



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

G. HOGAN

fremsat den 25. juni 2020¹

Sag C-763/18 P

**Wallapop, SL
mod**

**Den Europæiske Unions Kontor for Intellectuel Ejendomsret (EUIPO)
og**

Unipreus, SL

»Appel – EU-varemærker – indsigelsessag – figurmærke med ordbestanddelen »wallapop« – ældre nationalt figurmærke med ordbestanddelen »wala w« – artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009 – lighed mellem tjenesteydelserne – klasse 35 – detailsalg – onlinemarkedsplads«

I. Indledning

1. Appellanten i denne sag, Wallapop SL (herefter »Wallapop«), er et spansk selskab, der driver en onlinemarkedsplads. Selskabets applikation til smartphones og tablets og selskabets hjemmeside giver brugere mulighed for at købe og sælge genstande online. Wallapop indgav en ansøgning til Den Europæiske Unions Kontor for Intellectuel Ejendomsret (EUIPO) om registrering af et figurmærke indeholdende ordet »wallapop«. Der blev ansøgt om beskyttelse for tjenesteydelser i klasse 35 i Nicearrangementet vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker af 15. juni 1957, som revideret og ændret, bl.a. for visse onlinetjenesteydelser i forbindelse med drift af en onlinemarkedsplads og tilknyttede tjenesteydelser.

2. Unipreus SL (herefter »Unipreus«), som driver detailsalg af fodtøj i Spanien, rejste indsigelse mod Wallapops ansøgning på grundlag af et ældre spansk varemærke med ordbestanddelen »wala w«, der er registreret for tjenesteydelser i klasse 35, nemlig »detailsalg af sportsartikler«.

3. Ved afgørelse af 18. januar 2017 (herefter »den omtvistede afgørelse«) forkastede Femte Appelkammer ved EUIPO den af Unipreus indgivne klage over afgørelsen fra indsigelsesafdelingen ved EUIPO, hvorved indsigelsen blev forkastet. Fjerde Appelkammer ved EUIPO var i den omtvistede afgørelse af den opfattelse, at der ikke var risiko for forveksling mellem de omtvistede tegn, fordi de af det ansøgte varemærke og det ældre spanske varemærke omfattede tjenesteydelser var forskellige².

¹ – Originalsprog: engelsk.

² – Jf. punkt 14 i dette forslag til afgørelse.

4. Retten tog i sin dom af 3. oktober 2018, Unipreus mod EUIPO – Wallapop (wallapop) (T-186/17, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:640, herefter »den appellerede dom«), Unipreus' påstand om, at den omtvistede afgørelse skulle annulleres, til følge. Retten konkluderede, at der i det mindste var en svag grad af lighed mellem de omtvistede tjenesteydelser.

5. De problemstillinger, der er opstået i forbindelse med den appellerede dom, er følgende: Er onlinetjenesteydelser i forbindelse med driften af en onlinemarkedsplads forskellige fra, eller af lignende art som, detailsalg? Subsidiært: Bør sådanne onlinetjenesteydelser i forbindelse med driften af en onlinemarkedsplads medtages i begrebet »detailsalg« efter Domstolens nylige dom i sagen Tulliallan Burlington mod EUIPO³?

6. Inden jeg vender mig mod disse spørgsmål, vil jeg dog redegøre for de relevante retsforskrifter og retsforhandlingernes baggrund samt mere detaljeret for sagens faktiske omstændigheder.

II. Relevante retsforskrifter

A. Forordning nr. 207/2009

7. Artikel 8, stk. 1, i Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26. februar 2009 om EU-varemærker⁴, med senere ændringer, bestemmer følgende:

»1. Hvis indehaveren af et ældre varemærke rejser indsigelse, er det varemærke, der søges registreret, udelukket fra registrering:

[...]

b) såfremt der i offentlighedens bevidsthed inden for det område, hvor det ældre varemærke er beskyttet, er risiko for forveksling, fordi det yngre varemærke er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og varerne eller tjenesteydelserne er af samme eller lignende art; risikoen for forveksling indbefatter risikoen for, at der antages at være en forbindelse med det ældre varemærke.«

B. Direktiv 2011/83

8. Artikel 6 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2011/83/EU af 25. oktober 2011 om forbrugerrettigheder, om ændring af Rådets direktiv 93/13/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 1999/44/EF samt om ophævelse af Rådets direktiv 85/577/EØF og

³ – Dom af 4.3.2020, Tulliallan Burlington mod EUIPO (C-155/18 P – C-158/18 P, EU:C:2020:151, herefter »Tulliallan Burlington-dommen«).

⁴ – EUT 2009, L 78, s. 1. Forordning nr. 207/2009 blev erstattet af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2017/1001 af 14.6.2017 om EU-varemærker, EUT 2017, L 154, s. 1.

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF⁵ har overskriften »Oplysningskrav for aftaler om fjernsalg og aftaler indgået uden for fast forretningssted«. Artikel 6, stk. 1, litra b) og c), bestemmer:

»1. Inden forbrugeren bindes af en aftale om fjernsalg eller en aftale indgået uden for fast forretningssted eller et tilsvarende tilbud, giver den erhvervsdrivende på en klar og forståelig måde forbrugeren følgende oplysninger:

[...]

b) den erhvervsdrivendes identitet, f.eks. vedkommendes firmanavn

c) den fysiske adresse, hvor den erhvervsdrivende er etableret, og den erhvervsdrivendes eventuelle telefon- og faxnummer og e-mailadresse, så forbrugeren kan kontakte den erhvervsdrivende hurtigt og kommunikere effektivt med vedkommende, og, hvor det er relevant, den fysiske adresse og identitet på den erhvervsdrivende, på hvis vegne vedkommende handler.«

C. Forordning nr. 524/2013

9. Artikel 4, stk. 1, litra f), i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 524/2013 af 21. maj 2013 om onlinetvistbilæggelse i forbindelse med tvister på forbrugerområdet og om ændring af forordning (EF) nr. 2006/2004 og direktiv 2009/22/EF (forordning om OTB på forbrugerområdet)⁶ bestemmer:

»1. I denne forordning forstås ved:

[...]

f) »onlinemarkedsplads«: en tjenesteyder som defineret i artikel 2, litra b), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked (direktivet om elektronisk handel), der gør det muligt for forbrugere og erhvervsdrivende at indgå købs- eller tjenesteydelsesaftaler på onlinemarkedspladsens websted.«

D. Direktiv 2016/1148

10. Artikel 4, nr. 17), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2016/1148 af 6. juli 2016 om foranstaltninger, der skal sikre et højt fælles sikkerhedsniveau for net- og informationssystemer i hele Unionen⁷, bestemmer:

»I dette direktiv forstås ved:

[...]

⁵ – EUT 2011, L 304, s. 64.

⁶ – EUT 2013, L 165, s. 1.

⁷ – EUT 2016, L 194, s. 1.

»onlinemarkedsplads«: en digital tjeneste, som giver forbrugere og/eller erhvervsdrivende som defineret i henholdsvis artikel 4, stk. 1, litra a) og b), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2013/11/EU [af 21. maj 2013 om alternativ tvistbilæggelse i forbindelse med tvister på forbrugerområdet og om ændring af forordning (EF) nr. 2006/2004 og direktiv 2009/22/EF (direktiv om ATB på forbrugerområdet) (EUT 2013, L 165, s. 63)] mulighed for at indgå aftaler om køb eller tjenester online med erhvervsdrivende enten på onlinemarkedspladsens websted eller på et websted tilhørende en erhvervsdrivende, som anvender computing-tjenester, der udbydes af onlinemarkedspladsen.«

III. Tvistens baggrund

11. Den 18. september 2014 indgav Wallapop en ansøgning om registrering af et EU-varemærke til EUIPO i medfør af forordning nr. 207/2009. Der blev ansøgt om varemærkeregistrering af følgende figurmærke (herefter »det anfægtede varemærke«):



12. De tjenesteydelser, for hvilke der blev ansøgt om registrering, er omfattet af klasse 35 og svarer særligt til følgende beskrivelse:

»onlinehandel, nemlig drift af onlinemarkedspladser for sælgere og købere af varer og tjenesteydelser; onlinehandel, hvor sælgere udbyder varer eller tjenesteydelser til salg, og hvor der arrangeres køb og bud via internettet med henblik på fremme af salget af andres varer og tjenesteydelser via et computernetværk; udbydelse af evaluerende feedback og vurdering af sælgers varer og tjenesteydelser, værdien af og prisen på sælgers varer og tjenesteydelser, købers og sælgers ydelse, levering og generel handelserfaring i forbindelse hermed; tilvejebringelse af en onlinesøgereklameguide indeholdende onlinesælgeres varer og tjenesteydelser; en onlinesøgedatabase indeholdende andres varer og tjenesteydelser til vurdering af disse; formidling af kommerciel information vedrørende varer og/eller tjenesteydelser, vurdering og klassificering af denne type produkter og tjenesteydelser samt af købere og sælgere af denne type produkter og/eller tjenesteydelser; søgning, kompilering, systematisering, behandling og levering af forretningsmæssig information til andre [...]«

13. Den 7. januar 2015 rejste Unipreus indsigelse i medfør af artikel 41 i forordning nr. 207/2009 mod registreringen af det anfægtede varemærke for så vidt angår de tjenesteydelser, der er henvist til i punkt 12 ovenfor.

14. Indsigelsen var bl.a. støttet på det spanske nationale varemærke nr. 2874101, der er gengivet nedenfor, og som blev ansøgt den 30. april 2009 og registreret den 10. november 2009 for tjenesteydelser omfattet af klasse 35 og svarende til følgende beskrivelse: »detailsalg af sportsartikler«.



15. De grunde, der blev påberåbt til støtte for indsigelsen, er de af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009 omfattede.

16. Den 19. oktober 2015 forkastede indsigelsesafdelingen indsigelsen for de tjenesteydelser, der er henvist til i punkt 12 ovenfor.

17. Den 24. november 2015 indgav Unipreus en klage til EUIPO i medfør af artikel 58-64 i forordning nr. 207/2009 over indsigelsesafdelingens afgørelse, idet selskabet gjorde gældende, at afgørelsen skulle annulleres, for så vidt som indsigelsen blev forkastet for de tjenesteydelser, der er henvist til i punkt 12 ovenfor.

18. Femte Appellkammer ved EUIPO forkastede ved den omtvistede afgørelse klagen for så vidt angår disse tjenesteydelser. Appellkammeret var af den opfattelse, at de sammenlignede tegn efter en helhedsvurdering havde en lav grad af lighed, men at de tjenesteydelser, der er henvist til i punkt 12 i dette forslag til afgørelse, var forskellige fra tjenesteydelserne i det ældre spanske varemærke, og at der derfor ikke var risiko for forveksling mellem tegnene for så vidt angår disse tjenesteydelser.

IV. Retsforhandlingerne for Retten og den appellerede dom

19. Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 23. marts 2017 nedlagde Unipreus påstand om annulation af den omtvistede afgørelse. Unipreus gjorde til støtte for påstanden et enkelt anbringende gældende om tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009.

20. Retten tog i den appellerede dom Unipreus' påstand og dermed selskabets eneste anbringende til følge. Retten fandt i den appellerede doms præmis 54, at de tjenesteydelser, der er henvist til i punkt 12 i dette forslag til afgørelse, og de tjenesteydelser, der er omfattet af det ældre spanske varemærke, i det mindste havde en lav grad af lighed. Retten annullerede følgelig den omtvistede afgørelse, for så vidt som det deri blev antaget, at disse tjenesteydelser ikke var af lignende art som de tjenesteydelser, for hvilke det ældre spanske varemærke var registreret.

21. For det første fandt Retten i den appellerede doms præmis 36, at begrebet »detail« omfatter både salg i fysiske forretningslokaler og onlinesalg, og at det ældre spanske varemærke derfor – i modsætning til det af appellkammeret konkluderede – også omfattede onlinesalg af sportsartikler. Retten bemærkede i den appellerede doms præmis 37, at eftersom de af det anfægtede varemærke omfattede tjenesteydelser henviser til »onlinehandel«, kunne det ikke udelukkes, at Wallapop ville anvende en »klassisk« hjemmeside til at sælge varer eller tjenesteydelser direkte til brugere. Retten udledte heraf i den appellerede doms præmis 38, at distributionskanalerne for de omtvistede tjenesteydelser havde i det mindste en lav grad af lighed og ikke var forskellige, således som appellkammeret havde antaget.

22. For det andet og hvad angår arten af, det påtænkte formål med og anvendelsen af de omtvistede tjenesteydelser erindrede Retten om, at i henhold til retspraksis⁸ er formålet med detailhandel at sælge varer til forbrugere⁹. Retten fandt, at der i denne sag var et delvist overlap mellem tjenesteydelserne for det anfægtede varemærke, som henviser til »onlinehandel«, og tjenesteydelserne for det ældre spanske varemærke, som omfatter detailsalg, herunder online, af sportsartikler¹⁰. Retten udtalte, at argumentet, hvorefter det anfægtede varemærke ikke vedrørte faktisk detailsalg, men formidlingstjenester eller tjenesteydelser i forbindelse med driften af onlinemarkedspladser, herunder levering af forretningsmæssig information, ikke rejste tvivl om denne konklusion. Ifølge Retten har levering af sådan information til formål at lette detailsalg, herunder af sportsartikler. Den almene offentlighed kan derfor gennem de af det anfægtede varemærke omfattede tjenesteydelser købe varer, som er identiske med eller ligner de af Unipreus solgte. Retten fandt dermed, at de af det anfægtede varemærke omfattede tjenesteydelser indirekte opfyldte et behov af lignende art hos den almene offentlighed som det af det ældre spanske varemærke omfattede detailsalg. Ifølge Retten havde det påtænkte formål med og anvendelsesmåden for de omtvistede tjenesteydelser følgelig i det allermindste en lav grad af lighed og var ikke forskellige, således som appelkammeret havde antaget¹¹.

23. For det tredje bemærkede Retten, at Wallapops ansøgning om registrering kun henviste til »købere« og »sælgere« uden at specificere, om de af det anfægtede varemærke omfattede formidlingstjenester var rettet mod private eller erhvervsdrivende personer. Retten udtalte, at det derfor ikke var udelukket, at det anfægtede varemærke kunne blive anvendt af erhvervsdrivende sælgere og forbrugere, der var i kontakt med hinanden, og til at drive en platform, som gav mulighed for salg af nye varer og ikke kun brugte genstande. Retten fandt følgelig, at appelkammeret med urette havde antaget, at de omtvistede tjenesteydelser ikke var rettet mod de samme forbrugere¹².

24. For det fjerde fandt Retten, at en forbruger kunne analysere udbuddene af den samme vare på både Unipreus' hjemmeside »www.walashop.com« og på hjemmesiden »www.walapop.com« eller i den tilsvarende mobilapplikation. Endvidere havde appelkammeret ifølge Retten ikke forklaret, hvorfor anvendelsen af en mobilapplikation, som giver en forbruger mulighed for at være i kontakt med sælgerne af visse varer og at få disse varer leveret, ikke i et vist omfang er substituerbar med at købe disse varer i en fysisk butik eller online. Retten fandt dermed, at det ikke kunne udelukkes, at der var et konkurrenceforhold mellem de omtvistede tjenesteydelser, og at appelkammeret derfor med urette havde antaget, at de ikke konkurrerede med hinanden¹³.

V. Parternes påstande og retsforhandlingerne for Domstolen

25. Wallapop har nedlagt følgende påstande:

- Den appellerede dom ophæves.

⁸ – Retten henviste til dom af dom af 7.7.2005, Praktiker Bau- und Heimwerkermärkte (C-418/02, EU:C:2005:425, præmis 34, herefter »Praktiker-dommen«).

⁹ – Jf. den appellerede dom, præmis 39.

¹⁰ – Jf. den appellerede dom, præmis 41-44.

¹¹ – Jf. den appellerede dom, præmis 41-44.

¹² – Jf. den appellerede dom, præmis 46-49.

¹³ – Jf. den appellerede dom, præmis 50-53.

- Unipreus tilpligtes at betale de af Wallapop afholdte omkostninger i forbindelse med sagen i første instans og for Domstolen.

26. Unipreus har nedlagt følgende påstande:

- Appellen forkastes.
- Wallapop tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

27. EUIPO har nedlagt følgende påstande:

- Wallapops appel tages til følge.
- Unipreus tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

28. Wallapop, Unipreus og EUIPO har indgivet skriftlige indlæg. Wallapop, Unipreus og EUIPO deltog i retsmødet for Domstolen den 12. marts 2020.

VI. Appellen

29. Wallapop har til støtte for appellen nedlagt et enkelt appelanbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009.

A. Parternes argumenter

30. Wallapop har med det eneste appelanbringende gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl, da den konkluderede, at de af det anfægtede varemærke omfattede tjenesteydelser har en lav grad af lighed med de tjenesteydelser, der er omfattet af det ældre spanske varemærke.

31. Appelanbringendet er i det væsentlige opdelt i to led.

32. Wallapop har i det første led gjort gældende, at Retten fejlfortolkede begrebet »onlinemarkedsplads«, som det fremgår af forskellige EU-retlige bestemmelser og af Domstolens praksis.

33. Wallapop har gjort gældende, at artikel 4, stk. 1, litra f), i forordning nr. 524/2013 og i artikel 4, nr. 17), i direktiv 2016/1148 opstiller rammerne for de grundlæggende elementer i begrebet »onlinemarkedsplads« i EU-retten. Det følger af disse bestemmelser, at en »onlinemarkedsplads« er en digital tjeneste eller en informationssamfundstjeneste, som giver tredjemænd, nemlig erhvervsdrivende og/eller forbrugere, mulighed for at indgå handelstransaktioner eller tjenesteydelsesaftaler uafhængigt af udbyderen af onlinemarkedspladsen.

34. Ifølge Wallapop undlod Retten at tage et grundlæggende kendetegn ved de tjenesteydelser, der udbydes af onlinemarkedspladser, og som fremgår af denne definition, i betragtning, nemlig at onlinemarkedspladser ikke foretager onlinesalg, men snarere tilbyder formidlingstjenester til tredjemænd, som anvender sådanne tjenesteydelser til onlinehandel på platformen. Retten foretog dermed en fortolkning, som byggede på varemærkeretten, af de af en onlinemarkedsplads leverede tjenesteydelser, som er uforenelig med det ensartede begreb »onlinemarkedsplads« som defineret i EU-retten.

35. Wallapop har videre gjort gældende, at Rettens begrundelse er uforenelig med begrebet leverandør af informationssamfundstjenester, som det fremgår af Domstolens dom af 20. december 2017, Asociación Profesional Elite Taxi (C-434/15, EU:C:2017:981). Domstolen udtalte i den dom, at en leverandør af formidlingstjenester ved elektroniske midler, såsom Uber, ikke blot kan anses for en leverandør af informationssamfundstjenester, når den tilbyder tjenesteydelser, som går videre end at forbinde tredjemænd på platformen, og den fastsætter visse afgørende elementer af de transaktioner, der finder sted på platformen. I denne sag har Wallapop dog gjort gældende, at selskabet – i modsætning til Uber – blot leverer formidlingstjenester og tilknyttede tjenesteydelser, og at selskabet ikke udøver nogen andre særskilte aktiviteter.

36. I appelanbringendets andet led har Wallapop, støttet af EUIPO, gjort gældende, at Retten fejlforklode de relevante faktorer, som bør tages i betragtning ved bedømmelsen af lighed mellem de pågældende tjenesteydelser.

37. Hvad for det første angår Rettens bedømmelse af distributionskanalerne har Wallapop og EUIPO gjort gældende, at det forhold, at Unipreus sælger varer online på selskabets »klassiske« hjemmeside, ikke kan føre til den konklusion, at de omtvistede tjenesteydelser er af lignende art. Ifølge Wallapop og EUIPO medfører Rettens tilgang en uforholdsmæssig udvidelse af det ældre varemærkes beskyttelsesomfang. Internettet er ikke en distributionskanal, idet det er blot et medium eller en støtte for forskellige distributionskanaler. Det er forenklet at bygge ligheden mellem de omtvistede tjenesteydelser på det forhold, at de har internettet som et fælles træk. Wallapop sælger ikke varer direkte på sin platform. Under alle omstændigheder leverer virksomheder, som driver platforme, når de sælger varer på deres platforme, ikke tjenesteydelser, som adskiller sig fra onlinemarkedspladsydelser. Endvidere har den erhvervsdrivende (Wallapop) pligt til i henhold til artikel 6, stk. 1, litra b), i direktiv 2011/83 at give forbrugeren oplysning om sin identitet¹⁴.

38. Hvad for det andet angår de omtvistede tjenesteydelsers art har Wallapop og EUIPO kritiseret Retten for at have undladt at redegøre for noget element, der støtter den konklusion, at de af det anfægtede varemærke omfattede tjenesteydelser omfatter aktiviteter, der udgør detailsalg.

39. Wallapop og EUIPO har endvidere gjort gældende, at Retten byggede sin analyse af ligheden mellem de pågældende tjenesteydelser på en delvis eller fejlagtig forståelse af ordene i listen over tjenesteydelser, for hvilke der blev ansøgt om registrering af det anfægtede varemærke. Retten konkluderede derfor fejlagtigt i den appellerede doms præmis 37, at disse tjenesteydelser udgjorde detailsalg og ikke digitale tjenesteydelser, som giver tredjemænd mulighed for at gennemføre onlinesalg. Hvad angår de første to tjenesteydelser, der er henvist til i punkt 12 i dette forslag til afgørelse, burde en fuldstændig forståelse af denne ordlyd have ført Retten til at konkludere, at det ikke er leverandøren af formidlingstjenesterne, men de tredjemænd, som anvender disse tjenesteydelser, der foretager salg på platformen. Hvad angår de øvrige fire tjenesteydelser har Wallapop og EUIPO kritiseret Retten for at have undladt at identificere dem og for at have sammenstillet dem i en enkelt gruppe kaldet »levering af forretningsmæssig information, der er nyttig med henblik på salg«¹⁵. Hvis Retten havde foretaget en korrekt analyse af sådanne tjenesteydelser, burde den have konkluderet, at de er digitale tjenesteydelser, som er

¹⁴ – Det kan være nyttigt på dette tidspunkt at bemærke, at det forhold, at den erhvervsdrivendes navn oplyses, kan være en relevant faktor ved bedømmelsen af forvekslingsrisikoen, men for så vidt angår spørgsmålet om forveksling i forbindelse med en varemærkeansøgning kan det ikke være bestemmende.

¹⁵ – I den appellerede doms præmis 41.

nødvendige for en onlinemarkedsplads' rette funktion. Endvidere har Wallapop gjort gældende, at selskabet ikke giver nogen oplysninger, som tilskynder til indgåelsen af salgstransaktioner, men at sælgerne selv giver sådanne oplysninger.

40. For det tredje har Wallapop og EUIPO gjort gældende, at de påtænkte formål med de af det anfægtede varemærke omfattede tjenesteydelser er fuldstændigt forskellige fra det påtænkte formål med det detailsalg, der er omfattet af det ældre spanske varemærke. Det påtænkte formål med de første to formidlingstjenester, der er henvist til i punkt 12 i dette forslag til afgørelse, er at udbyde og vedligeholde et digitalt rum til udveksling af varer eller tjenesteydelser mellem tredjemænd, sælgere og købere, uden nogen forbindelse til den virksomhed, som udbyder tjenesteydelsen. På samme måde som ejeren af en bygning, der anvendes til et butikcenter, udlejer lokaler til tredjemænd, således at de kan markedsføre deres varer, leverer indehaveren af en virtuel markedsplads digitale tjenesteydelser, der har til formål at levere det digital rum og redskaber, som bistår den af tredjemænd foretagne markedsføring. Det påtænkte formål med den anden gruppe af accessoriske tjenesteydelser, der er nævnt ovenfor, er at gøre det muligt for sælgere og købere nemt at få oplysninger om de muligheder, som en virtuel platform tilbyder, med henblik på henholdsvis at sælge eller købe varer. Retten begik en retlig fejl ved at antage, at de påtænkte formål med disse tjenesteydelser havde en lav grad af lighed.

41. Wallapop har videre gjort gældende, at Rettens tilgang er i modstrid med Rettens egen praksis om fastlæggelsen af et primært og et sekundært påtænkt formål. Ifølge Rettens egen praksis¹⁶ er det nødvendigt ved sammenligningen af tjenesteydelser at identificere deres dominerende påtænkte formål for at bedømme ligheden herimellem. Selv hvis de af det anfægtede varemærke omfattede tjenesteydelser indirekte kan have samme påtænkte formål som de af det ældre varemærke omfattede tjenesteydelser, nemlig at give forbrugere mulighed for at købe sportsartikler, ændrer det ifølge Wallapop dermed på ingen måde, at de dominerende påtænkte formål med de omtvistede tjenesteydelser er nogle andre. Det forhold, at nogle tjenesteydelser indirekte kan tilfredsstille det samme behov, er ikke til hinder for, at den relevante forbruger kan opfatte dem som særskilte.

42. For det fjerde har Wallapop hævdet, at de af det anfægtede varemærke omfattede tjenesteydelser ikke konkurrerer med de af det ældre varemærke omfattede, eftersom de ikke vedrører detailhandel. De konkurrerer snarere med andre informationssamfundstjenester.

43. Unipreus har gjort gældende, at sammenligningen af de omtvistede tjenesteydelser skal tage hensyn til markedsrealiteten og gennemsnitsforbrugerens opfattelse. Set i dette lys er Rettens bedømmelse korrekt, og Wallapops argumenter bygger på en kunstig tilgang.

44. Unipreus har nærmere bestemt gjort gældende, at de omtvistede tjenesteydelser ikke er forskellige, men er af lignende art. Tjenesteydelserne er rettet mod det samme publikum, nemlig den almene offentlighed, som ønsker at købe de samme eller lignende varer, navnlig tøj, sko og sportsartikler. De har det samme formål, nemlig at give den almene offentlighed mulighed for at opfylde behovet for at købe disse varer. De komplementerer hinanden, idet forbrugeren kan anvende begge tjenester til at købe disse varer. Endelig konkurrerer de også med hinanden, eftersom tjenesteydelserne i forbrugerens øjne kan udskiftes med hinanden, for så vidt som forbrugeren kan analysere udbuddet af den samme vare på Unipreus' hjemmeside og i Wallapops mobilapplikation eller hjemmeside.

¹⁶ – Wallapop har henvist til dom af 2.7.2015, BH Stores mod KHIM – Alex Toys (ALEX) (T-657/13, EU:T:2015:449, præmis 64-66).

B. Bedømmelse

1. Indledende bemærkninger

45. I henhold til Domstolens faste praksis fremgår det af en gennemgang af artikel 256 TEUF, sammenholdt med artikel 58, stk. 1, i statuten for Den Europæiske Unions Domstol, at det alene er Retten, der har kompetence for det første til at fastlægge de faktiske omstændigheder i sagen, når bortses fra tilfælde, hvor den indholdsmæssige urigtighed af dens konstateringer følger af de sagsakter, som den har fået forelagt, og for det andet til at vurdere de faktiske omstændigheder, medmindre de er gengivet forkert. Når Retten har fastlagt eller vurderet de faktiske omstændigheder, har Domstolen i henhold til artikel 256 TEUF alene kompetence til at gennemføre en kontrol med den retlige kvalificering af disse faktiske omstændigheder og de retlige konsekvenser, som Retten har draget heraf¹⁷.

46. Herudover følger det af lige så fast retspraksis, at Domstolen ikke har kompetence til at fastlægge de faktiske omstændigheder og i princippet heller ikke til at bedømme de beviser, Retten har lagt til grund ved fastlæggelsen af de faktiske omstændigheder. Når beviserne er blevet forskriftsmæssigt tilvejebragt, og de almindelige retsgrundsætninger og de processuelle regler om bevisbyrde og bevisførelse er blevet overholdt, er det alene Retten, der har kompetence til at vurdere, hvilken bevisværdi der skal tillægges de oplysninger, den har fået forelagt. Denne vurdering udgør ikke, medmindre beviserne er gengivet forkert, et retsspørgsmål, som er undergivet Domstolens prøvelsesret. Det skal i denne henseende erindres, at der foreligger en urigtig gengivelse, hvis det uden fremlæggelse af nye beviser fremgår åbenbart, at bedømmelsen af de foreliggende beviser er urigtig¹⁸.

47. Bedømmelse af faktiske omstændigheder, som ikke er underlagt Domstolens kontrol i appelsager, omfatter Rettens konklusioner med hensyn til kendetegnene ved den relevante kundekreds' og forbrugernes opmærksomhed, opfattelse eller adfærd, og Rettens bedømmelse i forbindelse med undersøgelsen af forvekslingsrisikoen i den i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009 omhandlede forstand af lighederne mellem de omtvistede tegn. Det samme må gælde for Rettens bedømmelse af lighederne mellem de varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af de omtvistede varemærker, i forbindelse med undersøgelsen af forvekslingsrisikoen¹⁹.

48. Disse særlige betragtninger er især relevante for så vidt angår det eneste appelanbringende.

2. Første led af det eneste appelanbringende: om Retten fejlfortolkede eller foretog en forkert anvendelse af definitionen af onlinemarkedsplads i henhold til EU-retten og Domstolens praksis

49. Det kan være nyttigt først at behandle det første led af det eneste appelanbringende, nemlig at Retten fejlfortolkede eller i det mindste foretog en forkert anvendelse af definitionen af »onlinemarkedsplads« som defineret i bl.a. artikel 4, stk. 1, litra f), i forordning nr. 524/2013 og artikel 4, nr. 17), i direktiv 2016/1148 og Domstolens begrundelse i dom af 20. december 2017, Asociación Professional Elite Taxi (C-434/15 EU:C:2017:981).

¹⁷ – Kendelse af 3.6.2015, The Sunrider Corporation mod KHIM (C-142/14 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2015:371, præmis 47).

¹⁸ – Kendelse af 3.6.2015, The Sunrider Corporation mod KHIM (C-142/14 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2015:371, præmis 48 og 49).

¹⁹ – Jf. kendelse af 3.6.2015, The Sunrider Corporation mod KHIM (C-142/14 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2015:371, præmis 51 og 52). Jf. også dom af 7.5.2009, Waterford Wedgwood mod Assembled Investments (Proprietary) og KHIM (C-398/07 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2009:288, præmis 42).

50. Jeg er af den opfattelse, at dette ikke er korrekt.

51. For det første kan det bemærkes, at definitionerne i artikel 4, stk. 1, litra f), i forordning nr. 524/2013 og artikel 4, nr. 17), i direktiv 2016/1148 kun finder anvendelse for så vidt angår den specifikke forordning og direktiv. Dette fremgår særligt klart af selve ordlyden af de pågældende bestemmelser, som bestemmer: »I denne forordning forstås ved« og »[i] dette direktiv forstås ved«. De pågældende definitioner hævder dermed ikke at finde mere generel anvendelse på registrering af varemærker generelt eller på registrering af varemærker for detailsalg i klasse 35 særskilt, selv om jeg godtager, at definitionerne af »onlinemarkedsplads« heri er nyttige og kan finde i hvert fald analog anvendelse i forbindelse med denne sag²⁰. Dette kan navnlig være tilfældet ved bedømmelsen af, om de pågældende tjenesteydelser konkurrerer med hinanden, og i hvilket omfang (om overhovedet) de er overlappende, således som Retten fandt i den appellerede doms præmis 40²¹.

52. For det andet kan jeg under alle omstændigheder ikke godtage, at Retten misforstod eller foretog en forkert anvendelse af definitionerne af »onlinemarkedsplads« i artikel 4, stk. 1, litra f), i forordning nr. 524/2013 og artikel 4, nr. 17), i direktiv 2016/1148 eller Domstolens begrundelse i sag C-434/15.

53. Det fremgår ganske klart af en gennemgang af den appellerede doms præmis 37 og 41, at Retten fuldstændig forstod, at Wallapop i overensstemmelse med sin varemærkeansøgning påtænkte at udbyde – bl.a. eller især – en onlineplatform, formidlingstjenester eller forvaltningstjenester *snarere end salgstjenester som sådan*.

54. Retten fandt i denne henseende i den appellerede doms præmis 37, at varemærkeansøgningen henviser særskilt til »onlinehandelstjenester, dvs. drift af onlinemarkedspladser for sælgere og købere af varer og tjenesteydelser; e-handelstjenester, hvor sælgere udstiller varer eller tjenesteydelser, der er til salg, og for hvilke køb eller bud foretages via internettet *med henblik på fremme af salget af tredjemænds varer og tjenesteydelser via et globalt computernetværk*«²².

55. Efter min opfattelse forvekslede Retten ikke sontringen mellem at fremme salget af en tredjemands varer²³ med udøvelsen af en afgørende indflydelse på vilkårene for salg af de udbudte varer²⁴ eller endog salget af varerne som sådan i en onlinesammenhæng.

56. Endvidere fastslog Retten også i den appellerede doms præmis 37 den faktiske omstændighed, at Wallapops varemærkeansøgning – på trods af Wallapops og EUIPO's argumenter om det modsatte, der er refereret i den appellerede doms præmis 37 og 41 – *også omfatter* anvendelsen af en konventionel hjemmeside til at foretage onlinesalg. Denne konklusion i den appellerede doms præmis 37 godtgør efter min opfattelse snarere, at Retten var fuldstændig klar over den

²⁰ – Jf. analogt kendelse af 3.6.2015, The Sunrider Corporation mod KHIM (C-142/14 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2015:371, præmis 55 og 56). Domstolen erindrede i denne kendelse om, at dens kompetence i henhold til artikel 256 TEUF til at kontrollere Rettens retlige kvalificering af de faktiske omstændigheder i princippet vedrører Rettens retlige kvalificering *i lyset af de regler og principper, som regulerer EU-retten om EU-varemærker*.

²¹ – I dom af 29.9.1998, Canon (C-39/97, EU:C:1998:442, præmis 23), udtalte Domstolen, at ved vurderingen af ligheden mellem de pågældende varer eller tjenesteydelser skal der tages hensyn til alle de relevante faktorer, der kendetegner forbindelsen mellem varerne eller tjenesteydelserne. Disse faktorer omfatter bl.a. deres art, deres slutbrugere, deres anvendelsesformål og om de er i et konkurrenceforhold eller supplerer hinanden.

²² – Min fremhævelse. Jf. også den appellerede doms præmis 40.

²³ – Jf. analogt dom af 19.12.2019, Airbnb Ireland (C-390/18, EU:C:2019:1112).

²⁴ – Jf. analogt dom af 22.3.2017, GROFA m.fl. (C-435/15 og C-666/15, EU:C:2017:232). I modsætning til den nævnte dom er der i den appellerede dom ingen antydning af, at udøvelsen af en afgørende indflydelse på vilkårene for salg af varer eller tjenesteydelser var af nogen betydning.

anderledes art af de tjenesteydelser, der kan leveres over internettet, som den antog, at Wallapop ønskede at registrere, og deres anderledes operationsmåde, end at Retten fejlfortolkede begrebet »onlinemarkedsplads«.

57. Jeg vil i denne henseende anføre, at Wallapop er af den opfattelse, at Retten begik en fejl, da den i den appellerede doms præmis 37 fastslog, at det ikke kan udelukkes, at Wallapops ansøgning vedrører anvendelsen af en konventionel hjemmeside til at foretage onlinesalg²⁵.

58. Det er min opfattelse, at mens Wallapop har anfægtet Rettens fastslåelse af faktiske omstændigheder i den appellerede doms præmis 37²⁶, har selskabet ikke gjort gældende, at Retten gengav de faktiske omstændigheder forkert i denne henseende.

59. Jeg er derfor af den opfattelse, at argumentet skal afvises.

60. I denne henseende er Rettens udtalelse i den appellerede doms præmis 38, hvorefter tjenesteydelsernes distributionskanaler har en lav grad af lighed, endvidere ikke fejlagtig for så vidt angår det forhold, at både Wallapop og Unipreus anvender en konventionel hjemmeside til at foretage onlinesalg.

61. Jeg vil også understrege det forhold, at Retten i den appellerede doms præmis 38 specifikt vedrørende konklusionen i dommens præmis 37 udtalte, at »selv hvis det kun er en af de faktorer, der skal tages i betragtning, skal det fastslås, at de omtvistede tjenesteydelsers distributionskanaler har i det mindste en lav grad af lighed [...]«.

62. Wallapop har ikke kritiseret denne begrundelses tilstrækkelighed. Jeg er derfor af den opfattelse, at Rettens konklusion i den appellerede doms præmis 38 for så vidt angår tjenesteydelsernes distributionskanaler skal opretholdes.

63. Jeg er af den opfattelse, at Wallapops anbringende, hvorefter Retten begik en fejl ved at konkludere, at de pågældende tjenesteydelsers distributionskanaler har i det mindste en lav grad af lighed, derfor er ugrundet.

64. På trods af denne konklusion er det måske ikke desto mindre nødvendigt for fuldstændighedens skyld og for at sikre retlig klarhed på dette område at undersøge, om Rettens konklusion i den appellerede doms præmis 38, hvorefter de pågældende tjenesteydelsers (andre) distributionskanaler, nemlig Wallapops platform, som fremmer tredjemænds salg af varer og tjenesteydelser, og Unipreus' mere konventionelle hjemmeside, udgør distributionskanaler af lignende art.

65. Jeg foreslår, at dette gøres i punkt 72 ff. nedenfor.

66. Domstolen bør dermed efter min opfattelse forkaste det første led af det eneste appelanbringende som ugrundet.

²⁵ – Jf. punkt 67 ff. i Wallapops appelskrift.

²⁶ – Jf. punkt 36 i dette forslag til afgørelse.

3. Andet led af det eneste appelanbringende: om Retten fejlfortolkede de relevante faktorer, der bør tages i betragtning ved enhver bedømmelse af ligheden mellem de pågældende tjenesteydelser

67. Det kan her anføres, at artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009 bestemmer, at hvis indehaveren af et ældre varemærke rejser indsigelse, er det varemærke, der søges registreret, udelukket fra registrering, såfremt der i offentlighedens bevidsthed inden for det område, hvor det ældre varemærke er beskyttet, er risiko for forveksling, fordi det yngre varemærke er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og varerne eller tjenesteydelserne er af samme eller lignende art.

68. Det fremgår af fast retspraksis, at det ved anvendelsen af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009 kræves, for at der kan foreligge en risiko for forveksling, både, at det varemærke, som ansøgningen vedrører, er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og at de varer eller tjenesteydelser, der er omhandlet i varemærkeansøgningen, er af samme eller lignende art som de varer eller tjenesteydelser, med hensyn til hvilke det ældre varemærke er blevet registreret, og at der derved er tale om kumulative betingelser²⁷.

69. Det er også fastslået i fast retspraksis, at der ved vurderingen af ligheden mellem varer og tjenesteydelser skal tages hensyn til alle relevante faktorer, der kendetegner forbindelsen mellem disse varer eller tjenesteydelser. Disse faktorer omfatter navnlig deres art, deres anvendelsesformål og benyttelsen af dem, samt om de er i et konkurrenceforhold eller supplerer hinanden²⁸.

70. Appellkammeret anførte i den omtvistede afgørelse, at de pågældende tegn lignede hinanden, dog ganske vist kun i en lav grad. Der er ikke rejst tvivl om denne konklusion ved Retten eller ved Domstolen.

71. Endvidere kan det i forbifarten anføres, at det ikke er blevet foreslået, at det ældre varemærke (»wala w«) har et omdømme i Spanien, således at brugen af et lignende varemærke »medfører eller ville medføre utilbørlig udnyttelse af det ældre varemærkes særpræg eller renommé, eller som skader eller ville skade dette særpræg eller renommé« i den i artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 207/2019 omhandlede forstand²⁹.

72. Det skal imidlertid anføres, at Retten slet ikke *som sådan* udtalte sig om forvekslingsspørgsmålet. Sagen til prøvelse af appelkammerets afgørelse blev i stedet taget til følge på det ganske snævre grundlag, at – som Retten fandt i den appellerede doms præmis 54 – appelkammeret med urette havde konkluderet, at de af varemærkerne omfattede tjenesteydelser var forskellige, når de faktisk var af lignende art, omend i lav grad.

73. Det følger derfor heraf, at den eneste indsigelsesgrund mod registrering af det yngre Wallapop-varemærke, der skal behandles her, følgerig er – med ordene i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2019 – om de af Wallapops ansøgning omfattede tjenesteydelser er af samme eller lignende art som de af det ældre varemærke omfattede.

²⁷ – Dom af 20.9.2017, The Tea Board mod EUIPO (C-673/15 P – C-676/15 P, EU:C:2017:702, præmis 47 og den deri nævnte retspraksis).

²⁸ – Jf. dom af 29.9.1998, Canon (C-39/97, EU:C:1998:442, præmis 23), og dom af 20.9.2017, The Tea Board mod EUIPO (C-673/15 P – C-676/15 P, EU:C:2017:702, præmis 48 og den deri nævnte retspraksis).

²⁹ – Jf. herom f.eks. dom af 27.11.2008, Intel Corporation (C-252/07, EU:C:2008:655).

74. Jeg foreslår nu at undersøge, om Retten foretog en korrekt bedømmelse af, hvorvidt de af Wallapops ansøgning og Unipreus' varemærke omfattede tjenesteydelser i det mindste har en lav grad af lighed.

75. Dette led af det eneste appelanbringende er opdelt i fire underled. Wallapop er af den opfattelse, at Retten konkluderede fejlagtigt på følgende måde:

- for det første, at de pågældende varemærkers distributionskanaler er af lignende art
- for det andet, at de tjenesteydelser, hvortil varemærkeansøgningen henviser, udgør detailsalgstjenester
- for det tredje, at de påtænkte formål med og den offentlige opfattelse af de pågældende tjenesteydelser er af lignende art, og
- for det fjerde, at de pågældende tjenesteydelser konkurrerer med hinanden.

76. Jeg foreslår at behandle disse argumenter efter hinanden, men eftersom de alle overlapper og faktisk flyder sammen, vil der være en vis gentagelse.

a) Første underled: om de pågældende varers distributionskanaler er af lignende art

77. Som jeg har anført i punkt 63 ovenfor, er jeg af den opfattelse, at dette anbringende er ugrundet for så vidt angår spørgsmålet om Wallapops og Unipreus' drift af en konventionel hjemmeside til at foretage onlinesalg.

78. Jeg vil imidlertid for fuldstændighedens skyld og for at sikre retlig klarhed behandle Wallapops anbringende om, at Retten fejlagtigt var af den opfattelse, at internettet er en distributionskanal og ikke blot et medium for forskellige distributionskanaler.

79. På dette tidspunkt forekommer det at være passende med en nærmere forklaring på drøftelsen af, hvad der udgør detailsalg i henhold til klasse 35.

80. Domstolen tog første gang utvetydigt stilling til denne problemstilling i Praktiker-dommen. I den sag havde Praktiker ansøgt om registrering af varemærket »Praktiker« ved Deutsches Patent- und Markenamt (den tyske patent- og varemærkemyndighed) for bl.a. tjenesteydelser beskrevet som »detailhandel med artikler til byggeri, hobby og have samt øvrige forbrugsgoder inden for gør det selv-området«. Deutsches Patent- und Markenamt afviste ansøgningen. Myndigheden var af den opfattelse, at begrebet »detailhandel«, hvorom der var ansøgt, ikke betegnede uafhængige tjenesteydelser med selvstændig økonomisk betydning. Begrebet vedrørte alene distribution af varer som sådan.

81. Domstolen bemærkede i dommen, at formålet med detailhandel er at sælge varer til forbrugere. Denne handel omfatter – ud over den retshandel, som salget udgør – enhver aktivitet, som den erhvervsdrivende udfører med henblik på at fremme indgåelsen af en aftale herom. Denne aktivitet består bl.a. i udvælgelsen af et varesortiment, der udbydes til salg, og af tilbuddet om forskellige ydelser, som har til formål at få forbrugeren til at indgå nævnte aftale med den pågældende erhvervsdrivende frem for med en konkurrent.

82. Domstolen fandt, at der ikke var nogen tvingende hensyn, som er til hinder for, at disse ydelser omfattes af begrebet »tjenesteydelser«, og udtalte dermed, at begrebet »tjenesteydelser« omfatter tjenesteydelser leveret i forbindelse med detailhandel med varer³⁰.

83. Praktiker-dommen fyldte naturligvis meget i den seneste sag, hvor problemstillingen blev behandlet, nemlig Tulliallan Burlington-dommen³¹. I den sag var spørgsmålet, om en indehaver af en butiksarkade, som var specialiseret i luksusvarer, var omfattet af detailhandelskategorien beskyttet i klasse 35. Retten, som støttede sig til Praktiker-dommen, konkluderede, at indehaveren af butiksarkaden var omfattet af denne kategori³².

84. Rettens dom blev appelleret til Domstolen. I mit forslag til afgørelse i sagen Tulliallan Burlington mod EUIPO³³ gav jeg udtryk for visse forbehold i forbindelse med denne konklusions rigtighed. Forbeholdene blev sammenfattet på denne måde i punkt 96 i forslaget til afgørelse:

»Det følger af Domstolens ensartede fortolkning af »detailhandelstjenesteydelser«, der henhører under klasse 35, at disse tjenesteydelser imidlertid ikke kan omfatte butiksarkaders tjenesteydelser, da enheden, som præsterer disse tjenesteydelser, reelt ikke handler med de omhandlede varer. Den pågældende enhed leverer i stedet tjenesteydelser til forhandleren af varerne, hvilket efter min opfattelse klart adskiller sig fra detailhandelstjenesteydelserne henhørende under klasse 35, og som faktisk er fastsat andetsteds under en anden klasse. F.eks. kan butiksarkaders tjenesteydelser således eksempelvis omfatte udlejning af butikslokaler under klasse 36 og udførelse af annonce- og reklamevirksomhed under klasse 35«³⁴.

85. Domstolen fulgte imidlertid ikke denne bedømmelse af Praktiker-dommen i Tulliallan Burlington-dommen. Domstolen konkluderede det modsatte ved f.eks. at udtale (i præmis 127 og 128):

»127 Heraf følger, at begrebet »detailsalg« omfatter tjenesteydelser, som er rettet til forbrugeren, og som består i – for tegn, som findes i butikkerne i en butiksarkade – at samle et udvalg af varer i en række butikker, hvorved det bliver muligt for forbrugeren at se og købe disse på en bekvem måde, og i at tilbyde forskellige andre ydelser end salget med henblik på at få forbrugeren til at købe de varer, som sælges i disse butikker.

128 Det fremgår af ovenstående betragtninger, at således som Retten med rette fastslog i de appellerede dommes præmis 32, gør den fortolkning, som Domstolen anlagde i Praktiker-dommens præmis 34, det ikke muligt at fastslå, at tjenesteydelser, der leveres af butiksarkader eller indkøbscentre, pr. definition er udelukket fra anvendelsesområdet for begrebet »detailsalg« som defineret i klasse 35 i Nicearrangementet.«

³⁰ – Domstolen udtalte i Praktiker-dommens præmis 36, at denne betragtning kommer til udtryk i den vejledende bemærkning til klasse 35 i Nice-klassifikationen, hvorefter denne klasse omfatter »samling [...] for tredjemands regning af et udvalg af varer, så forbrugeren får mulighed for – på en nem måde – at overskue og købe disse varer«.

³¹ – Dom af 4.3.2020 (C-155/18 P – C-158/18 P, EU:C:2020:151).

³² – Dom af 6.12.2017, Tulliallan Burlington mod EUIPO – Burlington Fashion (Burlington) (T-120/16, EU:T:2017:873), præmis 34.

³³ – Generaladvokat Hogans forslag til afgørelse Tulliallan Burlington mod EUIPO (C-155/18 P – C-158/18 P, EU:C:2019:538).

³⁴ – Mit forslag til afgørelse Tulliallan Burlington mod EUIPO (C-155/18 P – C-158/18 P, EU:C:2019:538). I punkt 95 i det forslag til afgørelse anførte jeg, at Domstolen i Praktiker-dommens præmis 34 fastslog, at »formålet med detailhandel er at sælge varer til forbrugere. Denne handel omfatter – ud over den retshandel, som salget udgør – enhver aktivitet, som *den erhvervsdrivende* udfører med henblik på at fremme indgåelsen af en aftale herom. Denne aktivitet består bl.a. i udvælgelsen af et varesortiment, der udbydes til salg, og af tilbuddet om forskellige ydelser, som har til formål at få forbrugeren til at indgå nævnte aftale med den pågældende handlende frem for med en konkurrent«. Min fremhævelse.

86. Mens Domstolen naturligvis ikke på nogen måde er bundet af en doktrin om præcedens, skal Tulliallan Burlington-dommen ikke desto mindre anses for at have afgjort spørgsmålet. Vi ved derfor fra den dom, at tjenesteydelser i forbindelse med konventionelle butiksarkader – »til fordel for forbrugeren for at gøre det muligt for denne at se og købe disse varer på en bekvem måde og til gavn for de tegn, som findes i butiksarkaden«³⁵ – i princippet er omfattet af definitionen af detailsalg i klasse 35.

87. Det følger derfor heraf, at det forhold, at Wallapop har gjort gældende, at selskabet ikke selv udøver detailsalg, men snarere udbyder onlineformidlingstjenester, ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at afgøre problemstillingen, selv hvis dette faktisk er korrekt.

88. Det reelle spørgsmål er, om og i hvilket omfang det i Tulliallan Burlington-dommen opstillede princip for tjenesteydelser leveret af en arkade finder anvendelse på detailformidlingstjenester, som udbydes online.

89. Domstolen fandt i Tulliallan Burlington-dommen (i præmis 130), at begrebet detailsalg omfattede de tjenesteydelser, som en butiksarkade yder »til fordel for forbrugeren for at gøre det muligt for denne at se og købe disse varer på en bekvem måde og til gavn for de tegn, som findes i butiksarkaden«. Det samme kan siges analogt for så vidt angår formidlingstjenester udbudt af en detailhandelsplatform. Mens den traditionelle butiksarkade tjener det formål at yde en række forskellige detailudbud på et enkelt praktisk fysisk sted, er en detailonlineplatform som den, Wallapop udbyder, faktisk en form for »virtuel« butiksarkade, som kan tilgås via internettet³⁶.

90. Den traditionelle sondring mellem salgssteder, som sælger til kunder fra fysiske lokaler, på den ene side, og de virksomheder, der udøver direkte onlinesalg, på den anden side, er i de senere år blevet undermineret – og er næsten brudt sammen – af både den teknologiske udvikling og ændrede forbrugeradfærdsmønstre. Alt dette understreges yderligere af – som Retten fandt i præmis 51 i den appellerede dom – at en forbruger, der leder efter bestemte (nye) varer inden for sportsfodtøj, kan finde de samme varer udbudt på både Unipreus' (»www.walashop.com«) og Wallapops (»www.wallapop.com«) individuelle hjemmesider, selv hvis den detailhandlende i det sidstnævnte tilfælde er en tredjemand, som tilfældigvis anvender Wallapops internetplatform.

91. Det er følgelig uomtvistet – som jeg har understreget – at fodtøj, som Unipreus sælger, også udbydes til salg på Wallapops platform, selv hvis det gøres af detailhandlende tredjemænd og ikke af Wallapop selv. Jeg er derfor af den opfattelse, at ud fra synspunktet hos en forbruger som ønsker at købe de pågældende varer, er Wallapops platform og Unipreus' side distributionskanaler af lignende art. Det er på det tidspunkt, at forvekslingsrisikoen mellem de to varemærker, der har en lav grad af lighed, kan komme akut i spil.

92. Det er efter min opfattelse væsentligt, at Domstolen i Tulliallan Burlington-dommen forkastede det argument, hvorefter »den omstændighed, at der ikke forelå præcise angivelser vedrørende de varer, der ville kunne blive solgt i de forskellige butikker i en butiksarkade [...],

³⁵ – Tulliallan Burlington-dommen, præmis 130.

³⁶ – Efter min opfattelse er den form for detailsalg, der anvendes (online eller på anden måde) til at udbyde detailsalg i henhold til klasse 35, ikke relevant for, at den kan være omfattet af denne klasse. Det er snarere arten af de pågældende tjenesteydelser, der er vigtig. Retten fandt i den appellerede doms præmis 36, at »detailsalg« omfatter salg fra en butik og onlinesalg over internettet. Wallapop har ikke anfægtet denne konklusion. Jeg vil anføre, at Domstolen i Tulliallan Burlington-dommens præmis 125 understregede, at det i de vejledende bemærkninger til klasse 35 er angivet, at denne klasse særligt omfatter samling (ikke transport) af et udvalg af varer, så andre får mulighed for – på en nem måde – at overskue og købe disse varer. Disse tjenesteydelser kan være ydet af detailforretninger, en gros-salgssteder, gennem salgsautomater, gennem postordrekataloger eller via elektroniske medier, f.eks. websider eller TV-shopprogrammer.

forhindrede enhver associering mellem disse sidstnævnte og de varer som det ansøgte varemærke», og faktisk tog anbringenderne fra indehaveren af butiksarkaden til følge netop med denne begrundelse³⁷. Det samme gælder i vidt omfang for så vidt angår denne appel.

93. Unipreus' anbringender i denne sag er dog stærkere. I modsætning til i Tulliallan Burlington-dommen – hvor spørgsmålet, om modevarer fremstillet af indstævnte³⁸ faktisk nogensinde konkurrerede med luksusmodegenstande, der blev solgt af detailhandlende, der var tredjemænd, i appellants arkade – i bedste fald var usikkert. Her har Unipreus registreret et varemærke for tjenesteydelser, der er omfattet af klasse 35, svarende til følgende beskrivelse: »detailsalg af sportsartikler«. Unipreus har dermed specificeret både tjenesteydelserne og de varer, som varemærket vedrører, og der er ikke rejst tvivl om gyldigheden af dette varemærke. Dette er helt i overensstemmelse med retspraksis i både Praktiker-dommen og Tulliallan Burlington-dommen. Efter min opfattelse vil det ikke kunne godtages, hvis Unipreus ikke kunne støtte ret på sit varemærke og rejse indsigelse mod registreringen af et lignende tegn i klasse 35, som ikke specificerer varerne³⁹, blot fordi varemærket indeholder en mere detaljeret specifikation af det, det vedrører.

94. Det er af disse grunde, at jeg er af den opfattelse, at dette underled derfor skal forkastes som ugrundet.

b) Andet underled: de pågældende tjenesteydelsers art

95. Wallapop har gjort gældende, at Retten i den appellerede doms præmis 39 ff. undlod at anføre, hvorfor tjenesteydelserne i selskabets varemærkeansøgning udgør detailsalg i overensstemmelse med Praktiker-dommens præmis 34.

96. Wallapops væsentligste argument er, at Rettens begrundelse vedrørende dette forhold er utilstrækkelig, og at Retten derfor begik en retlig fejl.

97. Det skal anføres, at Retten fandt, at de pågældende tjenesteydelsers art har i det mindste en lav grad af lighed. Begrundelsens tilstrækkelighed skal bedømmes i lyset af denne konklusion.

98. Jeg er imidlertid af den opfattelse, at Retten fulgte begrundelsen i Praktiker-dommens præmis 34 på i høj grad samme måde, som Domstolen havde gjort i Tulliallan Burlington-dommens præmis 130.

99. Retten erindrede i den appellerede doms præmis 39 om Domstolens konklusion i Praktiker-dommen, hvorefter formålet med detailhandel er at sælge varer til forbrugere. Denne handel omfatter, ud over den retlige salgstransaktion, alle aktiviteter, som den erhvervsdrivende udøver for at fremme indgåelsen af en af sådan transaktion. Aktiviteten består bl.a. i at udvælge et varesortiment, der har til formål at lede forbrugeren til at indgå den ovennævnte transaktion med den pågældende erhvervsdrivende snarere end med en konkurrent.

³⁷ – Tulliallan Burlington-dommen, præmis 137.

³⁸ – Burlington Fashion GmbH.

³⁹ – Et krav, der blev pålagt i Praktiker-dommen og kun lempet i Tulliallan Burlington-dommen for det ældre varemærke, hvis gyldighed ikke var draget i tvivl.

100. Retten, som anvendte rationalet i Praktiker-dommen, fandt, at *alle* de tjenesteydelser, der er medtaget i Wallapops ansøgning – derfor ikke kun onlinesalg og e-handel, men også formidlings- eller forvaltningstjenester over for sælgere og købere, herunder levering af forretningsmæssig information, der er nyttig med henblik på salg – er omfattet af definitionen på detailsalg, fordi alle disse tjenesteydelser i sidste ende havde det formål at fremkalde salget af varerne til forbrugere⁴⁰.

101. Efter min opfattelse er denne begrundelse åbenbart tilstrækkelig og godtgør den retlige begrundelse, hvorved Retten drog sine konklusioner vedrørende denne problemstilling.

102. Jeg er derfor af den opfattelse, at dette underled skal forkastes som ugrundet.

c) Tredje underled: om det påtænkte formål og den offentlige opfattelse af de pågældende tjenesteydelser er af lignende art

103. En væsentlig del af Wallapops anbringende er, at formidlingstjenesternes onlinekarakter medfører, at de ikke ligger inden for detailsalg. Wallapop er af den opfattelse, at det væsentligste og dominerende formål med de af det ansøgte varemærke omfattede tjenesteydelser (drift af onlinemarkeder og tilknyttede informationstjenester) åbenbart er forskelligt fra det væsentligste og dominerende formål med de af indsigerens varemærke omfattede tjenesteydelser (detailsalg af sportsudstyr).

104. Wallapop er nemlig i denne forbindelse af den opfattelse, at Retten begik en retlig fejl, idet den i den appellerede doms præmis 43 var af den opfattelse, at »de af det ansøgte varemærke omfattede tjenesteydelser indirekte opfylder et tilsvarende behov hos den almene offentlighed, som det detailsalg af sportsudstyr, der er omfattet af det ældre varemærke, opfylder, og gør det muligt for dem at købe de pågældende varer efter at have indsamlet information om de omfattede varer«. Wallapop er af den opfattelse, at Retten herved fejlforklode begrebet »påtænkt formål«. Wallapop har endvidere anført, at listen over tjenesteydelser i selskabets ansøgning omfatter forskellige tjenesteydelser, og at Retten ikke burde have sammenlignet dem som en helhed med tjenesteydelserne for det ældre spanske varemærke.

105. Efter min opfattelse er Tulliallan Burlington-dommen i det væsentlige bestemmende for dette spørgsmål. Som jeg allerede har anført, henset til, at Domstolen i den sag fandt, at indehaveren af en butiksarkade udøvede detailsalg for så vidt angår klasse 35, kan det samme siges om indehaveren af en virtuel butiksarkade, såsom den af Wallapop hostede internetplatform. Denne konklusion påvirkes heller ikke af identifikationen af noget formodet dominerende påtænkt formål med de pågældende tjenesteydelser.

106. For så vidt angår de øvrige fire tjenesteydelser, der er henvist til i Wallapops varemærkeansøgning – såsom udbydelse af evaluerende feedback og vurdering af sælgers varer og tjenesteydelser, værdien af og prisen på sælgers varer og tjenesteydelser, købers og sælgers ydelse, levering og generel handelserfaring i forbindelse hermed, en onlinesøgedatabase indeholdende andres varer og tjenesteydelser til vurdering af disse og formidling af kommerciel information vedrørende varer og/eller tjenesteydelser – er det korrekt, at Retten behandlede disse tjenesteydelser som en helhed i den appellerede doms præmis 41 og 42. Retten konkluderede dog

⁴⁰ – Retten fandt i den appellerede doms præmis 40, at onlinesalg og e-handel er delvist overlappende med detailsalg. Retten begrundede i den appellerede doms præmis 41 og 42 sit standpunkt yderligere ved at udtale, at det forhold, at Wallapop og EUIPO har gjort gældende, at det anfægtede varemærke ikke vedrører detailsalg som sådan, men formidlingstjenester, er irrelevant, henset til at de fremmer salg, selv hvis dette er korrekt.

nærmere bestemt, at disse tjenesteydelser ud fra den almene offentligheds synspunkt ikke udgjorde andet end leveringen af nyttig forretningsmæssig information i tilknytning til salget af selve varerne.

107. Jeg er i denne henseende enig i Rettens konklusioner. Hvis man anvender rationalet i Praktiker-dommen som fortolket i Tulliallan Burlington-dommen, må det siges, at disse tjenesteydelser også skal anses for kendetegn ved detailsalg, om ikke for andet, så fordi de udgør »at tilbyde forskellige andre ydelser end salget med henblik på at få forbrugeren til at købe de varer, som sælges i disse butikker«⁴¹.

108. Jeg er ikke i tvivl om, at med fremkomsten af onlineshopping kan evaluerende og sammenlignende feedbacktjenester af denne art udbydes hurtigt og effektivt til dem, som ønsker at anvende onlineshoppingplatformen. Denne form for informationstjeneste er dog efter min opfattelse i princippet ikke anderledes end den form for informationstjeneste, som kunne have været – og meget sandsynligt stadig er – udbudt af indehavere af traditionelle butiksarkader. For selv før internettets fremkomst gav sådanne indehavere af arkader utvivlsomt information af denne art til deres lejere om forhold såsom forbrugerpræferencer, antallet af besøgende, resultaterne af forbrugerundersøgelser osv.

109. Af alle disse grunde er jeg derfor af den opfattelse, at de påtænkte formål og den offentlige opfattelse af disse tjenesteydelser ikke ændrer på deres status som detailsalg i klasse 35 på den måde, hvorpå Domstolen har fortolket ordet i Praktiker-dommen og nærmere bestemt i Tulliallan Burlington-dommen.

110. Anbringendet skal følgelig forkastes som ugrundet.

d) Fjerde underled: om de tjenesteydelser, der er omfattet af Wallapops anfægtede varemærke, konkurrerer med de af Unipreus' ældre varemærke omfattede

111. Wallapop har insisteret på, at de tjenesteydelser, som selskabet udbyder, blot er informationssamfundstjenester, og at de ikke vedrører detailhandel.

112. Wallapop har understreget, at de af det ansøgte varemærke omfattede tjenesteydelser ikke konkurrerer med salget af sportsartikler, hvilke tjenesteydelser er omfattet af indsigerens varemærke, men snarere med andre digitale tjenesteydelser eller informationssamfundstjenester.

113. Som det fremgår af punkt 45 og 46 samt af punkt 51 og 52 i dette forslag til afgørelse, vedrører Rettens konklusion i den appellerede doms præmis 37, hvorefter det ikke kan udelukkes, at Wallapops ansøgning vedrører anvendelsen af en konventionel hjemmeside til at foretage onlinesalg, faktiske omstændigheder, som ikke kan anfægtes under en appel, når det ikke er gjort gældende, at de faktiske omstændigheder er blevet gengivet forkert. Det følger derfor heraf, at de pågældende tjenesteydelser⁴² åbenbart konkurrerer med hinanden.

114. Endvidere, og som jeg allerede har anført, bygger dette argument på en skarp sondring mellem formidlede onlinetjenesteydelser, onlinehandel og detailhandel i fysiske lokaler. Som Unipreus imidlertid gjorde sig umage med at understrege i retsmødet, tager denne sammenligning ikke hensyn til markedsrealiteten, ændringerne i forbrugernes vaner for så vidt

⁴¹ – Tulliallan Burlington-dommen, præmis 127.

⁴² – Anvendelsen af en konventionel hjemmeside til at foretage onlinesalg.

angår onlineshopping og frem for alt gennemsnitsforbrugerens opfattelse. Det blotte forhold, at – for nu at gentage det – Retten fandt, at det sportsfodtøj, som Unipreus solgte online, også udbydes til salg på Wallapops platform, beviser i sig selv dette forhold, selv hvis onlinesalget foretages af detailhandlende tredjemænd, som har gjort brug af disse formidlingstjenester, og ikke af Wallapop selv.

115. Anbringendet skal følgelig forkastes som ugrundet.

116. Af alle de grunde, der er redegjort for i dette forslag til afgørelse, er jeg af den opfattelse, at Retten var fuldt berettiget til at drage sine konklusioner vedrørende ligheden mellem de pågældende tjenesteydelser, og at der herved ikke er afsløret nogen retlige fejl.

VII. Sagsomkostninger

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

118. Da Unipreus har anlagt påstand om, at Wallapop pålægges at betale sagsomkostningerne, og idet Wallapop har tabt sagen, bør Wallapop pålægges at bære sine egne omkostninger og at betale de omkostninger, som Unipreus har afholdt.

119. Da EUIPO har tabt sagen, men Unipreus ikke har nedlagt påstand om, at EUIPO pålægges at betale de af Unipreus afholdte omkostninger i forbindelse med appelsagen, bør EUIPO pålægges at bære sine egne omkostninger.

VIII. Forslag til afgørelse

120. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg følgelig, at Domstolen

- forkaster appellen og stadfæster Rettens dom
- tilpligter Wallapop, SL at bære sine egne omkostninger og at betale de af Unipreus, SL afholdte omkostninger i forbindelse med appelsagen
- tilpligter Den Europæiske Unions Kontor for Intellectuel Ejendomsret (EUIPO) at bære sine egne omkostninger i forbindelse med appelsagen.