DOMSTOLENS DOM (Fjerde Afdeling)

13. september 2007 *

I sag C-234/06 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i Domstolens statut, iværksat den 23. maj 2006,

Il Ponte Finanziaria SpA, Scandicci (Italien), ved avvocati P.L. Roncaglia, A. Torrigiani Malaspina og M. Boletto,

appellant,

de andre parter i appelsagen:

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved O. Montalto og M. Buffolo, som befuldmægtigede,

sagsøgt i første instans,

* Processprog: italiensk.

F.M.G. Textiles Srl, tidligere Marine Enterprise Projects — Società Unipersonale di Alberto Fiorenzi Srl, Numana (Italien), ved avvocato D. Marchi,

intervenient i første instans,

har

DOMSTOLEN (Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, K. Lenaerts (refererende dommer), og dommerne E. Juhász, R. Silva de Lapuerta, G. Arestis og J. Malenovský,

generaladvokat: E. Sharpston
justitssekretær: R. Grass,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 29. marts 2007,

afsagt følgende

Dom

1 I appelskriftet har Il Ponte Finanziaria SpA (herefter »appellanten«) nedlagt påstand om ophævelse af den dom, der blev afsagt af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans den 23. februar 2006, Il Ponte Finanziaria mod KHIM — Marine Enterprise Projects (BAINBRIDGE) (sag T-194/03, Sml. II, s. 445, herefter »den

appellerede dom«), hvorved appellanten ikke fik medhold i sin påstand om annullation af den afgørelse, der var blevet truffet af Fjerde Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«) den 17. marts 2003 vedrørende en indsigelsessag mellem appellanten og Marine Enterprise Projects — Società Unipersonale di Alberto Fiorenzi Srl (herefter »den anfægtede afgørelse«).

Retsforskrifter

2 Artikel 8, stk. 1, litra b), i Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1) bestemmer, at hvis indehaveren af et ældre varemærke rejser indsigelse, er et varemærke udelukket fra registrering, »såfremt der i offentlighedens bevidsthed inden for det område, hvor det ældre mærke er beskyttet, er risiko for forveksling, fordi det yngre mærke er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og varerne eller tjenesteydelserne er af samme eller lignende art«. I overensstemmelse med samme forordnings artikel 8, stk. 2, litra a), nr. ii), skal der ved ældre varemærker bl.a. forstås varemærker, som er registreret i en medlemsstat, og hvis ansøgningsdato ligger før datoen for ansøgningen om registrering af EF-varemærket.

3 Det bestemmes i artikel 15, stk. 1, i forordning nr. 40/94, at hvis indehaveren ikke inden fem år regnet fra registreringen har gjort reel brug af EF-varemærket inden for Det Europæiske Fællesskab for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, eller hvis sådan brug har været suspenderet uden afbrydelse i fem år, underkastes mærket de i forordningen omhandlede sanktioner, medmindre der foreligger rimelig grund til, at brug ikke har fundet sted. Ifølge forordningens artikel 15, stk. 2, litra a), betragtes brug af EF-varemærket i en form, der kun ved enkeltheder, som ikke forandrer mærkets særpræg, afviger fra den form, hvori det er registreret, som brug i henhold til samme bestemmelses stk. 1.

4 Artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94 vedrører indsigelse mod en ansøgning om registrering af et EF-varemærke og bestemmer, at indehaveren af et ældre EF-varemærke skal godtgøre, at der inden for de seneste fem år forud for offentliggørelsen af ansøgningen om registrering af EF-varemærket 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, idet indsigelsen forkastes, såfremt dette ikke godtgøres. I overensstemmelse med artikel 43, stk. 3, i forordning nr. 40/94 finder bestemmelsens stk. 2 ligeledes anvendelse på ældre nationale varemærker, dog således at brug i den medlemsstat, hvor det ældre nationale varemærke er beskyttet, træder i stedet for brug i Fællesskabet.

Sagens baggrund

5 Den 24. september 1998 ansøgte Marine Enterprise Projects — Società Unipersonale di Alberto Fiorenzi Srl, nu F.M.G. Textiles Srl (herefter »intervenienten«), Harmoniseringskontoret om registrering af figurmærket BAINBRIDGE (nr. 940007) som EF-varemærke. De varer, som registreringsansøgningen vedrører, henhører under klasse 18, der omfatter »læder og læderimitationer samt varer fremstillet af disse materialer og ikke indeholdt i andre klasser; skind og huder; kufferter og rejsetasker; paraplyer, parasoller og spadserestokke; piske og saddelmagervarer«, og klasse 25, der omfatter »beklædningsgenstande, fodtøj og hovedbeklædning«, i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret.

6 Den 7. september 1999 rejste appellanten indsigelse mod denne registrering på grundlag af artikel 8, stk. 1, litra b, i forordning nr. 40/94. Indsigelsen var støttet på

elleve ældre varemærker, der var registreret i Italien for klasse 18 og/eller 25 og alle havde ordbestanddelen »bridge« til fælles. Der var tale om figurmærkerne »Bridge« (nr. 370836), »Bridge« (nr. 704338), »Old Bridge« (nr. 606709), »The Bridge Basket« (nr. 593651), ordmærket »THE BRIDGE« (nr. 642952), de tredimensionale tegn »The Bridge« (nr. 704372) og »The Bridge« (nr. 633349), ordmærket »FOOT-BRIDGE« (nr. 710102), figurmærket »The Bridge Wayfarer« (nr. 721569) og endelig ordmærkerne »OVER THE BRIDGE« (nr. 630763) og »THE BRIDGE« (nr. 642953).

7 Ved afgørelse af 15. november 2001 forkastede Harmoniseringskontorets Indsigelsesafdeling indsigelsen, idet den fandt, at uanset det indbyrdes afhængighedsforhold mellem graden af lighed mellem de pågældende varer og graden af lighed mellem de omtvistede tegn, kunne enhver risiko for forveksling som omhandlet i forordning nr. 40/94 med rimelighed udelukkes i betragtning af forskellene mellem de omhandlede varemærker på det fonetiske og visuelle plan. Appellanten indgav derfor en klage over denne afgørelse.

8 Harmoniseringskontorets Fjerde Appelkammer afviste denne klage ved den anfægtede afgørelse. Appelkammeret udelukkede først fem af de elleve ældre varemærkeregistreringer (nr. 370836, 704338, 606709, 593651 og 642952) fra bedømmelsen, fordi brugen af de dertil knyttede varemærker ikke var blevet bevist. For så vidt angik de seks andre ældre varemærker (nr. 704372, 633349, 710102, 721569, 630763 og 642953) afviste appelkammeret at betegne dem som »seriemærker«, idet der manglede bevis for brug af et tilstrækkeligt antal af dem. Appelkammeret konkluderede derefter, at der ikke mellem disse seks varemærker og det EF-varemærke, der er søgt registreret, forelå nogen risiko for forveksling i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, idet der ikke forelå den minimale grad af lighed mellem de omtvistede varemærker, der er en forudsætning for at anvende princippet om det indbyrdes afhængighedsforhold, hvorefter en svag grad af lighed mellem varemærkerne kan opvejes af en høj grad af lighed mellem de varer, der er omfattet af varemærkerne, og omvendt.

Retsforhandlinger ved Retten og den appellerede dom

9 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 30. maj 2003 anlagde appellanten sag med påstand om annullation af den anfægtede afgørelse.

10 Harmoniseringskontoret og intervenienten nedlagde påstand om frifindelse af Harmoniseringskontoret.

11 Med det første anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 15, stk. 2, litra a), og artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 samt tilsidesættelse af regel 22 i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 40/94 (EFT L 303, s. 1) har appellanten gjort gældende, at det var med urette, at appelkammeret holdt flere af selskabets ældre varemærker uden for bedømmelsen med den begrundelse, at brugen af dem ikke var blevet bevist.

12 For det første fastslog Retten i den appellerede doms præmis 27 og 28, at det med hensyn til de seks ældre varemærker (nr. 704372, 633349, 710102, 721569, 630763 og 642953), hvorpå appelkammeret støttede sin vurdering af risikoen for forveksling med det varemærke, der er søgt registret, kun var i forbindelse med undersøgelsen af argumentet om, at der var tale om en »varemærkefamilie«, at appelkammeret konstaterede, at det alene var to af disse varemærker, der var gjort til genstand for brug og følgelig kunne tages i betragtning ved denne vurdering.

13 I denne henseende udtalte appelkammeret således udtrykkeligt, at der for de nævnte ældre varemærker ikke kunne stilles krav om bevis for brugen i henhold til artikel 43 i forordning nr. 40/94, da den i denne bestemmelse nævnte periode på fem år regnet fra deres registrering endnu ikke var udløbet. Appelkammeret konkluderede følgelig, at disse seks ældre varemærker skulle tages i betragtning med henblik på at vurdere, om der forelå en risiko for forveksling med det varemærke, der er søgt registreret.

De italienske forbrugere var imidlertid reelt kun i kontakt med to af disse ældre varemærker på markedet, hvorfor den af appellanten påberåbte udvidede beskyttelse som følge af eksistensen af en påstået »varemærkefamilie« ikke kunne anerkendes i den foreliggende sag. Heraf konkluderede Retten, at det klagepunkt, appellanten havde gjort gældende for Retten, sammenholdt med appelkammerets behandling af de her omhandlede seks ældre varemærker, i realiteten var en anfægtelse af appelkammerets vurderinger foretaget i forbindelse med den materielle undersøgelse af spørgsmålet, om der forelå en risiko for forveksling mellem de omtvistede tegn, og at dette var et klagepunkt, der var omfattet af det andet anbringende om tilsidesættelse af forordningens artikel 8, stk. 1, litra b).

14 Hvad for det andet angår den omstændighed, at det ældre varemærke THE BRIDGE (nr. 642952) blev ladt ude af betragtning, fastslog Retten i den appellerede doms præmis 31-37, at det, for at brugen af et varemærke er af reel karakter, kræves, at varemærket er objektivt nærværende på markedet i en form, der er effektiv, tidsmæssigt konstant og stabil inden for tegnets udformning. Appelkammeret fandt med rette, at det ikke var blevet bevist, at der var gjort reel brug af det omhandlede varemærke. I denne sammenhæng fastslog Retten, at de dokumenter, som appellanten havde fremlagt for Retten for første gang, ikke kunne behandles.

15 Hvad for det tredje angår de fire andre ældre varemærker (nr. 370836, 704338, 606709 og 593651), der ikke blev taget i betragtning i forhold til risikoen for forveksling med det varemærke, der er søgt registreret, fastslog Retten for det første i den appellerede doms præmis 42-45, at det var med rette, at appelkammeret havde set bort fra deres såkaldte »defensive« registreringer. Ifølge Retten er en hensyntagen til sådanne registreringer ikke forenelig med den ordning for beskyttelse af EF-varemærker, der er oprettet ved forordning nr. 40/94, hvorefter der som en afgørende betingelse for, at der tilkommer varemærkets indehaver enerettigheder, kræves bevis for brugen af varemærket. For det andet fandt Retten i den appellerede doms præmis 50 og 51 med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt varemærket Bridge (nr. 370836) kunne betragtes som i det store og hele ligeværdigt med varemærket THE BRIDGE (nr. 642952) som omhandlet i samme forordnings artikel 15, stk. 2, litra a), at betingelserne for anvendelsen af denne bestemmelse ikke var opfyldt i den foreliggende sag. Ifølge Retten giver bestemmelsen således ikke indehaveren af et registreret varemærke hjemmel til at godtgøre, at der er gjort brug af varemærket, under henvisning til brugen af et lignende varemærke, der er genstand for en særskilt registrering.

16 For så vidt angår det andet anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 konstaterede Retten for det første i den appellerede doms præmis 75-117, at de varer, der er omfattet af EF-varemærkeansøgningen, og dem, der er omfattet af de seks ældre nationale varemærker, som appelkammeret lagde til grund for vurderingen af, om der forelå en risiko for forveksling, var af samme art, men at de omtvistede tegn kun udviste lighedspunkter på det fonetiske plan og ikke på det visuelle og begrebsmæssige plan. Følgelig fandt Retten, at appelkammeret ikke begik fejl ved vurderingen, da det konkluderede, at der ikke var risiko for forveksling i forbrugerens bevidsthed mellem det varemærke, der er søgt registreret, og hvert enkelt af de seks ældre varemærker, når disse blev bedømt hver især. Med hensyn til argumentet om, at de ældre varemærker udgjorde en »varemærkefamilie« eller »serievaremærker«, fastslog Retten for det andet i den appellerede doms præmis 128, at det i mangel af bevis for brugen af alle de varemærker, der hører til »serien«, eller i det mindste for brugen af et antal varemærker, der kan anses for at udgøre en »familie«, var med rette, at appelkammeret forkastede de argumenter, hvormed appellanten ville støtte ret på den beskyttelse, der kan tilkomme »seriemærker«.

17 Retten frifandt derfor Harmoniseringskontoret i annullationssøgsmålet anlagt af appellanten.

Parternes påstande

18 Appellanten har nedlagt følgende påstande:

— Den appellerede dom ophæves.

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Harmoniseringskontoret og intervenienten tilpligtes at betale omkostningerne i forbindelse med sagen for Retten og for Domstolen.

19 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Appellen forkastes.

— Appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

20 Intervenienten har nedlagt følgende påstande:

— Appellen afvises i medfør af procesreglementets artikel 119.

— Principalt forkastes appellen og den appellerede dom stadfæstes.

— Under alle omstændigheder tilpligtes appellanten at godtgøre intervenienten dennes omkostninger i forbindelse med sagen for Retten samt omkostningerne i forbindelse med sagen for Domstolen.

Appellen

21 Indledningsvis har intervenienten anført, at appellantens advokater i appelskriftets indledende afsnit hævder at handle i henhold til en særlig bekræftet fuldmagt »vedlagt som administrativt dokument i sagen anlagt ved Retten«. For så vidt som dette dokument ikke findes i sagsakterne, må appellen imidlertid afvises.

22 I denne henseende er det tilstrækkeligt at bemærke, at det omhandlede dokument rent faktisk findes i de sagsakter, der er oprettet under sagen for Retten. Appellen skal derfor ikke afvises.

23 Med sit første og femte anbringende, som behandles først, har appellanten gjort gældende, at Retten tilsidesatte artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 ved vurderingen af risikoen for forveksling mellem det varemærke, der er søgt registreret, og appellantens seks ældre varemærker, der blev taget i betragtning i denne henseende (nr. 704372, 633349, 710102, 721569, 630763 og 642953). Det andet anbringende vedrører en fejlagtig anvendelse af forordningens artikel 43, stk. 2 og 3, som førte til, at det ældre varemærke THE BRIDGE (nr. 642952) blev ladt ude af betragtning. Det tredje anbringende vedrører en tilsidesættelse af forordningens artikel 15, stk. 2, litra a), som førte til, at det ældre varemærke Bridge (nr. 370836) blev ladt ude af betragtning. Det fjerde anbringende vedrører en fejlagtig anvendelse af forordningens artikel 43, stk. 2 og 3, som førte til, at det ældre varemærke Bridge (nr. 370836) samt de ældre varemærker nr. 704338, 606709 og 593651 blev ladt ude af betragtning som defensive varemærker.

Det første anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 ved vurderingen af risikoen for forveksling med de ældre varemærker bedømt hver for sig

Parternes argumenter

24 Med sit første anbringende, der består af tre led, har appellanten gjort gældende, at Retten foretog en fejlagtig anvendelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, idet de omtvistede varemærker udviser den minimale grad af lighed, der kræves for at godtgøre, at der foreligger en risiko for forveksling.

25 For det første medgav Retten i den appellerede doms præmis 105, at der var en fonetisk lighed mellem alle de omtvistede varemærker, og at der var en fonetisk lighed »af betydning« mellem det varemærke, der er søgt registreret, og ordmærkerne THE BRIDGE (nr. 642953) og FOOTBRIDGE (nr. 710102) samt med de ældre tredimensionale varemærker, der indeholder ordbestanddelen »the bridge« (nr. 704372 og 633349). Ifølge appellanten fremgår det imidlertid af fast retspraksis, at en fonetisk lighed opvejer en eventuel mangel på visuel lighed på det grafiske plan.

26 For det andet er appellanten af den opfattelse, at det var med urette, at Retten konstaterede, at der ikke var risiko for forveksling som følge af forskellene mellem det varemærke, der er søgt registreret, og de ældre varemærker på det visuelle og begrebsmæssige plan. Appellanten har anført, at den bedømmelse, Retten foretog i den appellerede doms præmis 107-113, som førte den til at konkludere, at der ikke var begrebsmæssig lighed, var støttet på en vurdering af en tilsigtet italiensk gennemsnitsforbrugers grad af kendskab til det engelske sprog, mens appellanten ved at støtte sig på den seneste undersøgelse foretaget af Eurobarometer (et organ under Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, der varetager sektoren »offentlige opinionsundersøgelser«) har anført, at det alene er 15-20% af den italienske offentlighed, der kender betydningen af det engelske ord »bridge«. For så vidt som bestanddelen »bridge« er fælles for alle varemærkerne, er der desuden en vis visuel lighed mellem dem.

27 Når der for det tredje henses til, at de varer, der er omfattet af de omtvistede varemærker, er af fuldstændigt samme art, og til, at de ældre varemærker har en høj grad af særpræg, burde Retten have sammenlignet de omtvistede varemærker på grundlag af en helhedsvurdering, der tog udgangspunkt i princippet om indbyrdes afhængighed af faktorer, og i forbindelse med hvilken den væsentlige fonetiske lighed samt de begrebsmæssige og visuelle ligheder mellem de omtvistede varemærker ikke uden at foretage en urigtig retsanvendelse kunne føre til, at risikoen for forveksling blev udelukket.

28 Ifølge Harmoniseringskontoret kan der ses bort fra, at der foreligger en vis lighed alene på det fonetiske plan, hvis ligheden er uden indflydelse på forbrugeren og kun er et af elementerne i forbrugerens helhedsindtryk.

29 Intervenienten har gjort gældende, at appellanten for så vidt angår det fonetiske aspekt har foretaget en vilkårlig omfortolkning af den appellerede dom. Med hensyn til det begrebsmæssige aspekt har intervenienten anført, at det ikke kan udledes af den undersøgelse, appellanten har henvist til, at den italienske gennemsnitsforbruger ikke kender betydningen på sit eget sprog af det engelske ord »bridge«, og at appellanten ved at vælge varemærket THE BRIDGE, hvis betydning svarer til den særprægede del af selskabets navn »Il Ponte«, selv har villet skabe en sammenhæng mellem dette navn og de varer, det markedsfører, ud fra den antagelse, at den italienske forbruger kan opfatte denne sammenhæng. Med hensyn til princippet om indbyrdes afhængighed af faktorer har intervenienten ligesom Harmoniseringskontoret gjort gældende, at idet Retten med føje fastslog, at der var forskel mellem det varemærke, der er søgt registreret, og appellantens varemærker, finder dette princip følgelig ikke anvendelse.

Domstolens bemærkninger

— Det første anbringendes første led

30 Det bemærkes, at Retten i den appellerede doms præmis 102-106 konstaterede temmelig svage fonetiske ligheder, når det varemærke, der er søgt registreret, sammenlignes med det ældre varemærke, hvori indgår ordbestanddelen »The Bridge Wayfarer« (nr. 721569), og det ældre ordmærke OVER THE BRIDGE (nr. 630763). Retten fandt dernæst, at de fonetiske ligheder var mere fremtrædende i relation til de ældre ordmærker THE BRIDGE og FOOTBRIDGE (nr. 642953 og 710102) og de ældre tredimensionale varemærker, der indeholder ordbestanddelen »the bridge« (nr. 704372 og 633349). Retten anførte dog straks, at denne lighed blev svækket såvel af artiklen »the« og af præfixet »foot«, der forekommer i de ældre varemærker, som af præfixet »bain«, der forekommer i det varemærke, som er søgt registreret. Følgelig anerkendte Retten udelukkende, at der bestod en vis fonetisk lighed mellem det varemærke, der er søgt registreret, og disse fire ældre varemærker.

31 I modsætning til det af appellanten anførte fandt Retten således ikke, at der var fonetiske ligheder mellem alle de omtvistede varemærker. Med hensyn til den fonetiske lighed mellem det varemærke, der er søgt registreret, og de ovennævnte fire ældre varemærker har denne lighed, selv om Retten i den appellerede doms præmis 115 betegnede den som »af betydning«, ikke medført nogen urigtig retsanvendelse.

32 Selv om det ikke kan udelukkes, at alene en fonetisk lighed kan skabe risiko for forveksling, bør det bemærkes, at en sådan risiko skal fastslås som led i en helhedsvurdering for så vidt angår den begrebsmæssige, visuelle og fonetiske lighed mellem de pågældende tegn (jf. dom af 23.3.2006, sag C-206/04 P, Mülhens mod KHIM, Sml. I, s. 2717, præmis 21; jf. ligeledes i denne retning dom af 12.6.2007, sag C-334/05 P, KHIM mod Shaker, Sml. I, s. 4529, præmis 34 og 35).

33 En sådan helhedsvurdering af risikoen for forveksling skal være baseret på helhedsindtrykket af disse varemærker, idet der bl.a. skal tages hensyn til de af deres bestanddele, der har særpræg eller er dominerende (jf. dommen i sagen Mülhens mod KHIM, præmis 19, og bl.a., vedrørende Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1), dom af 11.11.1997, sag C-251/95, SABEL, Sml. I, s. 6191, præmis 23, og af 22.6.1999, sag C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Sml. I, s. 3819, præmis 25).

34 Denne helhedsvurdering indebærer, at de begrebsmæssige og visuelle forskelle mellem to tegn kan opveje de fonetiske ligheder mellem dem, hvis mindst et af tegnene, fra den relevante kundekreds' synsvinkel, har en klar og bestemt betydning, som denne kundekreds uden videre kan forstå (jf. dom af 12.1.2006, sag C-361/04 P, Ruiz-Picasso m.fl. mod KHIM, Sml. I, s. 643, præmis 20, dommen i sagen Mülhens mod KHIM, præmis 35, og dom af 15.3.2007, sag C-171/06 P, T.I.M.E. ART mod KHIM, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 49).

35 I den forbindelse er bedømmelsen af, om der er en fonetisk lighed — som anført af generaladvokaten i punkt 56 i forslaget til afgørelse — blot en af de relevante faktorer, der indgår i helhedsvurderingen. Det kan følgelig ikke udledes, at der nødvendigvis er risiko for forveksling, når det alene godtgøres, at der er fonetisk lighed mellem to tegn (dommen i sagen Mülhens mod KHIM, præmis 21 og 22).

36 I det foreliggende tilfælde fastslog Retten i den appellerede doms præmis 116 og 117, at de fonetiske ligheder ikke i sig selv gjorde det muligt at konkludere, at der var en forvekslingsrisiko, idet graden af fonetisk lighed var af mindre betydning på grund af de omhandlede varers markedsføringsmåde, som indebærer, at den relevante kundekreds normalt ved købet har en visuel opfattelse af det varemærke, der betegner dem.

37 Retten bedømte således helhedsindtrykket af de omhandlede tegn for så vidt angik den eventuelle begrebsmæssige, visuelle og fonetiske lighed mellem dem inden for rammerne af en helhedsvurdering af risikoen for forveksling. Det var inden for disse rammer, at Retten uden at foretage en forkert retsanvendelse kunne konkludere, at der ikke forelå en sådan risiko, idet der ikke var begrebsmæssig og visuel lighed.

38 Appellanten kan desuden ikke opnå, at Domstolen sætter sin egen vurdering i stedet for Rettens. Ifølge fast retspraksis fremgår det af artikel 225 EF og artikel 58, stk. 1, i Domstolens statut, at appel er begrænset til retsspørgsmål. Det er derfor alene Retten, der har kompetence til at fastlægge og bedømme de relevante faktiske omstændigheder og til at tage stilling til bevismaterialet. Bedømmelsen af disse faktiske omstændigheder og bevismaterialet er således ikke et retsspørgsmål, der som sådan kan efterprøves af Domstolen under en appelsag, medmindre disse omstændigheder og beviser er gengivet forkert, hvilket ikke er gjort gældende i det foreliggende tilfælde (jf. bl.a. dom af 18.7.2006, sag C-214/05 P, Rossi mod KHIM, Sml. I, s. 7057, præmis 26, og af 26.4.2007, sag C-412/05 P, Alcon mod KHIM, Sml. I, s. 3569, præmis 71).

39 Rettens konstateringer i den appellerede doms præmis 115-117 er vurderinger af faktiske forhold. Retten foretog en helhedsvurdering af risikoen for forveksling, der var støttet på helhedsindtrykket af de omtvistede varemærker, idet den bl.a. tog hensyn til de af deres bestanddele, der havde særpræg eller var dominerende.

40 Appellantens argument må derfor afvises, for så vidt som det hermed søges opnået, at Domstolen sætter sin vurdering af de faktiske omstændigheder i stedet for den, der er foretaget af Retten.

41 Det første anbringendes første led skal følgelig delvist forkastes og delvist afvises.

— Det første anbringendes andet led

42 Først må argumentet, hvorved appellanten ved at henvise til en nyere undersøgelse reelt ønsker at stille spørgsmålstegn ved de rent faktuelle vurderinger, som er foretaget af Retten i den appellerede doms præmis 107-114 vedrørende de begrebsmæssige ligheder mellem de omtvistede tegn, uden videre afvises fra behandling.

43 Som nævnt i nærværende doms præmis 38 tilkommer det således ikke Domstolen inden for rammerne af en appelsag at rejse tvivl om sådanne vurderinger, bortset fra de tilfælde, hvor disse vurderinger bygger på en forkert gengivelse af sagens akter, hvilket ikke er gjort gældende i det foreliggende tilfælde.

44 Hvad dernæst angår appellantens kritik af Retten med hensyn til dens vurdering af den visuelle lighed, således som den blev foretaget i den appellerede doms præmis 92-101, bemærkes, at det ifølge fast retspraksis fremgår af artikel 225 EF og artikel 58, stk. 1, i Domstolens statut samt af artikel 112, stk. 1, første afsnit, litra c), i Domstolens procesreglement, at et appelskrift præcist skal angive, hvilke elementer der anfægtes i den dom, som påstås ophævet, samt de retlige argumenter, der særligt støtter denne påstand (dom af 4.7.2000, sag C-352/98 P, Bergaderm og Goupil mod Kommissionen, Sml. I, s. 5291, præmis 34, og af 30.6.2005, sag C-286/04 P, Eurocermex mod KHIM, Sml. I, s. 5797, præmis 42).

45 Det argument, der er påberåbt af appellanten, opfylder imidlertid ikke disse krav. Det indeholder således ingen retlig argumentation, der har til formål at godtgøre, på hvilken måde Retten har foretaget en urigtig retsanvendelse. Appellanten har blot gengivet det anbringende, selskabet fremførte for Retten, uden yderligere at uddybe det og uden at fremhæve de elementer i den appellerede dom, som selskabet ønsker at anfægte.

46 Dette argument udgør således en almindelig anmodning om fornyet pådømmelse af den stævning, der blev indleveret i første instans, hvilket er i strid med de krav, der er pålagt såvel i henhold til Domstolens statut som i henhold til dennes procesreglement.

47 Det første anbringendes andet led skal følgelig afvises.

— Det første anbringendes tredje led

48 Selv om det er rigtigt, at en svag grad af lighed mellem de omfattede varer eller tjenesteydelser i medfør af princippet om indbyrdes afhængighed mellem de

faktorer, der tages i betragtning, herunder navnlig ligheden mellem varemærkerne og ligheden mellem de varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af varemærkerne, kan opvejes af en høj grad af lighed mellem varemærkerne og omvendt (jf. bl.a. dom af 29.9.1998, sag C-39/97, Canon, Sml. I, s. 5507, præmis 17, Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 19, og dommen i sagen T.I.M.E. ART mod KHIM, præmis 35), har Domstolen fastslået, at det ved anvendelsen af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 kræves, for at der kan foreligge en risiko for forveksling, både, at det varemærke, der er søgt registreret, er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og at de varer eller tjenesteydelser, der er omhandlet i varemærkeansøgningen, er af samme eller lignende art som de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det ældre varemærke er blevet registreret. Der er i den henseende tale om kumulative betingelser (jf. dom af 12.10.2004, sag C-106/03 P, Vedial mod KHIM, Sml. I, s. 9573, præmis 51).

49 I denne forbindelse fastslog Retten i den appellerede doms præmis 116, at selv om de omtvistede tegn frembød visse ligheder på det fonetiske plan, var væsentligheden af denne faktor i sidste ende begrænset, idet den relevante kundekreds normalt havde en visuel opfattelse af det varemærke, der betegner de omhandlede varer. Ved en vurdering, der af de grunde, som er nævnt under behandlingen af det første anbringendes andet led, ikke kan ændres, konkluderede Retten i øvrigt ligeledes, at der ikke forelå begrebsmæssig og visuel lighed.

50 Ved sin bedømmelse af risikoen for forveksling kunne Retten følgelig uden at foretage en forkert retsanvendelse konkludere, at de omtvistede varemærker bedømt hver for sig ikke udviste den minimale grad af lighed, der kræves, for at det alene på grundlag af de ældre varemærkers høje grad af særpræg eller endda alene på grundlag af identiteten mellem de varer, der er omfattet af disse varemærker, og dem, der er omfattet af det varemærke, der er søgt registreret, kan godtgøres, at der foreligger en risiko for forveksling.

51 Da denne minimale grad af lighed ikke foreligger, kan Retten ikke kritiseres for, at den ikke anvendte princippet om det indbyrdes afhængighedsforhold i forbindelse med sin helhedsvurdering af risikoen for forveksling.

52 Herefter skal det første anbringendes tredje led forkastes som ugrundet.

53 Det følger heraf, at det første anbringende skal forkastes i det hele.

Det femte anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 ved vurderingen af risikoen for forveksling i forhold til de ældre varemærker som varemærker, der hører til en »familie« eller »serie« af varemærker

Parternes argumenter

54 Appellanten har gjort gældende, at Retten foretog en fejlagtig anvendelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 ved vurderingen af risikoen for forveksling i forhold til den »familie« eller »serie« af varemærker, som selskabets ældre varemærker udgør. Inden for de seneste fem år forud for offentliggørelsen af EF-varemærkeansøgningen skal risikoen for forveksling ifølge appellanten vurderes ved at sammenligne varemærkerne, således som de er blevet registreret, uden at kræve, at et kriterium såsom reel brug skal overholdes. For det første har appellanten henvist til, at det forholder sig således, når en indsigelse fra indehaveren af et ældre varemærke er støttet på tilstedeværelsen af alene dette ældre varemærke, der ikke er underlagt brugsforpligtelsen. At kræve, at der er gjort brug af de ældre varemærker, ville for det andet indebære, at en indehaver, som er i færd med at lancere de varer på markedet, der er omfattet af den pågældendes registrerede, men endnu ikke anvendte »serievaremærker«, undtages fra den beskyttelse, der tilkommer »serievaremærker«, såfremt tredjemand, der lovligt har ansøgt om et lignende varemærke, beslutter at iværksætte en faktisk brug på samme tidspunkt.

55 Harmoniseringskontoret har for det første gjort gældende, at begrebet serievaremærker ikke tages i betragtning i forordning nr. 40/94 og kun er en konstruktion i retspraksis vedrørende italiensk varemærkelovgivning, der tillægger retlig værdi til

en faktisk situation, som er kendetegnet ved muligheden for, at der antages at være en forbindelse mellem varemærkerne i serien og det varemærke, der er søgt registreret. Denne forbindelse vil således kunne skabe en forveksling i den berørte kundekreds' bevidsthed, der skyldes den samtidige tilstedeværelse på markedet af flere varemærker, der har en bestanddel med særpræg til fælles og betegner varer af samme eller lignende art. Følgelig er det påkrævet, at nævnte varemærker er til stede på markedet.

56 For det andet ville en hensyntagen til, at de ældre varemærker har karakter af seriemærker, føre til en udvidelse af beskyttelsesområdet for disse varemærker betragtet hver især. Enhver form for abstrakt vurdering af forvekslingsrisikoen, der udelukkende hviler på, at der foreligger en række registreringer, hvis genstand er varemærker, som gentager det samme særprægede element, må derfor være udelukket, når disse varemærker ikke har været genstand for en faktisk brug.

57 For det tredje har Harmoniseringskontoret gjort gældende, at spørgsmålet om »serievaremærker« henhører under en faktisk vurdering, der er knyttet til den opfattelse, som forbrugerne har af de omtvistede tegn. Harmoniseringskontoret har anført, at de påståede »serievaremærker« imidlertid ikke har været brugt, og at de ikke indbyrdes frembyder de kendetegn, der gør dem egnede til at blive anset for en familie.

58 Intervenienten har påpeget, at appellanten, selv om selskabet ikke skulle bevise, at der var gjort brug af de ældre varemærker, der har bestanddelen »bridge« til fælles, for at undgå fortabelse af de respektive registreringer, ikke desto mindre burde have ført dette bevis for at underbygge sin argumentation om, at der angiveligt er tale om en »familie« af varemærker, der indeholder denne ordbestanddel.

Domstolens bemærkninger

59 I henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 skal risikoen for forveksling som følge af ligheden mellem på den ene side det ansøgte varemærke og

et ældre varemærke og på den anden side de varer eller tjenesteydelser, som varemærkerne omfatter, bedømmes ud fra offentlighedens bevidsthed inden for det område, hvorpå det ældre varemærke er beskyttet.

60 I den foreliggende sag konstaterede Retten i den appellerede doms præmis 78, at den relevante offentlighed, i forhold til hvilken undersøgelsen af risikoen for forveksling skal foretages, i betragtning af arten af de berørte varer, hvis beskrivelse er gengivet i nærværende doms præmis 5, for så vidt angår alle de pågældende varer består af gennemsnitsforbrugere i den medlemsstat, hvor de ældre varemærker er beskyttet, dvs. Italien.

61 For det første må det konstateres, at et varemærke i overensstemmelse med artikel 4-6 i forordning nr. 40/94 kun kan registreres individuelt, og den beskyttelse, der mindst er femårig, som følger af denne registrering, gives kun varemærket individuelt set, selv i tilfælde af en samtidig registrering af flere varemærker, der har en eller flere fælles og særprægede bestanddele.

62 Selv om det er korrekt, at vurderingen af risikoen for forveksling ved en indsigelse mod en ansøgning om registrering af et EF-varemærke, der er støttet på tilstedeværelsen af et enkelt ældre varemærke, som endnu ikke er underlagt brugsforpligtelsen, skal foretages på grundlag af en sammenligning mellem de to varemærker, således som de er blevet registreret, forholder det sig anderledes i en situation, hvor indsigelsen er støttet på tilstedeværelsen af flere varemærker, der frembyder fælles karaktertræk, som gør det muligt at betragte dem som en del af den samme »familie« eller »serie« af varemærker.

63 En risiko for forveksling i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, er således risikoen for, at det i kundekredsen kan antages, at de pågældende varer eller tjenesteydelser hidrører fra den samme virksomhed eller i givet fald fra økonomisk forbundne virksomheder (jf. dommen i

sagen Alcon mod KHIM, præmis 55; jf. ligeledes i denne retning Canon-dommen, præmis 29). Når der er tale om en »familie« eller »serie« af varemærker, består risikoen for forveksling nærmere bestemt i, at forbrugeren kan tage fejl med hensyn til herkomsten eller oprindelsen af de varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af det varemærke, som er søgt registreret, og med urette antage, at dette varemærke udgør en del af denne familie eller serie af varemærker.

64 Som generaladvokaten har anført i punkt 101 i forslaget til afgørelse, kan det, såfremt der ikke er gjort brug af et antal varemærker, der er tilstrækkeligt til at kunne udgøre en familie eller serie, ikke forventes af en forbruger, at han opdager en fælles bestanddel i denne familie eller serie af varemærker og/eller forbinder et andet varemærke, der indeholder den samme fælles bestanddel, med denne familie eller serie. For at der er en risiko for, at kundekredsen tager fejl med hensyn til, om det varemærke, der er søgt registreret, hører til en »familie« eller »serie«, skal de ældre varemærker, der udgør en del af denne »familie« eller »serie«, følgelig være nærværende på markedet.

65 I modsætning til, hvad appellanten har gjort gældende, stillede Retten således ikke som sådan krav om bevis for brugen af de ældre varemærker, men alene for brugen af et antal af dem, der var tilstrækkeligt til at kunne udgøre en varemærkeserie, og dermed om, at det blev godtgjort, at denne serie forelå, med henblik på bedømmelsen af risikoen for forveksling.

66 Det følger heraf, at Retten, da den havde konstateret, at en sådan brug ikke havde fundet sted, med føje kunne konkludere, at det var med rette, at appelkammeret forkastede de argumenter, hvormed appellanten ville støtte ret på den beskyttelse, der kan tilkomme »seriemærker«.

67 Det femte anbringende skal derfor forkastes som ugrundet.

Det andet anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94, idet Retten holdt det ældre varemærke THE BRIDGE (nr. 642952) uden for sin bedømmelse

Parternes argumenter

68 Ifølge appellanten foretog Retten en fejlagtig anvendelse af artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94. Den undlod således at vurdere relevansen af de dokumenter, der var fremlagt af appellanten og vedrørte den brug, der i løbet af 1995 var gjort af de varer i klasse 25, som er omfattet af varemærket THE BRIDGE (nr. 642952), ved fastlæggelsen af, hvorvidt denne brug i løbet af den periode på fem år, der gik forud for offentliggørelsen af ansøgningen om registrering af EF-varemærket, var af reel karakter.

69 Ved at kræve, at der uafbrudt var gjort brug af varemærket THE BRIDGE (nr. 642952) i løbet af den pågældende periode, tilføjede Retten en betingelse, der ikke er fastsat i artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94.

70 Harmoniseringskontoret har for det første gjort gældende, at vurderingen af de beviser, der blev fremlagt af appellanten, er omfattet af den faktiske bedømmelse, der blev foretaget af Retten. For det andet opstillede Retten ikke en betingelse, der ikke er fastsat i nævnte bestemmelse, ved at kræve, at der uafbrudt var gjort brug af varemærket i løbet af de pågældende fem år. Retten krævede blot i overensstemmelse med denne artikel, at der var gjort vedvarende brug af varemærket. Dette anbringende bør derfor afvises som ugrundet.

71 Intervenienten har gjort gældende, at det ikke er tilstrækkeligt til at godtgøre det kvantitative omfang af brugen af varemærket blot at fremlægge et katalog for 1994-95 og et mindre antal reklameindslag for 1995. Intervenienten er derfor af den opfattelse, at der kun kan være tale om en »symbolsk brug« af varemærket, der har til formål at undgå enhver risiko for fortabelse heraf.

Domstolens bemærkninger

72 Hvad indledningsvis angår klagepunktet om, at Retten skulle have krævet, at der uafbrudt var gjort brug af varemærket THE BRIDGE (nr. 642952) i løbet af hele referenceperioden, bemærkes, at som det fremgår af Domstolens praksis, er der gjort reel brug af et varemærke, når dette er anvendt i overensstemmelse med varemærkets væsentligste 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, bortset fra en rent symbolsk brug, der alene gøres med henblik på at bevare de til registreringen knyttede rettigheder. Bedømmelsen af, om brugen af varemærket er reel, skal foretages på grundlag af samtlige faktiske omstændigheder, der kan godtgøre, at varemærket virkelig anvendes handelsmæssigt, bl.a. omfanget og hyppigheden af brugen af varemærket (jf. dom af 11.5.2006, sag C-416/04 P, Sunrider mod KHIM, Sml. I, s. 4237, præmis 70; jf. ligeledes i denne retning vedrørende artikel 10, stk. 1, i direktiv 89/104, hvilken bestemmelse er identisk med artikel 15, stk. 1, i forordning nr. 40/94, dom af 11.3.2003, sag C-40/01, Ansul, Sml. I, s. 2439, præmis 43, og kendelse af 27.1.2004, sag C-259/02, La Mer Technology, Sml. I, s. 1159, præmis 27).

73 Spørgsmålet, om en brug er eller ikke er kvantitativt tilstrækkelig til at fastholde eller erhverve markedsandele for de varer eller tjenesteydelser, der er beskyttet af varemærket, afhænger således af flere forhold og af en vurdering af hvert enkelt tilfælde. Hyppigheden eller regelmæssigheden af brugen af varemærket er en af de faktorer, der kan tages i betragtning (dommen i sagen Sunrider mod KHIM, præmis 71; jf. ligeledes i denne retning La Mer Technology-kendelsen, præmis 22).

74 Ved i den appellerede doms præmis 35 at anføre, at beviserne var meget begrænsede for så vidt angik 1994 og helt manglede for årene 1996-1999, krævede Retten på ingen måde af appellanten, at selskabet godtgjorde, at der uafbrudt var gjort brug af varemærket THE BRIDGE (nr. 642952) i hele den omhandlede periode. I

overensstemmelse med Domstolens praksis, der er nævnt i nærværende doms præmis 72 og 73, undersøgte Retten, om dette varemærke havde været gjort til genstand for reel brug i nævnte periode. I denne henseende foretog Retten i den appellerede doms præmis 32-36 en vurdering af, om omfanget og hyppigheden af brugen af varemærket kunne godtgøre, at det var nærværende på markedet i en form, der var effektiv, tidsmæssigt konstant og stabil inden for tegnets udformning.

75 I det omfang appellanten har kritiseret Retten for ikke at have vurderet de fremlagte beviser korrekt, er det tilstrækkeligt dernæst at bemærke, at Retten foretog en vurdering af beviserne med henblik på at afgøre, om brugen af varemærket THE BRIDGE (nr. 642952) i overensstemmelse med artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94, sammenholdt med samme artikels stk. 3, var blevet bevist for så vidt angik den periode på fem år, der gik forud for offentliggørelsen af ansøgningen om registrering af EF-varemærket. I den appellerede doms præmis 33-36 foretog Retten en efterprøvelse af, om der havde foreligget reel brug af varemærket THE BRIDGE (nr. 642952) mellem den 14. juni 1994 og den 14. juni 1999 — datoen for offentliggørelsen — på grundlag af de eneste beviser, som appellanten havde fremlagt vedrørende brugen af varemærket (et katalog for efterårs- og vintersæsonen 1994/95 og nogle reklameindslag, der blev produceret i 1995), og konkluderede, at dette ikke var tilfældet. Idet Retten konstaterede, at de øvrige fremlagte kataloger ikke var daterede, kan den således ikke kritiseres for ikke at have taget dem i betragtning i forbindelse med bedømmelsen. Det skal i øvrigt bemærkes, at den konklusion, Retten nåede til for så vidt angik de beviser, som den rådede over, fuldt ud henhører under den faktiske bedømmelse.

76 Med sine argumenter har appellanten søgt at rejse tvivl om denne rent faktiske bedømmelse. Som nævnt i nærværende doms præmis 38 falder dette spørgsmål imidlertid uden for den efterprøvelse, Domstolen foretager under en appelsag, medmindre sagens faktiske omstændigheder er gengivet forkert, hvilket ikke er gjort gældende i den foreliggende sag.

77 Følgelig skal det andet anbringende forkastes, idet det delvist ikke kan antages til realitetsbehandling, og delvist er ugrundet.

Det tredje anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 15, stk. 2, litra a), i forordning nr. 40/94, idet Retten holdt det ældre varemærke Bridge (nr. 370836) uden for sin bedømmelse

Parternes argumenter

78 Appellanten har anført, at Retten foretog en fejlagtig anvendelse af artikel 15, stk. 2, litra a), i forordning nr. 40/94, idet den holdt varemærket Bridge (nr. 370836) uden for sin bedømmelse af risikoen for forveksling uden at efterprøve, om det kunne anses for en lidt ændret udgave af varemærket THE BRIDGE (nr. 642952), idet den omstændighed, at dette varemærke allerede var registreret, er af mindre betydning. Selv om appellanten har medgivet, at selskabet ikke fremlagde de beviser for brug, der var påkrævet for så vidt angik varemærket Bridge (nr. 370836), er selskabet nemlig af den opfattelse, at det var fritaget herfor henset til de beviser for brug, der blev fremlagt for så vidt angik varemærket THE BRIDGE (nr. 642952), på grund af, at de varer, som var omfattet af disse to varemærker, var af fuldstændig samme art. Den eneste forskel mellem mærkerne fremkommer som følge af brugen af artiklen »the«. I den henseende mener appellanten, at tilføjelsen af artiklen »the« ikke kan forandre særpræget af varemærket »Bridge« (nr. 370836). Desuden ville den fortolkning, Retten anlagde af artikel 15, stk. 2, litra a), i forordning nr. 40/94, kunne give anledning til forskelsbehandling mellem en indehaver af et varemærke, der kun registrerer varemærket i dets »grund«-udgave, samtidig med at den pågældende indehaver gør brug af flere forskellige udgaver, og en indehaver af et varemærke, der vælger at registrere alle udgaver af sit varemærke.

79 Ifølge Harmoniseringskontoret skal dette anbringende afvises fra realitetsbehandling og forkastes som ugrundet. For det første mangler den forudgående betingelse om faktisk brug af varemærket THE BRIDGE (nr. 642952), som kun er en let ændret form af varemærket Bridge (nr. 370836). For det andet udgør tilføjelsen af artiklen »the« en væsentlig ændring, der forandrer det registrerede varemærkes særpræg. For det tredje er vurderingen af betingelsen om »minimal forskel« mellem det registrerede tegn og det tegn, der faktisk bruges, et spørgsmål af faktisk karakter.

80 Intervenienten har gjort gældende, at det i det foreliggende tilfælde er udelukket at anvende artikel 15, stk. 2, litra a), i forordning nr. 40/94, idet anvendelsen heraf forudsætter, at der er tale om et varemærke, der er registreret i en bestemt form og anvendes i en let afvigende form, hvilket ikke er tilfældet i den foreliggende sag. Desuden udgør den omstændighed, at der hos appellanten foreligger to særskilte registreringer, i sig selv et bevis for, at appellanten selv anså disse varemærker for at være tilstrækkeligt forskellige fra hinanden.

Domstolens bemærkninger

81 I henhold til artikel 15, stk. 1, i forordning nr. 40/94 er et varemærke, der ikke har været gjort til genstand for reel brug inden for den relevante periode, omfattet af de i forordningen omhandlede sanktioner, medmindre der foreligger rimelig grund til, at brug ikke har fundet sted.

82 I overensstemmelse med samme bestemmelses stk. 2, litra a), betragtes brug af EF-varemærket i en form, der kun ved enkeltheder, som ikke forandrer varemærkets særpræg, afviger fra den form, hvori det er registreret, ligeledes som brug i henhold til artikel 15, stk. 1.

83 Disse bestemmelser er i det væsentlige identiske med bestemmelserne i artikel 10, stk. 1 og 2, litra a), i direktiv 89/104 vedrørende indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker.

84 I denne henseende må det konstateres, at Retten ikke foretog en forkert retsanvendelse ved at forkaste appellantens argument om, at brugen af varemærket Bridge (nr. 370836) i løbet af referenceperioden var godtgjort ved hjælp af de beviser, der var fremlagt for at godtgøre brugen af varemærket THE BRIDGE (nr. 642952).

85 Uden at det er nødvendigt at undersøge, om varemærket THE BRIDGE (nr. 642952) kan anses for kun at afvige fra varemærket Bridge (nr. 370836) ved enkeltheder, som ikke forandrer dettes særpræg, skal det således konstateres, at brugen af det første af disse varemærker ikke er blevet godtgjort, hvorfor den på ingen måde kan tjene som bevis for brugen af det andet.

86 Selv om de bestemmelser, der er nævnt i nærværende doms præmis 81 og 82, gør det muligt at anse et registreret varemærke for at være brugt, når der er ført bevis for brugen af dette varemærke i en form, der let afviger fra den form, hvori det er registreret, gør disse bestemmelser det under alle omstændigheder ikke muligt ved hjælp af bevis for brugen af et varemærke at udvide den beskyttelse, som et registreret varemærke nyder, til et andet registreret varemærke, hvis brug ikke er blevet godtgjort, med den begrundelse, at sidstnævnte varemærke kun er en let varieret form af det førstnævnte.

87 Det tredje anbringende skal derfor forkastes som ugrundet.

Det fjerde anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94, idet Retten holdt de såkaldt »defensive« ældre varemærker uden for sin bedømmelse

Parternes argumenter

88 Ifølge appellanten foretog Retten en fejlagtig anvendelse af artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 ved at lægge til grund, at begrebet »defensive« varemærker er uforeneligt med ordningen for beskyttelse af EF-varemærker.

89 For det første burde Retten have afvist at tage stilling til denne argumentation, da den blev gjort gældende for første gang for Retten af Harmoniseringskontoret.

90 Appelkammeret konkluderede således, at de ældre varemærker nr. 370836, 704338, 606709 og 593651 skulle holdes uden for vurderingen vedrørende risikoen for forveksling, alene fordi de var ældre end hovedvaremærket, og ikke fordi begrebet defensive varemærker som sådan var uforeneligt med fællesskabsretten. Retten burde have begrænset sig til at vurdere, om disse varemærker opfyldte betingelserne i den nye italienske lov om industriel ejendomsret for at kunne blive anset for defensive, ligesom appelkammeret havde gjort det.

91 Det er desuden ukorrekt at hævde, som Retten gjorde, at den nye italienske lov om industriel ejendomsret beskytter ikke anvendte varemærker. I henhold til denne lov sker der ikke fortabelse som følge af manglende brug, såfremt indehaveren af det ikke anvendte defensive varemærke samtidig er indehaver af et eller flere lignende varemærker, der stadig er gyldige, hvoraf mindst et er gjort til genstand for en faktisk brug til at betegne de samme varer eller tjenesteydelser, der er beskyttet af det defensive varemærke. Endelig har appellanten tilføjet, at den omstændighed, at defensive varemærker er anerkendt på nationalt plan, kan udgøre en »rimelig grund« til, at brug ikke har fundet sted i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94.

92 Ifølge Harmoniseringskontoret skal dette anbringende afvises, idet anerkendelsen af defensive varemærker afhænger af, om der er gjort faktisk brug af hovedvaremærket THE BRIDGE (nr. 642952). Der er imidlertid tale om et spørgsmål af faktisk karakter, som allerede er blevet besvaret benægtende af Retten. Desuden skulle det argument, der blev gjort gældende for Retten, hvorefter den italienske lov, hvorved begrebet defensive varemærker anerkendes, er uforenelig med ordningen for beskyttelse af EF-varemærker, ikke afvises som følge af manglende kontradiktion, da det ifølge Harmoniseringskontoret blot uddyber det argument, der allerede blev gjort gældende under sagen for appelkammeret, om, at der er en forpligtelse til at gøre brug af defensive varemærker.

93 Med hensyn til realiteten har Harmoniseringskontoret for det første henvist til, at den faktiske brug af et varemærke er en afgørende betingelse for, at der tilkendes indehaveren af et varemærke eksklusive ejendomsrettigheder. For det andet har Harmoniseringskontoret anført, at appellanten sidestiller den beskyttelse, der er knyttet til begrebet »defensive varemærker«, med den, der gives i forbindelse med artikel 15, stk. 2, litra a), i forordning nr. 40/94. Imidlertid er forskellene mellem de defensive varemærker og det ikke anvendte hovedvaremærke THE BRIDGE (nr. 642952) tilstrækkeligt store til at forandre sidstnævnte varemærkes særpræg.

94 Intervenienten har for det første gjort gældende, at den italienske lov om varemærker kræver, at ansøgningsdatoen for defensive varemærker er samtidig med eller senere end hovedvaremærkets ansøgningsdato, for det andet, at et defensivt varemærke skal søges registreret for de samme vareklasser som hovedvaremærket, hvorimod appellanten også anser varemærker, der henhører under en anden klasse end den, selskabets hovedvaremærke henhører under, for defensive varemærker, og for det tredje, at defensive varemærker kun må fremstå som en let varieret form af hovedvaremærket. Ingen af disse betingelser er opfyldt i det foreliggende tilfælde. Under alle omstændigheder ville en hensyntagen til defensive registreringer være uforenelig med Fællesskabets ordning for beskyttelse af varemærker.

Domstolens bemærkninger

95 Indledningsvis bemærkes, at Retten ikke foretog en forkert retsanvendelse ved at tage stilling til Harmoniseringskontorets argument om, at begrebet defensive varemærker var uforeneligt med forordning nr. 40/94.

96 Det er korrekt, at i en sag vedrørende en klage over en afgørelse truffet af et appelkammer ved Harmoniseringskontoret om en indsigelse over for registrering af et varemærke på grundlag af risiko for forveksling med et ældre varemærke kan

Harmoniseringskontoret ikke ændre sagens genstand for Retten, således som denne følger af de påstande og anbringender, som er fremsat af henholdsvis varemærkeansøgeren og indsigeren (jf. i denne retning dommen i sagen Vedial mod KHIM, præmis 26, og analogt dom af 21.10.2004, sag C-447/02 P, KWS Saat mod KHIM, Sml. I, s. 10107, præmis 58).

97 Der kan imidlertid henvises til, at et af de argumenter, appellanten gjorde gældende for appelkammeret med hensyn til vurderingen af risikoen for forveksling, var, at visse andre varemærker på grundlag af brugen af varemærket THE BRIDGE (nr. 642952) skulle tages i betragtning som defensive varemærker. For så vidt som dette argument rejser spørgsmålet om, hvorvidt varemærker, hvis brug ikke er blevet godtgjort, ikke desto mindre kan anses for defensive varemærker i henhold til italiensk ret, falder Harmoniseringskontorets argumenter for Retten om, at en sådan mulighed ikke var tilladt i henhold til fællesskabsretten, imidlertid ikke uden for rammerne for den tvist, der var forelagt appelkammeret.

98 Som generaladvokaten anførte i punkt 87 i forslaget til afgørelse kan Retten, i det omfang appelkammeret støttede sin afgørelse — om det så blot var stiltiende — på en fejlagtig fortolkning af fællesskabsretten, desuden ikke kritiseres for at sætte en korrekt fortolkning af denne ret i stedet for den, appelkammeret anlagde.

99 Dernæst skal der foretages en vurdering af den konklusion, som Retten nåede til i den appellerede doms præmis 47, hvorefter appellanten ikke kunne støtte sig på den angiveligt defensive karakter, som i henhold til den italienske varemærkelov tilkom visse ældre varemærker, som appelkammeret så bort fra.

100 I denne forbindelse skal det bemærkes, at ifølge artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 skal en indsigelse mod registrering af et EF-varemærke, der er rejst af indehaveren af et ældre EF-varemærke eller nationalt varemærke, forkastes, såfremt

indehaveren ikke på begæring af ansøgeren godtgør, at der inden for de seneste fem år forud for offentliggørelsen af ansøgningen om registrering af EF-varemærket er gjort reel brug af indehaverens ældre varemærke i Fællesskabet eller i den medlemsstat, hvor det er beskyttet, for de varer eller 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. Desuden indeholder samme forordnings artikel 56, stk. 2, en identisk bestemmelse vedrørende indgivelse af en begæring om fortabelse eller ugyldighed af EF-varemærker.

101 Retten foretog imidlertid ikke en forkert retsanvendelse ved i den appellerede doms præmis 46 at anføre, at indehaveren af en national registrering, som modsætter sig en ansøgning om registrering af et EF-varemærke, ikke kan frigøre sig for den bevisbyrde, der påhviler ham i medfør af artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94, ved med henblik herpå at påberåbe sig en national bestemmelse, der åbner mulighed for at indgive en varemærkeanmeldelse af tegn, som er bestemt til ikke at blive anvendt erhvervsmæssigt, fordi de har en rent defensiv funktion i forhold til et andet tegn, der er genstand for en erhvervsmæssig udnyttelse.

102 Begrebet »rimelig grund«, der er nævnt i denne artikel, henviser således i det væsentlige til omstændigheder, som varemærkeindehaveren ikke har nogen indflydelse på, og som er til hinder for brugen af varemærket, snarere end til en national lovgivning, der fastsætter en undtagelse til reglen om fortabelse af varemærket som følge af manglende brug igennem en femårig periode, selv når denne manglende brug er frivillig fra varemærkeindehaverens side.

103 Argumentet om, at indehaveren af en national registrering, som modsætter sig en ansøgning om registrering af et EF-varemærke, ville kunne påberåbe sig et ældre varemærke, hvis brug ikke er blevet godtgjort, med den begrundelse, at dette varemærke i henhold til en national lovgivning er et defensivt varemærke, er derfor ikke forenelig med artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94.

104 Det følger heraf, at det fjerde anbringende skal forkastes som ugrundet.

105 Det fremgår af ovenstående, at appellen skal forkastes i sin helhed.

Sagens omkostninger

106 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, der i medfør af procesreglementets artikel 118 finder tilsvarende anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Harmoniseringskontoret og intervenienten har nedlagt påstand om, at appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger, og appellanten har tabt sagen, bør det pålægges sidstnævnte at betale sagens omkostninger.

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

1) Appellen forkastes.

2) Il Ponte Finanziaria SpA betaler sagens omkostninger.

Underskrifter