Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Ottende Afdeling)

21. september 2017*

»EU-varemærker - ugyldighedssag - EU-figurmærket BASIC - de ældre nationale handelsnavne basic og basic AG - relativ registreringshindring - erhvervsmæssig brug af et tegn, som ikke kun har lokal betydning - artikel 8, stk. 4, og artikel 53, stk. 1, litra c), i forordning (EF) nr. 207/2009«

I sag T-609/15,

Repsol YPF, SA, Madrid (Spanien), først ved advokaterne J.-B. Devaureix og L. Montoya Terán, derefter ved advokat J. Erdozain López,

sagsøger,

mod

Den Europæiske Unions Kontor for Intellektuel Ejendomsret (EUIPO) ved D. Hanf, som befuldmægtiget,

sagsøgt,

den anden part i sagen for appelkammeret ved EUIPO og intervenient ved Retten,

Basic AG Lebensmittelhandel, München (Tyskland), ved advokaterne D. Altenburg og H. Bickel,

angående et søgsmål til prøvelse af afgørelse truffet den 11. august 2015 af Første Appelkammer ved EUIPO (sag R 2384/2013-1) vedrørende en ugyldighedssag mellem Basic Lebensmittelhandel og Repsol, SA,

har

RETTEN (Ottende Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, A.M. Collins (refererende dommer), og dommerne R. Barents og J. Passer,

justitssekretær: fuldmægtig X. Lopez Bancalari,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 29. oktober 2015,

under henvisning til EUIPO's svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 29. januar 2016,

* Processprog: engelsk.

under henvisning til intervenientens svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 4. februar 2016,

på grundlag af retsmødet den 18. maj 2017,

afsagt følgende

Dom

Tvistens baggrund

1 Den 29. januar 2007 indgav sagsøgeren, Repsol YPF, SA, i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994, L 11, s. 1), med senere ændringer (erstattet af Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26.2.2009 om EU-varemærker (EUT 2009, L 78, s. 1)), en ansøgning om registrering af et EU-varemærke til Den Europæiske Unions Kontor for Intellektuel Ejendomsret (EUIPO).

2 Det varemærke, der ønskes registreret, er det nedenfor gengivne figurmærke med krav om farverne blå, rød, orange og hvid:



3 De varer og tjenesteydelser, der er søgt registrering for, henhører bl.a. under klasse 35 og 39 i Nicearrangementet 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 enkelt af disse klasser til følgende beskrivelse:

– klasse 35: »detailsalg i forretninger af tobak, aviser, batterier, legesager«

– klasse 39: »distribution af næringsmidler som basisvarer, konditori- og konfekturevarer, iscreme, færdiglavet mad, tobaksbrun, trykkerivirksomhed, batterier, legesager«.

4 EU-varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EF-Varemærketidende* nr. 34/2007 af 16. juli 2007.

5 Det ansøgte varemærke blev registreret den 4. maj 2009 under nr. 5648159.

6 Den 26. september 2011 indgav intervenienten, Basic AG Lebensmittelhandel, en begæring om, at det anfægtede varemærke blev erklæret delvist ugyldigt for de i præmis 3 ovenfor nævnte tjenesteydelser (herefter »de anfægtede tjenesteydelser«) på grundlag af bl.a. artikel 53, stk. 1, litra c), og artikel 8, stk. 4, litra b), i forordning nr. 207/2009. Til støtte for sin begæring, for så vidt som den var støttet på disse bestemmelser, påberåbte intervenienten sig »forretningskendetegnene« som omhandlet i § 5 i Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (Markengesetz) (lov om beskyttelse af varemærker og lignende kendetegn) af 25. oktober 1994 (BGBl. 1994 I, s. 3082, og BGBl. 1995 I, s. 156) basic og basic AG, som den benytter erhvervsmæssigt i Tyskland og i Østrig for levering af tjenesteydelser inden for »detailhandel med fødevarer, materialistvarer, økologiske varer og andre forbrugsvarer, restaurationsvirksomhed (fødevarer)«.

7 Intervenienten har vedlagt følgende beviser som bilag til sin ugyldighedsbegæring af 26. september 2011:

– tre skærmprints udskrevet den 25. juli 2011 fra dennes websted, det første med oplysninger om selskabet dateret den 1. juli 2011, de to andre med kort fra 2010 over selskabets supermarkeders placeringer i Tyskland og Østrig

– et skærmprint udskrevet den 25. juli 2011 fra selskabets websted med oplysninger fra 2010 om visse »basic«-varer

– årsrapporten for 2006

– årsrapporten for 2004

– årsrapporten for 2005

– en skrivelse fra selskabet Biogarten Handels GmbH til »basic AG« dateret den 21. april 2006 med detaljeret angivelse af bonusser udbetalt af den førstnævnte til den sidstnævnte for dennes omsætning i første kvartal af 2006 for salg af Biogartens varer

– en skrivelse fra selskabet Biogarten »basic AG« dateret den 13. december 2005 med detaljeret angivelse af bonusser udbetalt af den førstnævnte til den sidstnævnte for dennes omsætning fra april til september 2005 for salg af Biogartens varer

– en leveringsliste dateret den 15. april 1999 udstedt af selskabet Nordlicht Naturkost Handels GmbH til »basic AG« »Bio-Supermarkt«

– en faktura dateret den 13. november 2001 udstedt af selskabet Nordlicht Naturkost Handels til »basic AG« »Bio-Supermarkt«

– salgsstatistikker dateret den 1. december 2006 fra Herrmannsdorfer Landwerkstätten Glonn GmbH & Co. KG, leverandør af økologiske fødevareprodukter, som vedrører bl.a. »basic«

– en erklæring afgivet under ed dateret den 19. september 2011 udfærdiget af en medarbejder fra intervenientens markedsføringsafdeling

– tabeller med detaljeret redegørelse for den omsætning, »basic« angiveligt skulle have haft frem til juli 2009, frem til december 2010 og frem til juni 2011

– salgsbrochurer fra »basic«-supermarkederne fra juni, juli og december 2003, januar, februar, marts, april, september og november 2004, juni, oktober og november 2005 og januar, februar, april, maj og december 2006

– salgsmateriale og reklamer, der ikke er dateret

– et diplom for »årets entreprenør 2006« til to ledere i »basic AG« dateret den 21. september 2006

– presseklip fra 2003 til 2006

– en dom fra Landgericht München I (den regionale ret i første instans i München I) af 9. september 2006.

8 Intervenienten anførte også i ugyldighedsbegæringen de relevante bestemmelser i Markengesetz' §§ 5 og 15 samt afgørelser fra de tyske domstole, der fortolker disse bestemmelser.

9 Ved afgørelse af 8. oktober 2013 gav annullationsafdelingen medhold i ugyldighedsbegæringen på grundlag af artikel 53, stk. 1, litra c), i forordning nr. 207/2009, sammenholdt med samme forordnings artikel 8, stk. 4, og erklærede det anfægtede varemærke for delvist ugyldigt, dvs. for så vidt som dette var registreret for de anfægtede tjenesteydelser.

10 Den 2. december 2013 indgav sagsøgeren en klage til EUIPO i henhold til artikel 58-64 i forordning nr. 207/2009 til prøvelse af annullationsafdelingens afgørelse. Den 7. februar 2014 indgav intervenienten en skriftlig begrundelse for klagen.

11 Ved afgørelse af 11. august 2015 (herefter »den anfægtede afgørelse«) stadfæstede Første Appelkammer ved EUIPO annullationsafdelingens afgørelse og gav afslag på klagen.

12 I den anfægtede afgørelse undersøgte appelkammeret betingelserne i artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 207/2009 for, at et ikke-registreret varemærke eller et andet erhvervsmæssigt anvendt tegn gør det muligt for deres indehaver at få et senere registreret varemærke erklæret ugyldigt.

13 I denne henseende har appelkammeret først og fremmest tiltrådt annullationsafdelingens afgørelse, hvorefter intervenientens beviser, beskrevet i præmis 7 ovenfor, godtgør, at en væsentlig del af den relevante tyske befolkning, som både består af gennemsnitsforbrugere og professionelle inden for detailhandel med fødevareprodukter, opfattede »basic« som et »forretningskendetegn« (den anfægtede afgørelses punkt 26).

14 Hvad angår for det første tegnets geografiske omfang har appelkammeret anført, at intervenienten havde godtgjort en omfattende brug af forretningskendetegnet (eller selskabsnavnet) basic i Tyskland (den anfægtede afgørelses punkt 27 og 30).

15 Hvad for det andet angår tegnets økonomiske omfang har appelkammeret konstateret, at de fremlagte beviser godtgør, at selskabsnavnet basic havde været genstand for en »uafbrudt brug« mellem 1999 og 2011 og følgelig på de i nærværende sag relevante datoer, dvs. den 29. januar 2007 og den 26. september 2011 (den anfægtede afgørelses punkt 24 og 32). Det fandt, at de aktiviteter, som intervenienten udøvede under dette navn, havde haft en økonomisk indvirkning både ud fra forbrugerens synspunkt og fra synspunktet for professionelle inden for detailhandel (den anfægtede afgørelses punkt 34). Navnlig anførte det, at intervenienten havde fremlagt bevis for ikke blot brugen af figurversionen af ordet »basic«, eller af dette ord forbundet med »aktiengesellschaft« eller med sloganet »Bio für alle«, men også den omfattende selvstændige brug af ordet »basic«. Det konkluderede, at det var godtgjort, at intervenienten havde brugt ordet »basic« og som sådan som en »kommerciel indikator«, og at dette ord blev opfattet som sådant af den relevante kundekreds. Denne sidstnævnte »opfattede ligeledes tegnet [basic] i figurversionen og/eller i den version, der omfattede det beskrivende ord »aktiengesellschaft« (der angiver selskabets juridiske form) eller sloganet »Bio für alle« (Øko for alle) som selskabsbetegnelsen, når tegnet f.eks. anvendes på omslag til reklamebrochure« (brochureomslag til reklamer) (den anfægtede afgørelses punkt 38).

16 For det andet har appelkammeret lagt til grund, at tegnet basic, som udgjorde et selskabsnavn som omhandlet i Markengesetz' § 5, stk. 2, i overensstemmelse med Markengesetz' § 15, stk. 1 og 2, gav intervenienten en eneret, der gjorde det muligt for ham at forbyde brugen af et ældre tegn, hvis der var risiko for forveksling mellem de respektive tegn. Det konkluderede, at der i denne sag forelå en sådan risiko i bevidstheden hos den relevante kundekreds i Tyskland, selv hvis det nævnte selskabsnavn skulle anses for at være svagt (den anfægtede afgørelses punkt 50), hvilket det ikke er.

17 For at nå til denne konklusion har appelkammeret for det første fundet, at de anfægtede tjenesteydelser, der er omfattet af klasse 35, svarede til intervenientens »aktivitetsområde«. Der findes endvidere en tæt forbindelse mellem de anfægtede tjenesteydelser, der er omfattet af klasse 39, og det

detailsalg af fødevareprodukter og materialistvarer, som intervenienten udøver. Tjenesteydelser vedrørende detailsalg og tjenesteydelser vedrørende distribution supplerer hinanden (den anfægtede afgørelses punkt 41-44).

18 For det andet konstaterede appelkammeret, at der forelå en høj grad af lighed mellem selskabsnavnet basic og det anfægtede varemærke, eftersom de begge indeholdt det samme ord »basic«. Det fandt, at denne konstatering ikke kunne ændres af hverken det anfægtede varemærkes dekorative figurbestanddele eller af sagsøgerens argument, hvorefter det nævnte ord ikke havde fornødent særpræg. Hvad angår dette sidste punkt gentog det, at intervenienten klart havde bevist, at selskabsnavnet basic blev anvendt til at udskille dets aktivitet over for den tyske kundekreds og var egnet til at opfylde denne funktion. Det tilføjede, at ordet »basic« var et engelsk ord, som for de tyske forbrugere ikke var beskrivende for den nævnte aktivitet (den anfægtede afgørelses punkt 45-48).

19 Appelkammeret har på baggrund af samtlige ovenstående betragtninger konkluderet, at annullationsafdelingen med rette – på grundlag af artikel 53, stk. 1, litra c), i forordning nr. 207/2009, sammenholdt med samme forordnings artikel 8, stk. 4 – erklærede det anfægtede varemærke ugyldigt for de anfægtede tjenesteydelser, og at det derfor ikke var nødvendigt at undersøge anbringenderne i ugyldighedserklæringen støttet på forordningens artikel 53, stk. 1, litra a) (den anfægtede afgørelses punkt 51).

Parternes påstande

20 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

– Den anfægtede afgørelse annulleres.

– EUIPO tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

21 EUIPO og intervenienten har nedlagt følgende påstande:

– Frifindelse.

– Sagsøgeren tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

22 Inden for rammerne af en indledende foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse vedtaget i overensstemmelse med procesreglementets artikel 89 har Retten opfordret EUIPO til skriftligt at besvare et spørgsmål inden retsmødet. Inden for rammerne af en efterfølgende foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse blev parterne opfordret til mundtligt at besvare et spørgsmål under retsmødet. Disse anmodninger er blevet efterkommet.

Retlige bemærkninger

Indledende bemærkninger

23 Sagsøgeren har til støtte for søgsmålet påberåbt sig tre anbringender. Inden for rammerne af det første anbringende har sagsøgeren gjort gældende, at appelkammeret ikke har foretaget en korrekt vurdering af de beviser, som intervenienten fremlagde, for så vidt angår den erhvervsmæssige brug af tegnene basic og basic AG i Tyskland. Inden for rammerne af det andet anbringende har sagsøgeren gjort gældende, at appelkammeret med urette har konkluderet, at der forelå en risiko for forveksling i henhold til Markengesetz' § 15, stk. 1 og 2. Inden for rammerne af det tredje anbringende har sagsøgeren gjort en tilsidesættelse af artikel 36 TEUF gældende.

24 Det følger af artikel 53, stk. 1, litra c), i forordning nr. 207/2009, at EF-varemærket erklæres ugyldigt efter indgivelse af begæring herom til EUIPO, når der findes en af de i denne forordnings artikel 8, stk. 4, omhandlede ældre rettigheder, og betingelserne i sidstnævnte stykke er opfyldt.

25 I henhold til disse bestemmelser kan indehaveren af et tegn, der anvendes erhvervsmæssigt, og som ikke er et varemærke, begære et EU-varemærke ugyldigt, hvis tegnet opfylder fire kumulative betingelser: Tegnet skal være anvendt erhvervsmæssigt, og det skal have en betydning, der ikke kun er lokal, rettigheden til tegnet skal være erhvervet i overensstemmelse med reglerne i den medlemsstat, hvor tegnet blev anvendt før tidspunktet for indgivelsen af ansøgningen om registrering som EU-varemærke, og endelig skal tegnet give sin indehaver mulighed for at forbyde anvendelsen af et yngre varemærke. 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. 207/2009 ikke tages til følge (jf. i denne retning dom af 24.3.2009, General Óptica (GENERAL OPTICA), T-318/06 – T-321/06, EU:T:2009:77, præmis 32 og 47).

26 De to første betingelser, dvs. betingelserne om det påberåbte tegns brug og betydning, som ikke kun må være lokal, følger af selve ordlyden i artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 207/2009 og skal derfor fortolkes i lyset af EU-retten. Forordning nr. 207/2009 fastlægger således ensartede standarder for tegns brug og betydning, der stemmer overens med de principper, der inspirerer den ordning, der er etableret ved denne forordning (jf. dom af 24.3.2009, General Óptica, T-318/06 – T-321/06, EU:T:2009:77, præmis 33).

27 Til gengæld følger det af angivelsen »hvis og i det omfang der i henhold til medlemsstatens lovgivning vedrørende det pågældende tegn […]«, at de to øvrige betingelser, der fremgår af artikel 8, stk. 4, litra a) og b), i forordning nr. 207/2009, er betingelser, der er fastlagt ved forordningen, som til forskel fra de forrige betingelser skal vurderes i henhold til kriterier fastlagt i den lovgivning, der regulerer det påberåbte tegn. Denne henvisning til den lovgivning, der regulerer det påberåbte tegn, er fuldt ud berettiget, idet forordning nr. 207/2009 anerkender, at tegn, der ikke er omfattet af EF-varemærkeordningen, kan påberåbes over for et EF-varemærke. Det er derfor kun den lovgivning, der gælder for det påberåbte tegn, der giver mulighed for at fastslå, om tegnet er ældre end EU-varemærket, og om det kan berettige et forbud mod brugen af et nyere varemærke (dom af 24.3.2009, GENERAL OPTICA, T-318/06 – T-321/06, EU:T:2009:77, præmis 34). På dette grundlag bør den, der begærer ugyldighed, godtgøre, at det omhandlede tegn er omfattet af anvendelsesområdet for den påberåbte medlemsstats lovgivning, og at denne lovgivning gør det muligt at forbyde brugen af et yngre varemærke (jf. i denne retning dom af 29.3.2011, Anheuser-Busch mod Budějovický Budvar, C-96/09 P, EU:C:2011:189, præmis 190, og af 10.2.2015, Infocit mod KHIM – DIN (DINKOOL), T-85/14, ikke trykt i Sml., EU:T:2015:82, præmis 63 og den deri nævnte retspraksis).

28 Markengesetz' § 5 med overskriften »Geschäftliche Bezeichnungen« (handelsbetegnelser) bestemmer følgende:

»1. Forretningskendetegn og publikationstitler beskyttes som handelsbetegnelse.

2. Forretningskendetegn er tegn, som erhvervsmæssigt anvendes som handelsnavn, selskabsnavn eller særlig betegnelse for en erhvervsmæssig aktivitet eller for en virksomhed.

Handelssymboler og andre tegn, der gør det muligt at adskille en erhvervsmæssig aktivitet fra andre erhvervsmæssige aktiviteter, og som af den relevante kundekreds anses for symboler for erhvervsmæssig aktivitet, anses for at være ligestillet med en særlig betegnelse for en erhvervsmæssig aktivitet.«

29 Det fremgår af sagsakterne, at de ældre rettigheder, der var påberåbt til støtte for begæringen om det anfægtede varemærkes delvise ugyldighed, for så vidt som denne begæring var støttet på de sammenstillede artikler 53, stk. 1, litra c), og 8, stk. 4, litra b), i forordning nr. 207/2009, i denne sag er basic og basic AG, der er forretningskendetegn (Unternehmenskennzeichen) som omhandlet i Markengesetz' § 5, og som intervenienten angiveligt benytter til tjenesteydelser inden for »detailhandel med fødevarer, materialistvarer, økologiske produkter og andre forbrugsvarer, restaurationsvirksomhed (fødevarer)«.

30 Markengesetz' § 15 bestemmer:

»1. Ved opnåelsen af beskyttelse af et selskabsnavn indrømmes indehaveren en eneret.

2. Tredjemand kan ikke uden tilladelse benytte selskabsnavnet eller et tilsvarende tegn erhvervsmæssigt på en måde, der kan skabe forveksling med den beskyttede betegnelse.

[…]«

31 Det er på grundlag af disse betragtninger, at det skal undersøges, om nærværende anbringende er begrundet.

Det første anbringende om, at appelkammeret ikke har vurderet de af intervenienten fremlagte beviser korrekt for så vidt angår den erhvervsmæssige brug af tegnene »basic« og »basic AG« i Tyskland

32 For det første har sagsøgeren anført, at det ikke i tilstrækkelig grad fremgår af de beviser, som intervenienten har fremlagt, at tegnene basic og basic AG i Tyskland har været genstand for en erhvervsmæssig anvendelse, som ikke kun har lokal betydning på både det økonomiske og geografiske plan.

33 Indledningsvis fremhæver sagsøgeren, der navnlig henviser til dom af 23. oktober 2013, Dimian mod KHIM – Bayer Design Fritz Bayer (Baby Bambolina) (T-581/11, ikke trykt i Sml., EU:T:2013:553), at det tilkommer intervenienten at påvise, at de ældre påberåbte tegn var blevet anvendt erhvervsmæssigt »vedvarende og uafbrudt« frem til datoen for indgivelsen af begæringen om det anfægtede varemærkes ugyldighed, dvs. i nærværende sag den 26. september 2011. I det foreliggende tilfælde angår de af intervenienten fremlagte beviser for en sådan brug nærmere bestemt kun perioden 2003-2006.

34 Sagsøgeren har endvidere gjort gældende, at størstedelen af disse beviser hverken nævner stedet for markedsføring af disse varer eller arten af varerne eller nogen af de andre krævede oplysninger vedrørende den erhvervsmæssige brug. De nævnte beviser godtgør ikke i sig selv, at de ældre tegn er blevet brugt i forhold til de anfægtede tjenesteydelser.

35 Sagsøgeren har tilføjet, at appelkammeret primært baserede sig på en erklæring afgivet under ed af intervenienten selv, og som derfor kun kan have en begrænset betydning.

36 Hvad angår de dokumenter, som gengiver intervenientens figurmærker, kan de ikke bevise brugen af forretningskendetegnene basic og basic AG, eftersom de ikke henviser til disse forretningskendetegn, men til »andre varemærker, som er omfattet af særskilte registreringer«.

37 Endelig har sagsøgeren anført, at den omstændighed, som er nævnt i den anfægtede afgørelses punkt 28, at 24 supermarkeder drives under forretningskendetegnet basic i Tyskland, ikke udgør en betydelig tilstedeværelse i dette land, henset til dette lands størrelse.

38 For det andet har sagsøgeren gjort gældende, at intervenienten ikke har fremlagt noget bevis, der gør det muligt at godtgøre, at »mærkerne« basic eller basic AG hos den relevante kundekreds i Tyskland var velkendt i tilstrækkelig grad (Verkehrsgeltung) som omhandlet i Markengesetz.

39 Indledningsvis har EUIPO gjort gældende, at det var med rette, at appelkammeret fandt, at intervenienten havde godtgjort, at det ældre forretningskendetegn basic, der betegner et selskab, som leverer tjenesteydelser inden for detailhandlen med fødevarer, materialistvarer og fastfood-restauration i Tyskland, havde været genstand for erhvervsmæssig anvendelse, som ikke kun havde lokal betydning på det økonomiske og geografiske plan.

40 I denne henseende har EUIPO for det første afvist sagsøgerens argument om, at driften af 24 supermarkeder, henset til landets størrelse, ikke kan anses for at udgøre en betydelig tilstedeværelse i Tyskland.

41 For det andet har EUIPO gjort gældende, at appelkammeret med rette havde konkluderet, at intervenienten havde ført bevis for en uafbrudt brug fra 1999 til 2011 og det ældre forretningskendetegn basics betydelige handelsmæssige tilstedeværelse i Tyskland i supermarkeder, der leverer tjenesteydelser inden for detailhandlen med fødevarer, materialistvarer og fastfood-restauration.

42 Som svar på et skriftligt spørgsmål fra Retten til parterne under den efterfølgende foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse har EUIPO under retsmødet fremført, at det retligt ikke var nødvendigt at godtgøre en uafbrudt brug af det ældre tegn mellem de to relevante datoer, dvs. datoen for indgivelsen af anmodningen om registreringen af EU-varemærket og datoen for indgivelsen af ugyldighedsbegæringen. EUIPO har anført, at når tilstedeværelsen af den ældre rettighed er bevist på den første dato og på den anden dato, foreligger der en »form for formodning«, der kan afkræftes, hvorefter denne ret fortsat består mellem de to datoer.

43 EUIPO har afvist de af sagsøgeren fremførte argumenter. Således har kontoret først og fremmest anført, at appelkammeret ikke primært baserede sig på erklæringen afgivet under ed af intervenienten. Det har præciseret, at appelkammeret navnlig omhyggeligt undersøgte, at oplysningerne i denne erklæring blev understøttet af yderligere objektive beviser. Dernæst har det gjort gældende, at de dokumenter, der er taget hensyn til for at bedømme brugen af det ældre forretningskendetegn basic, alle viser en brug af tegnet som handelsnavn. Endelig har det anført, at sagsøgerens argumenter, hvorefter de fremlagte beviser hverken nævner stedet for markedsføring af disse varer, arten af varerne eller nogen af de andre krævede oplysninger vedrørende den erhvervsmæssige brug, ikke har noget faktuelt grundlag og er alt for generelt og vagt.

44 For det andet har EUIPO anført, at den ældre påberåbte ret i det foreliggende tilfælde ikke er et ikke-registreret varemærke som omhandlet i Markengesetz' § 4, stk. 2, men et forretningskendetegn som omhandlet i denne lovs § 5, stk. 2.

45 Intervenienten har i det væsentlige gjort de samme argumenter som EUIPO gældende. Under retsmødet har intervenienten – i modsætning til det synspunkt, som EUIPO har fremført, dog hævdet, at det i det foreliggende tilfælde ikke var nødvendigt at påvise, at de påberåbte forretningskendetegn stadig var i brug på datoen for indgivelse af ugyldighedsbegæringen. Ifølge intervenienten skal det i medfør af gældende tysk ret nemlig antages, at disse ældre rettigheder stadig bestod på denne dato.

46 Med sit første anbringende har sagsøgeren søgt at anfægte appelkammerets bedømmelse af de to første betingelser nævnt i præmis 25 ovenfor, som skal fortolkes i lyset af EU-retten, således som det i øvrigt er ubestridt mellem parterne i hovedsagen. I denne henseende skal det indledningsvis fremhæves, at det i modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende under retsmødet, fremgår klart af ordlyden af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 207/2009, som henviser til denne forordnings artikel 53, stk. 1, litra c),

at det skal påvises, at det ældre ikke-registrerede tegn er genstand for en anvendelse, for at den første af disse bestemmelser gyldigt kan påberåbes inden for rammerne af en ugyldighedssag i henhold til den anden af disse bestemmelser.

47 Hvad angår den første betingelse for anvendelse af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 207/2009 bemærkes det, at ifølge retspraksis anvendes et tegn erhvervsmæssigt, når brugen finder sted i forbindelse med en erhvervsmæssig aktivitet, hvormed der søges opnået økonomisk vinding, og ikke i private forhold (jf. dom af 3.3.2016, Ugly mod KHIM – Group Lottuss (COYOTE UGLY), T-778/14, ikke trykt i Sml., EU:T:2016:122, præmis 28 og den deri nævnte retspraksis).

48 Hvad angår den relevante periode med henblik på vurderingen af denne betingelse fremgår det af retspraksis, at det påhviler den part, der fremsætter ugyldighedsbegæringen, at godtgøre, at den erhvervsmæssige brug af det påberåbte tegn har fundet sted inden datoen for indgivelsen af ansøgningen om registrering af det omhandlede EU-varemærke (jf. i denne retning dom af 29.3.2011, Anheuser-Busch mod Budějovický Budvar, C-96/09 P, EU:C:2011:189, præmis 164-168). Ifølge retspraksis skal dette tegn endvidere fortsat være i anvendelse på tidspunktet for indgivelsen af ugyldighedsbegæringen (dom af 23.10.2013, Baby Bambolina, T-581/11, ikke trykt i Sml., EU:T:2013:553, præmis 27). Med andre ord skal det være godtgjort, at det påberåbte tegn ikke bare var i anvendelse på datoen for indgivelse af ansøgningen om registrering af EU-varemærket, men også på datoen for indgivelse af ugyldighedsbegæringen, forudsat at det med rette kan antages, når et sådant bevis er ført, at det nævnte tegn »fortsat [var] i anvendelse« på denne sidstnævnte dato som omhandlet i den ovennævnte retspraksis.

49 Som det fremgår af den anfægtede afgørelse (jf. punkt 24, sammenholdt med punkt 32), påhviler det i det foreliggende tilfælde derfor intervenienten at godtgøre, at de ældre tegn basic og basic AG blev anvendt erhvervsmæssigt den 29. januar 2007, som er datoen for indgivelse af ansøgningen om registrering af det anfægtede varemærke, og den 26. september 2011, som er datoen for indgivelse af ugyldighedsbegæringen vedrørende dette varemærke.

50 Det bemærkes endvidere, som det fremgår af den anfægtede afgørelse (jf. bl.a. punkt 26, der henviser til punkt 5), og som EUIPO udtrykkeligt har bekræftet både i sit svar på Rettens skriftlige spørgsmål inden for rammerne af den indledende foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse og under retsmødet, at appelkammeret støttede sin vurdering af bl.a. de to første betingelser nævnt i præmis 25 ovenfor udelukkende på de beviser, som intervenienten havde vedlagt som bilag til sin ugyldighedsbegæring af 26. september 2011, således som de er nævnt i præmis 7 ovenfor.

51 Det kan konstateres, at flere af disse beviser i tilstrækkelig grad godtgør intervenientens brug af tegnene basic og basic AG i Tyskland forud for datoen for indgivelse af ansøgningen om registrering af det anfægtede varemærke som betegnelse for en virksomhed, der leverer tjenesteydelser inden for detailhandlen med fødevarer, materialistvarer og andre forbrugsvarer samt restaurationsvirksomhed, og derfor i forbindelse med en erhvervsmæssig aktivitet, hvormed der søges opnået økonomisk vinding.

52 Selv om intervenientens selskabsnavn er basic AG Lebensmittelhandel, fremgår det dog af de nævnte beviser, at der forud for datoen den 29. januar 2007 erhvervsmæssigt generelt blev henvist til intervenienten ved tegnene basic eller basic AG, idet akronymet AG desuden blot er en forkortelse af den tyske selskabsform Aktiengesellschaft.

53 I intervenientens årsrapport for 2006 (jf. præmis 7, tredje led, ovenfor), som var bestemt til både virksomhedens aktionærer og den brede offentlighed, er det navnlig angivet på en side om »de økologiske supermarkeder basics historie«, at de blev grundlagt i 1997, idet det første økologiske »basic«-supermarked åbnede i 1998, og den første »basic«-bistro, der leverer restaurationsvirksomhed, i 1999 i München. Det fremgår også af denne årsrapport, at et andet supermarked, der indeholder en »basic«-bistro og en »øko-drugstore«, åbnede i München i 2000, og at intervenienten efterfølgende

fortsatte udviklingen af sin kæde af økologiske »basic«-supermarkeder, hvor antallet i slutningen af 2006 var 21, som var fordelt på det tyske område. Endvidere fremhæves det heri, at basic får mere og mere opmærksomhed i medierne, idet den trykte presse har omtalt den i ca. 250 artikler i 2006. Denne årsrapport indeholder adskillige andre henvisninger til intervenienten under betegnelsen »basic« og til de økologiske »basic«-supermarkeder, der hver især er identificeret ved ordet »basic« sammen med navnet på den tyske by, hvori den er etableret (f.eks. »basic Augsburg City«, »basic Berlin-Steglitz« og »basic Bonn, im Gangolf«).

54 Lignende konstateringer som dem, der fremgår af præmis 53 ovenfor, kan udledes af årsrapporten for 2004 og 2005 (jf. præmis 7, fjerde og femte led ovenfor).

55 Hvad angår de to skrivelser fra Biogarten, den første dateret den 21. april 2006 og den anden den 13. december 2005 (jf. præmis 7, sjette og syvende led ovenfor), bemærkes det, at de er rettet til »basic AG« og viser, at intervenienten havde opnået en vis omsætning under dette tegn med salget af økologiske fødevarer, som var leveret af Biogarten. Tilsvarende er det »basic AG« og denne gang med præciseringen »øko supermarked«, der er modtager af leveringslisten og fakturaen fra Nordlicht Naturkost, dateret henholdsvis den 15. april 1999 og den 13. november 2001, vedrørende levering af rørsukker, frugt og kornarter (jf. præmis 7, ottende og niende led, ovenfor).

56 Hvad angår salgsstatistikkerne dateret den 1. december 2006 fra leverandøren af økologiske fødevareprodukter, Herrmannsdorfer Landwerkstätten Glonn (jf. præmis 7, tiende led, ovenfor), har de overskriften »408 *basic-filialstatistikker« og angiver leverancemængderne og salgspriserne for visse fødevarer i forskellige af intervenientens butikker, der er identificeret ved ordet »basic« efterfulgt af et nummer fra 1 til 16.

57 Endvidere fremgår det af forskellige af intervenientens salgsbrochurer fra årene 2003 til 2006 (jf. præmis 7, 13. led, ovenfor), at den sidstnævnte i sin kommercielle kommunikation med forbrugerne næsten altid præsenterer sig ved brugen af tegnet basic.

58 På diplomet »årets entreprenør 2006«, som de modtog den 21. september 2006 (jf. præmis 7, 15. led, ovenfor) er intervenientens to ledere præsenteret som værende fra basic AG. Det bemærkes også, at i adskillige presseklip fra årene 2003 til 2006 (jf. præmis 7, 16. led, ovenfor) henvises der generelt til intervenienten ved ordene »basic« eller »basic AG«.

59 Endelig skal det konstateres, at disse forskellige elementer i tilstrækkelig grad bekræfter de angivelser, der er indeholdt i erklæringen afgivet under ed den 19. september 2011 af en medarbejder fra intervenientens markedsføringsafdeling (jf. præmis 7, 11. led, ovenfor), hvoraf det fremgår, at tegnene basic og basic AG blev anvendt erhvervsmæssigt i Tyskland på datoen for indgivelse af ansøgningen om registrering af det anfægtede varemærke.

60 Derimod er der ingen af beviserne i præmis 7 ovenfor, der i tilstrækkelig grad godtgør, at de nævnte tegn fortsat blev anvendt erhvervsmæssigt på datoen for indgivelsen af ugyldighedsbegæringen vedrørende det anfægte varemærke, dvs. den 26. september 2011, for en virksomhed, der leverer tjenesteydelser inden for detailhandel med fødevarer, materialistvarer og andre forbrugsvarer samt restaurationsvirksomhed.

61 Det skal således konstateres, at ingen af de beviser, der er undersøgt i præmis 53 til 58 ovenfor, vedrører perioden efter 2006 og dermed så meget desto mindre 2011. Hvad angår det salgsmateriale og de reklamer, der er omhandlet i præmis 7, 14. led, ovenfor, er det tilstrækkeligt at bemærke, at dette ikke er dateret.

62 Hvad angår erklæringen afgivet under ed den 19. september 2011 fremgår det heraf, at den først og fremmest havde til formål at støtte sidstnævntes erhvervsmæssige brug af tegnet basic før 2007.

63 Denne erklæring afgivet under ed indeholder ganske vist nogle angivelser, der kan knyttes til årene forud for 2006. Navnlig indeholder den en tabel, der for hvert år i perioden fra 1998 til 2010 præciserer antallet af supermarkeder, der drives af intervenienten i Tyskland og i Østrig under tegnet basic, og en tabel, der for hvert år i perioden fra 2001 til 2010 viser beløbet til reklameudgifter, som intervenienten havde haft i forhold til det samme tegn. Endvidere er der vedlagt tabeller som bilag til denne erklæring afgivet under ed, som er udarbejdet internt af intervenienten, og som detaljeret beskriver den omsætning, som »basic« angiveligt havde frem til juli 2009, frem til december 2010 og frem til juni 2011 (jf. præmis 7, 12. led, ovenfor).

64 Denne erklæring afgivet under ed er dog afgivet af en person, som har en professionel forbindelse til intervenienten. Den kan derfor ikke have den samme pålidelige og troværdige karakter som en erklæring, der hidrører fra tredjemand eller fra en person, der er uafhængig af det omhandlede selskab. Erklæringen afgivet under ed er ikke tilstrækkelig i sig selv og udgør alene et indicium, der skal være understøttet af andre beviser (jf. i denne retning dom af 16.5.2013, Reber mod KHIM – Klusmeier (Wolfgang Amadeus Mozart PREMIUM), T-530/10, ikke trykt i Sml., EU:T:2013:250, præmis 36). Hvad angår årene efter 2006 og navnlig 2011 mangler der helt dokumentation i det foreliggende tilfælde. I denne henseende bemærkes det, at EUIPO har fremsat et vildledende udsagn, idet kontoret har henvist til den anfægtede afgørelses punkt 33, hvorefter angivelserne i erklæringen afgivet under ed, der angår udviklingen i omsætningen og reklameudgifterne, er understøttet af intervenientens årsrapport, som er godkendt af eksterne revisorer. De eneste årsrapporter, der var tilvejebragt af intervenienten som bilag til ugyldighedsbegæringen af 26. september 2011, vedrørte nemlig 2004, 2005 og 2006, dvs. en periode langt forud for denne sidste dato.

65 Hvad angår anvendelsen af tegnene basic og basic AG på tidspunktet for indgivelse ugyldighedsbegæringen vedrørende det anfægtede varemærke er de skærmprints, der er udskrevet den 25. juli 2011 fra intervenientens websted (jf. præmis 7, første og andet led, ovenfor), heller ikke tilstrækkelige eller overbevisende. Hvad således angår det første skærmbillede, der indeholder en skematisk præsentation af intervenienten, kan det højst udledes heraf, at denne sidstnævnte betegnede sig selv som »basic AG« på datoen den 1. juli 2011. De to følgende skærmprints, der gengiver kort med intervenientens supermarkeders placeringer i Tyskland og Østrig, godtgør på ingen måde, at disse sidstnævnte blev drevet under anvendelse af tegnene basic eller basic AG. Endvidere er disse kort fra 2010. Hvad angår det sidste skærmprint er de yderst beskedne oplysninger, som det giver om salget af varer med tegnet basic i intervenientens supermarkeder, også fra 2010.

66 Hvad endelig angår intervenientens anbringende, der blev fremsat under retsmødet, hvorefter de presseklip, der er nævnt i den anfægtede afgørelses punkt 29, og som indeholder henvisninger til tegnet basic, bl.a. også er fra perioden fra 2006 til 2011, kan det ikke tiltrædes. Denne omstændighed fremgår nemlig ingen steder i den anfægtede afgørelse, men modsiges derimod af dennes punkt 5, der udtrykkeligt angiver, at de nævnte presseklip er fra perioden fra 2003 til 2006. Hvad angår de to første betingelser, som er anført i præmis 25 ovenfor (jf. præmis 50 ovenfor), har alene de beviser, der er nævnt i det nævnte punkt 5 og gentaget i præmis 7 ovenfor, ligget til grund for appelkammerets vurdering.

67 På baggrund af samtlige ovenstående betragtninger skal det konkluderes, at appelkammeret ikke alene på grundlag af de beviser, hvorpå det har baseret den anfægtede afgørelse, kunne konkludere, at betingelsen om den erhvervsmæssige brug af de påberåbte tegn var opfyldt. Idet de fire betingelser for anvendelse af artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 207/2009 er kumulative, skal det første anbringende tages til følge.

68 Heraf følger, at den anfægtede afgørelse skal annulleres i det hele, uden at det er fornødent at undersøge de to andre anbringender.

Sagsomkostninger

69 I henhold til procesreglementets artikel 134, stk. 1, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. EUIPO har tabt sagen og bør derfor pålægges at betale sagsøgerens omkostninger i overensstemmelse med dennes påstand herom. Da sagsøgeren ikke har nedlagt påstand om, at intervenienten tilpligtes at betale sagsomkostningerne, bør intervenienten bære sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Ottende Afdeling):

1) Afgørelsen truffet den 11. august 2015 af Første Appelkammer ved Den Europæiske Unions Kontor for Intellektuel Ejendomsret (EUIPO) (sag R 2384/2013-1) annulleres.

2) EUIPO bærer sine egne omkostninger og betaler de af Repsol YPF, SA afholdte omkostninger.

3) Basic AG Lebensmittelhandel bærer sine egne omkostninger.

Collins Barents Passer

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 21. september 2017.

Underskrifter