Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
J. KOKOTT
fremsat den 13. september 2018 [1]

Sag C-194/17 P

Georgios Pandalis
mod

Den Europæiske Unions Kontor for Intellektuel Ejendomsret (EUIPO)

»Appel – EU-varemærker – forordning nr. 207/2009 – fortabelsessag – EU-ordmærket CYSTUS – reel brug – varemærkets beskrivende karakter – ikke-medicinsk kosttilskud – direktiv 2002/46/EF«

I. Indledning

1. I EU-varemærkeforordningen [2] er der taget hensyn til det tilfælde, at et registreret mærke ikke har noget særpræg, men kun opfattes som en beskrivelse. I så fald kan varemærket i henhold til artikel 52 erklæres ugyldigt efter begæring, men i princippet burde det slet ikke have været registreret i første omgang. Desuden kan et varemærke i henhold til artikel 51 erklæres fortabt, når der inden for en periode på fem år ikke er gjort reel brug af det. Den foreliggende sag omhandler spørgsmålet om, hvilke følger et varemærkes beskrivende karakter har for godtgørelsen af, at der er gjort reel brug af det.

2. Appelkammeret ved EUIPO og Retten har begge fokuseret på, at varemærket på grund af sin beskrivende karakter ikke er blevet brugt som varemærke, og har heraf udledt, at det er fortabt. Varemærkeindehaverens argument går ud på, at man dermed har foretaget omgåelse af proceduren for ugyldighedserklæring af varemærket.

3. Derudover opstår spørgsmålet om, hvorvidt det omtvistede varemærke er blevet benyttet til de rigtige produkter, nemlig til ikke-medicinske næringstilsætningsmidler. I denne forbindelse spiller det relevante direktiv for disse produkter, direktiv 2002/46/EF [3], en rolle.

1 – Originalsprog: tysk.

2 – Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26.2.2009 om EF-varemærker (EUT 2009, L 78, s. 1) som affattet ved akt om Republikken Kroatiens tiltrædelsesvilkår samt om tilpasning af traktaten om Den Europæiske Union, traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde og traktaten om oprettelse af Det Europæiske Atomenergifællesskab (EUT 2012, L 112, s. 21). Nu erstattet af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2017/1001 af 14.6.2017 om EU-varemærker (EUT 2017, L 154, s. 1).

3 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 10.6.2002 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om kosttilskud (EFT 2002, L 183, s. 51).

II. Retsforskrifter

A. EU-varemærkeforordningen

4. Artikel 7, stk. 1, i EU-varemærkeforordningen indeholder absolutte hindringer for registrering:

»1. Udelukket fra registrering er:

[…]

c) varemærker, som udelukkende består af tegn eller angivelser, der i omsætningen kan tjene til at betegne varens eller tjenesteydelsens art, beskaffenhed, mængde, anvendelse, værdi, geografiske oprindelse, tidspunktet for varens fremstilling eller for præstationen af tjenesteydelsen eller andre egenskaber ved disse.«

5. EU-varemærkeforordningens artikel 51 regulerer varemærkets fortabelse:

»1. EU-varemærkeindehaverens ret erklæres fortabt efter indgivelse af begæring herom til kontoret eller ved fremsættelse af modkrav under en sag om varemærkekrænkelse:

a) når der inden for en sammenhængende periode på fem år ikke inden for [Unionen] er gjort reel brug af varemærket for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, og der ikke foreligger rimelig grund til, at brug ikke har fundet sted; ingen kan dog gøre gældende, at indehaveren har fortabt sin ret, hvis reel brug af varemærket påbegyndes eller genoptages i tiden mellem udløbet af femårsperioden og tidspunktet for indgivelsen af begæring om fortabelse eller fremsættelsen af modkrav; påbegyndelse eller genoptagelse af brugen inden for de sidste tre måneder forud for indgivelsen af begæring om fortabelse eller fremsættelsen af modkrav, 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 eller fremsat modkrav

[…]

2. Hvis fortabelsesgrunden kun er til stede for en del af de varer eller tjenesteydelser, for hvilke EF-varemærket er registreret, erklæres indehaverens ret kun fortabt for så vidt angår de pågældende varer eller tjenesteydelser.«

6. EU-varemærkeforordningens artikel 75 erindrer om begrundelsespligten og retten til kontradiktorisk procedure:

»[Kontorets] afgørelser skal begrundes. De må kun støttes på grunde, som parterne har haft lejlighed til at udtale sig om.«

B. Direktiv 2002/46

7. Direktiv 2002/46 omhandler kosttilskud. Disse er i direktivets artikel 2, litra a), defineret som »fødevarer, som har til formål at supplere den normale kost og er koncentrerede kilder til næringsstoffer eller andre stoffer med en ernæringsmæssig eller fysiologisk virkning, alene eller kombinerede, som markedsføres i dosisform, f.eks. kapsler, pastiller, tabletter, piller og andre lignende former, pulverbreve, væskeampuller, dråbedispenseringsflasker og andre lignende former for væsker og pulvere beregnet til at blive indtaget i mindre afmålte mængder«.

8. Artikel 6 i direktiv 2002/46 indeholder følgende krav til mærkningen:

»1. Ved anvendelsen af artikel 5, stk. 1, i direktiv 2000/13/EF skal varebetegnelsen for de varer, der er omfattet af dette direktiv, være »kosttilskud«.

2. Det er ikke tilladt i mærkning, præsentationsmåde eller reklamer at anføre, at kosttilskud kan forebygge, behandle eller helbrede sygdomme hos mennesker, eller at henvise til sådanne egenskaber.

3. Mærkningen skal indeholde følgende obligatoriske angivelser, jf. dog direktiv 2000/13/EF:

a) navnet på de kategorier af næringsstoffer eller stoffer, der kendetegner produktet, eller en angivelse af arten af disse næringsstoffer eller stoffer

b) den anbefalede daglige dosis

c) en advarsel om ikke at indtage en højere dosis end den angivne anbefalede daglige dosis

d) en angivelse af, at kosttilskud ikke bør træde i stedet for varieret kost

e) en angivelse af, at produkterne bør opbevares uden for små børns rækkevidde.«

III. Tvistens baggrund og sagens behandling ved EUIPO samt retsforhandlingerne for Retten

9. Georgios Pandalis er indehaver af et EU-varemærke, der består af ordtegnet CYSTUS. EUIPO registrerede det den 5. januar 2004. Registreringen skete bl.a. for »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler«, som henhører under klasse 30 i Nicearrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret.

A. Sagen for EUIPO og appelkammerets afgørelse

10. Den 3. september 2013 indgav LR Health & Beauty Systems GmbH i henhold til EU-varemærkeforordningens artikel 51, stk. 1, litra a) [nu artikel 58, stk. 1, litra a), i forordning (EU) 2017/1001] en begæring om fortabelse af varemærket CYSTUS. Selskabet begrundede sin begæring med, at der inden for en sammenhængende periode på fem år ikke var gjort reel brug af varemærket.

11. I retsmødet forklarede Georgios Pandalis og LR Health & Beauty Systems på Domstolens forespørgsel, at der også verserer en sag om ugyldigerklæring mod varemærket CYSTUS. Denne støttes på, at varemærket er beskrivende. EUIPO har udsat denne sag på afgørelsen i den foreliggende sag.

12. Ved afgørelse af 12. september 2014 traf EUIPO's annullationsafdeling afgørelse om begæringen om erklæring af fortabelse. Afdelingen erklærede varemærket for fortabt for en del af de registrerede produkter, herunder også »kosttilskud til ikke-medicinske formål«, som henhører under Nicearrangementets klasse 30.

13. Ved afgørelse af 30. oktober 2015 gav Første Appelkammer ikke medhold i Georgios Pandalis' klage over annullationsafdelingens afgørelse.

14. Appelkammeret støttede sin afgørelse på to hovedargumenter.

15. For det første benyttede Georgios Pandalis ikke begrebet »Cystus« som EU-varemærke, men som en beskrivelse af sine produkter for at angive, at produkterne indeholder udtræk af plantearten *Cistus Incanus L.* som væsentligt aktivt stof. For at kunne konkludere, at der er tale om brug som EU-varemærke, er det ikke tilstrækkeligt, at produkterne forsynes med CYSTUS i stedet for »Cistus«, og at man delvis anvender symbolet »®«. Allerede af denne grund alene skal varemærket erklæres for fortabt.

16. For det andet var appelkammeret af den opfattelse, at Georgios Pandalis ikke havde bevist, at han havde gjort reel brug af varemærket til »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler« i klasse 30, da præsentationen heraf ikke opfylder kravene i direktiv 2002/46.

B. Rettens dom

17. Den 14. januar 2016 anlagde Georgios Pandalis annullationssøgsmål ved Retten til prøvelse af den omtvistede afgørelse fra appelkammeret. Ved den appellerede dom af 14. februar 2017 frifandt Retten EUIPO.

IV. Appelsagen og parternes påstande

18. Ved appelskrift indleveret den 14. april 2017 har Georgios Pandalis iværksat appel til prøvelse af Rettens dom.

19. Han har nedlagt følgende påstande:

1) Dommen afsagt af Retten den 14. februar 2017 i sag T-15/16 vedrørende en fortabelsessag, der blev indledt mod EU-varemærke nr. 001273119 CYSTUS, ophæves.

2) Afgørelsen truffet den 30. oktober 2015 af Første Appelkammer ved EUIPO (sag R 2839/2014-1) vedrørende en fortabelsessag angående EU-varemærke nr. 001273119 CYSTUS annulleres.

3) Afgørelsen truffet den 12. september 2014 af annullationsafdelingen[4] i ugyldighedssag 8374 C annulleres, for så vidt som EU-varemærke nr. 001273119 CYSTUS for »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler« i klasse 30 blev erklæret for fortabt.

4) Der gives afslag på den begæring, som er blevet indgivet af Health & Beauty Systems i sagen for annullationsafdelingen og Første Appelkammer ved EUIPO, om, at EU-varemærke nr. 001273119 CYSTUS erklæres ugyldigt, for så vidt som det vedrører »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler« i klasse 30.

5) Den Europæiske Unions Kontor for Intellektuel Ejendomsret tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

20. EUIPO og LR Health & Beauty Systems har nedlagt følgende påstande:

1) Appellen forkastes.

2) Appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

21. Parterne har forhandlet skriftligt og under retsmødet den 20. juni 2018 også mundtligt.

4 – O.a.: Vedrører ikke den danske oversættelse.

V. Retlig bedømmelse

22. Georgios Pandalis begrunder sin anfægtelse af Rettens dom med tre appelanbringender. Det første vedrører klassifikationen af produkter, der er mærket med varemærket CYSTUS, i gruppen af »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler« (punkt B), det andet vedrører spørgsmålet om, hvorvidt Georgios Pandalis har anvendt varemærket CYSTUS som varemærke ved mærkningen af produkter (punkt C), og det tredje vedrører den kontradiktoriske procedure i sagen for EUIPO (punkt D). Først er en indledende bemærkning til de to første appelanbringender imidlertid på sin plads.

A. Indledning

23. For at kunne bedømme betydningen af de to første appelanbringender skal det bemærkes, at EUIPO støttede det omtvistede varemærkes fortabelse på, at der ikke var gjort reel brug af det for den varegruppe, som det var registreret for.

24. Appelkammeret fastslog i denne forbindelse, at ordet »Cystus« for det første ikke var anvendt som varemærke, men kun beskrivende, og for det andet, at *ingen* af de produkter, som Georgios Pandalis har anført, kan anses for »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler«. Den omtvistede afgørelse var altså støttet på et dobbelt grundlag, idet hver af de to begrundelsesgrene sigter mod at begrunde afgørelsens resultat *fuldstændigt*.

25. I den appellerede dom prøvede Retten imidlertid ikke udtømmende, om Georgios Pandalis' anbringender sætter spørgsmålstegn ved begge begrundelsesgrene.

26. Tværtimod begrænsede den sig til for en del af de anførte produkter, nemlig »Pilots Friend Immunizer®«, »Immun44® Saft« og »Immun44® Kapseln« samt »de øvrige produkter, for hvilke begrebet »Cystus« udelukkende er anvendt i udtrykkene »Cystus 52« eller »Cystus 052«, med eller uden »®«-symbol«, at konstatere, at ordet »Cystus« ikke er anvendt som varemærke, men derimod beskrivende. Disse konstateringer angriber Georgios Pandalis med sit andet appelanbringende.

27. For så vidt angår brugen i forbindelse med en anden del af produkterne, nemlig sugetabletter, halspastiller, ekstrakter, gurglevand og infektionsblokerende tabletter, afgjorde Retten derimod, at den ikke skal anses for brug for »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler«. Denne afgørelse er genstand for første appelanbringende.

28. For at få medhold i sin appel skal Georgios Pandalis således kun have medhold i et af disse appelanbringender med hensyn til blot et af de nævnte produkter. I så fald ville det nemlig skulle prøves, om brugen af varemærket CYSTUS for dette produkt er tilstrækkelig til at udgøre reel brug.

B. Første appelanbringende – ikke »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler«

29. Med første appelanbringende vender Georgios Pandalis sig mod den appellerede doms præmis 54-59. Heri afgjorde Retten, at EUIPO's appelkammer med rette havde fastslået, at Georgios Pandalis ikke havde bevist, at produkterne sugetabletter, halspastiller, ekstrakter, gurglevand og infektionsblokerende tabletter, som han havde mærket med varemærket CYSTUS, var »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler«.

30. Georgios Pandalis gør for det første gældende, at Retten har foretaget en fejlagtig anvendelse af direktiv 2002/46 om kosttilskud, og for det andet gør han begrundelsesmangler gældende.

1. Første appelanbringendes første led – begrebet kosttilskud

31. Georgios Pandalis støtter første appelanbringendes første led på en angivelig tilsidesættelse af EU-varemærkeforordningens artikel 51, stk. 1, litra a). Han gør gældende, at Retten ved vurderingen af, om bestemte produkter ikke er ikke-medicinske næringstilsætningsmidler brugt i henhold til den varemærkeretlige produktkategori, kun måtte anvende definitionen på kosttilskud i henhold til artikel 2, litra a), i direktiv 2002/46, men ikke dette direktivs krav i artikel 6 til mærkning af kosttilskud.

32. Dette appelanbringende fejlfortolker imidlertid funktionen af definitionen i direktiv 2002/46. Den har ikke til formål at afgrænse den varemærkeretlige produktkategori, men åbner kun anvendelsesområdet for direktivet inklusive mærkningsreglerne.

33. Derimod har kosttilskuds præsentation, som er præget af mærkningsreglerne, absolut betydning for den varemærkeretlige produktkategori. Denne præsentation er nemlig afgørende for, hvilken produktkategori forbrugerne henfører produktet under.

34. Den omstændighed, at de omhandlede produkter ikke opfyldte de EU-retlige mærkningsbestemmelser for kosttilskud, er derfor et vigtigt indicium for, at produkterne ikke anses for næringstilsætningsmidler.

35. Spørgsmålet om, hvorvidt afvigelsen fra mærkningsreglerne er tilstrækkeligt tungtvejende til at fastslå, at produkterne ikke er »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler«, hører under vurderingen af de faktiske omstændigheder.

36. Det samme gælder for den betydning, som Retten tillagde de omstændigheder, at der findes et tysk Pharmazentralnummer (farmacentralnummer) for de omhandlede produkter, at de sælges på apoteker, og at de markedsføres med oplysningen om, at de beskytter mod influenza og forkølelser og hjælper ved betændelse i mund og svælg.

37. Det bemærkes i denne henseende, at det følger af artikel 256, stk. 1, TEUF og artikel 58, stk. 1, i statutten for Den Europæiske Unions Domstol, at en appel er begrænset til retsspørgsmål. Det er alene Retten, der har kompetence til at fastlægge og bedømme de relevante faktiske omstændigheder såvel som til at vurdere bevismaterialet. Bedømmelsen af disse faktiske omstændigheder og beviser er således ikke et retsspørgsmål, der som sådan kan efterprøves af Domstolen under en appelsag, medmindre disse omstændigheder og beviser er gengivet forkert [5].

38. Georgios Pandalis gør imidlertid gældende, at Retten i den appellerede doms præmis 59 har gengivet de faktiske omstændigheder forkert med hensyn til »Cystus«-sugetabletter, idet disse pastiller ikke er forsynet den nævnte salgshenvisning om sundhedsfremmende virkninger. Et sådant kritikpunkt kan antages til realitetsbehandling under appelsagen.

39. Som EUIPO imidlertid korrekt gør rede for, beror dette kritikpunkt på en fejlagtig fortolkning af den appellerede dom. Retten konstaterer nemlig ikke i præmis 59, at »Cystus«-sugetabletterne sælges *med* denne oplysning, men bekræfter derimod appelkammerets vurdering af bevismaterialet. Appelkammeret har imidlertid erkendt, at dette produkt blev solgt *uden* oplysningen, og har taget højde for dette ved sin vurdering [6].

40. Første appelanbringendes første led skal følgelig delvist afvises og i øvrigt forkastes som ugrundet.

5 – Dom af 7.10.2004, Mag Instrument mod KHIM (C-136/02 P, EU:C:2004:592, præmis 39), af 17.7.2014, Reber mod KHIM (C-141/13 P, EU:C:2014:2089, præmis 35), og af 26.7.2017, Staatliche Porzellan-Manufaktur Meissen mod EUIPO (C-471/16 P, EU:C:2017:602, præmis 34).

6 – Præmis 57 i den appellerede dom.

2. Første appelanbringendes andet led – begrundelsesmangler

41. Med første appelanbringendes andet led gør Georgios Pandalis begrundelsesmangler gældende.

42. Der ligger efter hans opfattelse for det første en mangel deri, at Retten ikke har fastslået, hvilken kategori hans produkter skal klassificeres i.

43. Georgios Pandalis tager imidlertid fejl af sagens genstand. Det drejer sig udelukkende om, hvorvidt han kunne dokumentere, at der var gjort reel brug af varemærket CYSTUS til »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler«. Hvilken anden kategori hans produkter skal klassificeres i, er uden betydning for dette spørgsmål.

44. Desuden kritiserer Georgios Pandalis, at det ikke fremgår af den appellerede dom, hvorfor Retten ved sin prøvelse i henhold til EU-varemærkeforordningens artikel 51, stk. 1, litra a), og stk. 2, ikke foretog en differentieret prøvelse af, om det omhandlede EU-varemærke for så vidt angår »Cystus«-sugetabletterne er blevet brugt til »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler«.

45. Også i denne forbindelse er det imidlertid afgørende, at Retten på dette punkt – forholdsvis generelt – tilslutter sig appelkammerets vurdering. Dermed afviser den samtidig i det mindste implicit Georgios Pandalis' indvendinger med hensyn til dette produkt.

46. Første appelanbringendes andet led må således forkastes som ubegrundet.

C. Andet appelanbringende – brugen som varemærke

47. Med sit andet appelanbringende kritiserer Georgios Pandalis, at Retten i præmis 43 og 46 generelt klassificerer det omtvistede EU-varemærke CYSTUS som en beskrivende angivelse med reference til betegnelsen for planten »Cistus« uden at se på den konkrete form for brug af varemærket. Deri ligger der yderligere en retlig fejl ved anvendelsen af EU-varemærkeforordningens artikel 51, stk. 1, litra a), idet brugen af varemærket efter Georgios Pandalis' opfattelse skulle have været anerkendt som reel. Desuden er begrundelsen modstridende på disse punkter.

48. I denne forbindelse vil jeg først diskutere Rettens betragtninger i den appellerede doms præmis 46, som ved første blik faktisk forekommer behæftet med en retlig fejl, og derefter dens øvrige betragtninger til dette anbringende.

1. Den appellerede doms præmis 46 – varemærket CYSTUS' beskrivende karakter

49. I den appellerede doms præmis 46 fastslog Retten, at appelkammeret uden at begå en retlig fejl kunne lægge til grund, at den relevante kundekreds opfatter begrebet »Cystus« som en beskrivende angivelse med reference til betegnelsen for planten »Cistus« og ikke som et EU-varemærke, uden at det derved havde taget stilling til, om der forelå en absolut registreringshindring som omhandlet i EU-varemærkeforordningens artikel 7, stk. 1, litra c).

50. Over for denne konstatering anfører Georgios Pandalis korrekt, at disse betragtninger – isoleret set – er modstridende. Såfremt den relevante kundekreds kun opfatter varemærket som beskrivende, er en brug som varemærke udelukket. Dermed foreligger der, uafhængigt af Rettens påstand om det modsatte, en absolut hindring for registreringen som omhandlet i EU-varemærkeforordningens artikel 7, stk. 1, litra c).

51. Denne konstatering ville desuden være tvivlsom, idet den foregriber udfaldet af en ugyldighedssag inden for rammerne af en fortabelsessag. Dette ville ved første blik være i strid med Formula One Licensing mod KHIM. Ifølge denne dom kan det i forbindelse med en indsigelsessag med hensyn til et registreret EU-varemærke vedrørende et tegn, der er identisk med et i en medlemsstat beskyttet varemærke, ikke konkluderes, at der foreligger en absolut registreringshindring som f.eks. et manglende fornødent særpræg. En karakterisering af et tegn som beskrivende eller en samlebetegnelse svarer imidlertid til at benægte dets særpræg [7].

52. Som argument imod at overføre denne retspraksis på det foreliggende tilfælde kunne det ganske vist anføres, at Domstolen støtter sig på, at hverken EUIPO eller Retten har beføjelse til at kontrollere et nationalt varemærke [8]. De institutionelle beføjelser ville derimod bestå med hensyn til det omtvistede EU-varemærke – det ville blot skulle udøves i en anden procedure.

53. Imidlertid lægger Domstolen også til grund, at EU-varemærkeforordningen tillægger det ældre varemærke en vis grad af særpræg i en indsigelsessag [9]. Denne tanke kan uden problemer overføres til prøvelsen af, om der er gjort reel brug af et registreret EU-varemærke.

54. I sidste ende kan dette spørgsmål dog lades ubesvaret i den foreliggende sag.

55. Retten præciserer nemlig i den appellerede doms præmis 47, hvad det faktisk er den vil fastslå med den uheldige formulering i præmis 46. Ifølge denne frakender Retten nemlig *ikke begrebet »Cystus« ethvert særpræg*, hvilket ville gælde for et kun beskrivende begreb [10], men tilkender det i det mindste *et svagt særpræg*. Dette opfylder kravene i den nævnte retspraksis [11].

56. Derudover tillader denne fortolkning også Rettens fastslåelse af, at appelkammeret ikke udtalte sig om EU-varemærkeforordningens artikel 7, stk. 1, litra c).

57. Georgios Pandalis' indvendinger mod den appellerede doms præmis 46 beror således på en fejlagtig fortolkning af Rettens betragtninger, som ganske vist kan misforstås.

2. De øvrige betragtninger – bedømmelse af den faktiske brug af varemærket CYSTUS

58. Også i øvrigt beror Georgios Pandalis' argumenter vedrørende andet appelanbringende helt overvejende på en selektiv og derfor fejlagtig læsning af Rettens vurdering af det tilsvarende anbringende, inklusive af de angrebne præmisser.

59. For det første fastslog Retten som allerede nævnt netop ikke generelt, at varemærket CYSTUS udelukkende kunne anvendes beskrivende. Tværtimod betyder det svage særpræg, som Retten anerkender, at varemærket i princippet også kan benyttes som sådant, idet det efter Rettens opfattelse således er muligt at anvende varemærket på en sådan måde, at forbrugerne opfatter det som en oprindelsesoplysning om et produkt og ikke kun som en beskrivelse af dets ingredienser.

7 – Dom af 24.5.2012, Formula One Licensing mod KHIM (C-196/11 P, EU:C:2012:314, præmis 41).

8 – Dom af 24.5.2012, Formula One Licensing mod KHIM (C-196/11 P, EU:C:2012:314, præmis 40, 44 og 45), og af 8.11.2016, BSH mod EUIPO (C-43/15 P, EU:C:2016:837, præmis 66), samt kendelse af 30.5.2013, Wohlfahrt mod KHIM (C-357/12 P, EU:C:2013:356, præmis 46), og af 16.10.2013, medi mod KHIM (C-410/12 P, EU:C:2013:702, præmis 34).

9 – Dom af 24.5.2012, Formula One Licensing mod KHIM (C-196/11 P, EU:C:2012:314, præmis 46 og 47).

10 – Dom af 24.5.2012, Formula One Licensing mod KHIM (C-196/11 P, EU:C:2012:314, præmis 41).

11 – Dom af 24.5.2012, Formula One Licensing mod KHIM (C-196/11 P, EU:C:2012:314, præmis 47), og af 8.11.2016, BSH mod EUIPO (C-43/15 P, EU:C:2016:837, præmis 67).

60. For det andet fremgår det, som også LR Health & Beauty Systems påpeger, af den appellerede doms præmis 37 og de indledende sætninger i præmis 43, at Retten i præmis 39-48 vurderede den konkrete anvendelse af ordet »Cystus« på emballagen til produkterne »Pilots Friend Immunizer®«, »Immun44® Saft« og »Immun44® Kapseln«.

61. I denne forbindelse bekræftede Retten for det tredje appelkammerets resultat, nemlig at denne anvendelse var beskrivende, altså netop ikke opfyldte kravene til en benyttelse som varemærke.

62. Denne argumentation er bærende for fastslåelsen af, at Georgios Pandalis ikke gjorde reel brug af varemærket CYSTUS for de tre nævnte produkter.

63. Ved bedømmelsen af, om brugen af varemærket er reel, må der nemlig 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 [12].

64. I denne forbindelse kan en brug kun anerkendes som reel, hvis den er 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 [13].

65. Tilsvarende er det ikke et krav, at enhver anvendelse af et varemærke sker i overensstemmelse med varemærkets funktion som angivelse af oprindelse [14]. Enhver godtgjort kommerciel udnyttelse skal således heller ikke automatisk kvalificeres som reel brug af det omhandlede varemærke [15]. Et varemærke kan tværtimod ligeledes være genstand for brug i overensstemmelse med andre funktioner, såsom den, der består i at garantere varens eller tjenesteydelsens kvalitet, eller kommunikations-, investerings- eller reklamefunktioner [16].

66. Det kan således kun fastslås ud fra en vurdering af de faktiske omstændigheder, hvordan et varemærke er blevet brugt i en konkret sag. Dette er imidlertid som nævnt ikke omfattet af kontrollen i appelsagen.

3. Inddragelse af andre produkter

67. Imod de hidtidige betragtninger kunne man indvende, at Retten i den appellerede doms præmis 50 fastslår, at brugen af varemærket CYSTUS ikke kan anerkendes med hensyn til »de øvrige produkter, for hvilke begrebet »Cystus« udelukkende anvendes i udtrykkene »Cystus 52« eller »Cystus 052« med eller uden »®«-symbol. Dermed udvider Retten sin vurdering ud over de tre nævnte produkter.

68. Retten begrunder imidlertid denne konstatering i den appellerede doms præmis 47.

12 – Dom af 11.3.2003, Ansul (C-40/01, EU:C:2003:145, præmis 38).

13 – Dom af 11.3.2003, Ansul (C-40/01, EU:C:2003:145, præmis 36), og af 9.12.2008, Verein Radetzky-Orden (C-442/07, EU:C:2008:696, præmis 13).

14 – Kendelse af 20.5.2014, Reber Holding mod KHIM (C-414/13 P, EU:C:2014:812, præmis 54).

15 – Dom af 17.7.2014, Reber mod KHIM (C-141/13 P, EU:C:2014:2089, præmis 32).

16 – Dom af 8.6.2017, W.F. Gözze Frottierweberei og Gözze (C-689/15, EU:C:2017:434, præmis 42 og 45).

69. I denne præmis diskuterer den spørgsmålet om, hvorvidt anvendelsen af begrebet »Cystus« i begreberne »Cystus 52« og »Cystus 052« skal anerkendes som brug af varemærket CYSTUS. I denne forbindelse anses det i henhold til EU-varemærkeforordningens artikel 15, stk. 1, andet afsnit, litra a), også for dokumentation for en reel brug af et varemærke, hvis det dokumenteres, at varemærket er blevet brugt i en form, der kun ved enkeltheder, som ikke forandrer varemærkets særpræg, afviger fra den form, hvori det er registreret.

70. Dette afviser Retten dog for den nævnte brug på grund af begrebet »Cystus'« svage særpræg. Denne form for brug kan nemlig styrke varemærkets særpræg betydeligt. Dette ville altså påvirke særpræget i strid med EU-varemærkeforordningens artikel 15, stk. 1, andet afsnit, litra a). Denne begrundelse er i øvrigt i overensstemmelse med Domstolens retspraksis vedrørende anvendelse af varemærker som en del af andre varemærker [17].

71. Følgelig har Rettens betragtninger i den appellerede doms præmis 47 og 50, som Georgios Pandalis ikke anfægter, en anden genstand end præmis 43 og 46, som han anfægter. De førstnævnte betragtninger sætter således ikke spørgsmålstegn ved vurderingen af andet appelanbringende.

4. Foreløbigt resultat

72. Andet appelanbringende kan således delvist ikke antages til realitetsbehandling, for så vidt som det sigter mod en fornyet vurdering af de faktiske omstændigheder, og er i øvrigt ubegrundet.

D. Tredje appelanbringende – kontradiktorisk procedure

73. Med tredje appelanbringende gør Georgios Pandalis gældende, at Retten i den appellerede doms præmis 23-25 anvendte EU-varemærkeforordningens artikel 75, andet punktum, forkert.

74. Georgios Pandalis anfører, at appelkammeret fastslog, at varemærket CYSTUS var beskrivende som omhandlet i EU-varemærkeforordningens artikel 7, stk. 1, litra c). Han fik ikke lejlighed til at udtale sig herom.

75. Heroverfor fastslog Retten i den appellerede doms præmis 24, at appelkammeret *ikke* havde udtalt sig om, hvorvidt der forelå absolutte registreringshindringer, dvs. om EU-varemærkeforordningens artikel 7, stk. 1, litra c).

76. Såfremt Rettens konstatering er korrekt, havde EUIPO følgelig ingen anledning til at høre Georgios Pandalis om, hvorvidt varemærket CYSTUS er beskrivende som omhandlet i EU-varemærkeforordningens artikel 7, stk. 1, litra c).

77. I dette appelanbringende ligger dermed implicit en påstand om, at Retten gengav appelkammerets begrundelse forkert, hvilket ville udgøre en retlig fejl, idet EU-retsinstanserne ikke kan sætte deres egen begrundelse i stedet for den, udstederen af den omhandlede retsakt har angivet [18].

17 – Dom af 1.12.2016, Klement mod EUIPO (C-642/15 P, EU:C:2016:918, præmis 29).

18 – Dom af 27.1.2000, DIR International Film m.fl. mod Kommissionen (C-164/98 P, EU:C:2000:48, præmis 38 og 48), og af 21.1.2016, Galp Energía España m.fl. mod Kommissionen (C-603/13 P, EU:C:2016:38, præmis 73).

78. Som jeg allerede har redegjort for andetsteds, er dette udtryk for annullationssøgsmålets kassationsmæssige karakter. Uden for anvendelsesområdet for den fulde prøvelsesret (artikel 261 TEUF) må Unionens retsinstanser ikke rette op på den anfægtede retsakt, men skal erklære den for ugyldig, såfremt og i det omfang annullationssøgsmålet er begrundet (artikel 264, stk. 1, TEUF). Derefter påhviler det Unionens berørte institutioner, organer, kontorer og agenturer at træffe de foranstaltninger, der er nødvendige for gennemførelsen af en dom om annullation (artikel 266, stk. 1, TEUF) [19].

79. I henhold til EU-varemærkeforordningens artikel 65, stk. 3, kan Retten ganske vist ikke kun ophæve, men også ændre den omtvistede afgørelse, men dens ændringsbeføjelse bevirker ikke, at den har beføjelse til at sætte sin egen bedømmelse i stedet for den bedømmelse, som EUIPO's appelkammer har foretaget, eller til at bedømme et spørgsmål, som appelkammeret endnu ikke har taget stilling til [20].

80. Appelkammeret fastslog i den omtvistede afgørelses punkt 32, »at en plantes videnskabelige slægtsbetegnelse ikke kun udgør navnet på planteslægten [og dermed i bredere forstand er produktnavn eller beskrivende angivelse som omhandlet i [EU-varemærkeforordningens] artikel 7, stk. 1, litra c)], men også beskriver de varer, hvis væsentlige ingrediens fremstilles af planter af denne slægt«.

81. Desuden skal tilføjelsen af symbolet »®« ifølge den omtvistede afgørelses punkt 34 forstås således, »at [Georgios Pandalis] i sidste ende kommunikerer i sin reklame, at han har erhvervet en varemærkerettighed til en beskrevet angivelse […]«.

82. Det er ganske rigtigt nærliggende at forstå disse betragtninger således, at appelkammeret fastslår, at varemærket CYSTUS er beskrivende som omhandlet i EU-varemærkeforordningens artikel 7, stk. 1, litra c).

83. Denne fortolkning er dog ikke obligatorisk.

84. Appelkammeret kvalificerer således sit udsagn i den omtvistede afgørelses punkt 32 således, at en slægtsbetegnelse »i bredere forstand« er en beskrivende angivelse som omhandlet i EU-varemærkeforordningens artikel 7, stk. 1, litra c). Dette implicerer imidlertid, at kun et begreb, som er beskrivende i egentlig forstand, også nødvendigvis opfylder kravene i den nævnte norm, og at et tilsvarende varemærke skal erklæres ugyldigt.

85. Derudover indeholder betragtningerne i den omtvistede afgørelses punkt 34 i mindre grad appelkammerets konstatering om betydningen af anvendelsen af symbolet »®« og i højere grad en fortolkning af varemærkeindehaverens kommunikation.

86. Rettens fortolkning af den omtvistede afgørelse er således acceptabel, og det kan ikke konstateres, at Retten på ulovlig vis har sat sin egen begrundelse i stedet for appelkammerets begrundelse.

87. Følgelig må også Georgios Pandalis' primære argument for tredje appelanbringende forkastes. Da appelkammeret ifølge Rettens acceptable konstateringer ikke udtalte sig om, hvorvidt der forelå en absolut registreringshindring som omhandlet i EU-varemærkeforordningens artikel 7, stk. 1, litra c), var det heller ikke nødvendigt at høre Georgios Pandalis herom.

88. Tredje appelanbringende er således ubegrundet.

19 – Mit forslag til afgørelse Frucona Košice mod Kommissionen (C-73/11 P, EU:C:2012:535, punkt 92 og 93).

20 – Dom af 5.7.2011, Edwin mod KHIM (C-263/09 P, EU:C:2011:452, præmis 72), og af 21.7.2016, Apple and Pear Australia og Star Fruits Diffusion mod EUIPO (C-226/15 P, EU:C:2016:582, præmis 67).

VI. Sagsomkostninger

89. I henhold til artikel 184, stk. 2, i Domstolens procesreglement træffer Domstolen afgørelse om sagsomkostningerne, såfremt appellen forkastes. I overensstemmelse med dette procesreglements artikel 138, stk. 1, der i medfør af samme reglements artikel 184, stk. 1, finder anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom.

90. Da Georgios Pandalis har tabt appelsagen, skal han betale de af EUIPO og LR Health & Beauty Systems afholdte omkostninger, idet de har nedlagt påstand herom [21].

VII. Forslag til afgørelse

91. Jeg foreslår derfor Domstolen at træffe afgørelse som følger:

»1) Appellen forkastes.

2) Georgios Pandalis betaler sagsomkostningerne.«

21 – Jf. dom af 26.7.2017, Staatliche Porzellan-Manufaktur Meissen mod EUIPO (C-471/16 P, EU:C:2017:602, præmis 65), og af 19.4.2018, Fiesta Hotels & Resorts mod EUIPO (C-75/17 P, EU:C:2018:269, præmis 71).