af denne sidstnævntes fremlagte beviser, som angav, at det omhandlede tegn ikke nød retsbeskyttelse hverken i Frankrig eller i Østrig, kompetence til at afgøre, at Budvar i strid med princippet om, at bevisbyrden påhviler indsigeren, ikke havde ført bevis for, at selskabet havde ret til at forbyde brugen af et yngre

varemærke. En sådan afgørelse kan endvidere ikke påføre indsigeren endelig skade, idet denne altid ved en ugyldighedsprocedure vil kunne anfægte et varemærke efter dets registrering.

178 Harmoniseringskontoret har med sit andet anbringende foreholdt Retten, at den tilsidesatte artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94. Den appellerede doms præmis 193 er herved behæftet med en retlig fejl.

179 Harmoniseringskontoret har bemærket, at Retten i sin praksis forud for den appellerede dom har fundet, at afgørelser fra nationale domstole ikke udgør »velkendte kendsgerninger«, som Harmoniseringskontoret kan foretage en ex officio prøvelse af.

180 Harmoniseringskontoret er af den opfattelse, at i den specielle kontekst vedrørende artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 udgør nationale retsafgørelser forhold, der kan godtgøre »omfanget af beskyttelsen af denne [rettighed]« i henhold til regel 19, stk. 2, litra d), i forordning nr. 2868/95, hvilket bevis i medfør af samme regel skal føres af indsigeren.

181 Såfremt ansøgeren af EF-varemærket, således som Anheuser-Busch gjorde det, fremsender nationale retsafgørelser, der angiver, at indsigelsen mod et yngre varemærke, der rejses på grundlag af rettigheder i henhold til artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, ikke er blevet taget til følge, påhviler det i det mindste indsigeren at føre bevis for det modsatte ved at godtgøre, at disse afgørelser var blevet annulleret med henblik på at godtgøre den effektive udstrækning af beskyttelsen af de rettigheder, han påberåber sig.

182 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at Retten i en sådan situation ikke kan stille krav om, at det foretager en ex officio prøvelse af dette bevis, som den gjorde i den appellerede doms præmis 193, uden at ødelægge den balance i forpligtelserne og de processuelle rettigheder mellem parterne, som er fastlagt i artikel 76, stk. 1, i forordning nr. 40/94.

183 Budvar er af den opfattelse, at Retten ikke tilsidesatte artikel 8, stk. 4, litra b), og artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94 ved at pålægge Harmoniseringskontoret en pligt til at indhente oplysninger om den nationale lovgivning i den omhandlede medlemsstat.

184 En sådan forpligtelse har en moderat karakter og er desuden i overensstemmelse med artikel 76, stk. 1, i forordning nr. 40/94, som giver Harmoniseringskontoret mulighed for at træffe foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse.

185 Budvar har ligeledes gjort gældende, at Anheuser-Buschs analyse inden for rammerne af selskabets andet anbringende i virkeligheden er forbundet med det første anbringende, som selskabet har gjort gældende, hvorefter Harmoniseringskontoret har kompetence til at prøve gyldigheden af de ældre rettigheder, der påberåbes til støtte for indsigelsen. Budvar er af den opfattelse, at det andet anbringende må forkastes af de samme grunde, som dem, der blev givet som svar på det første anbringende.

— Domstolens bemærkninger

186 Anheuser-Busch og Harmoniseringskontoret har med deres andet anbringende, der vedrører den appellerede doms præmis 184-199, gjort gældende, at det var med urette, at Retten fastslog, at appelkammeret begik en retlig fejl ved ikke at tage hensyn til alle relevante faktiske og retlige omstændigheder ved afgørelsen af, om lovgivningen i den omhandlede medlemsstat i henhold til artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 gav Budvar ret til at forbyde brugen af det yngre varemærke.

187 Dette anbringende er navnlig rettet mod den appellerede doms præmis 193, for så vidt som Retten med urette fastslog, at appelkammeret havde pligt til at indhente oplysninger om udfaldet af en retssag appelleret af Budvar for Oberster Gerichtshof, der er Østrigs højeste retsinstans, til prøvelse af en dom, hvoraf det fulgte, at Budvar ikke kunne forbyde brugen af et yngre varemærke på grundlag af betegnelsen »Bud«, der er beskyttet i henhold til de omhandlede bilaterale traktater.

188 Det bemærkes i den forbindelse, at forordningens artikel 8, stk. 4, litra b), opstiller en betingelse om, at tegnet ifølge lovgivningen i den medlemsstat, der finder anvendelse på det tegn, der påberåbes i henhold til bestemmelsen, giver sin indehaver ret til at forbyde anvendelsen af et yngre varemærke.

189 Endvidere påhviler det i overensstemmelse med artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94 indsigeren i proceduren for Harmoniseringskontoret at godtgøre, at denne betingelse er opfyldt.

190 I denne forbindelse og for så vidt angår de ældre rettigheder, der er påberåbt i det foreliggende tilfælde, fastslog Retten i den appellerede doms præmis 187 med rette, at der navnlig skal tages hensyn til den nationale lovgivning, der påberåbes til støtte for indsigelsen, og til de retsafgørelser, der er truffet i den pågældende medlemsstat, og at indsigeren på dette grundlag skal bevise, at det omhandlede tegn er omfattet af anvendelsesområdet for den påberåbte lovgivning i medlemsstaten, og at det gør det muligt at forbyde anvendelsen af et yngre varemærke.

191 Det følger heraf, at det i modsætning til, hvad Anheuser-Busch har gjort gældende inden for rammerne af sit andet anbringende, var med rette, at Retten i den appellerede doms præmis 195 fastslog, at indsigeren alene skal godtgøre, at han har en sådan ret til at forbyde brugen af et yngre varemærke, og at det ikke kan kræves, at indsigeren godtgør, at denne ret har været udøvet i den forstand, at indsigeren effektivt har været i stand at opnå et forbud mod en sådan brug.

192 På dette punkt er det andet anbringende, som Anheuser-Busch har påberåbt til støtte for appellen, ikke velbegrundet.

193 Det følger ligeledes heraf, at det for så vidt angår beskyttelsen i Frankrig af oprindelsesbetegnelsen »bud«, der er registreret i henhold til Lissabonaftalen, var med rette, at Retten i den appellerede doms præmis 195 fastslog, at appelkammeret ikke kunne lægge vægt på den omstændighed, at det fremgik af en retsafgørelse, der blev truffet i denne medlemsstat, at Budvar ikke indtil daværende tidspunkt havde kunnet forhindre Anheuser-Buschs distributør i at sælge øl i Frankrig under varemærket BUD, for deraf at udlede, at Budvar ikke havde bevist, at betingelsen om retten til at forbyde et yngre varemærke på grundlag af det påberåbte tegn var opfyldt.

194 Denne begrundelse var i sig selv tilstrækkelig til at fastslå, at de omtvistede afgørelser på dette punkt for så vidt angår den omhandlede ældre rettighed, dvs. beskyttelsen i henhold til Lissabon-aftalen, er ugyldige.

195 Retten bemærkede endvidere i den appellerede doms præmis 192, at appelkammeret alene henviste til de retsafgørelser, der blev afsagt i Frankrig og i Østrig, for at kunne fastslå, at Budvar ikke havde godtgjort, at de omhandlede tegn gav selskabet ret til at forbyde brugen af et yngre varemærke.

196 Efter at have konstateret, at ingen af de pågældende afgørelser havde fået retskraft, fastslog Retten i samme præmis 192, at appelkammeret ikke udelukkende kunne henvise til disse afgørelser som grundlag for sin konklusion og endvidere burde have taget hensyn til de bestemmelser i national ret, som Budvar påberåbte sig i forbindelse med indsigelsessagen, ved undersøgelsen af, om Budvar i medfør af disse bestemmelser rådede over en ret til at forbyde et yngre varemærke på grundlag af det påberåbte tegn.

197 Til dette punkt fastslog Retten med rette, at de omtvistede afgørelser indeholdt en retlig fejl.

198 I den forbindelse skal det bemærkes, at selv om appelkammeret, som Retten anførte i den appellerede doms præmis 192 og 193, var bevidst om den omstændighed, at de af Anheuser-Busch påberåbte retsafgørelser ikke var endelige, idet de var genstand for appel for en højere national retsinstans, støttede det sig ikke desto mindre udelukkende til disse afgørelser, da det fastslog, at betingelsen fastsat i artikel 8, stk. 4, litra b), i forordning nr. 40/94 ikke var opfyldt med den begrundelse dels, at den dom, der blev afsagt i Østrig, hvilede på faktuelle konstateringer, som en højere retsinstans »ikke med stor sandsynlighed« ville ændre, dels at dommen fra den franske retsinstans viste, at Budvar »ikke hidtil [havde] kunnet forhindre Anheuser-Buschs distributør i at sælge øl i Frankrig under varemærket BUD«.

199 Det følger således af de omtvistede afgørelser, at appelkammeret støttede sig til ukorrekte grunde, da det fastslog, at Budvar ikke havde godtgjort, at betingelsen i artikel 8, stk. 4, litra b), i forordning nr. 40/94 var opfyldt.

200 Hvad for det første angår den afgørelse, der blev truffet af den franske retsinstans, blev det allerede i denne doms præmis 193 anført, at appelkammerets begrundelse er støttet på et krav, der ikke følger af den pågældende bestemmelse, og at den medfører, at de omtvistede afgørelser er retsstridige.

201 Hvad for det andet angår den afgørelse, der blev truffet af den østrigske retsinstans, skulle appelkammeret, selv om det fandt, at afgørelsen var utilstrækkelig til at godtgøre, at betingelsen i artikel 8, stk. 4, litra b), i forordning nr. 40/94 var opfyldt, have

fastslået denne utilstrækkelighed for deraf at udlede, at Budvar, idet selskabet ikke for Harmoniseringskontoret havde forelagt den dom fra Oberster Gerichtshof, som bekræftede, at selskabet havde en ret til at forbyde det yngre varemærke, ikke havde godtgjort, at den pågældende betingelse var opfyldt i modsætning til, hvad der kræves i henhold til forordningens artikel 74, stk. 1.

202 Det må imidlertid, som Retten gjorde det i den appellerede doms præmis 192 og 193, konstateres, at appelkammerets vurdering var en ganske anden.

203 Det er nemlig ubestridt, at appelkammeret udelukkende henviste til den af Anheuser-Busch påberåbte afgørelse fra den østrigske retsinstans for deraf at udlede, at Budvar ikke havde ret til at forbyde brugen af et yngre varemærke med den begrundelse, at denne afgørelse, var støttet af faktuelle konstateringer, og at disse »ikke med stor sandsynlighed« ville blive ændret af den sidste retsinstans.

204 Ligesom appelkammeret ikke i det foreliggende tilfælde kunne sætte sin egen vurdering af gyldigheden af påberåbte ældre rettigheder i henhold til artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 i stedet for de kompetente nationale retsinstansers vurdering, således som det allerede blev anført i denne doms præmis 95, kunne appelkammeret heller ikke uden videre bortse fra betydningen af en fremtidig dom fra Oberster Gerichtshof vedrørende spørgsmålet om opfyldelse af betingelsen angående bevis i forordningens artikel 8, stk. 4, litra b), og dette selv om appelkammeret af Budvar var blevet underrettet om, at Budvar havde anlagt en sag for denne nationale retsinstans til prøvelse af den påberåbte afgørelse, idet en sådan betydning blev afvist på grundlag af appelkammerets egen bedømmelse af sandsynligheden af, at der ville blive rejst tvivl om denne afgørelse.

205 Idet det, som det blev fastslået i denne doms præmis 96 i forbindelse med behandlingen af det første anbringende, som Anheuser-Busch har påberåbt sig, der, som Budvar med rette har gjort gældende, er tæt forbundet med dets andet anbringende, er ubestridt, at den ældre rettighed som Budvar har påberåbt sig i henhold til de bilaterale traktater med virkning i Østrig, ikke var blevet erklæret ugyldig ved en endelig retsafgørelse, der ikke kunne anfægtes på den dato, hvor appelkammeret vedtog de omtvistede afgørelser, kunne sidstnævnte ikke udelukkende støtte sig til en retsafgørelse, der endnu ikke var endelig, og som var blevet appelleret for at fastslå, at Budvar ikke havde ret til at forbyde brugen af varemærket Bud på grundlag af den ældre rettighed.

206 Den eneste konklusion, der kunne drages af en sådan retsafgørelse, var, at den ældre rettighed ganske vist var blevet anfægtet, men at den fortsat bestod.

207 Eftersom denne rettighed fortsat bestod måtte spørgsmålet, om den gav indsigeren en ret i henhold til artikel 8, stk. 4, litra b), i forordning nr. 40/94 til at forbyde et yngre varemærke, således som det blev anført i denne doms præmis 190, føre til en undersøgelse af, hvorvidt denne indsiger havde godtgjort, at det omhandlede tegn faldt inden for anvendelsesområdet for den påberåbte medlemsstats lovgivning og om lovgivningen gjorde det muligt at forbyde brugen af et yngre varemærke.

208 Til dette punkt anførte Retten i den appellerede doms præmis 192, at Budvar ikke kun påberåbte sig bestemmelser i de omhandlede bilaterale traktater, men ligeledes bestemmelser i østrigsk lovgivning, som ifølge indsigeren kunne understøtte dennes ret til at forbyde det yngre varemærke Bud. Appelkammeret tog imidlertid ikke, som Retten konstaterede i samme præmis 192, hensyn til disse bestemmelser eller henviste til oplysninger, der kunne rejse tvivl om anvendeligheden af disse i det foreliggende tilfælde.

209 Betragtninger, som de i den appellerede doms præmis 192 og 195 anførte, er af en karakter, der kan berettige den konklusion, som Retten nåede frem til i den appellerede doms præmis 199, hvorefter appelkammeret begik en retlig fejl ved ikke at tage hensyn til alle faktuelle og retlige oplysninger ved afgørelsen af, om lovgivningen i den pågældende medlemsstat i henhold til artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 giver Budvar ret til at forbyde brugen af et yngre varemærke.

210 Det følger heraf, at selv om Retten ganske vist i den appellerede doms præmis 193 i det væsentlige tilføjede, at appelkammerets pligt til ex officio at indhente oplysninger om velkendte kendsgerninger, herunder om lovgivningen i den pågældende medlemsstat, indebærer, at det i det foreliggende tilfælde havde »mulighed« for at indhente oplysninger hos parterne, eller ved hjælp af andre midler, om udfaldet af sagen ved Oberster Gerichtshof, kan denne grund, selv om det antages, at den medfører en decideret pligt for appelkammeret til ex officio at indhente oplysninger om en sådan sag, og at det således begår en retlig fejl, ikke, som Anheuser-Busch og Harmoniseringskontoret har gjort gældende, ændre ved Rettens konklusion vedrørende retsstridigheden af de omtvistede afgørelser, for så vidt som de vedrører undersøgelsen af betingelsen i artikel 8, stk. 4, litra b), i forordning nr. 40/94.

211 Ifølge fast retspraksis kan klagepunkter, der er rettet mod præmisser, som er anført for fuldstændighedens skyld, i en dom afsagt af Retten, ikke føre til dens ophævelse og er derfor uvirksomme (jf. bl.a. dom af 28.6.2005, forenede sager C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P — C-208/02 P og C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 5425, præmis 148).

212 Spørgsmålet, om appelkammeret skulle eller kunne indhente oplysninger ex officio om udfaldet af den omhandlede retslige procedure, blev behandlet af Retten for fuldstændighedens skyld, idet Retten i det foreliggende tilfælde, som det blev anført i denne doms præmis 204, bemærkede, at appelkammeret på grundlag af sin egen bedømmelse af sandsynligheden for en ændring af den omhandlede retsafgørelse fandt, at det ikke var fornødent at indhente oplysninger derom, og at den rådede over alle oplysninger, der var egnede til at afgøre, om betingelsen i artikel 8, stk. 4, litra b), i

forordning nr. 40/94 var opfyldt og konkludere i det foreliggende tilfælde, at dette ikke var tilfældet.

213 Det følger heraf, at det andet anbringende, der er fremsat af Anheuser-Busch og Harmoniseringskontoret, for så vidt som det vedrører den appellerede doms præmis 193, er rettet mod en præmis i denne dom, der er anført for fuldstændighedens skyld og ikke, selv om det anses for at være begrundet, kan medføre en ophævelse af denne dom.

214 Det andet anbringende, som Anheuser-Busch har fremsat til støtte for appellen, må derfor forkastes som værende dels ugrundet, dels uvirksomt, og det andet anbringende, som Harmoniseringskontoret har gjort gældende, må forkastes som værende uvirksomt.

215 På denne baggrund må den appellerede dom ophæves, for så vidt som Retten vedrørende fortolkningen af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 med urette først fastslog, at betydningen af det pågældende tegn, som ikke kun må være lokal, udelukkende skal bedømmes på grundlag af den geografiske udstrækning af det omhandlede tegns beskyttelse uden at tage hensyn til brugen på dette område, og dernæst at det relevante område for bedømmelsen af brugen af tegnet ikke nødvendigvis er det område, hvor tegnet er beskyttet, og endelig at brugen af samme tegn ikke nødvendigvis skal finde sted inden datoen for indgivelsen af ansøgningen om registrering af EF-varemærket.

Om søgsmålet for Retten

216 Det følger af artikel 61, stk. 1, i statutten for Den Europæiske Unions Domstol, at hvis appellen er begrundet, kan Domstolen enten selv træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse, eller hjemvise den til Retten til afgørelse.

217 I det foreliggende tilfælde gav Retten medhold i det klagepunkt fra Budvar, der er en del af selskabets eneste anbringendes andet led, hvorved Retten rejste tvivl om appelkammerets anvendelse af betingelsen om erhvervsmæssig anvendelse af et tegn, som ikke kun har lokal betydning, som fastsat i artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94.

218 Det blev imidlertid fastslået i denne doms præmis 215, at den appellerede dom er behæftet med tre forskellige retlige fejl for så vidt angår anvendelsen af denne betingelse.

219 Med henblik på at bedømme Budvars anbringende om appelkammerets anvendelse af betingelsen om erhvervsmæssig anvendelse af et tegn, som ikke kun har lokal betydning, er det nødvendigt at foretage en bedømmelse af bevisværdien af de faktiske oplysninger, som kan godtgøre, at denne betingelse er opfyldt i det foreliggende tilfælde på grundlag af definitionen af denne, således som denne er lagt til grund i denne dom, blandt hvilke faktiske oplysninger navnlig skal henregnes de dokumenter, som Budvar har fremlagt, og som er anført i den appellerede doms præmis 171 og 172.

220 Det følger heraf, at sagen ikke er moden til, at Domstolen kan pådømme den, hvorfor behandlingen af Budvars påstand hjemvises til Retten, for at denne kan træffe afgørelse vedrørende det pågældende anbringende.

Sagens omkostninger

221 Da sagerne hjemvises til Retten, skal afgørelsen om appelsagens omkostninger udsættes.

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

1) Dommen afsagt af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans den 16. december 2008, Budějovický Budvar mod KHIM — Anheuser-Busch (BUD) (forenede sager T-225/06, T-255/06, T-257/06 og T-309/06) ophæves, for så vidt som Retten vedrørende fortolkningen af artikel 8, stk. 4, i Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker, som ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 422/2004 af 19. februar 2004, for det første med urette fastslog, at betydningen af det pågældende tegn, som ikke kun må være lokal, udelukkende skal bedømmes på grundlag af udstrækningen af beskyttelsesområdet for dette tegn, uden at tage hensyn til brugen på dette område, og dernæst at det relevante område for bedømmelsen af brugen af nævnte tegn ikke nødvendigvis er dets beskyttelsesområde, og endelig at brugen af samme tegn ikke nødvendigvis skal finde sted inden datoen for indgivelsen af ansøgningen om registrering af EF-varemærket.

2) I øvrigt forkastes appellen.

3) De forenede sager T-225/06, T-255/06, T-257/06 og T-309/06 hjemvises til Den Europæiske Unions Ret.

4) Afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.

Underskrifter