

RETTENS DOM (Anden Afdeling)

30. juni 2009*

I sag T-435/05,

Danjaq, LLC, Santa Monica, Californien (De Forenede Stater), ved G. Hobbs, QC,
barrister G. Hollingworth og solicitors M.S. Skrein og L. Berg,

sagsøger,

mod

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

sagsøgt,

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

* Processprog: engelsk.

Mission Productions Gesellschaft für Film-, Fernseh- und Veranstaltungsproduktion mbH, München (Tyskland), ved avocat K. Lewinsky,

angående en påstand om annullation af afgørelsen truffet af Første Appellkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked den 21. september 2005 (sag R 1118/2004-1) vedrørende en indsigelsessag mellem Danjaq, LLC og Mission Productions Gesellschaft für Film-, Fernseh und Veranstaltungsproduktion mbH,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, I. Pelikánová, og dommerne K. Jürimäe og S. Soldevila Fragoso (refererende dommer),

justitssekretær: fuldmægtig N. Rosner,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 5. december 2005,

under henvisning til Harmoniseringskontorets svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 3. marts 2006,

under henvisning til replikken, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 12. juli 2006,

under henvisning til Harmoniseringskontorets duplik, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 14. september 2006,

under henvisning til intervenientens svarskrift, der blev indleveret Rettens Justitskontor den 13. oktober 2006,

under henvisning til sagsøgerens, intervenientens og Harmoniseringskontorets skrivelser af 16., 23. og 24. oktober 2008, om, at de ikke ville deltage i retsmødet

under henvisning til ændringen af sammensætningen af Rettens afdelinger,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

- ¹ Den 13. juni 2001 indgav intervenienten, Mission Productions Gesellschaft für Film-, Fernseh und Veranstaltungsproduktion mbH, en ansøgning om registrering af et EF-varemærke til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«) i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (erstattet af Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26.2.2009 om EF-varemærker (EUT L 78, s. 1)). Det varemærke, der er søgt registreret, er ordmærket Dr. No.

- 2 De varer, som registreringsansøgningen vedrører, henhører under klasse 9, 12, 18, 25 og 32 i Nicearrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og som i hver enkelt af disse klasser svarer til følgende beskrivelse:

- »Videnskabelige, nautiske, geodætiske, elektriske, fotografiske, kinematografiske og optiske apparater og instrumenter samt apparater og instrumenter til vejning, måling, signalering, kontrol, livredning og undervisning; elektriske og/eller elektroniske apparater og instrumenter (indeholdt i klasse 9), apparater til optagelse, transmission og gengivelse af lyd eller billede; magnetiske databærere, lydplader; møntautomater og -apparater; kasseapparater, regnemaskiner og databehandlingsudstyr; ildslukningsapparater, databærere af alle typer, software, lydoptagelser audiovisuelle bærere«, der henhører under klasse 9

- »Køretøjer; befordringsmidler til brug på land, i luften eller i vandet«, der henhører under klasse 12

- »Læder og læderimitationer samt varer fremstillet af disse materialer (indeholdt i klasse 18); skind og huder; kufferter og rejsetasker; paraplyer, parasoller og spadserestokke; piske og sadelmagervarer«, der henhører under klasse 18

- »Beklædningsgenstande, fodtøj og hovedbeklædning«, der henhører under klasse 25

- »Øl; mineralvand og kulsyreholdige vande og andre ikke-alkoholholdige drikke; frugtdrikke og frugtsaft; saft og andre præparater til fremstilling af drikke«, der henhører under klasse 32.

- ³ Den 26. april 2002 rejste sagsøgeren, Danjaq LLC, indsigelse mod registreringen af det ansøgte varemærke, dels under henvisning til en risiko for forveksling med de ældre velkendte varemærker Dr. No og Dr. NO i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), og artikel 8, stk. 2, litra c), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 8, stk. 1, litra b), og artikel 8, stk. 2, litra c), i forordning nr. 207/2009], og dels på grundlag af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 (nu artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 207/2009) under henvisning til de ældre ikke-registrerede varemærker samt de ældre tegn Dr. No og Dr. NO, som blev anvendt erhvervsmæssigt til at betegne film, dvd'er, videoer, tegneserier, musikindspilninger, bøger, plakater og små filmfigurer.
- ⁴ Ved afgørelse truffet den 28. september 2004 gav Harmoniseringskontoret afslag på indsigelsen, idet det fastslog, at sagsøgeren hverken havde leveret bevis for de omhandlede varemærkers renommé eller for den hidtidige erhvervsmæssige anvendelse af de ikke-registrerede varemærker og andre erhvervsmæssigt anvendte tegn end varemærkerne.
- ⁵ Den 29. november 2004 indgav sagsøgeren en klage over Indsigelsesafdelingens afgørelse, og ved afgørelse af 21. september 2005 afviste appelkammeret klagen, idet det tilsluttede sig Harmoniseringskontorets argumentation (herefter »den anfægtede afgørelse«).

Parternes påstande

6 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

- Den anfægtede afgørelse annulleres.
- Indsigelsen mod EF-varemærkeregistreringen tages til følge.
- Subsidiært hjemvises indsigelsen til Harmoniseringskontoret med henblik på fornyet behandling i overensstemmelse med Rettens dom.
- Sagsøgerens sagsomkostninger refunderes.

7 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

- Frifindelse for sagsøgerens påstand om annullation af den anfægtede afgørelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

8 Intervenienten har nedlagt følgende påstande:

— Harmoniseringskontoret frifindes.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

Formaliteten vedrørende de beviser, der blev vedlagt replikken

Parternes argumenter

9 Sagsøgeren vedlagde i replikken et dokument, der viser eksistensen af en internetside, der antyder en forbindelse mellem det af intervenienten ansøgte varemærke og James Bonds billedverden samt en skrivelse, hvori intervenienten hævder, at internetsiden

ikke er oprettet af denne og ikke er forbundet med den. Sagsøgeren har forklaret, at de pågældende dokumenter først blev fremlagt på dette tidspunkt af den skriftlige forhandling, da man ikke tidligere kendte til eksistensen af den pågældende internetside.

- 10 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at beviserne må afvises, og at den omstændighed, at sagsøgeren først for nylig har fået kendskab til internetsiden, er uden betydning for, om disse kan antages til realitetsbehandling.

Rettens bemærkninger

- 11 Da sigtet med nærværende sag er at få efterprøvet lovligheden af appelkammerets afgørelse i henhold til artikel 63 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 65 i forordning nr. 207/2009), kan Rettens kontrol i den forbindelse ikke gå ud over den faktiske og retlige ramme for sagen, således som den forelå for appelkammeret. Det er således ikke Rettens opgave at foretage en ny undersøgelse af de faktiske omstændigheder i lyset af beviser, der først fremlægges for Retten. Det ville nemlig være i strid med procesreglementets artikel 135, stk. 4, hvorefter der ikke i parternes processkrifter må foretages nogen ændring af sagsgenstanden, som den har foreligget for appelkammeret, at tillade disse beviser. I det foreliggende tilfælde har vilkårene for brug af det ansøgte varemærke ikke været genstand for indsigelsessagen for Harmoniseringskontoret og kan følgelig ikke påberåbes for Retten (jf. Rettens dom af 6.3.2003, sag T-128/01, DaimlerChrysler mod KHIM (kølergitter), Sml. II, s. 701, præmis 18, og af 13.7.2004, sag T-115/03, Samar mod KHIM — Grotto (GAS STATION), Sml. II, s. 2939, præmis 13).
- 12 Endvidere kan sagsøgeren ikke påberåbe sig procesreglementets artikel 48, stk. 1 og 2, for at retfærdiggøre, at dokumenterne er indgivet for sent. Den omstændighed, at sagsøgeren først fik kendskab til internetsiden efter indgivelsen af stævningen, udgør

ikke tilstrækkelig begrundelse til at retfærdiggøre forelæggelse af nyt bevis i replikken (jf. i denne retning GAS STATION-dommen, præmis 15). Dokumenterne må derfor afvises fra realitetsbehandling.

Formaliteten med hensyn til visse af Harmoniseringskontorets argumenter

Parternes argumenter

- ¹³ Sagsøgeren har gjort gældende, at Harmoniseringskontorets påstande i dettes svarskrift vedrørende renomméet ved tegnene Dr. No og Dr. NO samt muligheden for at foretage en sontring dels mellem filmens kunstneriske og handelsmæssige oprindelse, og dels mellem et værk og dets medium gør det ud for en erstatning af de grunde, hvorpå den anfægtede afgørelse er støttet, og må følgelig afvises fra realitetsbehandling.

- ¹⁴ Harmoniseringskontoret er af den opfattelse, at det har begrænset sig til at fremføre appelkammerets argumenter og således ikke har rejst nye spørgsmål.

Rettens bemærkninger

- 15 I henhold til procesreglementets artikel 135, stk. 4, må hverken Harmoniseringskontoret eller andre af sagens parter foretage nogen ændring af sagsgenstanden, som den har foreligget for appelkammeret.
- 16 I modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende, har Harmoniseringskontorets argumenter imidlertid hverken til formål at ændre sagsgenstanden eller grundlaget for appelkammerets afgørelse. Harmoniseringskontoret har begrænset sig til at fremføre appelkammerets argumenter vedrørende filmen *Dr. No*'s popularitet og vedrørende den omstændighed, at sagsøgeren markedsfører medier, der er bærere for filmen (den anfægtede afgørelses punkt 21), samt vedrørende den eventuelle brug af tegnene Dr. No og Dr. NO som en angivelse af den handelsmæssige oprindelse (den anfægtede afgørelses punkt 18, 19 og 22-30) med henblik på at understøtte sine synspunkter. Harmoniseringskontoret har derfor ikke ændret sagsgenstanden med de pågældende anbringender, og disse kan således antages til realitetsbehandling.

Om realiteten

- 17 Sagsøgeren har til støtte for søgsmålet påberåbt sig tre anbringender. Det første anbringende vedrører tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra a) og b), og artikel 8, stk. 2, litra c), i forordning nr. 40/94 [artikel 8, stk. 1, litra a), nu artikel 8, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009] Det andet anbringende vedrører tilsidesættelsen af artikel 73 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 75 i forordning nr. 207/2009) samt regel 50, stk. 2, litra f), og regel 52, stk. 1, i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 40/94 (EFT L 303, s. 1). Det tredje anbringende vedrører tilsidesættelse af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94.

Det første anbringende om tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra a) og b), og artikel 8, stk. 2, litra c), i forordning nr. 40/94

Parternes argumenter

- 18 Sagsøgeren har for det første gjort gældende, at tegnene Dr. No og Dr. NO er vitterlig kendte varemærker, og at der hverken i forordning nr. 40/94 eller i Pariserkonventionen af 20. marts 1883 om beskyttelse af industriel ejendomsret, som revideret og ændret (herefter »Pariserkonventionen«), findes bestemmelser, der pålægger at godtgøre tegnenes brug inden tidspunktet for indgivelsen af EF-varemærkeansøgningen. Sagsøgeren har derimod gjort gældende, at undersøgelsen af, om tegnene er vitterlig kendte, bør vedrøre graden af kendskab til varemærkerne i offentligheden, og bevis for brug udgør således et supplerende og fakultativt element.
- 19 Sagsøgeren er under henvisning til retspraksis for det andet af den opfattelse, at appelkammeret har fortolket begrebet »erhvervsmæssigt anvendt varemærke« forkert, idet sagsøgeren anvendte nævnte tegn med henblik på at identificere sine varer samt de øvrige varer, der blev distribueret og markedsført med dennes godkendelse.
- 20 For det tredje finder sagsøgeren, at der foreligger en risiko for forveksling mellem de omhandlede varemærker, idet det ansøgte varemærke er identisk med de vitterlig kendte varemærker, som sagsøgeren er indehaver af, og de varer, som varemærket er søgt registreret for, og de varer, der er omfattet af varemærket, er af samme eller lignende art. Denne opfattelse styrkes af tilstedeværelsen af en internetside, som antyder en forbindelse mellem det af intervenienten ansøgte varemærke og James Bonds billedverden.
- 21 Harmoniseringskontoret og intervenienten har nedlagt påstand om, at disse argumenter forkastes.

Rettens bemærkninger

- 22 Undersøgelsen af dette anbringende rejser tre forskellige retsspørgsmål. Det første spørgsmål er, hvorvidt tegnene Dr. No og Dr. NO er blevet anvendt af sagsøgeren som varemærker inden tidspunktet for indgivelsen EF-varemærkeansøgningen. Det andet spørgsmål er, om tegnene Dr. No og Dr. NO er vitterligt kendt i en medlemsstat i henhold til artikel 6b i Pariserkonventionen og artikel 8, stk. 2, litra c), i forordning nr. 40/94. Endelig er det tredje spørgsmål, om der i henhold til artikel 8, stk. 1, litra a) og b), i forordning nr. 40/94 foreligger en risiko for forveksling mellem det ansøgte varemærke og tegnene Dr. No og Dr. NO.
- 23 Hvad angår det første spørgsmål skal det først bemærkes, at i det henhold til fast retspraksis er varemærkets væsentligste funktion at identificere varens eller tjenesteydelsens handelsmæssige oprindelse, således at forbrugeren, der køber den vare eller tjenesteydelse, som varemærket betegner, i en senere købssituation får mulighed for at træffe det samme valg, hvis han var tilfreds, eller træffe et andet valg, hvis han var utilfreds (Rettens dom af 9.10.2002, sag T-360/00, Dart Industries mod KHIM (UltraPlus), Sml. II, s. 3867, præmis 42, og af 13.7.2005, sag T-242/02, Sunrider mod KHIM (TOP), Sml. II, s. 2793, præmis 88).
- 24 Det skal dernæst bemærkes, at Dr. No dels er titlen på den første film i serien om »James Bond«, og dels navnet på en af filmens hovedpersoner. Disse omstændigheder kan principielt ikke være til hinder for en brug af tegnene Dr. No og Dr. NO som varemærker for at identificere filmenes eller dvd'ernes handelsmæssige oprindelse.
- 25 I det foreliggende tilfælde har undersøgelsen af de af sagsøgeren fremlagte dokumenter ikke desto mindre vist, at tegnene Dr. No og Dr. NO ikke angiver filmenes handelsmæssige oprindelse, men deres kunstneriske oprindelse. De omhandlede tegn, der er anført på videokassetternes eller dvd'ernes omslag, tjener til at adskille denne film fra andre film i serien om »James Bond«. Filmens erhvervmæssige oprindelse angives af andre tegn, såsom »007« eller »James Bond«, som er anført på videokassetternes omslag eller på dvd'erne, og som angiver, at filmens erhvervmæssige

oprindelse er produktionsvirksomheden bag filmene fra serien om »James Bond«. Selv om de indtægter, som filmen *Dr. No* har indbragt i Fællesskabet, kan siges at vidne om den pågældende films økonomiske succes i dette område, forholder det sig ikke desto mindre således, at de ikke kan tjene til at bevise, at tegnene anvendes som en angivelse af den handelsmæssige oprindelse.

26 Desuden er sondringen, i modsætning til, hvad sagsøgeren har påstået, ikke »urealistisk og kunstig«. Et tegn kan nemlig på samme tid både beskyttes som et originalt ophavsretligt beskyttet værk og som varemærkerettens angivelse af den handelsmæssige oprindelse. Der er således tale om forskellige enerettigheder, der er baseret på forskellige kvaliteter, nemlig på den ene side originaliteten ved en frembringelse, og på den anden side et tegns evne til at adskille varernes eller tjenesteydelsernes handelsmæssige oprindelse (Rettens dom af 21.10.2008, sag T-73/06, Cassegrain mod KHIM (form som en taske), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 32). Selv om titlen på en film således kan nyde beskyttelse i henhold til visse nationale lovgivninger som en kunstnerisk frembringelse uafhængigt af selve filmen, kan den ikke automatisk nyde den beskyttelse, der anerkendes for angivelser af handelsmæssig oprindelse, eftersom det alene er tegn med varemærkers karakteristiske funktioner, der nyder denne beskyttelse.

27 I tilfældene med tegneserier, musik, bøger og plakater bliver tegnene Dr. No og Dr. NO ikke anvendt som varemærker, men som en beskrivende henvisning til produkterne, som over for forbrugerne angiver, at der enten er tale om musikken fra filmen *Dr. No*, en bog eller tegneserie om figuren »Dr. No« eller en plakat for filmen eller med den pågældende karakter. Som undersøgelsen af den dokumentation, som sagsøgeren har forelagt, viser, bliver visse af de nævnte produkter solgt til offentligheden under andre oprindelsesangivelser, nemlig under »007«, »James Bond«, som over for forbrugerne angiver, at den erhvervsmæssige oprindelse af de ovennævnte produkter vedrørende filmen eller figuren »Dr. No« er den samme som for filmene i serien om »James Bond«.

28 I tilfældet med biler eller ure, der fremstilles af virksomheder, som er indehavere af en licens til på disse produkter at anvende tegnene Dr. No og Dr. NO, er konklusionen den samme. I begge disse tilfælde er anvendelsen af tegnene alene beskrivende, idet den over

for forbrugerne angiver, at den pågældende bil er den, der anvendes i filmen *Dr. No*, eller at uret er det, der anvendes i filmen *Dr. No*, og som indgår i en samling af ure, fremstillet for at fejre fyrreårs-fødselsdagen for filmene i serien om »James Bond«. Sådan som appelkammeret fastslog i den anfægtede afgørelses punkt 23, viser undersøgelsen af dokumentationen vedrørende bilerne desuden, at angivelserne af den handelsmæssige oprindelse, som sagsøgeren har anvendt for produkterne, er »James Bond«, »007« og »Gun Symbol«. Som i de tilfælde, der er gennemgået i punkt 27 ovenfor, angiver disse, at den erhvervsmæssige oprindelse af produkterne er den samme som de øvrige »Bond«-produkters oprindelse.

29 Selv om det antages, at tegnene Dr. No og Dr. NO er blevet anvendt som angivelser af handelsmæssig oprindelse på små figurer af personerne i filmen af en virksomhed med licens til disse varemærker, bl.a. til brug af de pågældende tegn sammen med symbolet »™«, har sagsøgeren ikke godtgjort, at tegnene Dr. No og Dr. NO er blevet anvendt som varemærker inden tidspunktet for indgivelsen af EF-varemærkeansøgningen. Undersøgelsen af den forelagte dokumentation viser nemlig, at de små figurer af »Dr. No« først blev bragt i omsætning i august eller september 2002, dvs. efter indgivelsen af EF-varemærkeansøgningen den 13. juni 2001.

30 Domstolens dom af 23. februar 1999, BMW (sag C-63/97, Sml. I, s. 905, præmis 38), og af 12. november 2002, Arsenal Football Club (C-206/01, Sml. I, s. 10273, præmis 53), som sagsøgeren har påberåbt sig i relation til brugen af tegnene som varemærker, finder ikke anvendelse på det foreliggende tilfælde. Tvisten i sagen vedrører nemlig ikke spørgsmålet, om et registreret varemærke har været genstand for erhvervsmæssig brug, som alene har beskrivende formål eller andre formål end at adskille varer eller tjenesteydelser på markedet. Der er derimod tale om at fastslå, om de omhandlede tegn, som er de samme som titlen på en film, er blevet anvendt som varemærker inden tidspunktet for indgivelsen af en EF-varemærkeansøgning, hvilket sagsøgeren ikke har godtgjort.

31 Idet det ikke er godtgjort, at tegnene Dr. No og Dr. NO er blevet anvendt som angivelser af den handelsmæssige oprindelse inden indgivelsen af EF-varemærkeansøgningen,

kan de ikke anses for vitterlig kendt i henhold til artikel 8, stk. 2, litra c), i forordning nr. 40/94 og artikel 6a i Pariserkonventionen, og det er derfor ikke nødvendigt at undersøge, om de omhandlede tegn er vitterlig kendte i en medlemsstat i henhold til den sidstnævnte bestemmelse. Da de nævnte tegn ikke udgør ældre varemærker i henhold til artikel 8, stk. 2, litra c), i forordning nr. 40/94, er det således ikke nødvendigt at undersøge, om der foreligger en risiko for forveksling mellem de pågældende tegn. Det første anbringende må derfor forkastes.

Det andet anbringende om tilsidesættelse af artikel 73 i forordning nr. 40/94 samt regel 50, stk. 2, litra f), og regel 52, stk. 1, i forordning nr. 2868/95

Parternes argumenter

³² Sagsøgeren har gjort gældende, at den anfægtede afgørelse ikke er tilstrækkeligt begrundet for så vidt angår forkastelsen af anbringendet om tilsidesættelse af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, og at manglen på bevis for brug af tegnene ikke retfærdiggør appelkammerets tavshed vedrørende de stillede spørgsmål.

³³ Harmoniseringskontoret har anført, at anbringendet må forkastes.

Rettens bemærkninger

³⁴ Det følger af fast retspraksis, at begrundelsen i henhold til artikel 73 i forordning nr. 40/94 klart og utvetydigt skal angive, hvilke overvejelser udstederen af akten har gjort sig. Formålet med begrundelsespligten er dels, at de berørte personer kan få

kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, for at de kan forsvare deres rettigheder, dels at Fællesskabets retsinstanser kan efterprøve beslutningens lovlighed (jf. bl.a. Domstolens dom af 3.12.2003, sag T-16/02, Audi mod KHIM, Sml. II, s. 5167, præmis 87 og 88, og af 9.7.2008, sag T-304/06, Reber mod KHIM — Chokoladefabrikken Lindt & Sprüngli (Mozart), Sml. II, s. 1927, præmis 43).

35 I henhold til artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 kan tilstedeværelsen af et ældre ikke-registreret varemærke eller af et andet tegn begrunde en indsigelse, såfremt disse opfylder følgende kumulative betingelser: Det anvendes erhvervsmæssigt, det har ikke kun lokal betydning, det giver indehaveren ret til at forbyde anvendelsen af et yngre varemærke, rettighederne til det pågældende tegn i henhold til lovgivningen i den medlemsstat, hvor tegnet er blevet anvendt, skal være erhvervet før datoen for indgivelsen af EF-varemærkeansøgningen, og tegnet skal give rettighedshaveren ret til at forbyde anvendelsen af et yngre varemærke (jf. Rettens domme af 12.6.2007, forenede sager T-53/04 — T-56/04, T-58/04 og T-59/04, Budějovický Budvar mod KHIM — Anheuser-Busch (BUDWEISER), Sml. II, s. 57, præmis 71, forenede sager T-60/04 — T-64/04, Budějovický Budvar mod KHIM — Anheuser-Busch (BUD), Sml. II, s. 58, præmis 69, og forenede sager T-57/04 og T-71/04, Budějovický Budvar mod KHIM — Anheuser-Busch (BUDWEISER), Sml. II, s. 1829, præmis 86). Disse betingelser er kumulative. Når et tegn således ikke opfylder en af disse betingelser, kan indsigelsen baseret på tilstedeværelsen af et ikke-registreret varemærke eller et andet erhvervsmæssigt anvendt tegn i henhold til artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 ikke tages til følge.

36 I det foreliggende tilfælde viser de argumenter, som appelkammeret har fremført i den anfægtede afgørelses punkt 29 og 30, at sagsøgeren ikke godtgjorde at have anvendt tegnene Dr. No og Dr. NO erhvervsmæssigt, hvilket er tilstrækkeligt til at forkaste dette anbringende.

37 Som Harmoniseringskontoret har understreget, betyder den omstændighed, at appelkammerets argumenter på dette punkt er korte, ikke, at afgørelsen ikke er tilstrækkeligt begrundet. Disse argumenter gjorde det nemlig muligt for sagsøgeren at få kendskab til grundlaget for den trufne afgørelse med henblik på at kunne forsvare

sine rettigheder og gør det ligeledes muligt for Retten at udøve sin lovlighedsprøvelse af den anfægtede afgørelse (Mozart-dommen, præmis 47). Det andet anbringende må derfor forkastes.

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

Parternes argumenter

38 Sagsøgeren har gjort gældende, at artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 ikke nævner erhvervsmæssig brug som en betingelse for beskyttelse af de tegn, der omhandles i artiklen, og har gjort gældende, at appelkammeret skulle have taget hensyn til de påberåbte nationale bestemmelser, der hindrer tredjemands tilegnelse af tegnene. Sagsøgeren har endvidere påstået, at tegnet ikke kun har lokal betydning.

39 Harmoniseringskontoret har anført, at anbringendet må forkastes.

Rettens bemærkninger

40 Som allerede nævnt i præmis 24-29 ovenfor, udgør brugen af tegnet Dr. No på omslag til videokassetter, dvd'er, musikindspilninger, bøger, tegneserier, plakater, legetøjsbiler og ure ikke en brug i egenskab af varemærke. Tegnene Dr. No og Dr. NO kan derfor ikke anses for ikke-registrerede varemærker. I tilfældet med de små figurer fra filmen har sagsøgeren ikke godtgjort at have anvendt disse inden indgivelsen af EF-vare-

mærkesansøgningen. En indsigelse, der er baseret på tilstedeværelsen af et ikke-registreret varemærke, som tidsmæssigt ligger forud for EF-varemærkeansøgningen, kan derfor ikke tages til følge.

41 Det følger desuden af artikel 8, stk. 4, sammenholdt med artikel 52, stk. 2, i forordning nr. 40/94 (nu artikel 53, stk. 2, i forordning nr. 207/2009), at den ophavsretlige beskyttelse ikke kan påberåbes i forbindelse med en indsigelsessag, men udelukkende i forbindelse med et annullationssøgsmål vedrørende det omhandlede EF-varemærke.

42 Hvad angår sagsøgerens argument, hvorefter tegnene Dr. No eller Dr. NO som særprægede titler på en film er beskyttet i medfør af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, skal det præciseres, at titlerne på de kunstneriske værker beskyttes i visse nationale retsordener mod brug af et yngre varemærke som karakteristiske kendetegn, som ligger uden for ophavsrettens sfære. I disse tilfælde kan de kunstneriske værkers titler anses for andre tegn end varemærker i henhold til artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94.

43 I overensstemmelse med retningslinierne for sager ved Harmoniseringskontoret (Afsnit C med overskriften »Indsigelse«), som sagsøgeren har søgt at påberåbe sig, anerkender Markengesetz (den tyske varemærkelov) blandt de forskellige påberåbte nationale retsordener denne beskyttelse mod et yngre varemærke, som fremkalder risiko for forveksling af de pågældende titler, såfremt disse titler har særpræg og anvendes erhvervsmæssigt. En tilsvarende beskyttelse indrømmes i henhold til svensk ret for litterære og kunstneriske værker, der har særpræg. I modsætning til sagsøgerens anbringender og i overensstemmelse med de nævnte retningslinjer, som sagsøgeren har henvist til som bevis for de nationale lovgivninger, indrømmes i henhold til græsk ret dog alene en tilsvarende beskyttelse for tidsskrifter, og i henhold til spansk, fransk, italiensk og nederlandsk ret ydes ingen beskyttelse for kunstneriske værker, som er forskellig fra og uafhængig af den beskyttelse, der indrømmes i henhold til ophavsretten. Desuden giver hverken de nævnte retningslinjer eller resten af den forelagte dokumentation mulighed for at fastslå, under hvilke betingelser der efter reglerne om »passing off« anerkendes en beskyttelse i Det Forenede Kongerige af

tegnene Dr. No og Dr. NO, som er forskellig fra den beskyttelse, der ydes af ophavsretten. Disse rettigheder kan derfor ikke påberåbes under en indsigelsessag.

44 I henhold til artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94 berettiger tilstedeværelsen af et andet tegn end et varemærke til en indsigelse, hvis tegnet opfylder samtlige de fire betingelser, der er nævnt ovenfor i præmis 35. Ifølge artiklens ordlyd er den erhvervsmæssige anvendelse et ufravigeligt krav, der udelukker, at tegnet i mangel af en sådan anvendelse kan nyde beskyttelse mod registrering af et EF-varemærke, og dette gælder uafhængigt af de betingelser for et erhverve eneret, der følger af national ret. I det særlige tilfælde med titler på værker forudsætter brugen af titlen, at det pågældende værk er bragt i omsætning på det relevante marked, dvs. i det foreliggende tilfælde i Tyskland og i Sverige, der er områder, hvori filmtitler beskyttes som tegn uafhængigt af den ophavsretlige beskyttelse.

45 Sagsøgeren har gjort gældende, at filmen *Dr. No* siden 1962 jævnligt er blevet vist i Den Europæiske Union, og at selskabet endog har forberedt en ny serie af videoer og dvd'er. Det har også gjort opmærksom på, at det samlede overskud, der er opnået i Den Europæiske Union, udgør mere end 26 mio. USD. De dokumenter, som sagsøgeren har forelagt, er imidlertid ikke tilstrækkelige til at godtgøre, at filmens titel er blevet anvendt erhvervsmæssigt i de områder, hvor den er beskyttet, inden indgivelsen af EF-varemærkeansøgningen. Sagsøgeren har nemlig for det første ikke præciseret omfanget af titlens brug på de pågældende markeder, hvilket kunne være gjort uden større vanskeligheder, f.eks. ved at fremlægge oplysninger vedrørende den hidtidige fremvisning af filmen, såvel i biografer som i tv, eller vedrørende længden af perioden, hvorunder filmen blev distribueret. Sagsøgeren har derimod begrænset sig til at fremlægge et uddrag af en internetside, hvoraf det fremgår, at filmen *Dr. No* blev vist i Det Forenede Kongerige den 2. juni 1999. For det andet udgør udsagnene fra sagsøgernes administrerende direktør samt fra den af sagsøgeren udpegede ekspert beviser, der stammer fra personer, der ikke er uafhængige af sagsøgeren, og som således ikke udgør tilstrækkeligt bevis til at godtgøre brugen af titlen (jf. i denne retning Rettens dom af 7.6.2005, sag T-303/03, Lidl Stiftung mod KHIM — REWE-Zentral (Salvita), Sml. II, s. 1917, præmis 42-45). For det tredje er de oplysninger om omsætningen, der blev offentliggjort på en anden internetside, også utilstrækkelige, idet de udgør en alt for generel henvisning til de aktiviteter, som sagsøgeren har udøvet uden for De Forenede Stater, og idet de heller ikke præciserer hverken karakteren af aktiviteten eller de omhandlede områder. Af samme grund er et tidsskrifts oplysninger vedrørende de billetindtægter, som filmen har indspillet, uden betydning for anvendelsen af tegnet.

Endelig og for det fjerde vedrører de øvrige avisartikler, som sagsøgeren har fremlagt, emner, der ikke tjener til at godtgøre brugen af tegnet i de anførte medlemsstater.

- ⁴⁶ Da sagsøgeren således ikke har formået at godtgøre brugen af filmtitlen *Dr. No* i de medlemsstater, hvori tegnet er beskyttet mod brug af et yngre varemærke, er det ufornuddent at undersøge, om den pågældende titel opfylder de resterende betingelser i de nationale retsordener for beskyttelse af disse tegn. Det tredje anbringende må derfor forkastes, og følgelig må Harmoniseringskontoret frifindes i det hele.

Sagens omkostninger

- ⁴⁷ I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgeren har tabt sagen, bør det pålægges denne at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Harmoniseringskontorets og intervenientens påstande herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Anden Afdeling):

1) Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked frifindes.

2) Danjaq, LLC betaler sagens omkostninger.

Pelikánová

Jürimäe

Soldevila Fragoso

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 30. juni 2009.

Underskrifter