Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Niende Afdeling)

8. november 2018 *

»EU-varemærker – fortabelsessag – EU-ordmærket SPINNING – delvis fortabelseserklæring – artikel 51, stk. 1, litra b), i forordning (EF) nr. 207/2009 [nu artikel 58, stk. 1, litra b), i forordning (EU) 2017/1001]«

I sag T-718/16,

Mad Dogg Athletics, Inc., Los Angeles, Californien (De Forenede Stater), ved advokat J. Steinberg,

sagsøger,

mod

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

sagsøgt,

den anden part i sagen for appelkammeret ved EUIPO, det tidligere Aerospinning Master Franchising, Ltd., s.r.o, og intervenient ved Retten:

Aerospinning Master Franchising, s.r.o., Prag (Den Tjekkiske Republik), ved advokat K. Labalestra,

angående et søgsmål anlagt til prøvelse af afgørelse truffet den 21. juli 2016 af Femte Appelkammer ved EUIPO (sag R 2375/2014-5) vedrørende en fortabelsessag mellem Aerospinning Master Franchising og Mad Dogg Athletics,

har

RETTEN (Niende Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, S. Gervasoni, og dommerne K. Kowalik-Bańczyk og C. Mac Eochaidh (refererende dommer),

justitssekretær: fuldmægtig I. Dragan,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 4. oktober 2016,

under henvisning til svarskriftet fra EUIPO, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 17. marts 2017,

* Processprog: engelsk.

under henvisning til intervenientens svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 24. marts 2017,

efter retsmødet den 15. marts 2018,

afsagt følgende

Dom

Tvistens baggrund

1 Den 1. april 1996 indgav sagsøgeren, Mad Dogg Athletics, Inc., en ansøgning om registrering af EU-ordmærket SPINNING (herefter »det anfægtede varemærke«) til Den Europæiske Unions Kontor for Intellektuel Ejendomsret (EUIPO) 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), med senere ændringer, der selv er blevet erstattet af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2017/1001 af 14.6.2017 om EU-varemærker (EUT 2017, L 154, s. 1)).

2 Det anfægtede varemærke blev registreret den 3. april 2000 for varer og tjenesteydelser i klasse 9, 28 og 41 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 i hver af disse klasser til følgende beskrivelse:

– klasse 9: »lyd- og videokassetter«

– klasse 28: »motionsudstyr«

– klasse 41: »motionstræning«.

3 Den 8. februar 2012 indgav intervenienten, Aerospinning Master Franchising, s.r.o., en begæring om delvis fortabelse af det anfægtede varemærke i henhold til artikel 51, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009 [nu artikel 58, stk. 1, litra b), i forordning 2017/1001]. Denne begæring vedrørte varerne i klasse 28 og tjenesteydelserne i klasse 41.

4 Den 21. juli 2014 erklærede annullationsafdelingen sagsøgerens rettigheder for fortabt i deres helhed.

5 Den 12. september 2014 indgav sagsøgeren en klage til EUIPO over annullationsafdelingens afgørelse.

6 Ved afgørelse af 21. juli 2016 (herefter »den anfægtede afgørelse«) annullerede Femte Appelkammer ved EUIPO delvist annullationsafdelingens afgørelse, for så vidt som denne omfattede varer i klasse 9, selv om disse varer ikke var genstand for begæringen om delvis fortabelse indgivet af intervenienten. Klagen blev i øvrigt forkastet i henhold til artikel 51, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009. For det første anførte appelkammeret med hensyn hertil i den anfægtede afgørelses punkt 23-27, at fortabelsesgrundene skulle vurderes på datoen for indgivelsen af fortabelsesbegæringen. For det andet fastslog appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 28-33, at det anfægtede varemærkes angivelige konvertering til en almindelig betegnelse for de omhandlede varer og tjenesteydelser skulle undersøges under hensyn til de endelige tjekkiske brugeres opfattelse. Appelkammeret nægtede derfor at undersøge de modbeviser, som sagsøgeren havde fremlagt, og som vedrørte dennes aktiviteter, med henblik på at forsvare sit varemærke i andre medlemsstater end Den Tjekkiske Republik. For det tredje lagde appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 34-47 til grund, at de beviser, der var blevet fremlagt under proceduren, understøttede, at udtrykket »spinning« i Den Tjekkiske Republik var

blevet den almindelige betegnelse for en type »motionstræning« og for »motionsudstyr« anvendt til denne form for motion. For det fjerde anførte appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 48-56, at den omstændighed, at det anfægtede varemærke var blevet en almindelig betegnelse, kunne tillægges sagsøgerens utilstrækkelige handlinger med henblik på at beskytte sit varemærke i Den Tjekkiske Republik. For det femte fastslog appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 57-61, at flere af de afgørelser, som Úřad průmyslového vlastnictví (Kontoret for Intellektuel Ejendomsret, Den Tjekkiske Republik) og de tjekkiske domstole havde truffet, bekræftede, at sagsøgeren ikke havde været tilstrækkelig opmærksom og ikke havde gjort en rimelig indsats for at beskytte sit varemærke i Den Tjekkiske Republik.

Parternes påstande

7 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

– Den anfægtede afgørelse annulleres, for så vidt som det anfægtede varemærke erklæres fortabt for varerne »motionsudstyr« i klasse 28 og tjenesteydelsen »motionstræning« i klasse 41.

– EUIPO tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

8 EUIPO har nedlagt følgende påstande:

– Frifindelse.

– Sagsøgeren tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

9 Intervenienten har nedlagt følgende påstande:

– EUIPO frifindes.

– Sagsøgeren tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

Retlige bemærkninger

10 Sagsøgeren har til støtte for søgsmålet nærmere bestemt fremsat tre anbringender vedrørende tilsidesættelse af for det første artikel 51, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009, for det andet artikel 41, stk. 2, litra a), i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder og for det tredje chartrets artikel 41, stk. 2, litra c).

11 Det første anbringende består i det væsentlige af fire klagepunkter vedrørende for det første retlige fejl angående den relevante dato, der skal tages i betragtning med henblik på vurdering af fortabelsesgrunden, for det andet det relevante område, der skal tages i betragtning med henblik på vurdering af fortabelsesgrunden, for det tredje den relevante kundekreds, der skal tages i betragtning med henblik på vurdering af fortabelsesgrunden, og for det fjerde en fejlagtig vurdering af beviserne.

Det første anbringendes første klagepunkt vedrørende en retlig fejl angående den relevante dato, der skal tages i betragtning med henblik på vurdering af fortabelsesgrunden

12 Sagsøgeren har nærmere bestemt gjort gældende, at appelkammeret tilsidesatte artikel 51, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009, da det lagde til grund, at det relevante tidspunkt for vurderingen af fortabelsesgrunden var datoen for intervenientens indgivelse af sin begæring om fortabelse af det anfægtede varemærke. Efter sagsøgerens opfattelse er det relevante tidspunkt for vurderingen af, om det anfægtede varemærke er blevet en almindelig betegnelse, ikke tidspunktet for indgivelsen af

begæringen om fortabelse, men tidspunktet for den retskraftige afgørelse, der følger af denne begæring. Ifølge sagsøgeren skal fortabelsesgrunden fortsat foreligge på tidspunktet for vedtagelsen af afgørelsen om fortabelse.

13 EUIPO og intervenienten har anfægtet denne argumentation.

14 Det bemærkes med hensyn hertil for det første, at artikel 55, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 62, stk. 1, i forordning 2017/1001) bestemmer:

»I det omfang varemærkeindehaverens ret erklæres helt eller delvis fortabt, anses de retsvirkninger, der i henhold til denne forordning er knyttet til varemærket, for bortfaldet med virkning fra det tidspunkt, hvor begæring om fortabelse er indgivet, eller der er fremsat modkrav. På begæring af en af parterne kan der i afgørelsen fastsættes et tidligere tidspunkt for indtrædelsen af en fortabelsesgrund.«

15 Appelkammeret fastslog med rette i den anfægtede afgørelses punkt 24, at når der fastslås fortabelse af et EU-varemærke, er denne fortabelse effektiv fra datoen for indgivelsen af fortabelsesbegæringen eller, efter begæring fra en af parterne, fra en dato, der ligger inden det tidspunkt, hvor en af grundene til denne fortabelse indtraf.

16 Det skal derimod konstateres, at EU-lovgiver ikke har fastsat, at fortabelse kan have virkninger fra en dato, der ligger efter datoen for indgivelsen af fortabelsesbegæringen.

17 Det fremgår således af selve ordlyden af artikel 55, stk. 1, i forordning nr. 207/2009, at en afgørelse om fortabelse skal støttes på en af de begrundelser, der er omhandlet i artikel 51 i forordning nr. 207/2009, og som senest foreligger på datoen for indgivelsen af begæringen om fortabelse. Det kan følgelig af denne bestemmelse udledes, i modsætning til hvad sagsøgeren har gjort gældende, at spørgsmålet, om der foreligger en fortabelsesgrund, skal undersøges i overensstemmelse med den faktiske og retlige kontekst, der foreligger senest den nævnte dato.

18 For det andet er det allerede blevet fastslået angående artikel 12, stk. 1, i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989, L 40, s. 1) og angående artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009 [nu artikel 58, stk. 1, litra a), i forordning 2017/1001], hvis ordlyd er identisk, at for så vidt angår fortabelsen af et varemærke på grund af manglende reel brug, skal alene de omstændigheder, der ligger forud for indgivelsen af fortabelsesbegæringen, tages i betragtning, dog med forbehold af, at der tages hensyn til eventuelle omstændigheder efter indgivelsen, som kan bekræfte eller forbedre vurderingen af rækkevidden af brugen af varemærket i den relevante periode samt indehaverens reelle hensigter i samme periode (kendelse af 27.1.2004, La Mer Technology, C-259/02, EU:C:2004:50, præmis 29-33, og dom af 2.2.2016, Benelli Q.J. mod KHIM – Demharter (MOTOBI B PESARO), T-171/13, EU:T:2016:54, præmis 87).

19 For det første kan, i modsætning til, hvad sagsøgeren har anført, denne retspraksis, der omhandler fortabelse af en varemærkeindehavers rettigheder på grund af manglende reel brug af varemærket, anvendes mutatis mutandis i forbindelse med undersøgelsen af en begæring om fortabelse af et varemærke, fordi dette er blevet en almindelig betegnelse for en vare eller en tjenesteydelse i handelen. Denne løsning er påkrævet, henset til, at reglen i artikel 55, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 finder anvendelse uden sondring mellem de fortabelsesgrunde, der er omhandlet i samme forordnings artikel 51, stk. 1.

20 For det andet fremgår det af sagsakterne, at sagsøgeren i modsætning til kravene i henhold til den retspraksis, der er anført ovenfor i præmis 18, ikke har haft til hensigt med fremlæggelsen af beviser efter indgivelsen af fortabelsesbegæringen at bekræfte eller forbedre vurderingen af de omstændigheder, der forelå på denne dato eller forud herfor. Sagsøgeren har derimod villet godtgøre,

at fortabelsesgrunden måske ikke længere eksisterede efter indgivelsen af begæringen om fortabelse. Såfremt sagsøgerens argumentation følges, tilsidesættes ordlyden af artikel 55, stk. 1, i forordning nr. 207/2009, idet denne bestemmelse ikke omfatter et sådant tilfælde.

21 For det tredje har sagsøgeren gjort gældende, at der bør tages hensyn til de bestræbelser, som varemærkeindehaveren har gjort sig efter indgivelsen af begæringen om fortabelse, for så vidt som disse bestræbelser kan have medført en ændring i opfattelsen hos den relevante kundekreds. I et sådant tilfælde ville det anfægtede tegn således på tidspunktet for indgivelsen af begæringen om fortabelse være blevet anset for en almindelig betegnelse i den relevante kundekreds, men ville derefter have mistet den generiske karakter for på ny i den nævnte kundekreds at blive anset for et varemærke på tidspunktet for vedtagelsen af afgørelsen om fortabelse.

22 Selv om muligheden for en sådan ændring i opfattelsen accepteres, ville den ikke gøre det muligt at tilsidesætte reglen i artikel 55, stk. 1, i forordning nr. 207/2009, hvorefter det kræves, at spørgsmålet, om der foreligger en fortabelsesgrund, skal undersøges i overensstemmelse med den faktiske og retlige kontekst, der forelå senest på datoen for indgivelsen af begæringen om fortabelse. Under alle omstændigheder er det muligt for sagsøgeren, såfremt denne ændring i opfattelsen godtgøres, på ny at ansøge EUIPO om registrering af varemærket.

23 Endelig har sagsøgeren i stævningens punkt 8 anført, at denne har ret til på ethvert tidspunkt i proceduren inden det tidspunkt, hvor EUIPO's afgørelse får retskraft, at fremlægge beviser vedrørende den indsats og de handlinger, der er foretaget efter indgivelsen af begæringen om fortabelse, med henblik på at oplyse kundekredsen om ordtegnet SPINNING's karakter af varemærke eller med henblik på at beskytte dette varemærke.

24 Denne argumentation kan ikke tiltrædes.

25 For det første er denne argumentation i strid med erklæringen i stævningens punkt 7, hvori der implicit henvises til artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 95, stk. 2, i forordning 2017/1001), hvorefter parterne alene kan fremlægge beviser inden for de frister, som EUIPO har fastsat for fremsættelsen af bemærkninger.

26 For det andet kan en eventuel hensyntagen til beviser, der ikke er blevet fremlagt inden for den frist, som EUIPO har fastsat, men som fremlægges senere, alene accepteres i henhold til artikel 76, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 som supplerende beviser til dem, der er blevet fremlagt inden for den nævnte frist (jf. i denne retning dom af 18.7.2013, New Yorker SHK Jeans mod KHIM, C-621/11 P, EU:C:2013:484, præmis 30, og af 26.9.2013, Centrotherm Systemtechnik mod KHIM og centrotherm Clean Solutions, C-610/11 P, EU:C:2013:593, præmis 113 og 114). Selv om denne bestemmelse tillader hensyntagen til for sent fremlagte beviser, hvis de udgør supplerende beviser, tillader den derimod ikke appelkammeret at udvide sin skønsbeføjelse til nye beviser (jf. i denne retning dom af 21.7.2016, EUIPO mod Grau Ferrer, C-597/14 P, EU:C:2016:579, præmis 25-27).

27 Anvendelsen af denne retspraksis, som under visse betingelser tillader beviser, der er fremlagt for sent, skal imidlertid ikke føre til en tilsidesættelse af ordlyden og den effektive virkning af artikel 55, stk. 1, i forordning nr. 207/2009. For sent fremlagte beviser, navnlig hvis de vedrører omstændigheder, der ligger efter datoen for indgivelsen af begæringen om fortabelse, kan således alene tages i betragtning, såfremt de i overensstemmelse med det ovenfor i præmis 18-20 anførte bekræfter eller forbedrer vurderingen af omstændigheder, der ligger før tidspunktet for begæringen om fortabelse eller på dette tidspunkt.

28 Henset til samtlige disse forhold skal det første klagepunkt forkastes som ugrundet.

Det første anbringendes andet klagepunkt vedrørende en retlig fejl angående det relevante område, der skal tages i betragtning med henblik på vurdering af fortabelsesgrunden

29 Sagsøgeren har nærmere bestemt gjort gældende, at appelkammeret har tilsidesat artikel 51, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009, da det lagde til grund, at det relevante område for vurderingen af fortabelsesgrunden var Den Tjekkiske Republiks område. Det er efter sagsøgerens opfattelse ikke tilstrækkeligt at begrænse denne undersøgelse til kun denne medlemsstat med henblik på at erklære det anfægtede varemærke fortabt, når dette har et renommé i hele Unionen. Fortabelse af det anfægtede varemærke kan ifølge sagsøgeren alene accepteres, såfremt dette varemærke i hele Unionen eller i det mindste i størstedelen heraf opfattes som en almindelig betegnelse af den relevante kundekreds.

30 EUIPO og intervenienten har anfægtet denne argumentation.

31 I denne henseende bemærkes, at EU-varemærker i henhold til princippet om EU-varemærkets enhedskarakter, der fremgår af tredje betragtning til forordning nr. 207/2009 (nu fjerde betragtning til forordning 2017/1001), og som er præciseret i den nævnte forordnings artikel 1, stk. 2 (nu artikel 1, stk. 2, i forordning 2017/1001), nyder ensartet beskyttelse og har retsvirkning på hele Unionens område. I henhold til den sidstnævnte bestemmelse kan et EU-varemærke, medmindre andet er fastsat i forordning nr. 207/2009, kun registreres, overdrages, opgives, erklæres for bortfaldet eller ugyldigt, og brugen deraf kun forbydes med virkning for hele Unionen (dom af 20.7.2017, Ornua, C-93/16, EU:C:2017:571, præmis 26).

32 Endvidere præciserer artikel 51, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 58, stk. 2, i forordning 2017/1001), at der kan træffes afgørelse om delvis fortabelse for en del af de omhandlede varer eller tjenesteydelser. Selv om denne bestemmelse således fastsætter muligheden for at graduere fortabelsen materielt, må det konstateres, at EU-lovgiver ikke har fastsat nogen graduering for så vidt angår det territoriale område.

33 Det fremgår således af de bestemmelser, der er anført ovenfor i præmis 31 og 32, at en afgørelse om fortabelse nødvendigvis gælder for hele Unionens område.

34 Når det således er godtgjort, at et EU-varemærke har mistet sit fornødne særpræg i en begrænset del af Unionens område, i givet fald i en enkelt medlemsstat, indebærer denne konstatering nødvendigvis, at varemærket ikke længere har de virkninger, der er fastsat i forordning nr. 207/2009 i hele Unionen. Det er derfor, i modsætning til det af sagsøgeren anførte, tilstrækkeligt, at det konstateres, at varemærket er konverteret til en almindelig betegnelse, selv om det kun er i en enkelt medlemsstat, at rettighedshaveren fortaber sine rettigheder i hele Unionen.

35 Denne løsning er i øvrigt i overensstemmelse med de formål, som forordning nr. 207/2009 forfølger, og med princippet om EU-varemærkets enhedskarakter, som konkretiserer forordningens formål.

36 Det følger nemlig af anden, fjerde og sjette betragtning til forordning nr. 207/2009, sammenholdt med hinanden (nu tredje, femte og syvende betragtning til forordning 2017/1001), at denne forordning tilsigter at fjerne hindringen vedrørende den territoriale afgrænsning af de rettigheder, som medlemsstaternes lovgivning tildeler varemærkeindehavere, ved at gøre det muligt for virksomhederne at tilpasse deres økonomiske aktiviteter til det indre markeds dimensioner og at udøve dem uden hindringer. EU-varemærket gør det således muligt for sin indehaver at identificere dennes varer eller tjenesteydelser på samme måde i hele Unionen, uden hensyn til grænser. De virksomheder, der derimod ikke ønsker at beskytte deres varemærker på Unionsplan, kan vælge at bruge nationale varemærker uden at være forpligtede til at registrere deres varemærker som EU-varemærker. Formålet med EU-varemærkeordningen er således, som det fremgår af anden betragtning til forordning

nr. 207/2009, på det indre marked at byde på betingelser svarende til dem, som findes på et nationalt marked (jf. i denne retning dom af 19.12.2012, Leno Merken, C-149/11, EU:C:2012:816, præmis 40 og 42).

37 Sagsøgeren har med hensyn hertil gjort gældende, at det, for at der kan træffes en fortabelsesforanstaltning, kræves, at det omhandlede varemærke er blevet en almindelig betegnelse på grund af indehaverens aktivitet eller inaktivitet i hele Unionen eller i størstedelen deraf.

38 Denne argumentation kan ikke tiltrædes. Beskyttelsen af et varemærke på europæisk plan indebærer til gengæld, således som EUIPO og intervenienten med rette i det væsentlige har påpeget, at indehaveren er tilstrækkeligt opmærksom på at forsvare sine rettigheder og gøre dem gældende i hele Unionen. Indehaveren af et varemærke fortaber derfor sine rettigheder, såfremt varemærket på grund af indehaverens inaktivitet konverteres til en almindelig betegnelse, også selv om det kun er i en begrænset del af Unionens område, i givet fald i kun én medlemsstat.

39 Denne fortabelsesforanstaltning gør det således muligt for andre erhvervsdrivende frit at anvende det registrerede tegn. Fortabelsesforanstaltningen forfølger således et mål af almen interesse, hvorefter de tegn eller angivelser, der er blevet almindelige som betegnelse for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke varemærket er registreret, kan gøres tilgængelige for eller frit anvendes af alle. Artikel 51, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009 har således til formål at sikre et varemærkes fornødne særpræg i overensstemmelse med dets oprindelige funktion og undgå, at generiske udtryk på ubestemt tid forbeholdes en enkelt virksomhed på grund af registreringen som varemærke [jf. i denne retning analogt for så vidt angår artikel 12, stk. 2, litra a), i direktiv 89/104, forslag til afgørelse fra generaladvokat Léger Björnekulla Fruktindustrier, C-371/02, EU:C:2003:615, punkt 53 og 54].

40 Desuden undgås med erklæringen om fortabelse af varemærkeindehaverens rettigheder på hele Unionens område – selv om konverteringen af varemærket til en almindelig betegnelse alene konstateres i en begrænset del af dette område, i givet fald i en enkelt medlemsstat – at EUIPO og de nationale domstole træffer modstridende afgørelser, idet disse domstole træffer afgørelse som EU-varemærkedomstole, og dermed også, at EU-varemærkets enhedskarakter krænkes (jf. i denne retning analogt dom af 19.10.2017, Raimund, C-425/16, EU:C:2017:776, præmis 28).

41 Disse betragtninger drages ikke i tvivl af sagsøgerens andre argumenter.

42 Det er for det første sagsøgerens opfattelse, at appelkammeret fejlagtigt i den anfægtede afgørelses punkt 30 henviste til dom af 6. oktober 2009, PAGO International (C-301/07, EU:C:2009:611), for at understøtte sin begrundelse.

43 Domstolen har i denne henseende allerede fastslået, at denne retspraksis vedrører fortolkningen af bestemmelserne om den udvidede beskyttelse, der indrømmes varemærker med et renommé eller varemærker, som er velkendte, i Unionen eller i den medlemsstat, hvori de er registreret. De nævnte bestemmelser forfølger imidlertid et andet mål end de krav, der fremgår af artikel 51 i forordning nr. 207/2009, og som kan indebære fortabelse af varemærket (jf. i denne retning dom af 19.12.2012, Leno Merken, C-149/11, EU:C:2012:816, præmis 53, og af 3.9.2015, Iron & Smith, C-125/14, EU:C:2015:539, præmis 21).

44 Selv om henvisningen til dom af 6. oktober 2009, PAGO International (C-301/07, EU:C:2009:611), ganske vist er forkert, kan den dog ikke, henset til dens accessoriske karakter i appelkammerets begrundelse, medføre annullation af den anfægtede afgørelse. Det er ikke på grundlag af denne retspraksis, men på grundlag af princippet om EU-varemærkets enhedskarakter, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 31 besluttede at begrænse sin undersøgelse til alene det tjekkiske område.

45 For det andet er det sagsøgerens opfattelse, at appelkammeret med urette fastslog en parallel mellem betingelserne for registrering af et tegn, som bl.a. forbyder registrering af et tegn, når der foreligger en absolut registreringshindring alene i en del af Unionen, og betingelserne for fortabelse af en EU-varemærkeindehavers rettigheder. Efter sagsøgerens opfattelse er betingelserne i artikel 7, i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 7 i forordning 2017/1001) væsentligt forskellige fra betingelserne i samme forordnings artikel 51, stk. 1, litra b).

46 Dette argument skal forkastes. Således som appelkammeret med rette bemærkede i den anfægtede afgørelses punkt 31, og således som EUIPO har anført i retsmødet, udgør EU-varemærkets enhedskarakter det grundlæggende retsprincip, der understøtter hele forordning nr. 207/2009. Dette princip indebærer nemlig bl.a., at et EU-varemærke i forbindelse med dets registrering skal have fornødent særpræg i hele Unionen, og at det skal bevare dette særpræg, idet det ikke – selv i en begrænset del af Unionen, i givet fald i en enkelt medlemsstat – må blive en almindelig handelsbetegnelse for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret.

47 Desuden kan der ikke gives medhold i sagsøgerens argumentation, der er støttet på den omstændighed, at artikel 52 i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 59 i forordning 2017/1001) henviser til artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 7, stk. 2, i forordning 2017/1001), mens samme forordnings artikel 51, stk. 1, litra b), ikke indeholder en sådan henvisning. Dels vedrører artikel 52 i forordning nr. 207/2009 spørgsmålet om et EU-varemærkes ugyldighed og ikke som i det foreliggende tilfælde spørgsmålet om fortabelse af varemærkeindehaverens rettigheder. Dels udgør EU-varemærkets enhedskarakter, således som det fremgår af præmis 46 ovenfor, det grundlæggende retsprincip, der understøtter hele forordning nr. 207/2009. Det har derfor ingen betydning, at visse af denne forordnings bestemmelser, såsom artikel 7, stk. 2, og ikke andre, udtrykkeligt konkretiserer dette princip.

48 For det tredje har sagsøgeren i retsmødet anført, at det ville være alvorligt og uretfærdigt at træffe afgørelse om en EU-varemærkeindehavers fortabelse af sine rettigheder, såfremt det pågældende varemærke kun i én medlemsstat er blevet en almindelig handelsbetegnelse for en vare eller en tjenesteydelse, for hvilken det er registreret.

49 Retten bemærker i denne forbindelse, at en afgørelse om fortabelse, der er støttet på en sådan begrundelse, uanset de store konsekvenser, den har for indehaveren af det omhandlede varemærke, er en iboende del af den retsstat, som EU-lovgiver har tilsigtet, hvilket fremgår af bl.a. artikel 1, stk. 2, i forordning nr. 207/2009. I øvrigt råder Retten under hensyn til princippet om institutionel ligevægt og tildelingen af beføjelser som fastsat i artikel 13, stk. 2, TEU (jf. dom af 28.7.2016, Rådet mod Kommissionen, C-660/13, EU:C:2016:616, præmis 31 og 32 og den deri nævnte retspraksis) ikke over beføjelser til at kunne regulere den nævnte forordning. Alene EU-lovgivers mellemkomst vil kunne ændre disse regler. Desuden har sagsøgeren ikke rejst nogen ulovlighedsindsigelse vedrørende artikel 51, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009.

50 Under hensyn til samtlige disse betragtninger skal det lægges til grund, at appelkammeret ikke begik nogen retlig fejl, da det med henblik på at fastslå, at det anfægtede varemærke skulle erklæres fortabt, støttede sig på beviser, der var begrænset til Den Tjekkiske Republik, og dermed skal det andet klagepunkt forkastes som ugrundet.

Det første anbringendes tredje klagepunkt vedrørende en retlig fejl angående den relevante kundekreds, der skal tages i betragtning med henblik på vurdering af fortabelsesgrunden

51 Sagsøgeren har til støtte for det første anbringendes tredje klagepunkt gjort gældende, at appelkammeret tilsidesatte artikel 51, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009, da det nærmere bestemt lagde til grund, at den relevante kundekreds for vurderingen af fortabelsesgrunden var begrænset til de endelige brugere, og at opfattelsen hos de berørte erhvervsdrivende ikke skulle tages i betragtning.

52 EUIPO og intervenienten har bestridt disse argumenter.

53 Det fremgår af retspraksis, at spørgsmålet om, hvorvidt et varemærke er blevet en almindelig betegnelse i handelen for en vare eller tjenesteydelse, for hvilken det er registreret, skal vurderes ikke blot med hensyn til forbrugernes eller de endelige brugeres opfattelse, men også med hensyn til det pågældende markeds kendetegn under hensyntagen til opfattelsen hos de fagkyndige, såsom sælgerne. I almindelighed er det dog opfattelsen hos forbrugerne eller de endelige brugere, der er afgørende. I en situation, der således er kendetegnet ved det berørte varemærkes tab af fornødent særpræg fra de endelige brugeres synspunkt, vil dette tab kunne føre til, at de rettigheder, der er tillagt den nævnte indehaver, fortabes. Den omstændighed, at sælgere har kendskab til det nævnte varemærke og til dets oprindelse, kan ikke i sig selv udelukke fortabelse [jf. i denne retning analogt for så vidt angår artikel 12, stk. 2, litra a), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/95/EF af 22.10.2008 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EUT 2008, L 299, s. 25), dom af 6.3.2014, Backaldrin Österreich The Kornspitz Company, C-409/12, EU:C:2014:130, præmis 28 og 29 og den deri nævnte retspraksis].

54 Det følger af denne retspraksis, at den relevante kundekreds, hvis holdning skal tages i betragtning for at vurdere, om det anfægtede varemærke i handelen er blevet en almindelig betegnelse for en vare eller en tjenesteydelse, for hvilken det er registreret, skal defineres under hensyn til kendetegnene ved markedet for denne vare eller tjenesteydelse (jf. i denne retning analogt dom af 29.4.2004, Björnekulla Fruktindustrier, C-371/02, EU:C:2004:275, præmis 26, og forslag til afgørelse fra generaladvokat Cruz Villalón i sagen Backaldrin Österreich The Kornspitz Company, C-409/12, EU:C:2013:563, punkt 58 og 59).

55 Appelkammeret har i det foreliggende tilfælde i den anfægtede afgørelses punkt 32 lagt til grund, at kun opfattelsen hos de endelige tjekkiske brugere af de omhandlede varer og tjenesteydelser skulle undersøges. Efter appelkammerets opfattelse var det ikke blevet godtgjort, at markedet for »motionstræning« og »motionsudstyr« havde kendetegn, der gjorde det nødvendigt, at der blev taget hensyn til opfattelsen hos de erhvervsdrivende, der var aktive på disse markeder.

56 Sagsøgeren har i stævningen gjort gældende, at størstedelen af dennes fitnesscykler sælges til erhvervsdrivende i fitnesscentre, sportshaller og genoptræningscentre.

57 Sagsøgeren har som svar på et skriftligt spørgsmål fra Retten anført, at endelige brugere i modsætning til erhvervsdrivende i fitnesscentre, sportshaller og genoptræningscentre kun køber få fitnesscykler på grund af disses høje pris. Sagsøgeren har ligeledes i retsmødet præciseret, uden at dette blev bestridt af de øvrige parter, at fitnesscyklerne blev solgt til erhvervsdrivende i 95% af tilfældene.

58 I retsmødet har alle parter som svar på et mundtligt spørgsmål fra Retten medgivet, at den omhandlede sportsaktivitet praktiseres på fitnesscykler i grupper, almindeligvis i sports- og fitnesscentre og efter anvisninger fra en sportstræner. Retten skal i øvrigt bemærke, at denne beskrivelse ligner den, som annullationsafdelingen lagde til grund, og som blev bekræftet af appelkammeret i afsnittet »Kortfattet redegørelse for de faktiske omstændigheder« i den anfægtede afgørelse.

59 Appelkammeret anførte derfor med urette i den anfægtede afgørelses punkt 32, at de erhvervsdrivende ikke indgik som en del af den relevante kundekreds for »motionsudstyr«, for så vidt som det generelt er erhvervsdrivende i fitnesscentre, sportshaller og genoptræningscentre, der køber fitnesscykler.

60 Det er ganske vist rigtigt, således som EUIPO har gjort gældende i retsmødet, at kategorien »motionsudstyr« ikke kun omfatter fitnesscykler, og at de øvrige omhandlede varer kan erhverves af privatpersoner. Det fremgår imidlertid af præmis 57 ovenfor, at fitnesscykler på grund af deres høje pris sjældent købes af privatpersoner. EUIPO's argument gør det således ikke muligt at udelukke de erhvervsdrivende fra den relevante kundekreds for »motionsudstyr«.

61 Under hensyn til disse forhold var det ikke med rette, at appelkammeret fra sin analyse udelukkede de erhvervsdrivendes opfattelse vedrørende »motionsudstyr« med henblik på appelkammerets vurdering af, om det anfægtede varemærke var blevet en almindelig betegnelse i handelen med »motionsudstyr«, for hvilket varemærket var blevet registreret. Appelkammeret foretog således et urigtigt skøn, da det definerede den relevante kundekreds vedrørende markedet for »motionsudstyr« i klasse 28, idet det ikke tog hensyn til opfattelsen hos de erhvervsdrivende, der var aktive på dette marked.

62 Denne konklusion afkræftes ikke af den omstændighed, at den anfægtede afgørelse, således som intervenienten har gjort gældende i retsmødet, i punkt 41, 45-47, 49, 53 og 62 angiver de erhvervsdrivendes opfattelse. Det skal konstateres, at disse angivelser alene vedrører den omhandlede sportslige aktivitet og ikke »motionsudstyr«. Alene i den anfægtede afgørelses punkt 44 anføres udtrykkeligt de erhvervsdrivendes opfattelse af det anfægtede varemærke med hensyn til fitnesscykler og træningssko, men dette punkt vedrører kun sælgere af disse sportsartikler.

63 Den anfægtede afgørelse indeholder derimod ikke noget forhold vedrørende opfattelsen af det anfægtede varemærke hos de erhvervsdrivende, såsom navnlig driftsledere i fitnesscentre, sportshaller og genoptræningscentre, der foretager indkøb af disse varer. Som det fremgår af præmis 58 og 59 ovenfor, er det generelt de nævnte driftsledere, der køber fitnesscykler, og som derefter stiller dem til rådighed for deres egne kunder, for at disse kan praktisere den omhandlede sportsaktivitet.

64 Det skal derfor konstateres, dels, at disse driftsledere spiller en central rolle på markedet for »motionsudstyr«, dels, at de udøver en afgørende indflydelse på de endelige brugeres valg af de tjenesteydelser, der er omfattet af »motionstræning«. De nævnte driftsledere muliggør således ved deres kendskab til det anfægtede varemærkes funktion som oprindelsesangivelse realiseringen af kommunikationsprocessen mellem tjenesteudbyderne og de endelige brugere (jf. i denne retning analogt forslag til afgørelse fra generaladvokat Cruz Villalón Backaldrin Österreich The Kornspitz Company, C-409/12, EU:C:2013:563, punkt 59).

65 Dette urigtige skøn i definitionen af den relevante kundekreds gør hele den anfægtede afgørelse mangelfuld og begrunder dermed dens annullation.

66 Da sagsøgeren imidlertid har begrænset genstanden for nærværende søgsmål til »motionsudstyr« i klasse 28 og til »motionstræning« i klasse 41, der er omfattet af det anfægtede varemærke, skal virkningerne af den anfægtede afgørelse for så vidt angår varerne »lyd- og videokassetter« i klasse 9, som er omfattet af det anfægtede varemærke, opretholdes.

67 Under hensyn til ovenstående betragtninger, og uden at det er nødvendigt at undersøge nærværende anbringendes fjerde klagepunkt samt søgsmålets andet og tredje anbringende, skal der gives medhold i det første anbringendes tredje klagepunkt, og dermed skal den anfægtede afgørelse annulleres, for så vidt som den vedrører de varer i klasse 28 og de tjenesteydelser i klasse 41, der er omfattet af det anfægtede varemærke.

Sagsomkostninger

68 Ifølge Rettens procesreglements artikel 134, stk. 1, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom.

69 Da EUIPO og intervenienten har tabt sagen, bør det dels pålægges EUIPO at bære sine egne omkostninger og at betale sagsøgerens omkostninger i overensstemmelse med dennes påstand herom, dels fastslås, at intervenienten skal bære sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Niende Afdeling):

1) **Afgørelse truffet den 21. juli 2016 af Femte Appelkammer ved Den Europæiske Unions Kontor for Intellektuel Ejendomsret (EUIPO) (sag R 2375/2014-5) annulleres, for så vidt som den vedrører varer i klasse 28 og tjenesteydelser i klasse 41 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret.**

2) **EUIPO bærer sine egen omkostninger og betaler de af Mad Dogg Athletics, Inc. afholdte omkostninger.**

3) **Aerospinning Master Franchising, s.r.o. bærer sine egne omkostninger.**

Gervasoni Kowalik-Bańczyk Mac Eochaidh

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 8. november 2018.

Underskrifter