RETTENS DOM (Femte Afdeling)

7. juni 2005 *

I sag T-303/03,

Lidl Stiftung & Co. KG, Neckarsulm (Tyskland), ved advokat P. Groß,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved U. Pfleghar og G. Schneider, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

* Processprog: tysk.

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

REWE-Zentral AG, Köln (Tyskland), først ved advokat M. Kinkeldey, derefter ved advokaterne M. Kinkeldey og C. Schmitt,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 30. juni 2003 af Første Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 408/2002-1) vedrørende en indsigelse rejst af indehaveren af det nationale varemærke SOLEVITA mod registrering af EF-ordmærket Salvita,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Femte Afdeling)

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

justitssekretær: H. Jung,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 4. september 2003,

under henvisning til Harmoniseringskontorets svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 16. januar 2004,

under henvisning til intervenientens svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 16. januar 2004,

og efter retsmødet den 30. november 2004,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

1 Den 14. august 1997 indgav REWE-Central AG en EF-varemærkeansøgning til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«) i medfør af Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1).

2 Varemærket, der er søgt registreret, er ordmærket Salvita.

3 De varer, som varemærkeansøgningen vedrører, henhører under klasse 5, 29, 30 og 32 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af

varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer for hver af disse klasser til følgende beskrivelse:

— Klasse 5: »Medicinsk urtete, tyggegummi til medicinske formål; næringsmidler til spædbørn, samtlige førnævnte varer udelukkende til salg i levnedsmiddelforretninger«

— Klasse 29: »Kød, fisk, fjerkræ og vildt, blød- og skaldyr, førnævnte varer også tilberedte; pølse-, kød-, fjerkræ- og fiskevarer, kaviar; kød-, fiske-, fjerkræ- og vildtsalater; kød-, fjerkræ-, vildt- og fiskepostejer, kødekstrakter; frugt, grøntsager og bælgfrugter (forarbejdede); frugt- og grøntsagspulp; delikatessesalater af grøntsags- eller bladsalater; kartoffelprodukter af enhver art, nemlig pommes frites, kroketter, brasekartofler, forgærede kartofler, kartoffelkager, suppeboller af kartofler, fintskårne brasekartofler, kager af revne kartofler, chips, sticks; melboller, færdigretter og delvist forberedte retter, nemlig supper (inklusive pulversupper), gryderetter, tørrede færdigretter og færdigretter indeholdende væske hovedsageligt bestående af en eller flere af nedenstående varer; kød, fisk, grøntsager, tilberedt frugt, ost, pastavarer, ris; kød-, frugt- og grøntsagsgeléer, syltetøj, æg, mælk og mælkeprodukter, særlig konsummælk, surmælk, kærnemælk, yoghurt, frugtyoghurt, yoghurt med chokolade eller kakaotilsætninger, ikke-alkoholholdige mælkeblandingsdrikke, valledrikke, kefir, fløde, kvark, spiser indeholdende frugt og krydret kvark, desserter, hovedsageligt bestående af mælk og smagsstoffer med gelatine og/eller stivelse som bindemiddel, smør, smørfedt, ost, ostetilberedninger; frugtdesserter; salatsaucer, spiselige olier og spisefedt; saltbagværk, chips fremstillet af korn, saltede og usaltede nødder og andre snackvarer, indeholdt i klasse 29; samtlige førnævnte varer (så vidt muligt) også som diætetiske levnedsmidler til ikke-medicinske formål; samtlige førnævnte varer (så vidt muligt) også dybfrosne eller konserverede, steriliserede eller homogeniserede«

— Klasse 30: »Saucer, frugtsaucer, bindemidler til saucer, saucepulver, ketchup, peberrod, kapers; kaffe, te, kakao; kakaovarer, chokolade, chokoladevarer, kakaoholdigt drikkepulver, chokoladedrikke; marcipan, nougat, marcipan- og nougatprodukter; budding og buddingspiser, smørepålæg, hovedsageligt fremstillet af sukker, kakao, nougat, mælk, og/eller fedt; pralinéer, også fyldte; sukker, sukkervarer, vanillesukker, bolsjer, særlig karamel-, pebermynte-, frugt- og tyggebolsjer, suttebolsjer, tyggegummi (ikke-medicinsk); ris, tapioka, kaffeerstatning; pizzaer; mel, melprodukter af korn til næringsformål, fuldkorn uden skal, nemlig ris, hvede, havre, byg, rug, hirse, majs og boghvede, førnævnte varer også i form af blandinger og andre tilberedninger, især hvedeklid, hvedekim, majsmel, majssemulje, hørfrø, mysli og myslibarer (hovedsageligt bestående af kornflager, tørrede frugter, nødder), cerialer, popcorn; brød, rundstykker, konditori- og konfekturevarer; pasta- og fuldkornspastavarer, især nudler; bageklar småkagemasse, bagearomastoffer, lagkageglasur, spiseis, iscreme; honning, sirup; gær, bagepulver; buddingpulver, salt; sennep; eddike, herunder vineddike; krydderier, krydderblandinger, peberkorn; saltet bagværk, chips fremstillet af korn, saltede og usaltede nødder og andre snackvarer, indeholdt i klasse 30; samtlige førnævnte varer (så vidt muligt) også som diætetiske levnedsmidler til ikke-medicinske formål; samtlige førnævnte varer (så vidt muligt) også dybfrosne eller konserverede, steriliserede eller homogeniserede«

— Klasse 32: »Øl; mineralvand og kulsyreholdige vande og andre ikke-alkoholholdige drikke; frugtdrikke og frugtsaft, grøntsagssaft; saft og andre præparater til fremstilling af drikke; valledrikke, instantdrikkepulver«.

4 Varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EF-Varemærketidende* nr. 50/98 den 13. juli 1998.

5 Den 13. oktober 1998 rejste Lidl Stiftung & Co. KG indsigelse mod registrering af det ansøgte varemærke, idet selskabet anførte, at der var risiko for forveksling i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 8, stk.1, litra b), i forordning nr. 40/94. Indsigelsen var støttet på det ældre tyske varemærke SOLEVITA, der er registreret den 27. juni 1983 for varer i klasse 32 i Nice-arrangementet. Indsigelsen var rejst mod forskellige varer, der er indeholdt i klasse 29, 30 og 32, og som er specificeret i EF-varemærkeansøgningen.

6 Ved skrivelse af 27. oktober 1999 fremsatte intervenienten i henhold til artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94 begæring om, at sagsøgeren skulle godtgøre, at der blev gjort brug af selskabets varemærke.

7 Den 18. januar 2000 anmodede Harmoniseringskontorets Indsigelsesafdeling sagsøgeren om at godtgøre dette inden for en frist på to måneder.

8 Den 14. februar 2000 indsendte sagsøgeren:

— en erklæring på tro og love, underskrevet af direktøren for internationalt indkøb, dateret den 27. januar 2000, vedrørende omsætningen af varer under varemærket SOLEVITA i Forbundsrepublikken Tyskland mellem 1993 og 1999

— en liste over de varer, der var blevet markedsført under varemærket SOLEVITA fra 1993 til 1999, betegnet »Solevita bis 10-1999« (Solevita indtil oktober 1999) og med bemærkningen »Stand: 23. Märtz 1998 — 27.01.00« (status: 23. marts 1998 — 27.01.00)

— kopier af emballagemodeller for forskellige typer frugtsaft, markedsført under varemærket SOLEVITA, alle udaterede.

9 Den 28. marts 2002 forkastede Indsigelsesafdelingen sagsøgerens indsigelse. Som begrundelse for sin afgørelse anførte Indsigelsesafdelingen i det væsentlige, at de dokumenter, som sagsøgeren havde fremlagt, var utilstrækkelige til at godtgøre, at der blev gjort faktisk og reel brug af det ældre nationale varemærke. Navnlig bemærkede Indsigelsesafdelingen, at emballagemodellerne ikke var daterede, at erklæringen på tro og love kun havde relativ bevisværdi, da den hidrørte fra en af sagsøgerens ansatte, som havde en lederstilling, og at erklæringen i øvrigt kun udgjorde indicium for, at der blev gjort brug af varemærket. Indsigelsesafdelingen anførte, at sagsøgeren hverken havde indleveret fakturaer eller forklaringer fra tredjemænd for at understøtte eller bekræfte den omsætning, som selskabet havde anført at have, hvilket betød, at efterprøvelsen af de fremlagte bevismidler førte til den konklusion, at der ikke var ført bevis for faktisk og reel brug af varemærket. Indsigelsesafdelingen præciserede endvidere, at indsigelsen måtte forkastes, da de omtvistede tegn slet ikke lignede hinanden.

10 Den 10. maj 2002 indgav sagsøgeren en klage over Indsigelsesafdelingens afgørelse. Selskabet anførte navnlig, at der i den foreliggende sag var blevet ført bevis for, at der blev gjort brug af varemærket. Sagsøgeren fandt endvidere, at Indsigelsesafdelingen havde tilsidesat selskabets ret til at blive hørt, da det ikke havde været i stand til at fremsætte sine bemærkninger med hensyn til vurderingen af de oplysninger, der var blevet fremført for at bevise, at der blev gjort reel brug af varemærket. Indsigelsesafdelingen havde endvidere tilsidesat dispositionsmaksimen, da intervenienten ikke havde anfægtet, at der blev gjort brug af varemærket.

11 Ved afgørelse af 30. juni 2003 (herefter »den anfægtede afgørelse«) afslog Første Appelkammer ved Harmoniseringskontoret klagen.

12 Appelkammeret anførte i det væsentlige og for så vidt angik beviset for brugen af varemærket, at erklæringen på tro og love var en ensidig erklæring, der var blevet affattet af den berørte part selv eller af en af dennes ledende medarbejder, og at en sådan erklæring ikke var tilstrækkelig til at bevise objektive forhold, uden at blive bekræftet af yderligere beviser såsom fakturaer, hvilket ikke havde været tilfældet i den foreliggende sag. Da kopierne af emballagemodellerne ikke indeholdt nogen angivelse vedrørende markedsføringens varighed, fandt appelkammeret endvidere, at disse — ligesom i øvrigt de andre fremlagte beviser — ikke kunne bekræfte den angivne omsætning. Appelkammeret udledte heraf, at Indsigelsesafdelingen korrekt havde konkluderet, at de fremlagte dokumenter var utilstrækkelige til at bevise, at der var blevet gjort brug af varemærket i den relevante periode.

13 Hvad angår retten til at blive hørt i henhold til artikel 73, andet punktum, i forordning nr. 40/94 bemærkede appelkammeret ved efterprøvelsen af sagen, at Harmoniseringskontoret har bemyndigelse til at gøre brug af alle de oplysninger, som en part har anført, uden forudgående at give den pågældende mulighed for at tage stilling til dem, da den berørte part må antages at kende de omhandlede oplysninger. Hvad angår dispositionsmaksimen fandt appelkammeret, at spørgsmålet, om der var gjort brug af varemærket, kun er underlagt dette princip for så vidt som ansøgeren til enhver tid kan trække sin ansøgning tilbage. Indsigelsesafdelingen havde derfor ikke tilsidesat artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94.

Parternes påstande

14 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betales sagens omkostninger.

15 Harmoniseringskontoret og intervenienten har nedlagt følgende påstande:

— Harmoniseringskontoret frifindes.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

16 Sagsøgeren har til støtte for søgsmålet anført tre anbringender. Med det første anbringende har selskabet anfægtet appelkammerets konklusion, hvorefter beviset for, at der er blevet gjort brug af varemærket, ikke er blevet ført i den foreliggende sag. Med det andet og det tredje anbringende har sagsøgeren gjort gældende, at der er sket en tilsidesættelse af henholdsvis retten til at blive hørt og af dispositionsmaksimen.

Spørgsmålet om beviset for reel brug af varemærket

Parternes argumenter

17 Sagsøgerens første anbringende støttes på en redegørelse opdelt i fem punkter.

18 For det første har sagsøgeren — idet selskabet har henvist til ordlyden af artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94, og har nævnt en række afgørelser, der er truffet af Harmoniseringskontorets appelkamre — anført, at der ved »reel« brug skal forstås en faktisk brug af det ældre varemærke på markedet med det formål at henlede mulige kunders opmærksomhed på de varer og tjenesteydelser, der tilbydes under dette varemærke. Artikel 43, stk. 3, i forordning nr. 40/94 kræver således ikke — til forskel fra andre bestemmelser, såsom samme forordnings artikel 7, stk. 3 — et omfattende bevis for brugen af varemærket. Det er tilstrækkeligt, at det bevises, at det ældre varemærke faktisk er blevet brugt, og at der ikke kun er blevet gjort brug af det på markedet »som en fiktiv rettighed«.

19 For det andet har sagsøgeren henvist til den omstændighed, at appelkammeret i sin afgørelse har henvist til Domstolens dom af 11. marts 2003, Ansul (sag C-40/01, Sml. I, s. 2439), og til Rettens dom af 12. marts 2003, Goulbourn mod KHIM — Redcats (Silk Cocoon) (sag T-174/01, Sml. II, s. 789). Ifølge sagsøgeren synes appelkammeret at mene, at disse to domme behandler spørgsmålet om, hvilke dokumenter der er tilstrækkelige til at bevise reel brug af varemærket. Dette er imidlertid ikke tilfældet, da disse to domme ifølge sagsøgeren ikke har nogen forbindelse med genstanden for den foreliggende sag.

20 For det tredje har sagsøgeren, idet selskabet har henvist til artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94 og regel 22, stk. 2 og 3, i Kommissionens forordning nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 40/94 (EFT L 303, s. 1), anfægtet appelkammerets synspunkt, hvorefter visse dokumenter kunne være tilstrækkelige til at godtgøre en troværdig brug i henhold til tysk ret, men at de ikke altid er tilstrækkelige til at bevise brug i henhold til forordning nr. 40/94. Sagsøgerens bemærkning vedrører navnlig det forhold, at erklæringen på tro og love er blevet tillagt en ringere bevisværdi, end hvad der normalt ville være blevet tillagt den efter tysk ret.

21 For det fjerde har sagsøgeren gjort gældende, at den anfægtede afgørelse er i strid med den afgørelse, der blev truffet af Tredje Appelkammer ved Harmoniserings-

kontoret den 11. juli 2001 i sag R 759/2000-3, Grafenwälder/Grafenwalder. I denne sag havde indsigeren indleveret en erklæring på tro og love, en opgørelse over den månedlige omsætning for den pågældende periode, to kopier af de varer, der var forsynet med varemærket, samt en reklamebrochure. Sagsøgeren har fremhævet det forhold, at appelkammeret, der herved tog afstand fra det af Indsigelsesafdelingen anførte, navnlig i punkt 22 i sin afgørelse præciserede, at »de oplysninger, som indsigeren har fremlagt i den foreliggende sag, [er] tilstrækkelige til at opfylde disse krav, især da regel [22 i forordning nr. 2868/95] ikke kræver, at alle de bevismidler, der er nævnt deri, skal foreligge kumulativt«. Ifølge sagsøgeren er denne retsopfattelse desuden i overensstemmelse med den afgørelse, der blev truffet af Andet Appelkammer den 8. november 2000 i sag R 756/1999-2, DOCTORS/DOC & TORS.

22 For det femte er sagsøgeren af den opfattelse, at de dokumenter, der er fremlagt i sagen, set som en helhed, ikke kan efterlade nogen tvivl om, at det ældre varemærke — med hensyn til den omhandlede vare og i den periode, der skal tages i betragtning i Tyskland, som er den medlemsstat, hvor varemærket er registreret — har været genstand for en meget betydningsfuld reel brug. Til støtte for sit synspunkt har sagsøgeren henvist til den afgørelse, der blev truffet af Første Appelkammer ved Harmoniseringskontoret den 6. april 2001 i sag R 129/2000-1, VISIO/VISION. Sagsøgeren har herefter konkluderet, at der i den foreliggende sag er blevet ført bevis for, at der er blevet gjort reel brug af varemærket i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94.

23 Harmoniseringskontoret har heroverfor anført, at selv om det inden for rammerne af indsigelsesproceduren ganske vist ikke forlanges, at indsigeren beviser, at hans varemærke har fået særpræg efter den brug, der er gjort deraf — hvilket artikel 7, stk. 3, i forordning 40/94 kunne fastsætte — fritager dette dog ikke indsigeren fra at løfte den bevisbyrde, der påhviler ham.

24 I henhold til artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94 skal indsigeren tværtimod føre beviset for, at tegnet har været genstand for reel brug i den relevante periode.

25 Ganske vist kræver regel 22, stk. 3, i forordning nr. 2868/95 ikke, at alle de beviser, der er nævnt i bestemmelsen, fremlægges kumulativt. De beviser, der fremlægges af indsigeren, skal imidlertid gøre det muligt klart at udlede, hvor, hvornår samt i hvilket omfang og i hvilken form det ældre varemærke er blevet brugt, i henhold til samme regels stk. 2.

26 I den foreliggende sag har Harmoniseringskontoret medgivet, at de dokumenter, der er fremlagt i sagen, er bevismidler, der kan godkendes i henhold til artikel 76, stk. 1, i forordning nr. 40/94, og regel 22, stk. 2 og 3, i forordning nr. 2868/95. Navnlig har Harmoniseringskontoret præciseret, at »erklæringen på tro og love«, som indsigeren har indleveret, kan godkendes som bevismiddel.

27 Harmoniseringskontoret har ikke desto mindre anført, at en sådan erklærings bevisværdi skal vurderes sammen med alle de andre beviser, der er fremlagt, efter deres indhold og de særlige omstændigheder i den konkrete sag. Vurderingen fører til den konklusion, at denne erklæring på tro og love alene eller sammenholdt med en vareliste, der er vedlagt som bilag, ikke er tilstrækkelig til at bevise, at der er gjort reel brug af den ældre rettighed.

28 I den forbindelse har Harmoniseringskontoret anført, at den liste, der er vedlagt erklæringen på tro og love, alene gengiver de tal, der er nævnt i erklæringen, uden dog at bevise dem. Disse oplysninger er således ikke tilstrækkelige til at bevise, at der er gjort reel brug af varemærket, da de ikke er underbygget af f.eks. fakturaer, kataloger eller reklameannoncer. Hvad angår de udaterede gengivelser af vare-emballagerne gør disse det endvidere kun muligt at opstille blotte formodninger og kan således ikke understøtte de andre bevismidler og erklæringerne.

29 Intervenienten har ligeledes medgivet, at erklæringen på tro og love er et bevismiddel, der kan godkendes, som fastsat udtrykkeligt i artikel 76, stk. 1, litra f), i forordning nr. 40/94. Det er imidlertid op til Harmoniseringskontoret, eller rettere kontorets appelkamre, efter et frit skøn at vurdere beviskraften af denne erklæring på tro og love.

30 I den foreliggende sag fremgår oplysningerne vedrørende de solgte enheder og den periode, hvori varerne påstås at være blevet solgt, kun af erklæringen på tro og love fra sagsøgerens egen direktør for internationale indkøb. Varelisten hidrører endvidere fra sagsøgeren selv og indeholder intet objektivt element. Den styrker således ikke bevisværdien af erklæringen på tro og love. Den er i realiteten en simpel skriftlig påstand fra en part, der ikke har nogen som helst beviskraft. Hvad angår emballagemodellerne finder intervenienten, at disse er de eneste objektive oplysninger, som sagsøgeren har fremlagt. De indeholder imidlertid på ingen måde oplysninger om datoen for deres anvendelse eller det tidsrum, hvori de har været anvendt.

31 Intervenienten har endvidere præciseret, at erklæringen på tro og love også efter tysk ret kun er tilstrækkelig til at bevise faktisk og reel brug, hvis den er ledsaget og understøttet af andre beviser. Intervenienten har i den forbindelse henvist til en afgørelse fra Første Appelkammer ved Harmoniseringskontoret, der er nævnt i stævningen.

Rettens bemærkninger

32 Artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 bestemmer, at den, der ansøger om et EF-varemærke, kan begære, at det bevises, at der er gjort reel brug af det ældre varemærke på det område, hvor det er beskyttet, inden for de seneste fem år forud for offentliggørelsen af den varemærkeansøgning, der er rejst indsigelse imod.

33 I henhold til regel 22, stk. 2, i forordning nr. 2868/95 skal det af de oplysninger og bevisligheder, der fremlægges som dokumentation for brug, fremgå, hvor, hvornår samt i hvilket omfang og i hvilken form det varemærke, som indsigelsen støttes på, er blevet brugt til de varer og tjenesteydelser, for hvilke varemærket er registreret, og hvorpå indsigelsen støttes. Ifølge samme regel skal disse oplysninger »underbygges med beviser«.

34 I den forbindelse præciserer regel 22, stk. 3, i forordning nr. 2868/95, at der som bevis for brugen af varemærket »[kun] [bør]« fremlægges underbyggende dokumentation og bevisligheder som »f.eks.« emballager, etiketter, prislister, kataloger, fakturaer, fotografier, avisannoncer samt de i artikel 76, stk. 1, litra f), i forordning nr. 40/94 nævnte skriftlige erklæringer, der bl.a. omfatter skriftlige erklæringer på tro og love.

35 Ved fortolkningen af udtrykket reel brug skal der endvidere tages hensyn til det forhold, at formålet med kravet om, at der skal være gjort reel brug af det ældre varemærke, for at mærket kan gøres gældende over for en EF-varemærkeansøgning, er at begrænse konflikter mellem to varemærker, når der ikke økonomisk er nogen rimelig grund til dem, der udspringer af varemærkets faktiske funktion på markedet (Silk Cocoon-dommen, præmis 38). Nævnte bestemmelse omhandler derimod hverken vurderingen af den handelsmæssige succes eller kontrollen med en virksomheds økonomiske strategi og bestemmer heller ikke, at beskyttelsen af varemærker kun skal forbeholdes en kvantitativt væsentlig handelsmæssig brug (Rettens dom af 8.7.2004, sag T-334/01, MFE Marienfelde mod KHIM — Vétoquinol (HIPOVITON), Sml. II, s. 2787, præmis 32).

36 Som det fremgår af Ansul-dommen vedrørende fortolkningen af artikel 12, stk. 1, i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1), hvis normative indhold i det væsentlige svarer til indholdet af artikel 43 i forordning

nr. 40/94, er der gjort »reel brug« af et varemærke, når dette er anvendt i overensstemmelse med varemærkets grundlæggende funktion, som er at garantere oprindelsen af de varer eller tjenesteydelser, som det er blevet registreret for, med henblik på at skabe eller bevare en afsætningsmulighed for disse varer og tjenesteydelser. Dette omfatter ikke symbolske former for brug alene med det formål at bevare de til varemærket knyttede rettigheder (præmis 43). I den forbindelse bemærkes, at betingelsen om reel brug af varemærket kun er opfyldt, når varemærket med den beskyttelse, det har inden for det relevante geografiske område, bruges offentligt og i forhold til omverdenen (Silk Cocoon-dommen, præmis 39, jf. i denne retning og analogt Ansul-dommen, præmis 37).

37 Bedømmelsen af, om brugen af varemærket er reel, skal foretages på grundlag af samtlige faktiske omstændigheder, der kan godtgøre, at varemærket virkelig anvendes handelsmæssigt, navnlig de former for brug, der i den pågældende branche anses for begrundet i fastholdelse eller erhvervelse af markedsandele for de varer eller tjenesteydelser, der beskyttes af varemærket, disse varers eller tjenesteydelsers art, de særlige forhold på markedet samt omfanget og hyppigheden af brugen af varemærket (HIPOVITON-dommen, præmis 34, jf. i denne retning og analogt Ansul-dommen, præmis 43).

38 For at undersøge, om der er tale om reel brug af et ældre varemærke, skal der anlægges en helhedsvurdering, under hensyntagen til alle de relevante faktorer i det foreliggende tilfælde (HIPOVITON-dommen, præmis 36). En reel brug af et varemærke kan heller ikke bevises ved hjælp af sandsynlighedsbetragtninger eller formodninger, men skal hvile på konkrete og objektive omstændigheder, der godtgør en faktisk og tilstrækkelig brug af varemærket på det pågældende marked (Rettens dom af 12.12.2002, sag T-39/01, Kabushiki Kaisha Fernandes mod KHIM — Harrison (HIWATT), Sml. II, s. 5233, præmis 47).

39 I den foreliggende sag indeholdt den skriftlige erklæring fra sagsøgerens direktør for internationale indkøb og listen, der var udformet som en oversigt over de markedsførte varer, oplysninger om brugen af varemærket, der angiver, hvor (Tyskland), hvornår (1993-1999), i hvilket omfang (omsætningen pr. år og pr. vare) og i hvilken form (navnlig frugtsaft).

40 Hvad angår den skriftlige erklæring fra sagsøgerens direktør for internationale indkøb bemærkes, at artikel 76, stk. 1, litra f), i forordning nr. 40/94 som bevismiddel for brugen af varemærket i medfør af henvisningen til regel 22 i forordning nr. 2868/95 omhandler »skriftlige erklæringer, der er afgivet under ed eller på tro og love, eller som har tilsvarende virkning i henhold til lovgivningen i den stat, hvor de er afgivet«. Det følger heraf, at virkningerne af en skriftlig erklæring kun skal fastlægges efter lovgivningen i den pågældende medlemsstat, hvis erklæringen ikke er afgivet under ed eller på tro og love. I den foreliggende sag står det fast, at den skriftlige erklæring fra sagsøgerens direktør for internationale indkøb er en erklæring på tro og love, og at den som sådan er blevet antaget som et beviselement af appelkammeret. Det følger heraf, og uden at det er nødvendigt at efterprøve erklæringens virkninger i tysk ret, at erklæringen er omfattet af de bevismidler, der er nævnt i artikel 76, stk. 1, litra f), i forordning nr. 40/94, som regel 22 i forordning nr. 2868/95 henviser til.

41 Selv om erklæringen på tro og love og listen i form af en oversigt over de varer, som sagsøgeren har markedsført, kan anses for at være bevismidler, der kan antages med henblik på sagens behandling, skal der under hensyntagen til alle de relevante faktorer foretages en helhedsvurdering af dokumentationen i sagens akter, for at afgøre, om der er ført bevis for, at der er gjort reel brug af varemærket. I den forbindelse skal det understreges, at parterne i henhold til regel 22, stk. 3, i forordning nr. 2868/95 har forskellige bevismidler vedrørende brugen af varemærket til rådighed. Derudover indeholder hverken forordning nr. 40/94 eller forordning nr. 2868/95 noget, der peger på, at bevismidlerne for brugen af varemærket — samlet set eller hver for sig — nødvendigvis måtte føre til, at Harmoniseringskontoret måtte konkludere, at der var ført bevis for, at der var gjort reel brug af varemærket.

42 I den foreliggende sag bemærkes for det første, at erklæringen på tro og love og listen i form af en oversigt over de markedsførte varer er blevet affattet af sagsøgeren selv. I den forbindelse bemærkes, at for at vurdere et dokuments bevisværdi må sandsynligheden af dets indhold først efterprøves. Der skal således bl.a. tages hensyn til dokumentets oprindelse, omstændighederne ved dets udarbejdelse, modtageren af dokumentet, og til spørgsmålet, om dokumentet efter sit indhold forekommer fornuftigt og troværdigt (jf. i denne retning og analogt Rettens dom af 15.3.2000,

forenede sager T-25/95, T-26/95, T-30/95 — T-32/95, T-34/95 — T-39/95, T-42/95 — T-46/95, T-48/95, T-50/95 — T-65/95, T-68/95 — T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 og T-104/95, Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 491, præmis 1838, jf. endvidere generaladvokat Légers forslag til afgørelse i sag C-57/02 P, dom af 14.7.2005, Acerinox mod Kommissionen, Sml. I, s. 6689, punkt 202). Det kan hverken af forordning nr. 40/94 eller af forordning nr. 2868/95 udledes, at beviskraften af bevismidler for brugen af varemærket, herunder erklæringer på tro og love, skal efterprøves i lyset af en medlemsstats nationale lovgivning.

43 For det andet har sagsøgeren på intet tidspunkt i sagen for Harmoniseringskontoret fremlagt andre oplysninger, der kunne understøtte bl.a. de tal, der fremgik af virksomhedens erklæring på tro og love og listen over de markedsførte varer.

44 Den eneste supplerende dokumentation, der er blevet indgivet til sagens akter, var kopierne af de pågældende varers modelemballage, der ikke var daterede. Selv hvis disse kopier kunne have den virkning at bekræfte »formen« (frugtsaft), og eventuelt »hvor« (modelemballagen var affattet på tysk) varemærket var blevet brugt, indeholdt de intet, der kunne bekræfte, hvornår og i hvilket omfang denne brug havde fundet sted.

45 Endelig bemærkes, at de supplerende bilag, der ville have kunnet bekræfte de oplysninger, der er indeholdt i erklæringen på tro og love — f.eks. fakturaer, kataloger eller avisannoncer — ikke er af en sådan art, at det ville have været vanskeligt for sagsøgeren at fremskaffe dem. Disse oplysninger kunne navnlig have været fremlagt for appelkammeret, så meget desto mere fordi det allerede fremgik af Indsigelsesafdelingens afgørelse, at beviserne for brugen af varemærket var utilstrækkelige.

46 På den baggrund og i betragtning af alle de relevante faktorer må det fastslås, at appelkammeret ikke begik en fejl, da det fastslog, at beviset for brugen af det ældre nationale varemærke ikke var blevet ført i den foreliggende sag.

47 De andre argumenter, som sagsøgeren har fremført, kan ikke afkræfte denne bedømmelse.

48 Hvad angår den omstændighed, at appelkammeret i den anfægtede afgørelse har henvist til Ansul- og Silk Cocoon-dommene, der angiveligt ikke er relevante i den foreliggende sag, er det tilstrækkeligt at bemærke, at appelkammeret — i modsætning til, hvad sagsøgeren har hævdet — ikke har anført, at disse domme behandlede spørgsmålet om, hvilke dokumenter der var tilstrækkelige til at bevise, at der var gjort reel brug af varemærket. Som det fremgår klart af punkt 15 i den anfægtede afgørelse, henviste appelkammeret alene til de to domme, for så vidt som de definerer udtrykket »reel brug« i henhold til fællesskabsbestemmelserne. Dette argument savner følgelig grundlag i de faktiske omstændigheder.

49 Hvad angår det forhold, at tidligere afgørelser fra Harmoniseringskontorets appelkamre skulle være i strid med den anfægtede afgørelse, er det tilstrækkeligt at bemærke, at lovligheden af appelkamrenes afgørelser udelukkende skal bedømmes på grundlag af forordning nr. 40/94, som fortolket af Fællesskabets retsinstanser, og ikke på grundlag af appelkamrenes tidligere afgørelsespraksis (jf. Rettens dom af 9.10.2002, sag T-36/01, Glaverbel mod KHIM (En glasplades overflade), Sml. II, s. 3887, præmis 35, og af 20.11.2002, forenede sager T-79/01 og T-86/01, Bosch mod KHIM (Kit pro og Kit Super Pro), Sml. II, s. 4881, præmis 32). Dette argument er således irrelevant.

50 Af alle de anførte grunde må det første anbringende forkastes.

Spørgsmålet, om retten til at blive hørt er tilsidesat

Parternes argumenter

51 Sagsøgeren er af den opfattelse, at appelkammeret, da det ikke har ladet fremgå, at det var i tvivl om troværdigheden af erklæringen på tro og love, og kun har tillagt denne en begrænset bevisværdi, forinden skulle have givet sagsøgeren mulighed for at fremsætte sine bemærkninger i henhold til artikel 73, andet punktum, i forordning nr. 40/94. Under hensyn til en afgørelse fra et andet appelkammer i en anden sag (Grafenwälder/Grafenwalde-sagen, der er nævnt ovenfor i præmis 21) måtte sagsøgeren gå ud fra, at de bilag, der var fremlagt for Harmoniseringskontoret, var tilstrækkelige til at give oplysninger om, hvor, hvornår samt i hvilket omfang og i hvilken form varemærket var blevet brugt. Sagsøgeren er navnlig af den opfattelse, at selskabet ingen grund havde til at antage, at appelkammeret ville tillægge erklæringen på tro og love en begrænset bevisværdi. Sagsøgeren er derfor af den opfattelse, at den kompetente »domsmyndighed« skulle have gjort opmærksom på en retsopfattelse, som sagsøgeren ikke kendte, og som ville udgøre grundlaget for den nævnte »domsmyndigheds« afgørelse. Under disse omstændigheder adskiller den foreliggende sag sig fra den sag, der gav anledning til Rettens dom af 5. juni 2002, Hershey Foods mod KHIM (Kiss Device with plume) (sag T-198/00, Sml. II, s. 2567), som der henvises til i den anfægtede afgørelse.

52 Harmoniseringskontoret er af den opfattelse, at retten til at blive hørt omfatter alle de faktiske og retlige omstændigheder, der udgør afgørelsens grundlag, men ikke det endelige standpunkt, som administrationen agter at indtage. Under disse omstændigheder er Harmoniseringskontoret af den opfattelse, at Indsigelsesafdelingen ikke har tilsidesat retten til at blive hørt, og at afdelingens afgørelse under alle omstændigheder ikke kan være genstand for et søgsmål ved Retten.

53 Hvis det anbringende, som sagsøgeren har fremsat, imidlertid skulle være rettet mod appelkammerets afgørelse, er Harmoniseringskontoret af den opfattelse, at

klagepunktet vedrørende afslaget på retten til at blive hørt er uforståeligt, da appelkammeret afslog indsigelsen af de samme grunde, som Indsigelsesafdelingen havde angivet.

54 Intervenienten har anført, at Harmoniseringskontoret kun kan støtte sin afgørelse alene på de omstændigheder, som de to parter har haft kendskab til, og som de har kunnet tage stilling til. Ved bedømmelsen af, hvorvidt bestemte anførte faktiske omstændigheder er tilstrækkelige til at kunne bevise en virkelig og reel brug af varemærket, er der tale om et retligt spørgsmål. Der er på ingen måde tale om en konstatering af de faktiske omstændigheder, men om en retlig vurdering af de fremlagte bilag, som Harmoniseringskontoret ikke er forpligtet til forinden at meddele parterne. Intervenienten har endvidere anført, at det ville være i strid med Harmoniseringskontorets pligt til at forholde sig neutralt, hvis det opfordrede en part til at fremlægge yderligere beviser for brugen af varemærket.

Rettens bemærkninger

55 Indledningsvis bemærkes, at sagsøgeren med anbringendet om, at retten til at blive hørt er blevet tilsidesat, faktisk har gjort gældende, at der er sket en tilsidesættelse af artikel 73, andet punktum, i forordning nr. 40/94, der bestemmer, at Harmoniseringskontorets afgørelser kun må støttes på grunde, som parterne har haft lejlighed til at udtale sig om.

56 Det bemærkes endvidere, at sagsøgeren i retsmødet har anført, at det omhandlede anbringende både vedrører den procedure, der gav anledning til Indsigelsesafdelingens afgørelse, og den procedure, der førte til den anfægtede afgørelse.

57 Hvad angår den procedure, der gav anledning til Indsigelsesafdelingens afgørelse, er dette anbringende for første gang blevet gjort gældende under den mundtlige forhandling.

58 Ifølge artikel 48, stk. 2, første afsnit, i Rettens procesreglement må nye anbringender imidlertid ikke fremsættes under sagens behandling, medmindre de støttes på retlige eller faktiske omstændigheder, som er kommet frem under retsforhandlingerne.

59 Under alle omstændigheder er det i henhold til artikel 63, stk. 1, i forordning nr. 40/94 kun appelkamrenes afgørelser, der kan indbringes for Fællesskabets retsinstanser. Det må derfor fastslås, at det alene er de anbringender, der er rettet mod selve appelkammerets afgørelse, der kan antages til realitetsbehandling.

60 Anbringendet om en tilsidesættelse af artikel 73, andet punktum, i forordning nr. 40/94 må derfor afvises for så vidt angår Indsigelsesafdelingens afgørelse.

61 Hvad angår den anfægtede afgørelse bemærkes, at det var med rette, at det i punkt 26 i den anfægtede afgørelse — selv hvis skulle antages, at sagsøgeren i virkeligheden foreholder appelkammeret, at det ikke har ophævet Indsigelsesafdelingens afgørelse på trods af en påstået procedurefejl, som denne afgørelse var behæftet med — blev anført, at Harmoniseringskontoret ved efterprøvelsen af sagen var berettiget til at gøre brug af alle de oplysninger, som en part er fremkommet med, uden forudgående at give den pågældende mulighed for at tage stilling hertil. Appelkammeret var under alle omstændigheder ikke forpligtet til at ophæve Indsigelsesafdelingens afgørelse alene af denne grund, når afgørelsen indholdsmæssigt set ikke var forkert. Det skal endvidere understreges, at sagsøgeren har indgivet en klage til appelkammeret navnlig for at give sin mening til kende med hensyn til betydningen af de dokumenter, der var blevet fremlagt for at bevise den reelle brug, der i den foreliggende sag var blevet gjort af varemærket, og at sagsøgeren således er blevet hørt i den henseende.

62 Hvad angår retten til at blive hørt for appelkammeret selv bemærkes, at vurderingen af de faktiske omstændigheder henhører under selve beslutningsprocessen. Retten til at blive hørt omfatter alle forhold af faktisk eller retlig art, som danner grundlag for beslutningsprocessen, men ikke det endelige standpunkt, som administrationen agter at indtage (jf. analogt Rettens dom af 21.1.1999, forenede sager T-129/95, T-2/96 og T-97/96, Neue Maxhütte Stahlwerke og Lech-Stahlwerke mod Kommissionen, Sml. II, s. 17, præmis 231). Da sagsøgeren endvidere, som allerede anført, selv har fremlagt de omhandlede dokumenter for Harmoniseringskontoret, har selskabet klart kunnet tage stilling til disse og til deres relevans. Under disse omstændigheder var appelkammeret ikke forpligtet til at høre sagsøgeren vedrørende vurderingen af de faktiske forhold, som det havde valgt at benytte som grundlag for sin afgørelse.

63 Anbringendet om en tilsidesættelse af artikel 73, andet punktum, i forordning nr. 40/94 må derfor forkastes.

Spørgsmålet, om dispositionsmaksimen er blevet tilsidesat

Parternes argumenter

64 Ifølge sagsøgeren har dispositionsmaksimen, der er indeholdt i artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94, til følge, at appelkammeret, så længe det ikke på grundlag af noget af intervenienten anført eller på grund af selvmodsigende oplysninger i dokumenterne havde anledning til at betvivle troværdigheden af oplysningerne i erklæringen på tro og love, ikke var berettiget til ex officio at bestride oplysningerne og kun tillægge erklæringen på tro og love en ringe bevisværdi.

65 I den foreliggende sag har appelkammeret med urette vurderet, at der ikke er sket en tilsidesættelse af artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94. Appelkammeret har nemlig ikke draget nogen konsekvens af det forhold, at intervenienten ikke har anfægtet de beviser, der er blevet fremlagt med hensyn til brugen af varemærket. Appelkammeret har derudover ikke taget hensyn til den omstændighed, at arten og indholdet af disse beviser stiltiende var blevet anerkendt som beviser, da intervenienten har begrænset listen over sine varer, og herefter, herunder i klagesagen, kun har udtalt sig om spørgsmålet, om der var risiko for forveksling. Under disse omstændigheder var der ingen grund til at betvivle rigtigheden og sandhedsindholdet af de fremlagte dokumenter. Efter sagsøgerens opfattelse havde Indsigelsesafdelingen derfor intet retligt grundlag for det første for ex officio at anse dem for at være anfægtede, for det andet at betvivle troværdigheden af oplysningerne i erklæringen på tro og love og for det tredje at tillægge dem en ringe bevisværdi. Alene på grund af disse forhold er den anfægtede afgørelse behæftet med en væsentlig procedurefejl.

66 Hvad angår spørgsmålet, om der er blevet ført bevis for brugen, da intervenienten ikke længere har anfægtet brugen, efter at sagsøgeren havde indleveret de pågældende dokumenter, har Harmoniseringskontoret anført, at Retten allerede har udtalt sig vedrørende dette argument i sin dom af 13. juni 2002, Chef Revival USA mod KHIM (Massagué Marín — Chef) (sag T-232/00, Sml. II, s. 2749). I henhold til denne dom kan det udledes af artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94, at det påhviler parterne at fremlægge de bevismidler, der støtter deres påstande. I dommen tales der ikke om en undtagelse fra dette princip, såfremt der ikke er rejst nogen indvendinger.

67 Hvad angår spørgsmålet, om det forhold, at der ikke er blevet reageret, kan anses for at være et samtykke med hensyn til de faktiske omstændigheder, har Harmoniseringskontoret understreget, at hverken forordning nr. 40/94 eller forordning nr. 2868/95 udtrykkeligt henviser til et sådant princip. Hvis ansøgeren ikke fremkommer med nogen bemærkninger, kan Harmoniseringskontoret træffe afgørelse vedrørende indsigelsen ved at støtte sig på de beviser, som det har til rådighed. Harmoniseringskontoret har endvidere anført, at selv hvis ansøgeren om varemærket ikke reagerer over for en indsigelse, råder kontoret over ansøgningen og — sammen med indsigelsen — over det nødvendige grundlag for at træffe en afgørelse.

68 Harmoniseringskontoret har tilføjet, at indsigelsen i henhold til artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94 skal forkastes, hvis varemærkeansøgeren har indgivet en begæring om, at det godtgøres, at der er gjort brug af indsigerens varemærke, og beviset ikke er blevet ført.

69 Under hensyntagen til alle disse forhold har Harmoniseringskontoret endelig præciseret, at sagsøgerens argument om, at begrænsningen af ansøgningen udgør en stiltiende accept, ikke kan følges. Ifølge Harmoniseringskontoret kan en sådan begrænsning foretages på et hvilket som helst tidspunkt og er på ingen måde forbundet med indsigelsessagen. Sagsøgerens konklusion i denne forbindelse er ikke overbevisende.

70 Intervenienten har anført, at Harmoniseringskontoret i henhold til artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94 begrænser sig til at prøve de af parterne fremførte kendsgerninger, beviser og argumenter og de af parterne fremsatte anmodninger. En indsigelse kan således ikke forkastes, blot fordi indsigeren ikke har bevist, at der foreligger faktisk og reel brug, hvis ansøgeren ikke har anfægtet brugen af det varemærke, som indsigelsen er støttet på. Hvis brugen af det varemærke, som indsigelsen støttes på, er blevet anfægtet på et eller andet tidspunkt under sagen, gælder denne indvending — stadig ifølge intervenienten — for hele sagen, herunder den eventuelle klagesag. Det er derfor ikke nødvendigt at gentage indvendingen, idet denne først mister sin virkning, hvis varemærkeansøgeren udtrykkeligt trækker den tilbage, eller hvis han udtrykkeligt anerkender, at der gøres faktisk og reel brug af det ældre varemærke, hvilket ikke er tilfældet i den foreliggende sag.

71 Intervenienten har tilføjet, at intervenienten under sagen for appelkammeret er fremkommet med bemærkninger vedrørende det forhold, at der ikke er blevet gjort brug af varemærket. Den omstændighed, at intervenienten i indsigelsessagen alene har fremført argumentet vedrørende risikoen for forveksling af de to varemærker, betyder ikke, at anbringendet vedrørende den manglende faktiske og reelle brug er blevet trukket tilbage af intervenienten. En sådan tilbagetrækning kan kun ske udtrykkeligt, hvilket ikke har været tilfældet i den foreliggende sag.

72 Hvad angår begrænsningen af listen over de varer, der er nævnt i varemærkeansøgningen, er intervenienten af den opfattelse, at denne begrænsning ikke betyder, at intervenienten underforstået har givet afkald på at anfægte brugen af varemærket. Denne indvending kunne kun trækkes tilbage ved en udtrykkelig erklæring herom over for Harmoniseringskontoret. Intervenienten har tilføjet, at begrænsningen af listen over varer og tjenesteydelser vedrørte andre faktiske omstændigheder og har ført til, at andre indsigelsessager er blevet afsluttet.

Rettens bemærkninger

73 Indledningsvis bemærkes, at sagsøgeren med anbringendet vedrørende tilsidesættelsen af dispositionsmaksimen faktisk har gjort gældende, at der foreligger en tilsidesættelse af artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94.

74 I henhold til denne bestemmelse »begrænser [Harmoniseringskontoret] sig i sager vedrørende relative registreringshindringer [...] til at prøve de af parterne fremførte kendsgerninger, beviser og argumenter og de af parterne fremsatte anmodninger«. Ordet »anmodninger« dækker i den foreliggende sag ansøgningen om registrering af varemærket og indsigelsen, der er blevet rejst heroverfor. Ordene »kendsgerninger, beviser og argumenter« omfatter de retlige og faktiske oplysninger, som parterne er fremkommet med til støtte for deres anmodninger.

75 I den foreliggende sag var Harmoniseringskontoret således blevet forelagt to anmodninger i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94. Den første anmodning, som intervenienten var fremkommet med, havde til formål, at varemærket Salvita skulle registreres. Den anden anmodning, som sagsøgeren er fremkommet med, havde til formål at rejse indsigelse over for denne registrering på grundlag af det ældre varemærke SOLEVITA. Begge anmodninger blev understøttet af kendsgerninger, beviser og argumenter, fremført af parterne.

76 Det bemærkes i den forbindelse, at selv om den franske version af ordlyden af artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94 ikke udtrykkeligt omhandler parternes fremlæggelse af beviser, følger det ikke desto mindre af denne bestemmelse, at det også påhviler parterne at fremlægge beviserne til støtte for deres anmodninger. Denne fortolkning støttes på en gennemgang af andre sprogversioner af bestemmelsen, navnlig den engelske version »the facts, evidence and arguments provided by the parties«, den tyske version »das Vorbringen [...] der Beteiligten« og den italienske version, der henviser til »[ai] fatti, prove e argomenti addotti [...] dalle parti« (Chef-dommen, præmis 45).

77 Derudover skal indehaveren af et ældre varemærke, der har rejst indsigelse, i henhold til artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94, såfremt ansøgeren begærer det, godtgøre, at der er gjort reel brug af dette varemærke, eller at der foreligger rimelig grund til, at brug ikke har fundet sted. Såfremt ansøgeren fremsætter en sådan begæring, får det således til virkning, at bevisbyrden for den reelle brug (eller for, at der foreligger rimelig grund til, at brug ikke har fundet sted) påhviler indsigeren, da indsigelsen ellers vil blive forkastet. For at en sådan virkning skal fremkomme, skal begæringen være fremsat udtrykkeligt og rettidigt for Harmoniseringskontoret. Heraf følger, at manglende bevis for reel brug kun kan medføre, at indsigelsen forkastes i det tilfælde, hvor ansøgeren rettidigt har indgivet en udtrykkelig begæring om et sådant bevis til Harmoniseringskontoret (Rettens dom af 17.3.2004, forenede sager T-183/02 og T-184/02, El Corte Inglés mod KHIM — Gonzáles Cabello og Iberia Líneas Aéreas de España (MUNDICOR), Sml. II, s. 965, præmis 38 og 39).

78 I den foreliggende sag har intervenienten den 27. oktober 1999 fremsat begæring om, at sagsøgeren fremlægger bevis for reel brug af sit varemærke i henhold til artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94. Det er ubestridt, at denne begæring er blevet fremsat udtrykkeligt og rettidigt. Sagsøgeren bærer derfor bevisbyrden for, at der er gjort reel brug varemærket.

79 Under disse omstændigheder og under hensyntagen til den omstændighed, at intervenienten ikke har trukket ansøgningen om registrering af varemærket Salvita tilbage, samt henset til, at det påhviler sagsøgeren at bevise, at der er blevet gjort reel

brug af varemærket, og at dette bevis ikke er blevet ført i den foreliggende sag, må det fastslås, at det var med rette, at Harmoniseringskontoret forkastede indsigelsen, selv om intervenienten ikke har anfægtet de oplysninger, som sagsøgeren har fremført til støtte for sin indsigelse.

80 Hvad angår det af sagsøgeren fremførte argument, hvorefter intervenienten har begrænset listen over varer, der er nævnt i registreringsansøgningen, og derfor underforstået var af den opfattelse, at beviset for den reelle brug af varemærket var blevet ført, bemærkes, at intervenienten alene har anmodet om, at listen over varer i klasse 5 i ansøgningen om EF-varemærket blev begrænset. Herudover står det fast, at sagsøgerens indsigelse alene vedrørte varer i klasse 29, 30 og 32 i ansøgningen om EF-varemærket. Det følger heraf, at begrænsningen af listen over varer i ansøgningen i den foreliggende sag ikke kan have betydning for sagsøgerens indsigelse. Under alle omstændigheder bemærkes, at det påhvilede sagsøgeren at bevise, at det omhandlede varemærke havde været genstand for reel brug. Da et sådant bevis ikke foreligger, og i betragtning af, at ansøgningen om registrering af EF-varemærket, som intervenienten havde indgivet, ikke er blevet trukket tilbage, var det med rette, at Harmoniseringskontoret forkastede sagsøgerens indsigelse.

81 Herefter må anbringendet vedrørende en tilsidesættelse af artikel 74, stk. 1, andet punktum, i forordning nr. 40/94 forkastes, og Harmoniseringskontoret må følgelig frifindes.

Sagens omkostninger

82 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Sagsøgeren har tabt sagen og bør derfor pålægges at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Harmoniseringskontorets og intervenientens påstande herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Femte Afdeling)

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

2) **Sagsøgeren betaler sagens omkostninger.**

Vilaras Dehousse Šváby

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 7. juni 2005.

H. Jung

Justitssekretær

M. Vilaras

Afdelingsformand