DOMSTOLENS KENDELSE (Tredje Afdeling)

27. januar 2004 *

I sag C-259/02,

angående en anmodning, som High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Det Forenede Kongerige), i medfør af artikel 234 EF har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag,

La Mer Technology Inc.

mod

Laboratoires Goemar SA,

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af artikel 10, stk. 1, og 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),

* Processprog: engelsk.

har

DOMSTOLEN (Tredje Afdeling)

sammensat af dommerne J.N. Cunha Rodrigues, som fungerende formand for Tredje Afdeling, J.-P. Puissochet (refererende dommer), og F. Macken,

generaladvokat: D. Ruiz-Jarabo Colomer
justitssekretær: R. Grass,

efter at den forelæggende ret er blevet underrettet om, at Domstolen har til hensigt at træffe afgørelse ved begrundet kendelse i henhold til procesreglementets artikel 104, stk. 3,

efter at de parter eller andre, der er nævnt i artikel 23 i statutten for Domstolen, er blevet anmodet om at fremkomme med deres eventuelle bemærkninger hertil,

og efter at have hørt generaladvokaten,

afsagt følgende

Kendelse

1 Ved kendelse af 19. december 2001, indgået til Domstolen den 15. juli 2002, har High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division, i medfør af artikel 234 EF forelagt syv præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 10, stk. 1, og 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, herefter »direktivet«).

2 Disse spørgsmål er blevet rejst i en sag, hvorunder det amerikanske selskab La Mer Technology Inc. (herefter »La Mer Technology«) har sagsøgt det franske selskab Laboratoires Goemar SA (herefter »Laboratoires Goemar«) og herunder indgivet begæring om, at rettighederne til to varemærker benævnt »Laboratoires de la mer«, som Laboratoires Goemar er indehaver af og har fået registreret i Det Forenede Kongerige for varer, som selskabet markedsfører, fastslås at være fortabt.

Relevante retsforskrifter

Fællesskabsretten

3 Direktivets artikel 10, stk. 1-3, bestemmer:

»1. Såfremt indehaveren ikke inden fem år fra datoen for registreringsprocedurens afslutning har gjort reel brug af varemærket i den pågældende medlemsstat for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, eller hvis sådan brug har været ophørt uden afbrydelse i fem år, underkastes mærket de i dette direktiv omhandlede sanktioner, medmindre der foreligger skellig grund til, at brug ikke har fundet sted.

2. Følgende betragtes ligeledes som brug i henhold til stk. 1:

a) brug af varemærket i en form, der kun ved enkeltheder, som ikke forandrer mærkets særpræg, afviger fra den form, hvori dette er blevet registreret

b) anbringelse i den pågældende medlemsstat af varemærket på varer eller deres emballage udelukkende med eksport for øje.

3. Brug af et varemærke, der finder sted med indehaverens samtykke, eller som gøres af en person, der er berettiget til at anvende et fællesmærke eller et garantimærke, ligestilles med indehaverens brug af mærket.«

4 Direktivets artikel 12, stk. 1, bestemmer:

»Indehaveren af et varemærke kan fortabe sine rettigheder, når der inden for en sammenhængende periode på fem år ikke i den pågældende medlemsstat er gjort reel brug af det for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, og der ikke foreligger skellig grund til manglende brug; fortabelse af et varemærke kan dog ikke gøres gældende, dersom reel brug af varemærket påbegyndes eller genoptages i tiden mellem udløbet af femårsperioden og tidspunktet for indgivelse af begæring om fortabelse. Påbegyndelse eller genoptagelse af brugen inden for de sidste tre måneder forud for indgivelse af begæring om fortabelse, idet denne tremånedersperiode tidligst begynder ved udløbet af den sammenhængende periode på fem år, tages imidlertid ikke i betragtning, såfremt forberedelserne til påbegyndelse eller genoptagelse af brugen først indledes, når indehaveren har fået kendskab til, at der eventuelt vil blive indgivet begæring om fortabelse.«

Den nationale lovgivning

5 Artikel 46(1) i Trade Marks Act 1994 (lov af 1994 om varemærker) bestemmer:

»Et registreret varemærke kan fortabes af en af følgende grunde:

a) såfremt der ikke inden fem år fra datoen for registreringsprocedurens afslutning er gjort reel brug af varemærket i Det Forenede Kongerige af varemærkeindehaveren eller med hans samtykke for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, og der ikke foreligger skellig grund til, at brug ikke har fundet sted

b) hvis sådan brug har været ophørt uden afbrydelse i fem år, og der ikke foreligger skellig grund til manglende brug.«

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

6 Laboratoires Goemar har hjemsted i St. Malo (Frankrig) og er specialiseret i tangprodukter. Selskabet har opnået registrering i Det Forenede Kongerige af varemærket Laboratoires de la mer, dels i 1988 for »farmaceutiske, veterinærmedicinske og sanitære præparater, diætetiske præparater til medicinsk brug [...] alle indeholdende havprodukter« i klasse 5, som defineret i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret (herefter »Nice-arrangementet«), dels i 1989 for »parfumerivarer og kosmetiske præparater indeholdende havprodukter« i klasse 3 i nævnte arrangement.

7 La Mer Technology har ønsket at anvende varemærket La Mer i markedsføringen af en række kosmetiske produkter og tilsvarende produkter i Det Forenede Kongerige. Den 27. marts 1998, dvs. mere end fem år efter, at varemærkerne Laboratoires de la mer var blevet registreret, indgav La Mer Technology to

begæringer om fortabelse af rettighederne til varemærkerne Laboratoire de la mer til Trade Mark Registry (Varemærkemyndigheden), idet La Mer Technology gjorde gældende, at Laboratoires Goemar ikke havde gjort reel brug af dem inden for de sidste fem år, der lå forud for indgivelsen af de pågældende begæringer.

8 Den 19. juni 2001 imødekom Hearing Officer (den kompetente tjenestemand i Trade Mark Registry) begæringerne om fortabelse af varemærkerne Laboratoire de la mer, men kun for »farmaceutiske, veterinærmedicinske og sanitære præparater« i Nice-arrangementets klasse 5. Denne del af Hearings Officers afgørelse er ikke bestridt. Hearing Officer afslog i øvrigt de indgivne begæringer vedrørende fortabelse af de registrerede varemærker for »kosmetiske præparater indeholdende havprodukter« i Nice-arrangementets nævnte klasse 3 og for »diætetiske præparater til medicinsk brug« i nævnte klasse 5.

9 La Mer Technology har for High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division, anlagt to søgsmål til prøvelse af denne sidste del af Hearing Officers afgørelse.

10 Den 19. december 2001 gav High Court sagsøgeren medhold i påstanden vedrørende varerne i Nice-arrangementets klasse 5 og fastslog følgelig, at det omhandlede varemærke var fortabt.

11 For så vidt angår varemærket, der var registreret for »kosmetiske præparater indeholdende havprodukter« i Nice-arrangementets klasse 3, fastslog High Court derimod, at Laboratoires Goemar inden for de fem år forud for indgivelsen af begæringen om fortabelse havde udpeget selskabet Scope Direct Ltd, Skotland, til at markedsføre sådanne produkter i Det Forenede Kongerige. High Court fandt, at der i denne periode kun havde været en meget beskeden omsætning af disse varer på et par hundrede GBP, men at denne situation mere afspejlede den forretningsmæssige modgang for selskabet, der var indehaver af varemærket, end en brug, der udelukkende var gjort for at opretholde virkningerne af

registreringen. Desuden fastslog High Court, at Laboratoires Goemar kort efter den samme periode havde ansat en ny salgsrepræsentant i Det Forenede Kongerige for at øge salget.

12 High Court fandt, at hovedspørgsmålet i sagen var, hvorvidt der under sådanne omstændigheder var gjort reel brug af varemærket Laboratoires de la mer i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i Trade Marks Act 1994. High Court anførte, at begrebet reel brug havde den samme rækkevidde, som begrebet har i direktivets tilsvarende bestemmelser.

13 High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division, har under disse omstændigheder besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Hvilke faktorer skal tages i betragtning, når det skal afgøres, om der er »gjort reel brug« af et varemærke i en medlemsstat i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i [direktivets] artikel 10, stk. 1, og artikel 12, stk. 1?

Særligt spørges:

2) Skal omfanget af brugen af varemærket for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke varemærket er registreret i medlemsstaten, tages i betragtning?

3) Er brug af et hvilket som helst omfang, uanset hvor lille, tilstrækkelig, hvis brugen kun fandt sted med det formål at markedsføre den pågældende vare eller levere den pågældende tjenesteydelse?

4) Hvis det ovenstående spørgsmål besvares benægtende, hvilke kriterier skal da lægges til grund ved vurderingen af, hvilken brug der har tilstrækkeligt omfang, og skal der navnlig ved anvendelsen af disse kriterier tages hensyn til den registrerede varemærkeindehavers virksomheds art og størrelse?

5) Skal der ses bort fra pro forma-brug eller foregiven brug, og skal der navnlig ses bort fra brug, hvis eneste eller altovervejende formål er at imødegå en potentiel begæring om fortabelse?

6) Hvilken slags brug skal tages i betragtning, og er det navnlig nødvendigt at bevise, at varemærket er blevet anvendt erhvervsmæssigt i den berørte medlemsstat, og mere konkret spørges, om en enkelt kundes import til medlemsstaten ville være tilstrækkelig?

7) Skal der ses bort fra brug, der finder sted efter indgivelsen af begæringen om fortabelse, selv om formålet er at efterprøve, om der var tale om reel brug i den relevante periode?«

Anvendelsen af procesreglementets artikel 104, stk. 3

14 Idet Domstolen finder, at svarene på de seks første spørgsmål klart kan udledes af dommen af 11. marts 2003, Ansul (sag C-40/01, Sml. I, s. 2439), der er afsagt efter afsigelsen af forelæggelseskendelsen, og da besvarelsen af det syvende spørgsmål ikke giver anledning til nogen rimelig tvivl, har den i henhold til procesreglementets artikel 104, stk. 3, underrettet den forelæggende ret om, at den vil træffe afgørelse ved begrundet kendelse, og givet de parter eller andre, der er nævnt i artikel 23 i statutten for Domstolen, lejlighed til at udtale sig herom.

15 Kommissionen og den franske regering har ikke afgivet indlæg vedrørende dette punkt.

16 Ved dom af 20. juni 2003 har den forelæggende ret derimod besluttet at trække det femte præjudicielle spørgsmål tilbage og fastholde de andre spørgsmål, idet den har anmodet Domstolen om ikke at anvende procesreglementets artikel 104, stk. 3. Ved skrivelse af 4. juli 2003 har La Mer Technology over for Domstolen anført, at et retsmøde var nødvendigt og har anmodet om afholdelse heraf i henhold til procesreglementets artikel 104, stk. 4. Laboratoires Goemar og La Mer Technology har i en fælles skrivelse af 17. november 2003, underskrevet af deres advokater, anført, at de er enige i den forelæggende rets analyse i dennes dom af 20. juni 2003. Ved skrivelse af 24. november 2003 har Det Forenede Kongeriges regering givet udtryk for samme holdning.

17 De ovenfor anførte bemærkninger har ikke rejst tvivl om Domstolens afgørelse om at anvende procesreglements artikel 104, stk. 3, og ikke at afholde mundtlig forhandling. La Mer Technologys anmodning om mundtlig forhandling skal således ikke tages til følge.

Første, andet, tredje, fjerde og sjette spørgsmål

18 Med disse spørgsmål, der bør behandles samlet, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, hvilke kriterier og typer af brug af et varemærke der gør det muligt at fastslå, om der er »gjort reel brug« af varemærket i en medlemsstat i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktivets artikel 10, stk. 1, og artikel 12, stk. 1. Den forelæggende ret ønsker bl.a. oplyst, om selv en meget lille brug af varemærket kan betegnes som reel brug, hvis indehaverens eneste formål med brugen er at markedsføre de varer og tjenesteydelser, der er beskyttet af varemærket.

19 Besvarelsen af disse spørgsmål kan klart udledes af præmis 35-39 i Ansuldommen, hvori Domstolen fastslog:

»35 [...] således som Ansul har gjort gældende [angiver] direktivet i ottende betragtning [...] at det må kræves, at varemærker »rent faktisk bruges, idet mærket i modsat fald fortabes«. Den »reelle brug« er altså en faktisk brug af mærket. Dette bekræftes navnlig af direktivets nederlandske version, hvis ottende betragtning anvender ordene »werkelijk wordt gebruikt«, såvel som af andre sprogversioner, såsom den spanske (»uso efectivo«), den italienske (»uso effettivo«) eller den engelske version (»genuine use«).

36 Ved »reel brug« skal følgelig forstås en brug, der ikke foretages symbolsk alene med det formål at bevare de rettigheder, der er knyttet til varemærket. Brugen skal være i overensstemmelse med varemærkets grundlæggende funktion, som er at garantere oprindelsen af en vare eller en tjenesteydelse over for forbrugeren eller den endelige bruger, som dermed sættes i stand til uden risiko for forveksling at adskille varen eller tjenesteydelsen fra varer eller tjenesteydelser med en anden oprindelse.

37 Det følger heraf, at en »reel brug« af varemærket forudsætter, at dette bruges på markedet for de varer eller tjenesteydelser, som varemærket beskytter, og ikke alene inden for den pågældende virksomhed. Beskyttelsen af varemærket, og de retsvirkninger, som registreringen af mærket har i forhold til tredjemand, kan ikke opretholdes, hvis mærket har mistet sin handelsmæssige begrundelse, som er at skabe eller bevare en afsætningsmulighed for de varer eller tjenesteydelser, som er forsynet med det tegn, der udgør mærket, i forhold til de varer eller tjenesteydelser, der stammer fra andre virksomheder. Varemærket skal derfor bruges for varer eller tjenesteydelser, der allerede er bragt på markedet, eller hvis markedsføring — som virksomheden har forberedt med henblik på at erobre en kundekreds, navnlig i forbindelse med reklamekampagner — er umiddelbart forestående. En sådan brug kan både foretages af varemærkeindehaveren og, som fastsat i direktivets artikel 10, stk. 3, af en tredjemand, der har tilladelse til at bruge mærket.

38 Ved bedømmelsen af, om brugen af varemærket er reel, må der endelig tages hensyn til samtlige faktiske omstændigheder, der kan godtgøre, at varemærket virkelig anvendes handelsmæssigt, navnlig til de former for brug, der i den pågældende branche må anses for begrundet i fastholdelse eller erhvervelse af markedsandele for de varer eller tjenesteydelser, der beskyttes af varemærket.

39 Under hensyn til omstændighederne i de konkrete tilfælde kan det således være berettiget bl.a. at tage hensyn til den pågældende vares eller tjenesteydelses art, de særlige forhold på det relevante marked samt til omfanget og hyppigheden af brugen af mærket. Det kræves således ikke, at brugen af mærket altid har et betydeligt kvantitativt omfang, for at den kan betegnes som reel, da dette afhænger af de særlige forhold ved den pågældende vare eller tjenesteydelse på det relevante marked.«

20 Heraf fremgår, at bevarelsen af varemærkeindehaverens rettigheder er betinget af, at der er gjort reel erhvervsmæssig brug af mærket på markedet for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er blevet registreret i den pågældende medlemsstat.

21 Desuden fremgår det af Ansul-dommens præmis 39, at brug af varemærket i visse tilfælde — selv om denne brug ikke har et betydeligt kvantitativt omfang — kan betegnes som reel i direktivets forstand. Selv en meget lille brug af varemærket kan således være tilstrækkelig til, at denne brug kan betegnes som reel, forudsat at denne brug i den pågældende branche kan anses for begrundet i fastholdelse eller erhvervelse af markedsandele for de varer eller tjenesteydelser, der beskyttes af varemærket.

22 Spørgsmålet, om en brug er kvantitativ tilstrækkelig til at fastholde eller erhverve markedsandele for de pågældende varer eller tjenesteydelser, afhænger af flere forhold samt af en konkret vurdering, der i hvert enkelt tilfælde påhviler den

nationale ret. Varernes eller tjenesteydelsernes egenskaber, hyppigheden eller regelmæssigheden af brugen af varemærket, hvorvidt varemærket anvendes til at markedsføre samtlige identiske varer eller tjenesteydelser fra varemærkeindehaverens virksomhed eller udelukkende enkelte af disse, samt de beviser, som varemærkeindehaveren er i stand til at fremlægge vedrørende brug af varemærket, er blandt de faktorer, der kan tages i betragtning.

23 Det fremgår ligeledes af præmis 35-39 i Ansul-dommen, at det relevante markeds egenskaber, der har en direkte betydning for varemærkeindehaverens markedsføringsstrategi, ligeledes kan tages i betragtning ved vurderingen af, om der foreligger reel brug.

24 Tilsvarende kan den omstændighed, at varemærket anvendes af en enkelt kunde, der importerer varerne, for hvilke varemærket er registreret, være tilstrækkelig til at godtgøre, at en sådan brug er reel, såfremt det fremgår, at denne import har en reel handelsmæssig berettigelse for varemærkeindehaveren.

25 Under disse omstændigheder er det ikke på forhånd muligt abstrakt at afgøre, hvilken kvantitativt tærskel der skal anvendes for at afgøre, om brugen er reel. En »de minimis« -regel, der ikke giver den nationale ret mulighed for at vurdere samtlige omstændigheder i sagen, kan derfor ikke fastsættes.

26 Endelig kan det klart udledes af Ansul-dommens præmis 36, at en brug af varemærket, der ikke i det væsentlige har til formål at bevare eller skabe markedsandele for de varer eller tjenesteydelser, som det beskytter, skal betragtes som brug, der i virkeligheden har til formål at imødegå en eventuel begæring om fortabelse. En sådan brug kan ikke betegnes som »reel« i direktivets forstand.

27 Under henvisning til det anførte skal første, andet, tredje, fjerde og sjette spørgsmål besvares med, at direktivets artikel 10, stk. 1, og artikel 12, stk. 1, skal fortolkes således, at der er gjort »reel brug« af et varemærke, når dette er anvendt i overensstemmelse med varemærkets grundlæggende funktion, som er at garantere oprindelsen af de varer eller tjenesteydelser, som det er blevet registreret for, med henblik på at skabe eller bevare en afsætningsmulighed for disse varer og tjenesteydelser. Dette omfatter ikke symbolske former for brug alene med det formål at bevare de rettigheder, der er knyttet til dette varemærke. Bedømmelsen af, om brugen af varemærket er reel, skal foretages på grundlag af samtlige faktiske omstændigheder, der kan godtgøre, at den handelsmæssige brug af varemærket virkelig finder sted i erhvervsmæssigt øjemed, navnlig om der er tale om brug, der i den pågældende branche anses for begrundet i fastholdelse eller erhvervelse af markedsandele for de varer eller tjenesteydelser, der beskyttes af varemærket, disse varers eller tjenesteydelsers art, de særlige forhold på markedet samt omfanget og hyppigheden af brugen af varemærket. Såfremt brugen virkelig er handelsmæssigt berettiget, kan under de ovennævnte betingelser selv en meget lille brug af varemærket eller en brug, der kun vedrører en enkelt importør i den pågældende medlemsstat, være tilstrækkelig til at fastslå reel brug i dette direktivs forstand.

Syvende spørgsmål

28 Med sit syvende spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om direktivet skal fortolkes således, at det er til hinder for, at der tages hensyn til en brug af varemærket, der finder sted efter indgivelsen af begæringen om fortabelse for at efterprøve, om der var tale om reel brug i den relevante periode, dvs. i de fem år forud for indgivelsen af begæringen.

29 Det fremgår af direktivets artikel 12, stk. 1, dels at bevarelse af varemærkeindehaverens rettigheder forudsætter en reel brug af varemærket, der under alle omstændigheder skal ligge forud for indgivelsen af begæringen om fortabelse, dels at påbegyndelse eller genoptagelse af brugen af varemærket — selv

når denne har fundet sted inden indgivelsen af denne begæring — ikke i alle tilfælde gør det muligt at bevare indehaverens rettigheder, hvis det fremgår, at disse aktiviteter først blev indledt, efter at indehaveren havde fået kendskab til, at der eventuelt ville blive indgivet en sådan begæring.

30 Heraf følger, at der i henhold til direktivet ved vurderingen af spørgsmålet om »reel brug« af varemærket kun skal tages hensyn til de omstændigheder, der foreligger i den relevante periode, og som derfor foreligger forud for indgivelsen af begæringen om fortabelse.

31 Direktivet udelukker imidlertid ikke udtrykkeligt, at der ved vurderingen af, om der foreligger reel brug i den relevante periode, i givet fald kan tages hensyn til eventuelle omstændigheder efter indgivelsen af denne begæring. Sådanne omstændigheder kan gøre det muligt at bekræfte eller bedre at vurdere rækkevidden af anvendelsen af varemærket i den relevante periode, samt indehaverens virkelige hensigter i den samme periode.

32 Det påhviler den forelæggende ret at efterprøve, om eventuelle omstændigheder efter indgivelse af begæringen om fortabelse bekræfter den konklusion, at brugen af varemærket inden for den relevante periode var reel, eller om de tværtimod er et udtryk for indehaverens ønske om at imødegå denne begæring.

33 Det syvende spørgsmål skal således besvares med, at selv om det følger af direktivet, at der ved bedømmelsen af, om der foreligger »reel brug« af varemærket, kun skal tages hensyn til omstændigheder, der foreligger i den relevante periode og ligger forud for indgivelsen af begæringen om fortabelse, er direktivet ikke til hinder for, at der ved vurderingen af, om brugen i forhold til den relevante periode er reel, i givet fald kan tages hensyn til eventuelle

omstændigheder, der ligger efter indgivelsen af denne begæring. Det påhviler den forelæggende ret at undersøge, om sådanne omstændigheder bekræfter, at brugen af varemærket inden for den relevante periode var reel, eller om de tværtimod er udtryk for indehaverens ønske om at imødegå denne begæring.

Sagens omkostninger

34 De udgifter, der er afholdt af Det Forenede Kongeriges regering og af den franske regering samt af Kommissionen, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN (Tredje Afdeling)

vedrørende de spørgsmål, der er forelagt af High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division, ved kendelse af 19. december 2001, for ret:

1) **Artikel 10, stk. 1, og artikel 12, stk. 1, i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker skal fortolkes således, at der er gjort »reel brug« af et**

varemærke, når dette er anvendt i overensstemmelse med varemærkets grundlæggende funktion, som er at garantere oprindelsen af de varer eller tjenesteydelser, som det er blevet registreret for, med henblik på at skabe eller bevare en afsætningsmulighed for disse varer og tjenesteydelser. Dette omfatter ikke symbolske former for brug alene med det formål at bevare de rettigheder, der er knyttet til dette varemærke. Bedømmelsen af, om brugen af varemærket er reel, skal foretages på grundlag af samtlige faktiske omstændigheder, der kan godtgøre, at den handelsmæssige brug af varemærket virkelig finder sted i erhvervsmæssigt øjemed, navnlig om der er tale om brug, der i den pågældende branche anses for begrundet i fastholdelse eller erhvervelse af markedsandele for de varer eller tjenesteydelser, der beskyttes af varemærket, disse varers eller tjenesteydelsers art, de særlige forhold på markedet samt omfanget og hyppigheden af brugen af varemærket. Såfremt brugen virkelig er handelsmæssigt begrundet, kan under de ovennævnte betingelser selv en meget lille brug af varemærket eller en brug, der kun vedrører en enkelt importør i den berørte medlemsstat, være tilstrækkelig til at fastslå reel brug i direktivets forstand.

2) Selv om det følger af det første direktiv 89/104, at der ved bedømmelsen af, om der foreligger »reel brug« af varemærket, kun skal tages hensyn til omstændigheder, der foreligger i den relevante periode og ligger forud for indgivelsen af begæringen om fortabelse, er direktivet ikke til hinder for, at der ved bedømmelsen af, om brugen i forhold til den relevante periode er reel, i givet fald kan tages hensyn til eventuelle omstændigheder, der ligger efter indgivelsen af denne begæring. Det påhviler den forelæggende ret at undersøge, om sådanne omstændigheder bekræfter, at brugen af varemærket inden for den relevante periode var reel, eller om de tværtimod er udtryk for indehaverens ønske om at imødegå denne begæring.

Således bestemt i Luxembourg den 27. januar 2004.

R. Grass — V. Skouris

Justitssekretær — Præsident