Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Fjerde Afdeling)

12. december 2018 *

»EU-varemærker – fortabelsessag – EU-kollektivfigurmærke, der gengiver en cirkel med to pile – reel brug af varemærket – delvis fortabelse – erklæring om delvis fortabelse – artikel 15, stk. 1, i forordning (EF) nr. 207/2009 (nu artikel 18, stk. 1, i forordning (EU) 2017/1001) – artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009 [nu artikel 58, stk. 1, litra a), i forordning 2017/1001] – regel 22, stk. 4, i forordning (EF) nr. 2868/95 (nu artikel 10, stk. 4, i delegeret forordning (EU) 2018/625) – anbringelse af varemærket på emballager – opfattelsen i den relevante kundekreds«

I sag T-253/17,

Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH, Köln (Tyskland), ved advokaterne P. Goldenbaum, I. Rohr og N. Ebbecke,

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:

Halston Properties, s. r. o., Bratislava (Slovakiet),

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 20. februar 2017 af Femte Appelkammer ved EUIPO (sag R 1357/2015-5) vedrørende en fortabelsessag mellem Halston Properties og Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland,

har

RETTEN (Fjerde Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, H. Kanninen, og dommerne J. Schwarcz og C. Iliopoulos (refererende dommer),

justitssekretær: fuldmægtig R. Ūkelytė,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 28. april 2017,

under henvisning til svarskriftet, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 21. juli 2017,

* Processprog: tysk.

efter retsmødet den 12. juni 2018,

afsagt følgende

Dom

Tvistens baggrund

1 Den 12. juni 1996 indgav sagsøgeren, Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH en ansøgning om registrering af et EU-kollektivmærke 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 EF-varemærker (EUT 2009, L 78, s. 1), med senere ændringer, og nu selv 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 kollektive varemærke, der blev søgt registreret (herefter »det anfægtede varemærke«), er følgende figurtegn:



3 De varer og tjenesteydelser, som registreringsansøgningen vedrørte, henhører under klasse 1-35, 39, 40 og 42 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 enkelt af disse klasser til følgende beskrivelse:

– klasse 1: »kemiske produkter til industrielle, videnskabelige og fotografiske formål samt til anvendelse i landbrugs-, havebrugs- og skovbrugsøjemed, kunstig harpiks i rå tilstand, plastic i rå tilstand, gødningsmidler, ildslukningsmidler, præparater til hærdning og lodning, kemiske konserveringsmidler til levnedsmidler, garvestoffer; bindemidler til industrielle formål«

– klasse 2: »maling, fernis, lak, rustbeskyttelsesmidler og træimprægneringsmidler, farvestoffer, bejdsemidler; naturlig harpiks i rå tilstand, bladmetaller og metalpulver til brug for malere, dekoratører, bogtrykkere og kunstnere«

– klasse 3: »blegemidler og andre midler til vask og rensning af tøj, præparater til rengøring, polering og fjernelse af pletter samt slibemidler, sæbe; parfumerivarer, æteriske olier, kosmetiske præparater, hårvand, tandplejemidler«

– klasse 4: »olier og fedtstoffer til industrielle formål, smøremidler, midler til absorbering, fugtning og binding af støv, brændstoffer (herunder motordrivmidler) og belysningsstoffer, lys og væger«

– klasse 5: »farmaceutiske og veterinærmedicinske præparater samt præparater til sundhedspleje, diætetiske præparater til medicinsk brug, næringsmidler til spædbørn, plastre og forbindsstoffer, materiale til tandplombering og til tandaftryk, desinfektionsmidler; præparater til udryddelse af skadedyr, svampe- og ukrudtsdræbende midler«

– klasse 6: »uædle metaller og legeringer heraf, byggematerialer af metal, transportable bygninger af metal, materialer af metal til jernbaneanlæg, metalkabler og tråd (dog ikke til elektriske formål), kleinsmedearbejder, isenkramvarer af metal, metalrør, pengeskabe, varer af metal, indeholdt i klasse 6; malm«

– klasse 7: »maskiner, nemlig maskiner til bearbejdning af metal, træ, papir, tekstiler, kunststoffer og byggematerialer; husholdnings- og kontormaskiner indeholdt i klasse 7; værktøjsmaskiner; motorer (ikke til befordringsmidler til brug på land), koblinger og transmissionsdele (ikke til befordringsmidler til brug på land), landbrugsredskaber (indeholdt i klasse 7); rugemaskiner«

– klasse 8: »håndværktøj håndbetjente redskaber til husholdnings- og havebrug og til behandling af metal, træ, papir, tekstiler, kunststoffer og byggematerialer (indeholdt i klasse 8); knivsmedevarer, gafler og skeer, hug- og stikvåben, barbermaskiner«

– klasse 9: »videnskabelige, nautiske, geodætiske, elektriske, fotografiske, kinematografiske og optiske apparater og instrumenter samt apparater og instrumenter til vejning, måling, signalering, kontrol, livredning og undervisning, elektriske apparater og instrumenter (indeholdt i klasse 9); apparater til optagelse, transmission og gengivelse af lyd eller billede, magnetiske databærere, lydplader, møntautomater og -apparater; kasseapparater, regnemaskiner og databehandlingsudstyr, ildslukningsapparater«

– klasse 10: »kirurgiske, medicinske, odontologiske og veterinære apparater og instrumenter samt kunstige lemmer, øjne og tænder, ortopædiske artikler, suturmaterialer«

– klasse 11: »apparater til belysning, opvarmning, dampdannelse, kogning, køling, tørring, ventilation og vandledning samt sanitetsinstallationer«

– klasse 12: »køretøjer; befordringsmidler til brug på land, i luften eller i vandet«

– klasse 13: »skydevåben, ammunition og projektiler, sprængstoffer, fyrværkerigenstande«

– klasse 14: »ædle metaller og legeringer heraf samt varer af ædle metaller eller varer overtrukket hermed, indeholdt i klasse 14; juvelerarbejder, smykker, ædelstene, ure og kronometriske instrumenter«

– klasse 15: »musikinstrumenter«

– klasse 16: »papir, pap, varer heraf og indeholdt i klasse 16, tryksager; bogbinderiartikler, fotografier; papirhandlervarer; klæbemidler til papirvarer og til husholdningsbrug, artikler til brug for kunstnere, pensler, skrivemaskiner og kontorartikler (dog ikke møbler); instruktions- og undervisningsmateriale (dog ikke apparater); plasticmateriale til emballeringsbrug (indeholdt i klasse 16), spillekort, tryktyper, klichéer«

– klasse 17: »kautsjuk, guttaperka, gummi, asbest, glimmer samt varer fremstillet af disse materialer, indeholdt i klasse 17; plastic i halvforarbejdet tilstand, tætnings-, paknings- og isoleringsmateriale, slanger, dog ikke af metal«

– klasse 18: »læder og læderimitationer samt varer fremstillet af disse materialer indeholdt i klasse 18; skind og huder, kufferter og rejsetasker; paraplyer, parasoller og spadserestokke, piske og sadelmagervarer«

– klasse 19: »byggematerialer (ikke af metal), stive rør til bygningsbrug (ikke af metal), asfalt, beg, tjære og bitumen, transportable bygninger (ikke af metal), monumenter (ikke af metal)«

– klasse 20: »møbler, spejle, billedrammer, varer (indeholdt i klasse 20) af træ, kork, rør, spanskrør, kurvefletning, horn, ben, elfenben, fiskeben, skildpadde, rav, perlemor og merskum samt af erstatningsstoffer for disse materialer eller af plastic«

– klasse 21: »husholdnings- og køkkenredskaber (indeholdt i klasse 21) og beholdere (dog ikke af ædle metaller eller overtrukket hermed) kamme og svampe, børster, børstenbindermateriale, redskaber til rengøringsformål, ståluld, glas i rå eller halvforarbejdet tilstand (med undtagelse af glas til bygningsbrug), glasvarer, porcelæn og keramik (indeholdt i klasse 21)«

– klasse 22: »tovværk, reb, liner, snore, net, telte, markiser, presenninger, sejl, sække (indeholdt i klasse 22), polstringsmateriale (dog ikke af kautsjuk eller af plastic), ubearbejdet fibermateriale til tekstilfabrikation«

– klasse 23: »garn og tråd til tekstilfabrikation«

– klasse 24: »vævede stoffer og tekstilvarer, indeholdt i klasse 24; senge- og bordtæpper«

– klasse 25: »beklædningsgenstande, fodtøj, hovedbeklædning«

– klasse 26: »kniplinger og broderier, bånd og possementmagervarer, knapper, hægter og maller, knappenåle og synåle, kunstige blomster«

– klasse 27: »tæpper, måtter, linoleum og andet belægningsmateriale til eksisterende gulve, vægbeklædningsmateriale, som ikke er tekstilvarer«

– klasse 28: »spil og legetøj, gymnastik- og sportsartikler, indeholdt i klasse 28; julepynt«

– klasse 29: »kød, fisk, fjerkræ og vildt, kødekstrakter, konserverede, tørrede og kogte frugter og grøntsager, geléer, syltetøj, frugtsauce, æg, mælk og mejeriprodukter, spiselige olier og spisefedt«

– klasse 30: »kaffe, te, kakao, sukker, ris, tapioka, sago, kaffeerstatning, mel og næringsmidler af korn, brød, konditori- og konfekturevarer, spiseis, honning, sirup, gær, bagepulver, salt, sennep, eddike, herunder vineddike, saucer (krydrede), krydderier, råis«

– klasse 31: »landbrugs-, skovbrugs- og havebrugsprodukter samt korn (indeholdt i klasse 31), levende dyr, friske frugter og grøntsager, frø og såsæd, naturlige planter og blomster, næringsmidler til dyr, malt«

– klasse 32: »øl, mineralvand og kulsyreholdige vande og andre ikke-alkoholholdige drikke, frugtdrikke og frugtsaft, saft og andre præparater til fremstilling af drikke«

– klasse 33: »alkoholholdige drikke (dog ikke øl)«

– klasse 34: »tobak, artikler for rygere, tændstikker«

– klasse 35: »annonce- og reklamevirksomhed«

– klasse 39: »transportvirksomhed, pakning og opbevaring af varer«

– klasse 40: »forarbejdning og behandling af materialer og genstande; genanvendelse af emballeringsmateriale«

– klasse 42: »bortskaffelse af affald; programmering af computere«.

4 Bestemmelserne for det anfægtede varemærkes benyttelse, der blev udarbejdet i forbindelse med ansøgningen om registrering, fastsætter bl.a. i punkt 6, at det anfægtede varemærke er skabt »med henblik på at gøre det muligt for forbrugerne og de erhvervsdrivende at genkende de emballager, der udgør en del af dual-ordningen, for hvilke der er indført et bidrag til finansiering af ordningen, samt genkende varer med sådanne emballager og adskille dem fra andre emballager og varer […]«.

5 Det anfægtede varemærke blev registreret som EU-kollektivmærke den 19. juli 1999 under nummer 298273 for alle de varer og tjenesteydelser, der er nævnt ovenfor i præmis 3.

6 Den 25. september 2006 og den 17. maj 2016 blev registreringen af det anfægtede varemærke fornyet.

7 Den 2. november 2012 indgav den anden part i sagen for EUIPO, Halston Properties, s. r. o., en begæring om fortabelse af det anfægtede varemærke i henhold til artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009 [nu artikel 58, stk. 1, litra a), i forordning 2017/1001], henset til, at der ikke var gjort reel brug af dette varemærke for de varer, for hvilke det var blevet registreret. Denne begæring var rettet mod alle de registrerede varer i klasse 1-34 som nævnt ovenfor i præmis 3. De af det anfægtede varemærke omfattede tjenesteydelser blev ikke anfægtet.

8 Sagsøgeren har fremlagt adskillige dokumenter vedrørende brug af det anfægtede varemærke. Blandt disse er der forskellige licensaftaler og andre dokumenter, der regulerer anvendelsen af det anfægtede varemærke på emballagerne.

9 Ved afgørelse af 26. maj 2015 gav annullationsafdelingen ved EUIPO delvist medhold i begæringen om fortabelse og fastslog, at sagsøgeren havde fortabt sine rettigheder regnet fra den 2. november 2012 for visse varer (herefter de »omtvistede varer«), nemlig alle varerne i klasse 1-34 som omhandlet i præmis 3 ovenfor, bortset fra følgende varer:

– klasse 6: »emballage af metal, indeholdt i klasse 6«

– klasse 16: »emballage af papir, pap, indeholdt i klasse 16; plasticmateriale til emballeringsbrug, indeholdt i klasse 16«

– klasse 17: »emballage af kautsjuk, guttaperka, gummi, asbest, glimmer, indeholdt i klasse 17«

– klasse 18: »emballage af læder og læderimitationer, indeholdt i klasse 18«

– klasse 20: »emballage af træ, kork, rør, spanskrør, kurvefletning samt af erstatningsstoffer for disse materialer eller af plastic, indeholdt i klasse 20«

– klasse 21: »husholdnings- og køkkenemballagebeholdere (dog ikke af ædle metaller eller overtrukket hermed); emballage af glasvarer, porcelæn og keramik, indeholdt i klasse 21«

– klasse 22: »emballagemateriale, indeholdt i klasse 22«

– klasse 24: »emballage af tekstilvarer, indeholdt i klasse 24«.

10 Den 8. juli 2015 indgav sagsøgeren en klage til EUIPO i henhold til artikel 58-64 i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 66-71 i forordning 2017/1001) til prøvelse af annullationsafdelingens afgørelse for så vidt angår den del, hvorved annullationsafdelingen fastslog, at sagsøgeren havde fortabt sine rettigheder over de omtvistede varer.

11 Ved afgørelse af 20. februar 2017 (sag R 1357/2015-5, herefter »den anfægtede afgørelse«) afslog Femte Appelkammer ved EUIPO klagen. Appelkammeret var nærmere bestemt af den opfattelse, at sagsøgeren ikke havde ført bevis for at have gjort brug af det anfægtede varemærke i overensstemmelse med dettes væsentligste funktion, som er at garantere de omtvistede varers oprindelse. Appelkammeret bemærkede i denne forbindelse indledningsvis, at der skulle tages hensyn til den omstændighed, at det anfægtede varemærke er et kollektivmærke, der som sådant er blevet anvendt med henblik på at sikre opretholdelsen af de dertil knyttede rettigheder, idet det anvendes i overensstemmelse med dets funktion som angivelse af de varer og tjenesteydelser, der hidrører fra medlemmerne af sammenslutningen. Dernæst skulle spørgsmålet om, hvorvidt det anfægtede varemærke var blevet anvendt som oprindelsesangivelse for de varer, der er omfattet af det anfægtede varemærke, vurderes på grundlag af opfattelsen i den relevante kundekreds, som i det foreliggende tilfælde forbandt det anfægtede varemærke »med en økologisk adfærd hos virksomheden« og opfattede det nævnte varemærke som en angivelse af, at det emballageaffald, hvorpå tegnet er anbragt, kan indsamles i containere eller sække, der er særligt bestemt til dette formål, og derefter nyttiggøres.

12 Appelkammeret bemærkede, at for så vidt som betydningen af det anfægtede varemærke for den relevante gennemsnitsforbruger i Den Europæiske Union begrænser sig til at angive den omstændighed, at emballageaffald med det anfægtede varemærke kan indsamles og nyttiggøres efter en særlig ordning, er det anfægtede varemærke fra den nævnte forbrugers synspunkt ikke blevet anvendt for at angive de omtvistede varers oprindelse. Selv om emballagen og varen fremstår som udgørende »en enhed« i forbindelse med salget, er den relevante forbruger fuldt ud i stand til at skelne mellem et varemærke, som angiver varens kommercielle oprindelse, og et varemærke, som angiver nyttiggørelse af tomt og brugt emballageaffald efter forbrugerens udpakning, anvendelse eller forbrug af selve varen. Når en vare, på hvis emballage det anfægtede varemærke er anbragt synligt, ikke adskiller sig fra en vare af samme art, på hvis emballage det nævnte varemærke ikke er anbragt, angiver det anfægtede varemærke ikke en vis kvalitet ved varen.

13 Endvidere anførte appelkammeret, at sagsøgeren ikke havde godtgjort, at anvendelsen af det anfægtede varemærke havde til formål at skabe eller bevare en afsætningsmulighed for de omtvistede varer. Samtlige fremlagte dokumenter vedrørte brug af det anfægtede varemærke for så vidt angår salgsemballager.

Parternes påstande

14 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

– Den anfægtede afgørelse annulleres.

– EUIPO tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

15 EUIPO har nedlagt følgende påstande:

– Frifindelse.

– Sagsøgeren tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

Retlige bemærkninger

16 Til støtte for søgsmålet har sagsøgeren gjort et eneste anbringende gældende vedrørende tilsidesættelse af artikel 15, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 18, stk. 1, i forordning 2017/1001), sammenholdt med samme forordnings artikel 66 (nu artikel 74 i forordning 2017/1001).

17 Sagsøgeren har i det væsentlige gjort gældende, at de dokumenter, denne har fremlagt, ikke alene beviser en kommerciel anvendelse af det anfægtede varemærke for vareemballager, men også for de indpakkede omtvistede varer.

18 For det første har EUIPO ifølge sagsøgeren undladt at tage i betragtning, at beviserne for brug ikke kun vedrører de emballager, der sælges separat, men ligeledes salgsemballager, dvs. de emballager, der udgør en enhed med varen i forbindelse med salg. Der er tale om flere mærkninger af varen på dennes emballage, hvilket ofte praktiseres og offentligheden er vant til.

19 For det andet er sagsøgeren af den opfattelse, at gengivelsen af det anfægtede varemærke på emballager til de omtvistede varer er et direkte bevis for, at det anfægtede varemærke har været genstand for reel brug, der sikrer opretholdelse af rettighederne, således som dette fremgår af regel 22, stk. 4, i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 40/94 (nu artikel 10, stk. 4, i Kommissionens delegerede forordning (EU) 2018/625 af 5.3.2018 om supplerende regler til forordning 2017/1001 og om ophævelse af delegeret forordning (EU) 2017/1430 (EUT 2018, L 104, s. 1)). Almindeligvis henfører offentligheden et tegn på emballagerne til varen og ikke til dennes emballage.

20 For det tredje er det sagsøgerens opfattelse, at offentligheden ikke opfatter det anfægtede varemærke således, at den omhandlede emballage har en vis materiel kvalitet eller hidrører fra en bestemt emballageleverandør, men snarere således, at emballagen indgår som en del af en ordning med egnet affaldshåndtering, og at producenten af de omtvistede varer på samme tid indgår som en del af sagsøgerens licensaftaleordning i overensstemmelse med punkt 6 i bestemmelserne for det anfægtede varemærkes benyttelse og i overensstemmelse med kollektivmærkets særlige funktion. Dette gør sig så meget desto mere gældende, når brugerne af det anfægtede varemærke ikke er emballageleverandører, men sælgere eller producenter af indpakkede varer.

21 Sagsøgeren har desuden anført, at det anfægtede varemærke ligeledes angiver visse immaterielle kvaliteter ved de omtvistede varer. Det angiver nemlig, at de omtvistede varer hidrører fra en virksomhed, som har foretaget en finansiel investering med henblik på, at emballagen bortskaffes som omhandlet i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/98/EF af 19. november 2008 om affald og om ophævelse af visse direktiver (EUT 2008, L 312, s. 3), og at de udgifter, der er afholdt med henblik herpå, gør det muligt at sikre bedre genbrug af brugt emballage, undgå unødvendige afgifter på emballage, lette den offentlige bortskaffelse af affald, og endelig i videst muligt omfang beskytte miljøet. Den ide, der ligger til grund for det anfægtede varemærke, og som opfattes af den relevante kundekreds, vedrører et præcist kendetegn, nemlig en virksomhedsadfærd. Det anfægtede varemærke er således udtryk for en immateriel kvalitet ved de omtvistede varer. Forbrugeren beslutter sig ikke for emballagen som sådan, men for en bestemt vare i en emballage, fordi denne vare hidrører fra en virksomhed, der har foretaget en finansiel investering i den omhandlede vares emballage med henblik på, at denne emballage og den pågældende varearts emballager bortskaffes som omhandlet i direktiv 2008/98.

22 EUIPO har anfægtet denne argumentation.

23 Det bemærkes indledningsvis, at det af artikel 15, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 fremgår, at »[h]vis indehaveren ikke inden fem år regnet fra registreringen har gjort reel brug af EU-varemærket inden for Unionen for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, eller hvis sådan brug har været suspenderet uden afbrydelse i fem år, underkastes EU-varemærket de i denne forordning omhandlede sanktioner, medmindre der foreligger rimelig grund til, at brug ikke har fundet sted«.

24 I henhold til artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009 erklæres EU-varemærkeindehaverens ret fortabt efter indgivelse af begæring herom til EUIPO eller ved fremsættelse af modkrav under en sag om varemærkekrænkelse, når der inden for en sammenhængende periode på fem år ikke inden for Unionen er gjort reel brug af EU-varemærket for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, og der ikke foreligger rimelig grund til, at brug ikke har fundet sted. Artikel 51 i forordning nr. 207/2009 finder ligeledes anvendelse på EU-kollektivmærker i overensstemmelse med artikel 66, stk. 3, i forordning nr. 207/2009.

25 I henhold til regel 22, stk. 3 og 4, i forordning nr. 2868/95 (nu artikel 10, stk. 3 og 4, i delegeret forordning 2018/625), der i henhold til samme forordnings regel 40, stk. 5, (nu artikel 19, stk. 1, i delegeret forordning 2018/625) finder anvendelse i fortabelsessager, skal beviset for brug omfatte stedet, varigheden, betydningen og arten af den brug, der er gjort af varemærket, og i princippet begrænse sig til fremlæggelse af beviser såsom emballager, etiketter, prislister, kataloger, fakturaer, fotografier, avisannoncer, og de skriftlige erklæringer, der er omhandlet i artikel 78, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009 [nu artikel 97, stk. 1, litra f), i forordning 2017/1001].

26 Som det følger af retspraksis, er der gjort reel brug af et varemærke, når dette er anvendt i overensstemmelse med varemærkets væsentligste funktion, som er at garantere oprindelsen af de varer og tjenesteydelser, som det er blevet registreret for, med henblik på at skabe eller bevare en afsætningsmulighed for disse varer og tjenesteydelser, bortset fra en rent symbolsk brug, der alene gøres med henblik på at bevare de til varemærket knyttede rettigheder (jf. analogt dom af 11.3.2003, Ansul, C-40/01, EU:C:2003:145, præmis 43). Det skal med hensyn hertil præciseres, at et EU-kollektivmærkes væsentligste funktion på samme måde er at adskille de varer eller tjenesteydelser, som hidrører fra medlemmerne af den sammenslutning, der er indehaver af mærket, fra andre virksomheders varer eller tjenesteydelser (jf. i denne retning dom af 20.9.2017, The Tea Board mod EUIPO, C-673/15 P – C-676/15 P, EU:C:2017:702, præmis 63).

27 Bedømmelsen af, om brugen af varemærket er reel, skal foretages på grundlag af samtlige faktiske omstændigheder, der kan godtgøre, at varemærket virkelig anvendes handelsmæssigt, navnlig de former for brug, der i den pågældende branche anses for begrundet i fastholdelse eller erhvervelse af markedsandele for de varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af varemærket, disse varers eller tjenesteydelsers art, de særlige forhold på markedet samt omfanget og hyppigheden af brugen af varemærket (jf. dom af 10.9.2008, Boston Scientific mod KHIM – Terumo (CAPIO), T-325/06, ikke trykt i Sml., EU:T:2008:338, præmis 30 og den deri nævnte retspraksis).

28 Reel brug af et varemærke kan i øvrigt ikke bevises ved hjælp af sandsynlighedsbetragtninger eller formodninger, men skal hvile på konkrete og objektive omstændigheder, der godtgør en faktisk og tilstrækkelig brug af varemærket på det pågældende marked (jf. dom af 23.9.2009, Cohausz mod KHIM – Izquierdo Faces (acopat), T-409/07, ikke trykt i Sml., EU:T:2009:354, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis). Der skal foretages en helhedsvurdering, der tager hensyn til alle relevante faktorer i den foreliggende sag, og som omfatter en vis indbyrdes afhængighed mellem de faktorer, der er taget i betragtning (jf. dom af 18.1.2011, Advance Magazine Publishers mod KHIM – Capela & Irmãos (VOGUE), T-382/08, ikke trykt i Sml., EU:T:2011:9, præmis 30 og den deri nævnte retspraksis).

29 Såfremt et varemærke er blevet registreret for en kategori af varer og tjenesteydelser, der er tilstrækkelig bred til, at der inden for denne kategori kan sondres mellem flere underkategorier, der kan betragtes selvstændigt, medfører beviset for reel brug af varemærket for en del af disse varer eller tjenesteydelser kun beskyttelse for den eller de underkategorier, som de varer eller tjenesteydelser, for

hvilke varemærket rent faktisk er blevet brugt, tilhører (jf. i denne retning dom af 14.7.2005, Reckitt Benckiser (Spanien) mod KHIM – Aladin (ALADIN), T-126/03, EU:T:2005:288, præmis 45, og af 13.2.2007, Mundipharma mod KHIM – Altana Pharma (RESPICUR), T-256/04, EU:T:2007:46, præmis 23).

30 Det foreliggende anbringende skal vurderes i lyset af det ovenstående.

31 Det skal indledningsvis præciseres, at idet den anden part i sagen for EUIPO har indgivet sin begæring om fortabelse til EUIPO den 2. november 2012, ligger den femårsperiode, der er omhandlet i artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009, mellem den 2. november 2007 og den 1. november 2012 (herefter »den relevante periode«).

32 Endvidere bemærkes, at genstanden for søgsmålet alene er begrænset til spørgsmålet om, hvorvidt den reelle brug med henblik på at sikre opretholdelsen af de rettigheder, der er forbundet med det anfægtede varemærke, er blevet godtgjort for de omtvistede varer. Emballagerne i klasse 6, 16-18, 20-22 og 24, hvortil sagsøgeren ikke har fortabt sin ret, er ikke berørt.

33 Således som sagsøgeren med rette har konstateret, har appelkammeret ikke rejst tvivl om den omstændighed, at det anfægtede varemærke har været genstand for reel brug som kollektivmærke i flere af Unionens medlemsstater på alle mulige slags vareemballager. I overensstemmelse med den retspraksis, der er nævnt ovenfor i præmis 29 og under hensyn til den omstændighed, at beviset for reel brug af det anfægtede varemærke for en del af disse varer alene omfatter beskyttelse for den eller de underkategorier, som de varer, for hvilke EU-varemærket rent faktisk er blevet brugt, tilhører, er det følgelig spørgsmålet, således som anført af sagsøgeren, hvorvidt beviset for reel brug af det anfægtede varemærke på emballagerne ligeledes omfatter bevis for reel brug af det anfægtede varemærke for de emballerede varer i sig selv.

34 I denne henseende antog appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 31, at reel brug til sikring af opretholdelsen af rettigheder ligeledes kan godtgøres ved fremlæggelse af emballager i henhold til regel 22, stk. 4, i forordning nr. 2868/95. Appelkammeret konstaterede imidlertid med rette, at dette ikke fritager sagsøgeren for dennes forpligtelse til at bevise, at brug af det anfægtede varemærke på emballagerne også hos den relevante kundekreds faktisk opfattes som værende brug af varemærket for de omtvistede varer.

35 For at brugen af et varemærke kan kvalificeres som reel, skal der nemlig være tale om brug i overensstemmelse med varemærkets væsentligste 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 (jf. analogt dom af 11.3.2003, Ansul, C-40/01, EU:C:2003:145, præmis 36 og 43). Følgelig skal vurderingen af den reelle karakter af brugen af varemærket støttes på opfattelsen i den relevante kundekreds.

36 For det første skal det i det foreliggende tilfælde bemærkes, at appelkammeret med rette lagde til grund, at de omtvistede varer hovedsagelig er rettet til den brede offentlighed, herunder forbrugere af vaskemidler og kosmetik, lægemidler, husholdningsapparater, elektriske apparater, beklædning, fødevarer, nydelsesmidler, drikkevarer og møbler, og at de til dels ligeledes er rettet til en specialiseret kundekreds, herunder f.eks. specialister på landbrugsområdet, handelsområdet og industriområdet. For det andet konstaterede appelkammeret med rette, at det skal antages, at målgruppen har et almindeligt til højt opmærksomhedsniveau med hensyn til de omtvistede varer, der omfatter forbrugsgoder og dagligvarer, men også varer, hvis erhvervelse er forbundet med store udgifter, eller som kan have betydelige økonomiske, økologiske eller sundhedsmæssige konsekvenser, som f.eks. kemiske produkter, industriolier, smøremidler, træbeskyttelsesmidler, desinfektionsmidler, lægemidler,

værktøjsmaskiner, medicinske artikler og køretøjer. Det bemærkes desuden, at appelkammerets definition af den relevante kundekreds og betragtningerne vedrørende dennes opmærksomhedsniveau under alle omstændigheder ikke er blevet anfægtet af parterne.

37 Med hensyn til den relevante kundekreds' opfattelse nåede appelkammeret med rette til den konklusion, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at denne har gjort brug af det anfægtede varemærke i overensstemmelse med dettes væsentligste funktion, der består i at garantere de omtvistede varers oprindelse.

38 Det var navnlig med rette, at appelkammeret i denne forbindelse under henvisning til Rettens konstateringer i dom af 24. maj 2007, Duales System Deutschland mod Kommissionen (T-151/01, EU:T:2007:154, præmis 159), vurderede, at den relevante kundekreds identificerer det anfægtede varemærke, der er anbragt på emballagen, som værende en angivelse af, at denne kan indsamles og nyttiggøres efter en bestemt ordning. Det er nemlig velkendt, således som appelkammeret med rette har gjort gældende, og desuden bevist ved de dokumenter, som sagsøgeren har fremlagt, at den relevante kundekreds er vant til det anfægtede varemærke og gennem flere år har kendt ordningerne for nyttiggørelse af affaldsemballage. Ifølge appelkammerets konstateringer, som i denne henseende har henvist til en undersøgelse udført af et tysk analyseinstitut, fremlagt af sagsøgeren, kendte 98% af den i 2003 undersøgte del af befolkningen i Tyskland det anfægtede varemærke, og 78% af den tyske befolkning kvalificerede samme år det anfægtede varemærke som »et tegn, der anbringes på emballager for at angive over for forbrugeren, at disse emballager elimineres i opsamlingscontainere under Dual System-ordningen uden for den almindelige affaldsordning«. Appelkammeret konstaterede endvidere under henvisning i denne forbindelse til en årsrapport fra den franske virksomhed Eco-Emballages, svarende til sagsøgerens, at det anfægtede varemærke i 2010 var gengivet på 95% af emballagerne i Frankrig og genkendt af 75% af den franske befolkning, hvoraf 99,2% kunne sortere deres emballageaffald.

39 Sagsøgeren har ikke bestridt appelkammerets konstatering af, at den relevante kundekreds opfatter det anfægtede varemærke således, at emballagen udgør en del af en ordning for egnet affaldshåndtering. Sagsøgeren har derimod gjort gældende, at nævnte kundekreds ud over denne forståelse opfatter varemærket således, at producenten af de omtvistede varer indgår som en del af sagsøgerens licensaftaleordning. Det anfægtede varemærke formidler følgelig en immateriel kvalitet ved de omtvistede varer, nemlig en økologisk adfærd hos den virksomhed, der producerer eller distribuerer de omtvistede varer. Kundekredsen henfører det anfægtede varemærke på emballagerne til varen og ikke til emballagen.

40 Det skal i denne forbindelse konstateres, at sagsøgerens bemærkninger er delvist selvmodsigende, for så vidt som sagsøgeren har gjort gældende dels, at den relevante kundekreds opfatter det anfægtede varemærke som en angivelse af, at salgsemballagen – som en integrerende del af den salgsenhed, den udgør sammen med varen – indgår i en ordning med egnet affaldshåndtering, dels at den relevante kundekreds henfører det anfægtede varemærke på emballagerne til varen og ikke til dens emballage.

41 Det skal dernæst bemærkes, at sagsøgerens bemærkninger er irrelevante. Det er ganske vist rigtigt, at det anfægtede varemærke i overensstemmelse med dets funktion som kollektivmærke henviser til den omstændighed, at producenten eller distributøren af de omtvistede varer udgør en del af sagsøgerens licensaftaleordning, og dermed signalerer en bestemt økologisk adfærd hos denne virksomhed. Det forholder sig dog sådan, at den relevante kundekreds, således som appelkammeret korrekt lagde til grund, fuldt ud er i stand til at skelne mellem et varemærke, der angiver varens kommercielle oprindelse, og et varemærke, som angiver nyttiggørelse af tomt og brugt emballageaffald efter forbrugerens udpakning, anvendelse eller forbrug af selve varen, selv om emballagen og varen synes at udgøre »en helhed« i forbindelse med salget. Desuden fremgår det af de beviser, som sagsøgeren har fremlagt, at selve varerne ofte påføres varemærker, der tilhører andre virksomheder.

42 Det følger heraf, at anvendelsen af det anfægtede varemærke som kollektivmærke, der omfatter varer fra medlemmerne af sammenslutningen, idet det adskiller disse varer fra dem, der hidrører fra virksomheder, der ikke udgør en del af denne sammenslutning, af den relevante kundekreds vil blive opfattet som brug vedrørende emballagerne. Den af sagsøgeren påberåbte immaterielle kvalitet, der kan tillægges det anfægtede varemærke, nemlig virksomhedens økologiske adfærd som følge af dennes medlemsskab af sagsøgerens licensaftaleordning, vil af den relevante kundekreds blive henført til muligheden for at håndtere emballagen økologisk og ikke den emballerede vare i sig selv, idet denne kan vise sig at være uegnet til økologisk håndtering, som f.eks. skydevåben i klasse 13.

43 En sådan vurdering understøttes ligeledes af ordlyden af punkt 6 i bestemmelserne for det anfægtede varemærkes benyttelse, hvorefter det anfægtede varemærke er skabt »med henblik på at gøre det muligt for forbrugerne og de erhvervsdrivende at genkende de emballager, der udgør en del af dual-ordningen, for hvilke der er indført et bidrag til finansiering af ordningen, samt genkende varer med sådanne emballager og adskille dem fra andre emballager og varer«. Dermed vedrører den relevante kundekreds' opfattelse af det anfægtede varemærke ikke de omtvistede varers immaterielle kvalitet, men den immaterielle kvalitet ved disse varers emballage, som hører under den af sagsøgeren forvaltede dual-ordning.

44 Appelkammeret konstaterede derfor med rette i den anfægtede afgørelses punkt 33, 35 og 37, at sagsøgeren endvidere ikke havde formået at bevise, at anvendelsen af det anfægtede varemærke havde til formål at skabe eller bevare en afsætningsmulighed i forhold til andre erhvervsdrivende, i det mindste for så vidt angår de omtvistede varer. Da varemærket af forbrugerne alene er kendt som en angivelse af, at emballageaffald med denne angivelse kan elimineres ved et nærliggende opsamlingsanlæg, udtrykker anbringelsen af det anfægtede varemærke på emballagen alene den omstændighed, at virksomheden og alle de øvrige erhvervsdrivende udviser en adfærd, der er i overensstemmelse med kravet i direktiv 2008/98, hvorefter forpligtelsen til nyttiggørelse af emballageaffald påhviler alle virksomheder.

45 I modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende om, at forbrugerne i det lidet sandsynlige tilfælde, hvor konkurrenternes udbud er identiske, beslutter sig for en emballeret vare alene på grundlag af emballagens kvalitet, skaber eller bevarer det anfægtede varemærke ikke en afsætningsmulighed i forhold til andre erhvervsdrivende for så vidt angår de omtvistede varer, men blot for så vidt angår emballagen.

46 Det følger af det ovenstående, at sagsøgeren ikke for den relevante periode har godtgjort reel brug, der kan sikre opretholdelsen af retten til det anfægtede varemærke for de omtvistede varer, og at det eneste anbringende dermed skal anses for at være ugrundet og følgelig skal forkastes.

47 EUIPO bør derfor frifindes.

Sagsomkostninger

48 I henhold til artikel 134, stk. 1, i Rettens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. Sagsøgeren har tabt sagen og bør derfor dømmes til at betale de omkostninger, der er afholdt af EUIPO, i overensstemmelse med dettes påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Fjerde Afdeling):

1) Den Europæiske Unions Kontor for Intellektuel Ejendomsret (EUIPO) frifindes.

2) Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH betaler sagsomkostningerne.

Kanninen Schwarcz Iliopoulos

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 12. december 2018.

Underskrifter