Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
GERARD HOGAN
föredraget den 25 juni 2020 [1]

Mål C-763/18 P

Wallapop, SL
mot
Europeiska unionens immaterialrättsmyndighet (EUIPO),

Unipreus, SL

”Överklagande – EU-varumärke – Invändningsförfarande – Figurmärke innehållande ordelementet ’wallapop’ – Äldre figurmärke innehållande ordelementet ’wala w’ – Artikel 8.1 b i förordning nr 207/2009 – Huruvida tjänsterna är av liknande slag – Klass 35 – Detaljhandel – Elektronisk marknadsplats”

I. Inledning

1. Sökanden i förevarande mål, Wallapop SL (nedan kallad Wallapop), är ett spanskt bolag som driver en elektronisk marknadsplats. Dess applikation för smarta mobiler och läsplattor samt dess webbsida gör det möjligt för användarna att sälja och köpa varor online till och från andra användare. Wallapop ingav en ansökan om registrering av ett figurmärke innehållande ordet ”wallapop” till Europeiska unionens immaterialrättsmyndighet (EUIPO). Ansökan om skydd avsåg tjänster som omfattas av klass 35 i Niceöverenskommelsen av den 15 juni 1957 om internationell klassificering av varor och tjänster för varumärkesregistrering, med ändringar och tillägg (nedan kallad Niceöverenskommelsen), bland annat för vissa onlinehandelstjänster avseende driften av en elektronisk marknadsplats och tillhörande tjänster.

2. Unipreus SL (nedan kallat Unipreus), som är en spansk återförsäljare av skor, framställde en invändning mot Wallapops ansökan på grundval av ett äldre spanskt figurmärke innehållande ordelementet ”wala w”, som var registrerat för tjänster som omfattas av klass 35 för ”återförsäljning av sportartiklar”.

3. Genom beslut av den 18 januari 2017 (nedan kallat det angripna beslutet) avslog femte överklagandenämnden vid EUIPO Unipreus överklagande mot invändningsenhetens beslut, varigenom invändningen avslogs. I det angripna beslutet fann EUIPO:s fjärde överklagandenämnd att det inte förelåg någon risk för förväxling mellan de motstående kännetecknen, eftersom de tjänster som avses i registreringsansökan och det äldre spanska varumärket var olika. [2]

[1] Originalspråk: engelska.

[2] Se punkt 14 i detta förslag till avgörande.

4. I sin dom av den 3 oktober 2018 Unipreus/EUIPO Wallapop (wallapop) (T-186/17, ej publicerad, EU:T:2018:640, nedan kallad den överklagade domen) biföll tribunalen Unipreus talan om ogiltigförklaring av det angripna beslutet. Tribunalen drog slutsatsen att de aktuella tjänsterna åtminstone i ringa grad var av liknande slag.

5. Det är dessa frågor som nu följer av den överklagade domen. Skiljer sig eller liknar onlinehandelstjänster som avser drift av en elektronisk marknadsplats detaljhandelstjänster? Alternativt, ska sådana onlinehandelstjänster som avser driften av en elektronisk marknadsplats omfattas av begreppet ”detaljhandelstjänster” till följd av EU-domstolens nyligen avkunnade dom i målet Tulliallan Burlington? [3]

6. Innan dessa frågor prövas är det emellertid nödvändigt att först redogöra för de tillämpliga bestämmelserna, bakgrunden till dessa förfaranden och att mer i detalj beskriva omständigheterna i målet.

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Förordning nr 207/2009

7. I artikel 8.1 i rådets förordning (EG) nr 207/2009 av den 26 februari 2009 om EU-varumärken, [4] i ändrad lydelse, föreskrivs följande:

”1. Om innehavaren av ett äldre varumärke invänder ska det varumärke som ansökan gäller inte kunna registreras:

…

b) om det – på grund av att det är identiskt med eller liknar det äldre varumärket och de varor eller tjänster som omfattas av varumärkena är identiska eller är av liknande slag – föreligger en risk att allmänheten förväxlar dem inom det område där det äldre varumärket är skyddat, inbegripet risken för att varumärket associeras med det äldre varumärket.”

B. Direktiv 2011/83

8. Artikel 6 i Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2011/83 av den 25 oktober 2011 om konsumenträttigheter och om ändring av rådets direktiv 93/13/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 1999/44/EG och om upphävande av rådets direktiv 85/577/EEG och

[3] Dom av den 4 mars 2020, Tulliallan Burlington/EUIPO (C-155/18 P–C-158/18 P, EU:C:2020:151).

[4] EUT L 78, 2009, s. 1. Förordning nr 207/2009 ersattes av Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2017/1001 av den 14 juni 2017 om EU-varumärken (EUT L 154, 2017, s. 1).

Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG[5] har rubriken ”Konsumentinformation och konsumentens ångerrätt vid distansavtal och avtal utanför fasta affärslokaler”. I punkterna 1 b och 1 c föreskrivs följande:

”1. Innan konsumenten blir bunden av ett distansavtal eller ett avtal utanför fasta affärslokaler eller ett motsvarande erbjudande ska näringsidkaren klart och tydligt ge konsumenten information om följande:

…

b) Näringsidkarens identitet, till exempel företagsnamn.

c) Geografisk adress där näringsidkaren är etablerad samt näringsidkarens telefonnummer, faxnummer och e-postadress, där sådan finns, för att konsumenten snabbt ska kunna ta kontakt med och effektivt kommunicera med näringsidkaren, samt, i förekommande fall, geografisk adress och identitet för den näringsidkare för vars räkning denne agerar.”

C. Förordning nr 524/2013

9. I artikel 4.1 f i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 524/2013 av den 21 maj 2013 om tvistlösning online vid konsumenttvister och om ändring av förordning (EG) nr 2006/2004 och direktiv 2009/22/EG (förordningen om tvistlösning online vid konsumenttvister)[6] föreskrivs följande:

”1. I denna förordning gäller följande definitioner:

…

f) *marknadsplats online*: en tjänsteleverantör enligt definitionen i artikel 2 b i Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden (’Direktiv om elektronisk handel’), som möjliggör för konsumenter och näringsidkare att ingå köpeavtal och tjänsteavtal på webbplatsen för en marknadsplats online.”

D. Direktiv 2016/1148

10. I artikel 4 led 17 i Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2016/1148 av den 6 juli 2016 om åtgärder för en hög gemensam nivå på säkerhet i nätverks- och informationssystem i hela unionen[7] föreskrivs följande:

”I detta direktiv avses med

…

5 EUT L 304, 2011, s. 64.

6 EUT L 165, 2013, s. 1.

7 EUT L 194, 2016, s. 1.

internetbaserad marknadsplats: en digital tjänst som gör det möjligt för konsumenter och/eller näringsidkare enligt definitionen i artikel 4.1 a respektive 4.1 b i Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/11/EU [av den 21 maj 2013 om alternativ tvistlösning vid konsumenttvister och om ändring av förordning (EG) nr 2006/2004 och direktiv 2009/22/EG (direktivet om alternativ tvistlösning) (EUT L 165, 2013, s. 63)] att ingå internetbaserade köpeavtal eller tjänsteavtal med näringsidkare antingen på webbplatsen för den internetbaserade marknadsplatsen eller på en webbplats tillhörande en näringsidkare där datatjänster som tillhandahålls av en internetbaserad marknadsplats används."

III. Bakgrund

11. Wallapop ingav den 18 september 2014 en ansökan om registrering av EU-varumärke till EUIPO i enlighet med förordning nr 207/2009. Det sökta varumärket utgörs av nedanstående figurkännetecken (nedan kallat det omstridda varumärket):



12. De tjänster som registreringsansökan avsåg omfattas bland annat av klass 35 och motsvarar bland annat följande beskrivning:

"Onlinehandelstjänster, nämligen drift av direktanslutna marknader för köpare och säljare av varor och tjänster; Onlinehandelstjänster i vilka säljare lägger ut produkter eller tjänster till salu och köp eller budgivning sker via internet i avsikt att underlätta andras försäljning av varor och tjänster via ett datornät; Tillhandahållande av värderande feedback och rangordning av säljarens varor och tjänster, värdet av och priset på säljarens varor och tjänster, säljarens och köparens beteende, leverans och total handelserfarenhet i samband därmed; Tillhandahållande av en sökbar direktansluten annons- och reklamguide för varor och tjänster sålda genom direktanslutning av andra försäljare; Drift av en direktansluten sökbar bedömningsdatabas för köpare och säljare; Kommersiell information om varor och/eller tjänster, värdering och klassificering av denna typ av varor och tjänster, och om köpare och säljare av denna typ av varor och/eller tjänster; Sökning, sammanställning, systematisering, behandling och leverans av affärsinformation för andra …"

13. Den 7 januari 2015 framställde Unipreus S.L., med stöd av artikel 41 i förordning nr 207/2009, en invändning mot registreringen av det omstridda varumärket för de tjänster som avses i föregående punkt.

14. Invändningen grundades bland annat på det nationella spanska varumärket nr 2874101, för vilket ansökan ingavs den 30 april 2009 och vilket registrerades den 10 november 2009 och som återges nedan, för tjänster i klass 35 motsvarande följande beskrivning: "Återförsäljning av sportartiklar".

15. Till stöd för invändningen åberopades artikel 8.1 b i förordning nr 207/2009.

16. Den 19 oktober 2015 avslog invändningsenheten invändningen med avseende på de tjänster som avses i punkt 12 ovan.

17. Den 24 november 2015 överklagade Unipreus invändningsenhetens beslut till EUIPO enligt artiklarna 58–64 i förordning nr 207/2009 och yrkade att beslutet skulle ogiltigförklaras i den del invändningen avslogs för de tjänster som avses i punkt 12 i detta förslag till avgörande.

18. Genom det angripna beslutet avslog EUIPO:s femte överklagandenämnd överklagandet med avseende på dessa tjänster. Överklagandenämnden ansåg att de kännetecknen som jämförs i sin helhet liknade varandra i ringa grad, men att de tjänster som avses i punkt 12 i förevarande förslag till avgörande skiljer sig från de tjänster som omfattas av det äldre spanska varumärket och att det således inte förelåg någon risk för förväxling mellan kännetecknen med avseende på dessa tjänster.

IV. Förfarandet vid tribunalen och den överklagade domen

19. Unipreus väckte talan om ogiltigförklaring av det angripna beslutet genom ansökan som inkom till tribunalens kansli den 23 mars 2017. Unipreus har till stöd för sitt överklagande åberopat en enda grund, nämligen åsidosättande av artikel 8.1 b i förordning nr 207/2009.

20. Genom den överklagade domen biföll tribunalen Unipreus överklagande och således dess enda grund. Tribunalen konstaterade i punkt 54 i den överklagade domen att de tjänster som avses i punkt 12 i detta förslag till avgörande och de tjänster som omfattas av det äldre spanska varumärket åtminstone i ringa grad liknar varandra. Följaktligen ogiltigförklarade nämnda domstol det angripna beslutet i den del det däri slogs fast att dessa tjänster inte liknade de tjänster för vilka det äldre spanska varumärket var registrerat.

21. För det första konstaterade tribunalen i punkt 36 i den överklagade domen att begreppet detaljhandel omfattar såväl försäljning i fysiska lokaler som onlineförsäljning och att det äldre spanska varumärket således, i motsats till överklagandenämndens slutsats, även omfattade onlineförsäljning av sportartiklar. I punkt 36 i den överklagade domen påpekade tribunalen att det inte kunde uteslutas att Wallapop kommer att använda en ”klassisk” webbplats för direkt försäljning av varor eller tjänster till användarna, eftersom de tjänster som omfattas av det omstridda varumärket hänvisar till ”onlinehandel”. Tribunalen drog härav i punkt 37 i den överklagade domen slutsatsen att distributionskanalerna för de aktuella tjänsterna i åtminstone ringa grad liknade varandra och inte var olika, såsom överklagandenämnden fann.

22. Vad för det andra gäller ifrågavarande tjänsters art, avsedda ändamål och användning, erinrade domstolen om att syftet med detaljhandel enligt fast rättspraxis [8] är försäljning av varor till konsumenter. [9] Tribunalen slog fast att det i förevarande fall var en delvis överlappning mellan de tjänster som det omtvistade varumärket avser som hänvisar till onlinehandel och de tjänster som omfattas av det äldre spanska varumärket, som bland annat omfattar detaljhandel, inklusive online, av sportartiklar. [10] Tribunalen slog också fast att denna slutsats inte vederlades av argumentet att det omtvistade varumärket inte rörde faktisk detaljhandel, utan förmedlingstjänster eller tjänster avseende förvaltning av elektroniska marknadsplatser som inbegriper tillhandahållande av kommersiell information. Enligt den hänskjutande domstolen syftar tillhandahållandet av sådan information till att underlätta detaljhandelsförsäljning, som omfattar sportartiklar. Allmänheten kan således, genom de tjänster som det omstridda varumärket avser, köpa varor som är identiska med eller liknar dem som Unipreus säljer. Tribunalen fann således att de tjänster som omfattas av det omstridda varumärket indirekt tillgodosåg ett liknande behov för allmänheten som det som tillgodoses av detaljhandelstjänster som omfattas av det äldre spanska varumärket. Tribunalen fann följaktligen, att de ifrågavarande tjänsternas avsedda ändamål och användning åtminstone i ringa grad var av liknande slag och inte skiljde sig åt, såsom överklagandenämnden funnit. [11]

23. För det tredje påpekade tribunalen att Wallapops ansökan om registrering endast avsåg ”köpare” och ”säljare”, utan att det preciserades huruvida de förmedlingstjänster som omfattades av det omstridda varumärket riktade sig till enskilda eller individuella yrkesutövare. Nämnda domstol fann att det således inte var uteslutet att det omstridda varumärket användes för att sammanföra yrkesverksamma försäljare och konsumenter och för att förvalta en plattform, som gjorde det möjligt att sälja nya varor och inte bara begagnade varor. Tribunalen konstaterade följaktligen att överklagandenämnden gjorde en felaktig bedömning när den fann att tjänsterna i fråga inte riktade sig till samma konsumenter. [12]

24. För det fjärde konstaterade tribunalen att en konsument kunde bedöma utbudet av en och samma produkt såväl på ”Unipreus” webbplats ”www.walashop.com” som på webbplatsen ”www.walapop.com” eller på motsvarande mobil applikation. Enligt tribunalen har överklagandenämnden inte heller förklarat varför användningen av en mobil applikation som gör det möjligt för konsumenten att komma i kontakt med dem som säljer vissa varor och få dessa varor levererade i viss mån inte kan ersättas av inköp av dessa varor i en fysisk affär eller online. Tribunalen konstaterade således att det inte kunde uteslutas att det förelåg ett konkurrensförhållande mellan de aktuella tjänsterna och att överklagandenämnden således felaktigt slagit fast att de inte konkurrerade med varandra. [13]

V. Parternas yrkanden och förfarandet vid domstolen

25. Wallapop har i sitt överklagande yrkat att domstolen ska

– upphäva den överklagade domen, och

[8] Tribunalen hänvisade till punkt 34 i dom av den 7 juli 2005, Praktiker Bau- und Heimwerkermärkte (C-418/02, EU:C:2005:425) (nedan kallad domen Praktiker).

[9] Se punkt 39 i den överklagade domen.

[10] Se punkterna 41–44 i den överklagade domen.

[11] Se punkterna 41–44 i den överklagade domen.

[12] Se punkterna 46–49 i den överklagade domen.

[13] Se punkterna 50–53 i den överklagade domen.

– förplikta Unipreus att betala de kostnader som uppkommit för Wallapop i samband med förfarandena i första instans och vid domstolen.

26. Unipreus har yrkat att domstolen ska

– ogilla överklagandet, och

– förplikta Wallapop att ersätta rättegångskostnaderna.

27. EUIPO har yrkat att domstolen ska

– bifalla Wallapops överklagande, och

– förplikta Unipreus att ersätta rättegångskostnaderna.

28. Skriftliga yttranden har inkommit från Wallapop, Unipreus och EUIPO. Wallapop, Unipreus och EUIPO deltog i förhandlingen vid domstolen den 12 mars 2020.

VI. Överklagandet

29. Wallapop har till stöd för sitt överklagande åberopat en enda grund, nämligen att artikel 8.1 b i förordning nr 207/2009 har åsidosatts.

A. Parternas argument

30. Wallapop har som enda grund gjort gällande att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den fann att de tjänster som avses med det omstridda varumärket i ringa grad liknar de tjänster som avses med det äldre spanska varumärket.

31. Denna grund består av två delar.

32. Inom ramen för den första delgrunden har Wallapop gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig tolkning av begreppet ”elektronisk marknadsplats”, såsom det följer av olika bestämmelser i unionsrätten och av domstolens praxis.

33. Wallapop har gjort gällande att de grundläggande beståndsdelarna av begreppet ”elektronisk marknadsplats” i den mening som avses i unionsrätten anges i artikel 4.1 f i förordning nr 524/2013 och artikel 4 led 17 i direktiv 2016/1148. Det följer av dessa bestämmelser att en ”elektronisk marknadsplats” är en digital tjänst eller en av informationssamhällets tjänster som gör det möjligt för tredje man, nämligen näringsidkare och/eller konsumenter, att ingå handelstransaktioner eller tjänsteavtal oberoende av leverantören på den elektroniska marknadsplatsen.

34. Enligt Wallapop har tribunalen underlåtit att beakta en grundläggande egenskap hos de tjänster som tillhandahålls på elektroniska marknadsplatser som följer av denna definition, nämligen att elektroniska marknadsplatser inte bedriver onlineförsäljning, utan erbjuder förmedlingstjänster till tredje man som använder dem för att bedriva detaljhandel online på

plattformen. Tribunalen gjorde således en tolkning, grundad på varumärkesrätten av de tjänster som tillhandahålls på en elektronisk marknadsplats, vilket är oförenligt med det enhetliga begreppet elektronisk marknadsplats i den mening som avses i unionsrätten.

35. Wallapop har vidare gjort gällande att tribunalens resonemang är oförenligt med den tolkning av begreppet leverantör av informationssamhällets tjänster som domstolen gjorde i domen av den 20 december 2017, Asociación Profesional Elite Taxi (C-434/15, EU:C:2017:981). I den domen slog domstolen fast att en leverantör av förmedlingstjänster på elektronisk väg, såsom Uber, inte kan betraktas som enbart en leverantör av informationssamhällets tjänster varje gång vederbörande erbjuder tjänster som går utöver kopplingen av tredje man på plattformen och fastställer vissa avgörande faktorer för de transaktioner som äger rum på plattformen. I förevarande fall har Wallapop hävdat att bolaget, till skillnad från Uber, endast tillhandahåller förmedlingstjänster och närstående tjänster och att det inte bedriver någon annan verksamhet.

36. Wallapop har genom den andra delgrunden, med stöd av EUIPO, gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig tolkning av de relevanta faktorer som ska beaktas vid bedömningen av likheten mellan de berörda tjänsterna.

37. När det för det första gäller tribunalens bedömning av distributionskanalerna har Wallapop och EUIPO hävdat att den omständigheten att Unipreus saluför sina varor online på sin ”klassiska” webbplats inte kan leda till slutsatsen att de aktuella tjänsterna är av liknande slag. Enligt dem leder tribunalens synsätt till en oproportionerlig utvidgning av det äldre varumärkets omfattning. Internet är inte en distributionskanal, utan endast ett medium eller ett stöd för olika distributionskanaler. Det är för enkelt att grunda likheten mellan de aktuella tjänsterna på att de har internet som gemensam faktor. Wallapop säljer inte produkter direkt på sin plattform. Under alla omständigheter tillhandahåller plattformsoperatörerna, när de säljer produkter på sina plattformar, tjänster som skiljer sig från tjänster som tillhandahålls på elektroniska marknadsplatser. Näringsidkaren (Wallapop) är dessutom enligt artikel 6.1 b i direktiv 2011/83 skyldig att uppge sin identitet för konsumenten. [14]

38. För det andra, när det gäller arten av de aktuella tjänsterna, har Wallapop och EUIPO kritiserat tribunalen för att inte ha anfört någon omständighet som stöder slutsatsen att de tjänster som avses med det omstridda varumärket innefattar verksamheter som utgör detaljhandelstjänster.

39. Wallapop och EUIPO har vidare gjort gällande att tribunalen grundade sin bedömning av de aktuella tjänsternas likhet på en ofullständig eller felaktig tolkning av ordalydelsen i förteckningen över de tjänster för vilka registrering av det omstridda varumärket söktes. Tribunalen slog således i punkt 37 i den överklagade domen felaktigt fast att dessa tjänster utgjorde detaljhandelstjänster och inte digitala tjänster som gjorde det möjligt för tredje man att bedriva onlineförsäljning. När det gäller de två första tjänster som nämns i punkt 12 i detta förslag till avgörande, borde en fullständig läsning av denna lydelse ha föranlett tribunalen att dra slutsatsen att det inte är tillhandahållaren av förmedlingstjänster utan tredje man som använder dessa tjänster som bedriver försäljning på plattformen. När det gäller de övriga fyra tjänsterna har Wallapop och EUIPO kritiserat tribunalen för att inte ha fastställt dem och för att ha sammanfört dem till en enda grupp kallad ”tillhandahållande av kommersiell information som är användbar för

[14] I detta skede är det lämpligt att påpeka att det förhållandet att namnet på näringsidkaren anges kan utgöra en relevant omständighet vid bedömningen av risken för förväxling, men när det gäller frågan om förväxling i samband med en varumärkesansökan kunde detta inte vara avgörande.

försäljning”.[15] Om tribunalen hade gjort en korrekt bedömning av sådana tjänster, skulle den ha dragit slutsatsen att det rör sig om digitala tjänster som är nödvändiga för att en elektronisk marknadsplats ska fungera. Wallapop har dessutom gjort gällande att företaget inte tillhandahåller någon information som lockar till att en sådan rättshandling som försäljningen utgör kommer till stånd, utan att säljarna själva tillhandahåller sådan information.

40. Wallapop och EUIPO har för det tredje gjort gällande att det avsedda ändamålet med de tjänster som avses med det omstridda varumärket är ett helt annat än det avsedda ändamålet med de detaljhandelstjänster som avses med det äldre spanska varumärket. Det avsedda ändamålet med de två första förmedlingstjänster som nämns i punkt 12 i detta förslag till avgörande är att erbjuda och upprätthålla ett digitalt utrymme för utbyte av varor eller tjänster mellan tredje man, säljare och köpare, utan något samband med tjänsteleverantören. I likhet med ägaren till en byggnad som används som köpcentrum och som hyr ut lokaler till tredje man för att göra det möjligt för dem att saluföra sina varor, tillhandahåller ägaren av en virtuell marknadsplats digitala tjänster som syftar till att tillhandahålla digitala utrymmen och verktyg för att stödja försäljning som bedrivs av tredje man. Det avsedda ändamålet med den andra gruppen av accessoriska tjänster som nämnts ovan är att göra det möjligt för säljare och köpare att enkelt få information om de möjligheter som en virtuell plattform erbjuder för att sälja respektive köpa varor. Tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den fann att det avsedda ändamålet med dessa tjänster i ringa mån var av liknande slag.

41. Wallapop har vidare hävdat att tribunalens synsätt strider mot dess egen praxis om fastställande av ett primärt och ett sekundärt avsett ändamål. Enligt denna praxis ska,[16] vid jämförelse av varor och tjänster, deras dominerande avsedda ändamål fastställas vid bedömningen av om de är av liknande slag. Även om de tjänster som omfattas av det omstridda varumärket följaktligen indirekt kan ha samma avsedda ändamål som de tjänster som omfattas av det äldre varumärket, det vill säga att göra det möjligt för konsumenter att köpa sportartiklar, påverkar detta enligt Wallapop inte på något sätt det faktum att det dominerande avsedda ändamålet med de aktuella tjänsterna skiljer sig. Den omständigheten att vissa tjänster indirekt kan tillgodose samma behov hindrar inte den relevanta konsumenten från att uppfatta dem som olika.

42. Wallapop har för det fjärde hävdat att de tjänster som omfattas av det omstridda varumärket inte konkurrerar med de tjänster som omfattas av dem i den tidigare handeln, eftersom de inte avser detaljhandel. De konkurrerar snarare med andra tjänster med anknytning till informationssamhället.

43. Unipreus har hävdat att man vid jämförelsen av de ifrågavarande tjänsterna måste ta hänsyn till verkligheten på marknaden och genomsnittskonsumentens uppfattning. Mot denna bakgrund är tribunalens bedömning korrekt och Wallapops argument bygger på ett konstlat synsätt.

44. Unipreus har i huvudsak gjort gällande att tjänsterna i fråga inte är olika utan av liknande slag. Dessa tjänster har samma omsättningskrets, nämligen den stora allmänheten som önskar köpa samma eller liknande varor, bland annat kläder, skor och sportartiklar. De har samma mål, nämligen att göra det möjligt för den stora allmänheten att tillgodose inköpsbehoven för dessa varor. De kompletterar varandra, eftersom konsumenten kan använda båda tjänsterna för att

[15] Punkt 41 i den överklagade domen.

[16] Wallapop har hänvisat till domen av den 2 juli 2015, BH Stores/harmoniseringsbyrån – Alex Toys (ALEX), (T-657/13, EU:T:2015:449, punkterna 64–66).

köpa dessa varor. Slutligen konkurrerar de även med varandra, eftersom dessa tjänster i konsumentens ögon är utbytbara, i den mån konsumenten kan analysera utbudet av en och samma produkt både på Unipreus webbsida och på Wallapops mobila applikation eller webbplats.

B. Bedömning

1. Inledande synpunkter

45. Enligt domstolens fasta praxis framgår det av artikel 256 FEUF, jämförd med artikel 58 första stycket i stadgan för Europeiska unionens domstol att tribunalen är ensam behörig för det första att fastställa de faktiska omständigheterna, utom då det av handlingarna i målet framgår att de fastställda omständigheterna är materiellt oriktiga, för det andra att bedöma dessa faktiska omständigheter, utom då uppgifterna om dem har missuppfattats. När tribunalen har fastställt eller bedömt de faktiska omständigheterna, är domstolen enligt artikel 256 FEUF behörig att pröva tribunalens rättsliga bedömning av dessa omständigheter och de rättsliga följder som tribunalen har dragit därav. [17]

46. Av fast rättspraxis följer också att domstolen varken är behörig att fastställa de faktiska omständigheterna eller, i princip, att bedöma den bevisning som tribunalen godtog till stöd för dessa omständigheter. Om bevisupptagningen har skett på ett riktigt sätt och de allmänna rättsprinciper och processuella regler som är tillämpliga i fråga om bevisbördan och bevisningen har iakttagits, är det tribunalen ensam som ska bedöma vilket värde som uppgifterna i målet ska tillmätas. Med förbehåll för det fall att bevisningen har missuppfattats utgör denna bedömning således inte en rättsfråga som i sig är underställd domstolens prövning. Det ska i detta avseende erinras om att en missuppfattning föreligger när det är uppenbart att bedömningen av bevisningen är felaktig, utan att det är nödvändigt att beakta ny bevisning. [18]

47. Bland de bedömningar av faktiska omständigheter som inte omfattas av domstolens prövning i ett mål om överklagande återfinns tribunalens konstateranden avseende omsättningskretsens särdrag, konsumenternas uppmärksamhet, uppfattning eller inställning samt tribunalens bedömning inom ramen för prövningen av risken för förväxling i den mening som avses i artikel 8.1 b i förordning nr 207/2009 av likheterna mellan de motstående kännetecknen. Detsamma gäller tribunalens bedömning, inom ramen för prövningen av risken för förväxling, av likheterna mellan de varor och tjänster som omfattas av de aktuella varumärkena. [19]

48. Dessa särskilda överväganden är särskilt relevanta när det gäller den enda grunden.

[17] Beslut av den 3 juni 2015, The Sunrider Corporation/harmoniseringsbyrån (C-142/14 P, ej publicerad, EU:C:2015:371, punkt 47).

[18] Beslut av den 3 juni 2015, The Sunrider Corporation/harmoniseringsbyrån (C-142/14 P, ej publicerad, EU:C:2015:371, punkterna 48 och 49).

[19] Se beslut av den 3 juni 2015, The Sunrider Corporation/harmoniseringsbyrån (C-142/14 P, ej publicerat, EU:C:2015:371, punkterna 51 och 52). Se även dom av den 7 maj 2009, Waterford Wedgwood/Assembled Investments (Proprietary) och harmoniseringsbyrån (C-398/07 P, ej publicerad, EU:C:2009:288, punkt 42).

2. Första delen av den enda grunden: huruvida tribunalen gjorde en felaktig tolkning eller en felaktig tillämpning av definitionen av den elektroniska marknadsplatsen enligt unionsrätten och domstolens praxis

49. Det kan vara lämpligt att först pröva den första delen av den enda grunden, nämligen att tribunalen gjorde en felaktig tolkning eller åtminstone en felaktig tillämpning av definitionen av begreppet elektronisk marknadsplats, som definieras i bland annat artikel 4.1 f i förordning nr 524/2013 och artikel 4 led 17 i direktiv 2016/1148 samt i domstolens motivering i dom av den 20 december 2017, Asociación Professional Elite Taxi (C-434/15, EU:C:2017:981).

50. För min del anser jag inte att detta är korrekt.

51. För det första är definitionerna i artikel 4.1 f i förordning nr 524/2013 och artikel 4 led 17 i direktiv 2016/1148 endast tillämpliga med avseende på den särskilda förordningen och det särskilda direktivet. Detta framgår särskilt tydligt av de ifrågavarande bestämmelsernas ordalydelse, i vilka följande föreskrivs: ”I denna förordning gäller följande definitioner” och ”I detta direktiv avses med”. Syftet med definitionerna i fråga är således inte att de ska vara mer allmänt tillämpliga på varumärkesregistrering i allmänhet eller registrering av varumärken för detaljhandelstjänster som omfattas av klass 35 i synnerhet, även om jag erkänner att definitionerna av ”elektronisk marknadsplats” i dessa är användbara och åtminstone kan tillämpas analogt i förevarande mål.[20] Så kan bland annat vara fallet när det gäller att bedöma huruvida de aktuella tjänsterna konkurrerar med varandra och, i förekommande fall, i vilken utsträckning de sammanfaller, såsom tribunalen konstaterade i punkt 40 i den överklagade domen. Det kan särskilt förhålla sig på så sätt vid bedömningen av huruvida de aktuella tjänsterna konkurrerar med varandra och i vilken utsträckning i vilken (om de över huvud taget) överlappar varandra, såsom tribunalen slog fast i punkt 40 i den överklagande domen.[21]

52. För det andra godtar jag inte under några omständigheter att tribunalen missförstod eller gjorde en felaktig tillämpning av definitionerna av begreppet elektronisk marknadsplats i artikel 4.1 f i förordning nr 524/2013 och artikel 4 led 17 i direktiv 2016/1148 eller domstolens överväganden i mål C-434/15.

53. Det framgår helt klart av prövningen av punkterna 37 och 41 i den överklagade domen att tribunalen mycket väl förstod att Wallapop, i enlighet med sin varumärkesansökan, har för avsikt att erbjuda, bland annat eller i synnerhet, en onlineplattform eller tjänster för förmedling eller förvaltning, *snarare än försäljningstjänster som sådana*.

54. I detta avseende konstaterade tribunalen i punkt 37 i den överklagade domen att registreringsansökan bland annat avser ”onlineförsäljningstjänster, det vill säga drift av elektroniska marknader för säljare och köpare av varor och tjänster, e-handelstjänster när säljarna utbjuder varor eller tjänster till försäljning, vilka köps eller erbjuds via internet, i syfte *att underlätta tredje mans försäljning av varor eller tjänster i ett globalt datornätverk*”.[22]

[20] Se, analogt, beslut av den 3 juni 2015, The Sunrider Corporation/harmoniseringsbyrån (C-142/14 P, ej publicerat, EU:C:2015:371, punkterna 55 och 56). I det beslutet erinrade domstolen om att dess behörighet enligt artikel 256 FEUF att pröva tribunalens rättsliga bedömning av faktiska omständigheter i allmänhet avser de rättsliga bedömningar som tribunalen ska göra *mot bakgrund av de regler och principer som gäller för unionsrätten i fråga om EU-varumärken*.

[21] I punkt 23 i dom av den 29 september 1998, Canon (C-39/97, EU:C:1998:442) slog domstolen fast att för att bedöma om förevarande varor eller tjänster liknar varandra ska samtliga relevanta faktorer som avser förhållandet mellan varorna och tjänsterna beaktas. Bland dessa faktorer ingår bland annat deras art, de tilltänkta köparna, användningsområdet samt huruvida de konkurrerar med eller kompletterar varandra.

[22] Min kursivering. Se även punkt 40 i den överklagade domen.

55. Enligt min mening har tribunalen inte blandat ihop skillnaden mellan underlättande av tredje mans försäljning av varor [23] och utövandet av ett avgörande inflytande på försäljningsvillkoren för de varor som utbjuds [24] eller på försäljningen av varor som sådana i ett onlinesammanhang.

56. Tribunalen slog även, i punkt 37 i den överklagade domen, trots de argument om motsatsen som Wallapop och EUIPO anfört i punkterna 37 och 41 i den överklagade domen, fast att Wallapops varumärkesansökan *även omfattar* användningen av en klassisk webbplats för onlineförsäljning. Detta konstaterande i punkt 37 i den överklagade domen visar enligt min mening inte att tribunalen gjorde en felaktig tolkning av begreppet elektronisk marknadsplats utan snarare att tribunalen var fullt medveten om att de tjänster som kunde tillhandahållas på internet och som den ansåg att Wallapop sökte registrera och deras olika funktioner var av annan art.

57. Jag konstaterar i det avseendet att Wallapop anser att tribunalen i punkt 37 i den överklagade domen felaktigt slog fast att det inte kunde uteslutas att Wallapops ansökan var tillämplig på användningen av en klassisk webbplats för onlineförsäljning. [25]

58. Enligt min mening har Wallapop visserligen bestritt tribunalens konstaterande av de faktiska omständigheterna i punkt 37 i den överklagade domen, [26] men bolaget har inte gjort gällande att tribunalen missuppfattat de faktiska omständigheterna i detta avseende.

59. Jag anser således att det argumentet inte kan tas upp till sakprövning.

60. Vidare kan inte domstolens konstaterande i punkt 38 i den överklagade domen att distributionskanalerna för tjänsterna i ringa grad liknar varandra, kritiseras med avseende på både Wallapops och Unipreus användning av en klassisk webbplats för onlineförsäljning.

61. Jag vill även påpeka att tribunalen i punkt 38 i den överklagade domen, i fråga om detta konstaterande i punkt 37 i den överklagade domen, preciserade att ”även om det endast rör sig om en av de faktorer som ska beaktas, kan det konstateras att distributionskanalerna för de aktuella tjänsterna åtminstone i ringa utsträckning är av liknande slag …”.

62. Wallapop har inte kritiserat att denna motivering är otillräcklig. Jag anser således att tribunalens slutsats i punkt 38 i den överklagade domen vad gäller distributionskanalerna för tjänsterna ska godtas.

63. Jag anser att Wallapops påstående att tribunalen felaktigt slog fast att distributionskanalerna för de aktuella tjänsterna åtminstone i ringa grad är av liknande slag följaktligen saknar grund.

64. Trots detta konstaterande är det emellertid kanske, för fullständighetens skull och för att få rättslig klarhet på detta område, nödvändigt att undersöka huruvida tribunalens konstaterande i punkt 38 i den överklagade domen, enligt vilket (andra) distributionskanaler för de aktuella tjänsterna, nämligen Wallapops plattform, som underlättar tredje mans försäljning av varor och tjänster, och Unipreus mer klassiska webbplats, utgör distributionskanaler av liknande slag.

[23] Se, analogt, dom av den 19 december 2019, Airbnb Ireland (C-390/18, EU:C:2019:1112).

[24] Se analogt dom av den 22 mars 2017, GROFA m.fl. (C-435/15 och C-666/15, EU:C:2017:232). Till skillnad från ovannämnda dom finns inget i den överklagade domen som tyder på att frågan om utövande av avgörande inflytande över villkoren för försäljning av varor eller tjänster var relevant.

[25] Se punkt 67 och följande punkter i Wallapops överklagande.

[26] Se punkt 36 i detta förslag till avgörande.

65. Jag föreslår att detta görs i punkt 72 och följande punkter nedan.

66. Såvitt avser den första delen av den enda grunden anser jag följaktligen att talan ska lämnas utan bifall.

3. Den andra delen av den enda grunden: huruvida tribunalen gjorde en felaktig tolkning av de relevanta faktorer som ska beaktas vid bedömningen av om tjänsterna i fråga är av liknande slag

67. Det kan noteras att det i artikel 8.1 b i förordning nr 207/2009 föreskrivs att om innehavaren av ett äldre varumärke invänder ska det varumärke som ansökan gäller inte kunna registreras om det – på grund av att det är identiskt med eller liknar det äldre varumärket och de varor eller tjänster som omfattas av varumärkena är identiska eller är av liknande slag – föreligger en risk att allmänheten förväxlar dem inom det område där det äldre varumärket är skyddat.

68. Det följer av fast rättspraxis att för att det ska föreligga en risk för förväxling enligt artikel 8.1 b i förordning nr 207/2009 krävs det såväl att det sökta varumärket är identiskt med eller liknar det äldre varumärket som att de varor eller tjänster som avses i ansökan om registrering är identiska med eller av liknande slag som de varor eller tjänster för vilka det äldre varumärket har registrerats. Det följer vidare att dessa villkor är kumulativa. [27]

69. Det framgår även av fast rättspraxis att vid bedömningen av varu- eller tjänsteslagslikheten ska samtliga relevanta faktorer som är kännetecknande för förhållandet mellan varorna eller tjänsterna beaktas, särskilt deras art, avsedda ändamål och användningsområde samt huruvida de konkurrerar med eller kompletterar varandra. [28]

70. Överklagandenämnden fann i det angripna beslutet att de aktuella kännetecknen liknade varandra, om än endast i ringa grad. Detta konstaterande har inte ifrågasatts vid tribunalen eller för den delen vid domstolen.

71. Det kan vidare i förbigående noteras att det inte har antytts att det äldre varumärket (”wala w”) är känt i Spanien på så sätt att användningen av ett liknande varumärke ”skulle dra otillbörlig fördel av eller vara till förfång för det äldre varumärkets särskiljningsförmåga eller renommé” i den mening som avses i artikel 8.5 i förordning 207/2019. [29]

72. Det måste emellertid noteras att tribunalen inte *i sig* har uttalat sig om frågan om förväxling. Talan mot överklagandenämndens beslut bifölls i stället på den tämligen snäva grunden att överklagandenämnden, såsom tribunalen konstaterade i punkt 54 i den överklagade domen, felaktigt hade dragit slutsatsen att de tjänster som omfattades av varumärkena var olika, trots att de i själva verket var av liknande slag, om än i ringa grad.

73. Härav följer således att den enda grund för invändning mot registrering av det yngre varumärket Wallapop som är aktuellt i förevarande mål således är att de tjänster som avses i Wallapops ansökan är identiska med eller av liknande slag som de tjänster som avses med det äldre varumärket enligt artikel 8.1 b i förordning nr 207/2019.

[27] Dom av den 20 september 2017, The Tea Board/EUIPO (C-673/15 P–C-676/15 P, EU:C:2017:702, punkt 47 och där angiven rättspraxis).

[28] Se dom av den 29 september 1998, Canon (C-39/97, EU:C:1998:442, punkt 23) och dom av den 20 september 2017, The Tea Board/EUIPO (C-673/15 P–C-676/15 P, EU:C:2017:702, punkt 48 och där angiven rättspraxis).

[29] Se i detta avseende, exempelvis, dom av den 27 november 2008, Intel Corporation (C-252/07, EU:C:2008:655).

74. Jag kommer nu att undersöka huruvida tribunalen gjorde en korrekt bedömning när den ansåg att de tjänster som avsågs med Wallapops ansökan och Unipreus varumärke åtminstone i ringa grad var av liknande slag.

75. Denna del av den enda delgrunden består av fyra delar. Wallapop anser att tribunalen gjorde en felaktig bedömning genom att fastställa följande:

– för det första att distributionskanalerna för de aktuella varumärkena är av liknande slag,

– för det andra att de tjänster som avses i registreringsansökan är detaljhandelstjänster,

– för det tredje att de avsedda ändamålen och uppfattningen hos allmänheten vad gäller de aktuella tjänsterna är av liknande slag, och

– för det fjärde att tjänsterna i fråga konkurrerar med varandra.

76. Jag föreslår att dessa argument prövas i tur och ordning, men eftersom de överlappar varandra och går in i varandra är en viss upprepning nödvändig.

a) Den första delen av delgrunden: huruvida distributionskanalerna för de ifrågavarande varumärkena är av liknande slag

77. Som jag har angett ovan i punkt 63 i detta förslag till avgörande anser jag att denna invändning saknar grund såvitt avser frågan om Wallapops och Unipreus drift av en klassisk webbplats för onlineförsäljning.

78. Jag kommer emellertid att pröva Wallapops påstående att tribunalen felaktigt fann att internet var en distributionskanal och inte enbart ett medium eller ett stöd för olika distributionskanaler, för fullständighetens skull och för att få rättslig klarhet.

79. I detta skede förefaller några förklarande ord om vad som utgör en detaljhandelstjänst för tjänster som omfattas av klass 35 vara på sin plats.

80. Denna fråga togs först tydligt upp av domstolen i domen av den 7 juli 2005, Praktiker Bau- und Heimwerkermärkte (C-418/02, EU:C:2005:425). I det målet hade Praktiker ansökt vid Deutsches Patent- und Markenamt (Tyska patent- och varumärkesmyndigheten) om registrering av varumärket Praktiker för, bland annat, tjänsten ”detaljhandel med bygg-, hemhantverks- och trädgårdsartiklar och andra förbrukningsvaror på gör-det-själv-området”. Deutsches Patent- und Markenamt avslog denna ansökan. Den ansåg att det i ansökan anförda begreppet detaljhandel inte betecknar oberoende tjänster med självständig ekonomisk betydelse. Begreppet avser endast själva distributionen av varor.

81. I sin dom konstaterade domstolen att syftet med detaljhandel är försäljning av varor till konsumenter. Denna handel inbegriper, förutom den rättshandling som försäljningen utgör, allt som näringsidkaren gör för att se till att en sådan rättshandling kommer till stånd. Denna verksamhet inbegriper bland annat att välja ut det varusortiment som ska bjudas ut till försäljning och att erbjuda olika prestationer som är avsedda att få konsumenten att ingå nämnda rättshandling med handlaren i fråga, hellre än med en konkurrent.

82. Domstolen fann att det inte fanns några tvingande skäl som hindrar att dessa prestationer omfattas av begreppet tjänster och slog följaktligen fast att begreppet tjänster inbegriper sådana tjänster som tillhandahålls inom ramen för detaljhandel med varor. [30]

83. Domen Praktiker har av naturliga skäl fått stor betydelse i senare rättspraxis vid prövningen av denna fråga, nämligen i domen Tulliallan Burlington. [31] I det målet uppkom frågan om operatören av en galleria som specialiserade sig på försäljning av lyxvaror omfattades av kategorin detaljhandelstjänster i klass 35. I sin dom hänvisade tribunalen till domen Praktiker och drog slutsatsen att den som driver en shoppinggalleria inte omfattades av denna kategori. [32]

84. Tribunalens beslut överklagades därefter till domstolen. I mitt förslag till avgörande i målet Tulliallan Burlington [33] gjorde jag vissa förbehåll för att detta konstaterande var korrekt. Dessa förbehåll sammanfattades på följande sätt i punkt 96 i mitt förslag till avgörande:

”Det framgår klart av domstolens enhetliga tolkning av ’detaljhandelstjänster’ som omfattas av klass 35 att dessa tjänster emellertid inte kan tillämpas på tjänster som tillhandahålls av shoppinggallerior, eftersom den enhet som tillhandahåller dessa tjänster i själva verket inte handlar med varorna i fråga. Enheten i fråga tillhandahåller i stället tjänster till den som handlar med varorna som enligt min mening skiljer sig klart från detaljhandelstjänster som omfattas av klass 35 och som föreskrivs på ett annat ställe i en annan klass. Tjänster som tillhandahålls av shoppinggallerior kan följaktligen innefatta uthyrning av butiker som omfattas av klass 36 och tillhandahållande av reklam- och annonsverksamhet som omfattas av klass 35.” [34]

85. Domstolen anslöt sig emellertid inte i domen Tullialan Burlington till den analysen av målet Praktiker. [35] Domstolen drog motsatt slutsats genom att till exempel fastställa följande (i punkterna 127 och 128):

”127. Av detta följer att begreppet ’detaljhandelstjänster’ omfattar tjänster som riktar sig till konsumenten och som, till förmån för märkeskedjor som innehar butiker i en galleria, består i att samla olika varor genom ett sortiment av butiker som gör det möjligt för konsumenten att enkelt se och köpa varorna samt att erbjuda olika tjänster som är skilda från köpeavtalet och som syftar till att förmå konsumenten att köpa de varor som säljs i dessa butiker.

[30] Domstolen påpekade i punkt 36 i domen Praktiker att detta övervägande illustreras i den förklarande anmärkningen till klass 35 i Niceöverenskommelsen, enligt vars lydelse denna klass omfattar ”sammanställande av ett varusortiment, för annans räkning … för att möjliggöra för kunder att bekvämt kunna se på och köpa varorna” (”the bringing together, for the benefit of others, of a variety of goods … enabling customers to conveniently view and purchase those goods” i den engelska versionen av förklaringen).

[31] Dom av den 4 mars 2020, Tulliallan Burlington/EUIPO (C-155/18 P–C-158/18 P, EU:C:2020:151).

[32] Dom av den 6 december 2017, Tullialan Burlington/EUIPO – Burlington Fashion (Burlington) (T-120/16, EU:T:2017:873), punkt 34.

[33] Förslag till avgörande av generaladvokaten Hogan i de förenade målen Tulliallan Burlington/EUIPO (C-155/18 P–C-158/18 P, EU:C:2019:538).

[34] Förslag till avgörande av generaladvokaten Hogan i de förenade målen Tulliallan Burlington/EUIPO (C-155/18 P–C-158/18 P, EU:C:2019:538). I punkt 95 i mitt förslag till avgörande i målet Tulliallan påpekade jag att domstolen i punkt 34 i domen av den 7 juli 2005, Praktiker Bau- und Heimwerkermärkte (C-418/02, EU:C:2005:425), slog fast att ”syftet med detaljhandel är försäljning av varor till konsumenter. Denna handel inbegriper, förutom den rättsakt som försäljningen utgör, all verksamhet som *näringsidkaren* tar till för att locka till att en sådan rättsakt kommer till stånd. Denna verksamhet inbegriper bland annat att välja ut det varusortiment som skall bjudas ut till försäljning och att erbjuda olika prestationer som är avsedda att få konsumenten att ingå nämnda rättsakt med handlaren i fråga, hellre än med en konkurrent.” Min kursivering.

[35] Dom av den 4 mars 2020, Tulliallan Burlington/EUIPO (C-155/18 P to C-158/18 P, EU:C:2020:151).

128. Av det ovan anförda följer, såsom även tribunalen på ett korrekt sätt slog fast i punkt 32 i de överklagade domarna, att domstolens tolkning i punkt 34 i domen i målet Praktiker inte gör det möjligt att slå fast att tjänster som tillhandahålls inom ramen för gallerior eller köpcentra per definition är undantagna från tillämpningsområdet för begreppet detaljhandelstjänster i klass 35 i Niceöverenskommelsen.”

86. Även om domstolen naturligtvis inte på något sätt är bunden av tidigare avgöranden, ska domen Tulliallan Burlington anses ha avgjort frågan. Jag vet således av denna dom att klassiska tjänster som en galleria ”erbjuder konsumenten för att denne enkelt ska kunna se och köpa dessa varor och till förmån för de märkeskedjor som finns i den aktuella gallerian” [36] – i princip omfattas av definitionen av detaljhandelstjänster i klass 35.

87. Härav följer således att den omständigheten att Wallapop har hävdat att bolaget inte självt bedriver detaljhandel, utan snarare erbjuder onlineförmedlingstjänster, även om detta är korrekt, inte i sig räcker för att lösa problemet.

88. Den verkliga frågan är huruvida och i vilken utsträckning den princip som fastställdes i domen Tulliallan Burlington för tjänster som tillhandahålls av en galleria är tillämplig på detaljhandelsförmedlingstjänster som tillhandahålls online.

89. I domen Tulliallan Burlington fann domstolen (i punkt 130) att begreppet detaljhandelstjänster omfattar tjänster som en galleria erbjuder konsumenten ”för att denne enkelt ska kunna se och köpa dessa varor och till förmån för de märkeskedjor som finns i den aktuella gallerian.” Samma sak kan sägas analogt med avseende på förmedlingstjänster som tillhandahålls av en detaljhandelsplattform. Medan den traditionella gallerian har till syfte att tillhandahålla ett annat utbud i detaljistledet i en enda enkel fysisk lokal, är en detaljhandels-onlineplattform som den som Wallapop erbjuder en ”virtuell” galleria som kan nås via internet. [37]

90. Den traditionella åtskillnaden mellan försäljningsställen i fysiska lokaler, å ena sidan, och dessa enheter som ägnar sig åt direktförsäljning på internet, å andra sidan, har under de senaste åren – nästan till den grad att kollaps hotar – äventyrats av såväl den tekniska utvecklingen som av konsumenternas ändrade beteende. Ett annat faktum som tyder på detta är, såsom tribunalen konstaterade i punkt 51 i den överklagade domen, att en konsument som söker särskilda (nya) sportskor kan finna samma varor på såväl Unipreus (www.walashop.com) som Wallapops (www.wallapop.com) enskilda webbplatser, även om detaljhandlaren i det sistnämnda fallet var en tredje man som hade använt Wallapops internetplattform.

91. Som jag just har påpekat är det således utrett att även skor som Unipreus säljer online även utbjuds till försäljning på Wallapops plattform, även om detta sker av utomstående detaljhandlare och inte av Wallapop självt. Jag anser således att Wallapops plattform och

[36] Dom av den 4 mars 2020, Tulliallan Burlington/EUIPO (C-155/18 P–C-158/18 P, EU:C:2020:151, punkt 130).

[37] Enligt min mening är det sätt på vilket detaljhandel används (online eller på annat sätt) för att tillhandahålla detaljhandelstjänster som omfattas av klass 35 inte relevant för att de ska omfattas av den klassen. Det viktiga är snarare de ifrågavarande tjänsternas art. Tribunalen slog i punkt 36 i den överklagade domen fast att ”detaljhandel” omfattar försäljning från en affär och onlineförsäljning via Internet. Wallapop har inte bestridit detta konstaterande. Det ska noteras att domstolen i punkt 125 i domen Tulliallan Burlington påpekade att det i den förklarande anmärkningen till klass 35 i Niceöverenskommelsen preciseras att denna klass bland annat omfattar sammanställande av ett varusortiment till förmån för andra, med undantag för transport av varorna, så att kunder enkelt kan se och köpa varorna. Dessa tjänster kan tillhandahållas av detaljhandelsbutiker, partihandel, genom försäljningsautomater, postorderkataloger eller elektroniska medier, exempelvis via webbplatser eller tv-shoppingprogram.

Unipreus webbplats ur konsumentens synvinkel, som vill köpa de aktuella varorna, utgör liknande distributionskanaler. Det är i detta skede som risken för förväxling mellan de två varumärken som i ringa grad är av liknande slag mycket väl kan komma i fråga.

92. Det är enligt min mening avgörande att domstolen i domen Tulliallan Burlington underkände argumentet att ”avsaknaden av exakta uppgifter om vilka varor som kan saluföras i de olika butiker som tillsammans utgör en … galleria … medför att det inte är möjligt att associera nyssnämnda varor med de varor som omfattas av det sökta märket” och för övrigt, på den grunden, godtog det anspråk som gjordes gällande av ägarna till denna galleria.[38] Detsamma gäller i stor utsträckning vad avser förevarande överklagande.

93. Unipreus anspråk i förevarande mål är snarast starkare. I motsats till vad som var fallet i målet Tulliallan Burlington, där frågan huruvida de modeartiklar som svaranden[39] tillverkat faktiskt konkurrerade med de lyxmodeartiklar som såldes av utomstående detaljhandlare i sökandens galleria, var det i bästa fall osäkert. I förevarande fall har Unipreus registrerat ett varumärke för de tjänster som omfattas av klass 35 och som motsvarar följande beskrivning: ”Återförsäljning av sportartiklar”. Unipreus har således preciserat både de tjänster och varor som dess varumärke avser och giltigheten av detta varumärke har inte ifrågasatts. Detta är helt förenligt med den rättspraxis som följer av såväl domen Praktiker som domen Tulliallan Burlington. Enligt min mening skulle det vara oacceptabelt om Unipreus inte kunde åberopa sitt varumärke för att invända mot registrering av ett liknande kännetecken som omfattas av klass 35 som inte preciserar varorna[40] enbart på grund av att det mer i detalj preciserar de tjänster som det avser.

94. Det är av dessa skäl som jag anser att talan inte kan vinna bifall såvitt avser denna del av delgrunden.

b) Den andra delen av delgrunden: de ifrågavarande tjänsternas art

95. Enligt Wallapop underlät tribunalen att i punkt 39 och följande punkter i den överklagade domen ange varför de tjänster som registreringsansökan avsåg utgjorde detaljhandelstjänster i enlighet med punkt 34 i domen Praktiker.

96. Wallapops väsentliga argument är att tribunalens motivering i detta avseende är otillräcklig och att den således har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning.

97. Det ska påpekas att tribunalen konstaterade att de ifrågavarande tjänsterna är av liknande slag, åtminstone i ringa grad. Det är mot bakgrund av detta konstaterande som det ska bedömas om motiveringen är tillräcklig.

98. För min del anser jag emellertid att tribunalen följde resonemanget i punkt 34 i domen Praktiker på i stort sett samma sätt som domstolen gjorde i punkt 130 i domen Tulliallan Burlington.

38 Dom av den 4 mars 2020, Tulliallan Burlington/EUIPO (C-155/18 P–C-158/18 P, EU:C:2020:151, punkt 137).

39 Burlington Fashion GmbH.

40 Ett krav som uppställs i domen Praktiker och som endast lättas i domen Tulliallan Burlington i förhållande till det äldre varumärket vars giltighet inte har ifrågasatts.

99. I punkt 39 i den överklagade domen erinrade tribunalen om domstolens bedömning i domen Praktiker, att syftet med detaljhandel är försäljning av varor till konsumenter. Denna handel inbegriper, förutom den rättshandling som försäljningen utgör, allt som näringsidkaren gör för att en sådan rättshandling kommer till stånd. Denna verksamhet inbegriper bland annat att välja ut det varusortiment som ska bjudas ut till försäljning och att erbjuda olika prestationer som är avsedda att få konsumenten att ingå nämnda rättshandling med handlaren i fråga, hellre än med en konkurrent.

100. Genom att tillämpa samma resonemang som i domen Praktiker fann tribunalen att *alla* tjänster som anges i Wallapops ansökan – således inte bara onlineförsäljningstjänster och e-handelstjänster, utan även förmedlingstjänster och förvaltningstjänster på elektroniska marknader för säljare och köpare, däribland tillhandahållande av kommersiell information som är användbar för försäljning – omfattades av begreppet detaljhandelstjänster, eftersom alla dessa tjänster i slutändan syftade till att uppmuntra till försäljning till konsumenter. [41]

101. Enligt min mening är detta resonemang klart tillräckligt och illustrerar det rättsliga resonemang som tribunalen förde när den drog sina slutsatser i denna fråga.

102. Jag anser därför att denna del av delgrunden ska underkännas.

c) Den tredje delen av delgrunden: huruvida de avsedda ändamålen och allmänhetens uppfattning av tjänsterna i fråga är av liknande slag

103. En central del i Wallapops påstående är att den omständigheten att dess förmedlingstjänster är onlinetjänster medför att de inte omfattas av detaljhandelstjänster. Wallapop anser att det huvudsakliga och dominerande ändamålet med de tjänster som omfattas av det sökta varumärket (drift av elektroniska marknader och tillhörande informationstjänster) klart skiljer sig från ändamålet med de tjänster som omfattas av invändarens varumärke (detaljhandel med sportutrustning).

104. Wallapop anser i detta sammanhang att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den i punkt 43 i den överklagade domen fann att ”de tjänster som avses med det sökta varumärket indirekt tillgodoser ett liknande behov ur den stora allmänhetens synvinkel som tjänsterna avseende detaljhandelsförsäljning av sportutrustning som omfattas av det äldre varumärket och gör det möjligt för dem att köpa de aktuella varorna efter att ha inhämtat information om de varor som omfattas”. Wallapop anser att tribunalen härvid har gjort en felaktig tolkning av begreppet avsett ändamål. Wallapop har vidare anfört att förteckningen över tjänster i ansökan är annorlunda och att tribunalen inte borde ha jämfört dem som en enhet med de tjänster som omfattas av det äldre spanska varumärket.

105. Enligt min mening är domstolens dom Tulliallan Burlington i huvudsak avgörande i denna fråga. Eftersom domstolen i det målet, såsom jag redan anfört, slog fast att en ägare till en galleria bedrev detaljhandel i den mening som avses i klass 35, kan detsamma sägas gälla för den som driver en virtuell galleria, såsom den internetplattform som Wallapop driver. Denna slutsats påverkas inte heller av att något av de förmodade dominerande avsedda ändamålen med tjänsterna i fråga fastställs.

[41] I punkt 40 i den överklagade domen slog tribunalen fast att onlineförsäljningstjänster och e-handelstjänster delvis sammanfaller med detaljhandelstjänster. I punkterna 41 och 42 i den överklagade domen motiverade tribunalen dessutom sin ståndpunkt med att den omständigheten att Wallapop och EUIPO har gjort gällande att det omstridda varumärket inte avser detaljhandelstjänster som sådana, utan förmedlingstjänster, inte är relevant, även om det är korrekt, eftersom de underlättar försäljningen.

106. När det gäller de övriga fyra tjänster som avses i Wallapops varumärkesansökan, såsom tillhandahållande av värderande feedback och rangordning av säljarens varor och tjänster samt deras allmänna värde och beteende, tillhandahållande av en sökbar databas för köpare och säljare samt tillhandahållande av kommersiell information om varor och/eller tjänster, är det riktigt att dessa tjänster behandlades som en enhet av tribunalen i punkterna 41 och 42 i den överklagade domen. Tribunalen drog emellertid slutsatsen att dessa tjänster, utifrån den stora allmänhetens synvinkel, endast utgjorde tillhandahållande av användbar kommersiell information som hade samband med försäljningen av själva varorna.

107. Jag ansluter mig i detta avseende till tribunalens slutsatser. Om man följer det resonemang som förs i domen Praktiker, såsom det tolkas i domen Tulliallan Burlington, är det nödvändigtvis så att dessa tjänster även ska anses kännetecknа detaljhandelstjänster, om inte annat så för att de ”erbjuder olika prestationer som är skilda från en rättsakt som försäljningen utgör som syftar till att säkerställa att konsumenten köper de varor som säljs i dessa butiker”. [42]

108. Jag tvivlar inte på att i och med införandet av näthandel kan utvärderande och jämförande och feedback tjänster av denna typ enklare och effektivare erbjudas dem som önskar använda onlineshoppingplattformen. Enligt min mening skiljer sig emellertid denna typ av informationstjänst i princip inte från den typ av informationstjänst som kunde ha tillhandahållits, och mycket troligt fortfarande tillhandahålls av traditionella ägare av en galleria. Även före tillkomsten av internet har sådana galleriägare utan tvivel regelbundet lämnat denna typ av information till sina hyresgäster angående sådana aspekter som konsumenternas preferenser, genomströmning av konsumenter, resultaten av konsumentundersökning, etcetera

109. Av samtliga dessa skäl anser jag således att tjänsternas avsedda ändamål och allmänhetens uppfattning om dessa tjänster inte kan härledas från deras status som detaljhandelstjänster i den mening som avses i klass 35 på det sätt som detta begrepp tolkades av domstolen i domen Praktiker, och närmare bestämt i domen Tulliallan Burlington.

110. Detta påstående måste således anses ogrundat.

d) Den fjärde delen av delgrunden: huruvida Wallapops tjänster som omfattas av det omstridda varumärket konkurrerar med de tjänster som omfattas av Unipreus äldre varumärke

111. Wallapop har framhållit att de tjänster som de erbjuder endast är en av informationssamhällets tjänster och att de inte avser detaljhandel.

112. Wallapop har framhållit det förhållandet att de tjänster som avses med det sökta varumärket inte konkurrerar med tjänster avseende försäljning som omfattas av sportvaror av invändarens varumärke, utan snarare med andra digitala tjänster eller informationssamhällets tjänster.

113. Såsom framgår av punkterna 45 och 46 liksom av punkterna 51 och 52 i detta förslag till avgörande är tribunalens konstaterande i punkt 37 i den överklagade domen, enligt vilket det inte kan uteslutas att Wallapops ansökan är tillämplig på användningen av en klassisk webbplats för onlineförsäljning, ett konstaterande av faktiska omständigheter som inte kan ifrågasättas i ett mål

[42] Dom av den 4 mars 2020, Tulliallan Burlington/EUIPO (C-155/18 P–C-158/18 P, EU:C:2020:151, punkt 127).

om överklagande om det inte har gjorts gällande att de faktiska omständigheterna har missuppfattats. Härav följer således att det är uppenbart att de ifrågavarande tjänsterna [43] konkurrerar med varandra.

114. Som jag redan har påpekat bygger detta argument dessutom på en skarp åtskillnad mellan förmedlingstjänster via internet, online-handel och detaljhandel i en fysisk lokal. Såsom Unipreus har bemödat sig om att understryka vid förhandlingen, tar denna jämförelse emellertid inte hänsyn till verkligheten på marknaden, förändringar av konsumenternas vanor när det gäller onlineköp och framför allt genomsnittskonsumentens uppfattning. Det faktum att tribunalen, för att återigen upprepa detta, konstaterade att sportskor som Unipreus sålde online även utbjuds till försäljning på Wallapops plattform bevisar i sig detta, även om online-detaljhandelsförsäljningen utförs av utomstående detaljhandlare som har utnyttjat dessa förmedlingstjänster och inte utförs av Wallapop självt.

115. Detta påstående måste följaktligen anses ogrundat.

116. Av de skäl som anges i detta förslag till avgörande anser jag att tribunalen legitimt kunde komma fram till dessa slutsatser vad gäller likheten mellan de aktuella tjänsterna och att det således inte har visats att det skett någon felaktig rättstillämpning i detta avseende.

VII. Rättegångskostnader

117. Enligt artikel 184.2 i domstolens rättegångsregler ska domstolen besluta om rättegångskostnaderna när överklagandet ogillas. Artikel 138.1 i rättegångsreglerna ska enligt artikel 184.1 i dessa regler tillämpas i mål om överklagande. Enligt artikel 138.1 ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats.

118. Unipreus har yrkat att Wallapop ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom Wallapop har tappat målet, ska Wallapop bära sina rättegångskostnader samt förpliktas att ersätta Unipreus rättegångskostnader.

119. Eftersom EUIPO har tappat målet men Unipreus inte yrkat att EUIPO ska förpliktas att ersätta Unipreus rättegångskostnader i målet om överklagande, ska EUIPO bära sina rättegångskostnader i detta förfarande.

VIII. Förslag till avgörande

120. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska:

– ogilla överklagandet och fastställa tribunalens avgörande,

– förplikta Wallapop, SL att bära sina rättegångskostnader och ersätta Unipreus, SL:s rättegångskostnader i målet om överklagande,

– förplikta Europeiska unionens immaterialrättsmyndighet (EUIPO) att bära sina rättegångskostnader i målet om överklagande.

[43] Användningen av en klassisk webbplats för onlineförsäljning.