



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Tredje Afdeling)

31. januar 2019*

»Appel – EU-varemærker – forordning (EF) nr. 207/2009 – artikel 51, stk. 1, litra a), og artikel 51, stk. 2, samt artikel 75 – EU-varemærket Cystus – ikke-medicinske næringstilsætningsmidler – erklæring om delvis fortabelse – manglende reel brug af varemærket – opfattelse af ordet »cystus« som en beskrivende angivelse af hovedingrediensen i de pågældende varer – begrundelsespligt«

I sag C-194/17 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol, iværksat den 13. april 2017,

Georgios Pandalis, Glandorf (Tyskland), ved Rechtsanwältin A. Franke,

appellant,

de øvrige parter i appelsagen:

Den Europæiske Unions Kontor for Intellectuel Ejendomsret (EUIPO) ved S. Hanne og D. Walicka, som befuldmægtigede,

sagsøgt i første instans,

LR Health & Beauty Systems GmbH, Ahlen (Tyskland), ved Rechtsanwälte N. Weber og L. Thiel,

intervenient i første instans,

har

DOMSTOLEN (Tredje Afdeling),

sammensat af formanden for Fjerde Afdeling, M. Vilaras, som fungerende formand for Tredje Afdeling, og dommerne J. Malenovský, L. Bay Larsen, M. Safjan (refererende dommer) og D. Šváby,

generaladvokat: J. Kokott,

justitssekretær: fuldmægtig R. Schiano,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 20. juni 2018,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 13. september 2018,

afsagt følgende

* Processprog: tysk.

Dom

- 1 Med appellen har Georgios Pandalis nedlagt påstand om ophævelse af Den Europæiske Unions Rets dom af 14. februar 2017, Pandalis mod EUIPO – LR Health & Beauty Systems (Cystus) (T-15/16, ikke trykt i Sml., herefter »den appellerede dom«, EU:T:2017:75), hvorved Retten frifandt Den Europæiske Unions Kontor for Intellectuel ejendomsret (EUIPO) for den af appellanten nedlagte påstand om annullation af afgørelse truffet den 30. oktober 2015 af Første Appelkammer ved EUIPO (sag R 2839/2014-1) vedrørende en fortabelsessag mellem LR Health & Beauty Systems og Georgios Pandalis (herefter »den omtvistede afgørelse«).

Retsforskrifter

Forordning (EF) nr. 207/2009

- 2 Artikel 7 i Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26. februar 2009 om [EU]-varemærker (EUT 2009, L 78, s. 1) med overskriften »Absolutte hindringer for registrering« bestemmer i stk. 1, litra c):

»Udelukket fra registrering er:

[...]

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

- 3 Denne forordnings artikel 51 med overskriften »Fortabelsesgrunde« bestemmer:

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

- a) når der inden for en sammenhængende periode på fem år ikke inden for [Den Europæiske Union] er gjort reel brug af varemærket for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, og der ikke foreligger rimelig grund til, at brug ikke har fundet sted [...]

[...]

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

- 4 Forordningens artikel 64 med overskriften »Afgørelse af klagen« bestemmer følgende i stk. 1:

»Efter at have realitetsbehandlet sagen træffer appelkammeret afgørelse om klagen. Appelkammeret kan enten omgøre den af afdelingen truffede afgørelse eller hjemvise sagen til videre behandling i den pågældende afdeling.«

- 5 Samme forordnings artikel 75 med overskriften »Begrundelse af afgørelser« har følgende ordlyd:

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

Direktiv 2002/46/EF

- 6 Artikel 2, litra a), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/46/EF af 10. juni 2002 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om kosttilskud (EFT 2002, L 183, s. 51) bestemmer:

»I dette direktiv forstås ved:

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

- 7 Dette direktivs artikel 6 fastsætter:

»1. Ved anvendelsen af artikel 5, stk. 1, i [Europa-Parlamentets og Rådets] direktiv 2000/13/EF [af 20. marts 2000 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om mærkning af og præsentationsmåder for levnedsmidler samt om reklame for sådanne levnedsmidler (EFT 2000, L 109, s. 29)] skal varebetegnelsen for de varer, der er omfattet af dette direktiv, være »kosttilskud«.

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

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

- a) navnet på de kategorier af næringsstoffer eller stoffer, der kendetegner produktet, eller en angivelse af arten af disse næringsstoffer eller stoffer
- b) den anbefalede daglige dosis
- c) en advarsel om ikke at indtage en højere dosis end den angivne anbefalede daglige dosis
- d) en angivelse af, at kosttilskud ikke bør træde i stedet for varieret kost
- e) en angivelse af, at varerne bør opbevares uden for små børns rækkevidde.«

Tvistens baggrund

- 8 Den 10. august 1999 indgav appellanten, Georgios Pandalis, en ansøgning om registrering af et EU-varemærke til EUIPO. Det varemærke, der blev søgt registreret, er ordtegnet Cystus (herefter »det omtvistede varemærke«).
- 9 De varer, der ansøgte registreret, henhører bl.a. under klasse 30 i Nicearrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret (herefter »Nicearrangementet«), og svarer til følgende beskrivelse: »ikke-medicinske næringsstilsætningsmidler«.
- 10 Det omtvistede varemærke blev registreret den 5. januar 2004 under nr. 1273 119.
- 11 Den 3. september 2013 indgav LR Health & Beauty Systems GmbH en begæring om fortabelse af det omtvistede varemærke for alle de registrerede varer i henhold til artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009 med den begrundelse, at der ikke inden for en sammenhængende periode på fem år var gjort reel brug af dette varemærke.

- 12 Den 12. september 2014 erklærede annullationsafdelingen ved EUIPO (herefter »annullationsafdelingen«) appellansens rettigheder fortabt for en del af de registrerede varer, herunder bl.a. »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler« i klasse 30 i Nicearrangementet.
- 13 Den 30. oktober 2015 gav Første Appellkammer ved EUIPO (herefter »appellkammeret«) ikke medhold i appellansens klage over annullationsafdelingens afgørelse. Appellkammeret fandt navnlig for det første, at appellanten ikke anvendte ordet »cystus« som EU-varemærke – dvs. med henblik på at angive den handelsmæssige oprindelse af sine varer – men som en beskrivelse af de pågældende varer for at angive, at de indeholder udtræk af plantearten *Cistus Incanus L.* som væsentligt aktivt stof. Den delvise anvendelse af symbolet »*« og den omstændighed, at ordet »cystus« er stavet med bogstavet »y«, var ikke tilstrækkelig til, at det kunne konkluderes, at der var tale om brug som EU-varemærke.
- 14 For det andet fandt appellkammeret, at appellanten ikke havde fremlagt konkrete og objektive beviser på, at der var gjort brug af det omtvistede varemærke for »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler« i klasse 30 i Nicearrangementet. Dels var det nemlig ikke godtgjort, at ordet »cystus« var blevet brugt som varemærke for varerne Pilots Friend Immunizer®, Immun44® Saft og Immun44® Kapseln. Dels var det ikke påvist, at sugetabletter, halspastiller, ekstrakter, gurglevand og infektionsblokerende tabletter (herefter »andre Cystus-varer«) er omfattet af kategorien af varer, der kan beskrives som »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler« i klasse 30 i Nicearrangementet. Appellkammeret vurderede derfor i det væsentlige, at eksemplerne på brug af ordet »Cystus« med hensyn til disse varer ikke var tilstrækkelige til at godtgøre en reel brug af det omtvistede varemærke for de varer, som det var registreret for.
- 15 Appellkammeret fastslog derfor, at der ikke var gjort reel brug af det omtvistede varemærke i Den Europæiske Union i løbet af referenceperioden.

Retsforhandlingerne for Retten og den appellerede dom

- 16 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 14. januar 2016 anlagde appellanten sag med påstand om annullation af den omtvistede afgørelse.
- 17 Med sit første anbringende, der nærmere bestemt bestod af tre led, gjorde appellanten gældende, at appellkammeret havde tilsidesat artikel 64, stk. 1, i forordning nr. 207/2009, sammenholdt med denne forordnings artikel 51, stk. 1, litra a), ved at betegne det omtvistede varemærke som en beskrivende angivelse som omhandlet i denne forordnings artikel 7, stk. 1, litra c).
- 18 I den appellerede doms præmis 17-20 forkastede Retten det første anbringendes første led vedrørende omfanget af appellkammerets undersøgelse som ugrundet.
- 19 Hvad angår det nævnte anbringendes andet led vedrørende appellansens ret til at blive hørt fastslog Retten i dommens præmis 23-25, at selv om retten til at blive hørt som fastsat i artikel 75, andet punktum, i forordning nr. 207/2009 omfatter alle de forhold af faktisk eller retlig art samt bevisligheder, som danner grundlag for afgørelsen, finder denne ret imidlertid ikke anvendelse i forhold til det endelige standpunkt, som administrationen agter at indtage. Appellkammeret er således ikke forpligtet til at høre en sagsøger vedrørende en faktisk bedømmelse, der er et led i dets endelige standpunkt. I den foreliggende sag tog appellkammeret slet ikke stilling til, om der forelå absolutte registreringshindringer, og det rejste heller ikke tvivl om, hvorvidt det pågældende varemærke havde fornødent særpræg. Appellanten havde under alle omstændigheder lejlighed til under sagen at tage stilling til den reelle brug af dette varemærke, herunder nødvendigvis hvilken form for brug der var gjort i forhold til alle de omhandlede varer. Retten forkastede derfor dette andet led som irrelevant.

- 20 Hvad angår det tredje led af det første anbringende vedrørende den fejl, som appelkammeret angiveligt begik ved at fastslå, at ordet »cystus« er beskrivende for alle appellantens varer, besluttede Retten at undersøge dette led sammen med det tredje anbringende.
- 21 Retten forkastede i den appellerede doms præmis 31-35 det andet anbringende om, at appelkammeret havde gjort sig skyldig i magtfordrejning.
- 22 Til støtte for sit tredje anbringende, der bestod af to led, gjorde appellanten gældende, at appelkammeret havde tilsidesat artikel 51, stk. 1, litra a), og artikel 51, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 ved at erklære det omtvistede varemærke fortabt, selv om appellanten havde godtgjort, at der var gjort reel brug af varemærket i overensstemmelse med dets formål for »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler« i klasse 30 i Nicearrangementet.
- 23 Det tredje anbringendes første led vedrørte karakteren af brugen af det omtvistede varemærke på emballagen til varerne Pilots Friend Immunizer®, Immun44® Saft og Immun44® Kapseln.
- 24 I den appellerede doms præmis 42 anførte Retten, at det ikke var blevet bestridt af parterne, at de omhandlede varer som vigtigste aktive ingrediens indeholder planteudtræk, med hensyn til hvilke *Cistus Incanus L.* er det videnskabelige navn og *cistus* det latinske navn.
- 25 I den appellerede doms præmis 43 konstaterede Retten, at med hensyn til den sammenhæng, hvori ordet »cystus« indgår, opfattes brugen heraf på de omhandlede varers emballage som beskrivende for hovedingrediensen i disse varer og ikke som havende til formål at identificere disse varers handelsmæssige oprindelse. Det fremgår således tydeligt af udtrykket »udtræk af cystus®« og medtagelsen af ordet »cystus®052« i ingredienslisten for varen Immun44® Saft, at ordet »cystus« hverken henviser til »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler« i klasse 30 i Nicearrangementet eller til varens handelsmæssige oprindelse, men alene til navnet på en af ingredienserne deri. De hyppige henvisninger til ordet »cystus« på de pågældende varers emballage og fremhævelsen heraf gør det ikke muligt at fastslå, om der er gjort reel brug af dette varemærke som EU-varemærke, når den relevante kundekreds som i det foreliggende tilfælde opfatter disse henvisninger som beskrivende for den vigtigste aktive ingrediens i de pågældende varer.
- 26 I den appellerede doms præmis 46 tilføjede Retten, at den omstændighed, at ordet »cystus« er stavet med »y«, ikke er tilstrækkelig til, at der er tale om en varemærkemæssig brug. Den omstændighed, at der er anvendt fordrejede tegn, giver generelt ikke et tegn, hvis indhold umiddelbart kan opfattes som beskrivende, et fornødent særpræg. Dette gælder så meget desto mere i nærværende sag, som appelkammeret med rette havde kunnet lægge til grund, at bogstaverne »i« og »y« ofte anvendes i flæng i latinske ord, og at bogstavet »y« kan udtales som »i« på tysk. Appelkammeret begik derfor ikke nogen fejl, da det fastslog, at den relevante kundekreds opfatter ordet »cystus« som en beskrivende angivelse, der henviser til navnet på planten *cistus*, og ikke som et EU-varemærke, uden at tage stilling til, om der forelå en absolut registreringshindring som omhandlet i artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 207/2009.
- 27 Det tredje anbringendes andet led vedrørte klassificeringen af andre Cystus-varer. Retten fastslog i denne henseende i den appellerede doms præmis 54, at appelkammeret på ingen måde havde klassificeret disse varer som lægemidler, medicinske præparater henhørende under klasse 5 i Nicearrangementet eller nogen anden kategori, men blot anført, at det ikke i tilstrækkelig grad var godtgjort, at disse varer skulle klassificeres som »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler« i klasse 30 i Nicearrangementet.

- 28 Efter at Retten i den appellerede doms præmis 55 og 56 havde henvist til de regler, der regulerer bevisbyrden inden for rammerne af en sag om fortabelse af et EU-varemærke, bemærkede den i denne doms præmis 57 for det første, at appellanten ikke havde bevist, at han havde gjort reel brug af det omtvistede varemærke, og, for det andet, at det ikke er tilstrækkeligt at hævde, at de pågældende varer er »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler« i klasse 30 i Nicearrangementet.
- 29 I den appellerede doms præmis 58 fastslog Retten, at appelkammeret med rette havde fastslået, at den manglende overholdelse af bestemmelserne i direktiv 2002/46 – som pålægger en række obligatoriske angivelser for salg af en vare, som har til formål at supplere den normale kost – udgør et afgørende indicium, der taler imod en klassificering som »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler« i klasse 30 i Nicearrangementet.
- 30 Retten tilføjede i den appellerede doms præmis 59, at appelkammeret heller ikke havde begået en fejl ved at fastslå, at den omstændighed, at der findes et farmacentralnummer for de andre Cystus-varer, at disse sælges på apoteker, og navnlig den omstændighed, at de markedsføres med oplysning om, at de beskytter mod influenza og forkølelse og hjælper ved betændelse i mund og svælg, er et argument, der taler imod, at de kvalificeres som »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler« i klasse 30 i Nicearrangementet.
- 31 Eftersom det første til det tredje anbringende blev forkastet, frifandt Retten EUIPO i det hele.

Parternes påstande for Domstolen

- 32 Ved appelskriftet har appellanten nedlagt følgende påstande:
- Den appellerede dom ophæves.
 - Den omtvistede afgørelse annulleres.
 - Annullationsafdelingens afgørelse af 12. september 2014 annulleres, for så vidt som det deri fastslås, at indehaveren af det omtvistede varemærke har fortabt sine rettigheder for varer, der henhører under klasse 30 i Nicearrangementet, og som svarer til beskrivelsen »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler«.
 - Der gives afslag på den begæring, der er indgivet af LR Health & Beauty Systems om, at det omtvistede varemærke erklæres ugyldigt, for så vidt som det vedrører varer, der henhører under klasse 30 i Nicearrangementet, og som svarer til beskrivelsen »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler«.
 - EUIPO tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
- 33 EUIPO har nedlagt følgende påstande:
- Appellen forkastes.
 - Appellanten tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
- 34 LR Health & Beauty Systems har nedlagt følgende påstande:
- Appellen forkastes i det hele.
 - Appellanten tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

Om appellen

35 Appellanten har til støtte for sin appel i det væsentlige fremført tre anbringender vedrørende for det første klassificering af de andre Cystus-varer som »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler« i klasse 30 i Nicearrangementet, for det andet karakteren af brugen af ordet »cystus« for varerne Pilots Friend Immunizer®, Immun44® Saft og Immun44® Kapseln og for det tredje vedrørende retten til at blive hørt af appelkammeret.

Det første anbringende

Parternes argumenter

- 36 Det første anbringende vedrører den begrundelse for den appellerede dom, der fremgår af dennes præmis 54-59. Anbringendet er inddelt i to led.
- 37 Appellanten har med sit første anbringendes første led foreholdt Retten, at den har begået retlige fejl ved fortolkningen og anvendelsen af artikel 51, stk. 1, litra a), og artikel 51, stk. 2, i forordning nr. 207/2009.
- 38 I denne forbindelse fremgår det ikke af den appellerede dom, om det omtvistede varemærke er blevet brugt til »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler« eller til kosttilskud generelt. De andre Cystus-varer, hvis hovedingrediens er planten *cistus*, er imidlertid klassificeret som kosttilskud som omhandlet i artikel 2, litra a), i direktiv 2002/46, og der er således ikke foretaget en sondring mellem kosttilskud til medicinsk brug og kosttilskud til ikke-medicinsk brug.
- 39 Retten gengav endvidere den omstændighed, at reklame for de andre Cystus-varer vedrørte muligheden for at undgå influenza og forkølelse urigtigt, idet den med urette fastslog, at denne omstændighed er tegn på, at disse varer ikke kunne klassificeres som »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler«.
- 40 Den omstændighed, at appellanten måske ikke har overholdt kravene til mærkningen i artikel 6, stk. 1-3, i direktiv 2002/46, er ligeledes blevet urigtigt gengivet af Retten. Den har nemlig fortolket dem således, at en vare, der ikke overholder disse bestemmelser, ikke udgør et ikke-medicinsk kosttilskud. Mærkningen har imidlertid ikke nogen indflydelse på kvalificeringen af de andre Cystus-varer som kosttilskud som omhandlet i artikel 2, litra a), i direktiv 2002/46.
- 41 Retten har endvidere tilsidesat artikel 51, stk. 1, litra a), og artikel 51, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 ved at fastslå, at den omstændighed, at der findes et farmacentralnummer for de andre Cystus-varer, og at de sælges på apoteker, er et argument, der taler imod, at de kvalificeres som »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler«. I Tyskland er et sådant nummer imidlertid ikke afgørende med hensyn til, om en vare anvendes til medicinsk brug eller ej.
- 42 Endelig foretog Retten ikke en nuanceret undersøgelse af de sugetabletter, som blev markedsført under det omtvistede varemærke (herefter »sugetabletterne«), med henblik på at undersøge, om der var tale om kosttilskud som omhandlet i artikel 2, litra a), i direktiv 2002/46.
- 43 Med det første anbringendes andet led har appellanten gjort gældende, at den appellerede dom indeholder en utilstrækkelig begrundelse, eftersom det blev fastslået, at det omtvistede varemærke ikke har været genstand for reel brug som omhandlet i artikel 51, stk. 1, litra a), og artikel 51, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 for »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler«.

- 44 Appellanten kan nemlig ikke få kendskab til grundene til, at de faktiske omstændigheder, som han har gjort gældende, og de beviser, som han har fremlagt, ikke overbeviste Retten om, at det omtvistede varemærke har været genstand for reel brug for »ikke-medicinske næringsstilsætningsmidler«. Rettens analyse gør det i øvrigt ikke muligt for appellanten at vide, hvilken kategori disse varer henhører under.
- 45 Endvidere er den appellerede doms begrundelse utilstrækkelig, eftersom den ikke giver appellanten mulighed for at få kendskab til grundene til, at Retten ikke foretog en differentieret undersøgelse af, om det omtvistede varemærke hvad angår sugetabletterne har været genstand for reel brug for »ikke-medicinske næringsstilsætningsmidler«.
- 46 Navnlig er sugetabletterne ikke blevet markedsført med angivelse af, at de beskytter mod influenza og forkølelse og hjælper ved betændelse i mund og svælg. I den appellerede doms præmis 59 fandt Retten imidlertid, at denne egenskab er et argument, der taler imod, at de andre Cystus-varer kvalificeres som »ikke-medicinske næringsstilsætningsmidler«.
- 47 EUIPO og LR Health & Beauty Systems har nedlagt påstand om, at det første appelanbringende skal forkastes.

Domstolens bemærkninger

- 48 I den foreliggende sag fik appellanten det omtvistede varemærke registreret for varer beskrevet som »ikke-medicinske næringsstilsætningsmidler«, som henhører under Nicearrangementets klasse 30.
- 49 I den appellerede doms præmis 54-61 fastslog Retten, at appelkammeret med rette havde fundet, at appellanten ikke havde godtgjort, at de andre Cystus-varer kunne kvalificeres som »ikke-medicinske næringsstilsætningsmidler«, hvilket bevirker, at appellanten ikke har påvist, at det omtvistede varemærke havde været genstand for reel brug inden for Unionen som omhandlet i artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009 for disse varer.
- 50 Til støtte for det første appelanbringendes første led vedrørende klassifikationen af de andre Cystus-varer har appellanten med sit første klagepunkt gjort gældende, at disse varer udgør kosttilskud som omhandlet i artikel 2, litra a), i direktiv 2002/46 og henhører under klasse 30 i Nicearrangementet.
- 51 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at det følger af artikel 256, stk. 1, andet afsnit, TEUF og af artikel 58, stk. 1, i statuten for Den Europæiske Unions Domstol, at en appel er begrænset til retsspørgsmål. Det er derfor alene Retten, der har kompetence til at fastlægge og bedømme de relevante faktiske omstændigheder såvel som til at vurdere beviserne. Bedømmelsen af disse faktiske omstændigheder og beviser er således ikke et retsspørgsmål, der som sådan kan efterprøves af Domstolen under en appelsag, medmindre disse omstændigheder og beviser er blevet urigtigt gengivet (dom af 18.12.2008, *Les Éditions Albert René mod KHIM*, C-16/06 P, EU:C:2008:739, præmis 68, og af 6.6.2018, *Apcoa Parking Holdings mod EUIPO*, C-32/17 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2018:396, præmis 49).
- 52 En sådan urigtig gengivelse skal endvidere fremgå på åbenbar vis af sagsakterne, uden at det skal være fornødent at foretage en fornyet vurdering af de faktiske omstændigheder og beviserne (dom af 18.12.2008, *Les Éditions Albert René mod KHIM*, C-16/06 P, EU:C:2008:739, præmis 69, og af 26.10.2016, *Westermann Lernspielverlage mod EUIPO*, C-482/15 P, EU:C:2016:805, præmis 36).
- 53 Det bemærkes, at artikel 256 TEUF, artikel 58, stk. 1, i statuten for Den Europæiske Unions Domstol og artikel 168, stk. 1, litra d), i Domstolens procesreglement, henset til den undtagelsesvise karakter, som et anbringende om en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder og beviserne har, navnlig

pålægger appellanten præcist at angive de faktiske elementer, som Retten har gengivet urigtigt, og at bevise de fejl i analysen, som efter appellantens opfattelse har forledt Retten til denne urigtige gengivelse (dom af 22.9.2016, Pensa Pharma mod EUIPO, C-442/15 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2016:720, præmis 21 og den deri nævnte retspraksis).

- 54 Det skal imidlertid konstateres, at appellanten ved disse argumenter, som han har fremført til støtte for dette første klagepunkt, har begrænset sig til at anfægte de nævnte faktuelle bedømmelser, som Retten har foretaget for at nå til konklusionen om, at de andre Cystus-varer ikke skal kvalificeres som »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler« i Nicearrangementets klasse 30, og i virkeligheden tilsigter, at Domstolen foretager en ny bedømmelse af disse faktiske omstændigheder.
- 55 Endvidere, og for så vidt som appellanten har påstået, at den appellerede dom hviler på en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder og beviserne, gør de argumenter, som appellanten har fremført til støtte herfor, det ikke muligt at identificere præcist de beviser, som Retten foretog en urigtig gengivelse af, eller påvise de fejl i analysen, som det påstås, at Retten har foretaget. Disse argumenter opfylder dermed ikke de i retspraksis opstillede krav, der er anført i denne doms præmis 53.
- 56 Det første klagepunkt skal følgelig afvises.
- 57 Appellanten har med sit andet klagepunkt gjort gældende, at Retten undlod at foretage en nuanceret undersøgelse af sugetabletterne, for så vidt som den i den appellerede doms præmis 59 generelt antog, at disse i forbindelse med markedsføring af andre Cystus-varer blev præsenteret som havende en positiv virkning på helbredet, hvilket udgør et argument, der taler imod, at de kvalificeres som »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler«. Appellanten bestrider imidlertid, at sugetabletterne er blevet markedsført med angivelse af, at de har sådanne sundhedsfremmende virkninger.
- 58 Uden at det er fornødent at tage stilling til, om dette andet klagepunkt kan antages til realitetsbehandling, er det tilstrækkeligt at bemærke, at det som anført af generaladvokaten i punkt 39 i forslaget til afgørelse beror på en fejlagtig fortolkning af den appellerede doms præmis 59.
- 59 I denne præmis konstaterede Retten nemlig blot, at sugetabletterne blev solgt med angivelse af, at de havde en positiv virkning på helbredet. Retten begrænsede sig uden at adskille sugetabletterne fra de andre Cystus-varer til at anføre, at for så vidt angår de faktiske omstændigheder havde appelkammeret ikke foretaget en urigtig bedømmelse af de supplerende indicier, der taler imod, at de andre Cystus-varer kvalificeres som »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler«.
- 60 Retten har hermed ikke anfægtet appelkammerets vurdering i den omtvistede afgørelses punkt 57, hvorefter de af appellanten fremlagte dokumenter ikke angav, om sugetabletterne var »medicinske præparater« eller »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler«. Sugetabletterne har dermed været genstand for en nuanceret undersøgelse, hvormed appelkammeret og Retten tog hensyn til den omstændighed, at de ikke forhandles med angivelse af en sundhedsfremmende virkning.
- 61 Det andet klagepunkt må således forkastes.
- 62 Hvad angår det første appelanbringendes andet led vedrørende en tilsidesættelse af begrundelsespligten har appellanten for det første gjort gældende, at Retten ikke fastslog, hvilken kategori de andre Cystus-varer henhører under.
- 63 Som generaladvokaten har bemærket i punkt 43 i forslaget til afgørelse, drejer tvisten mellem LR Health & Beauty Systems og appellanten sig imidlertid udelukkende om, hvorvidt sidstnævnte kunne dokumentere, at der var gjort reel brug af varemærket for de andre Cystus-varer som »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler« i klasse 30 i Nicearrangementet.

- 64 I forbindelse med bedømmelsen af tvisten konstaterede Retten i den appellerede doms præmis 57, at appelkammeret med rette havde fastslået, at appellanten ikke havde ført et sådant bevis på reel brug. Det tilkom ikke Retten at undersøge, hvilken kategori ud over klasse 30 i Nicearrangementet de andre Cystus-varer henhører under, idet dette spørgsmål er uden enhver relevans for løsningen af denne tvist.
- 65 Følgelig skal det første klagepunkt forkastes som ugrundet.
- 66 Appellanten har for det andet gjort gældende, at den appellerede dom ikke gør det muligt for appellanten at gøre sig bekendt med grundene til, at Retten ikke foretog en nuanceret undersøgelse af, om det omtvistede varemærke for så vidt navnlig angår sugetabletterne havde været genstand for reel brug for »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler«.
- 67 Det følger i denne henseende af fast retspraksis, at Domstolen ikke pålægger Retten at fremkomme med en udtømmende fremstilling og et for et behandle alle de argumenter, der er fremført af parterne i sagen, og at Rettens begrundelse således kan fremgå indirekte, forudsat at de berørte parter kan få kendskab til begrundelsen for, at Retten ikke har godtaget deres argumenter, og at Domstolen kan råde over de oplysninger, der er nødvendige for, at den kan udøve sin prøvelsesret (dom af 30.5.2018, Tsujimoto mod EUIPO, C-85/16 P og C-86/16 P, EU:C:2018:349, præmis 82 og den deri nævnte retspraksis).
- 68 Det er korrekt, at Retten ikke adskilte sugetabletterne fra de andre Cystus-varer. Det skal imidlertid bemærkes, at appelkammeret i den omtvistede afgørelses punkt 57-64 undersøgte spørgsmålet, om sugetabletterne, deriblandt de andre Cystus-varer, svarede til beskrivelsen »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler«.
- 69 Det må derfor fastslås, at Retten ved at antage, at appelkammeret ikke havde begået en fejl hvad angår kvalificeringen af de andre Cystus-varer, tiltrådte appelkammerets bedømmelse. Som bemærket af generaladvokaten i punkt 45 i forslaget til afgørelse forkastede Retten herved indirekte appellants indsigelser for så vidt angår sugetabletterne.
- 70 Det andet klagepunkt og dermed det første appelanbringendes andet led skal dermed forkastes som ugrundet.
- 71 Henset til ovenstående betragtninger skal det første anbringende delvist afvises, delvist forkastes som ugrundet.

Det andet anbringende

Parternes argumenter

- 72 Det andet appelanbringende vedrører den begrundelse for den appellerede dom, der fremgår af dennes præmis 43 og 46. Dette anbringende består af to led.
- 73 Med det andet anbringendes første led har appellanten gjort gældende, at Retten har tilsidesat artikel 51, stk. 1, litra a), og artikel 51, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 ved at kvalificere det omtvistede varemærke som en beskrivende angivelse, der henviser til navnet på planten *cistus*, uden at henvise til den præcise karakter af brugen som varemærke.
- 74 Ifølge appellanten var det med urette, at Retten i den appellerede doms præmis 46 fastslog, at appelkammeret med rette kunne antage, at den relevante kundekreds opfatter ordet »cistus« som en beskrivende angivelse, der henviser til navnet på planten *cistus*, uden dog at tage stilling til, om der foreligger en absolut registreringshindring som omhandlet i artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning

nr. 207/2009. Rettens generelle kvalificering frarøvede appellanten enhver mulighed for at anvende sit varemærke i overensstemmelse med dets væsentligste funktion i henhold til artikel 51, stk. 1, litra a), og artikel 51, stk. 2, i forordning nr. 207/2009.

- 75 Hvad dette angår burde Retten for det første have efterprøvet, om appellanten havde brugt det omtvistede varemærke for »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler« i den form, hvori det var blevet registreret, eller i en form, der kun ved elementer, der ikke forandrede dets særpræg, afveg herfra.
- 76 For det andet burde Retten have undersøgt, om det omtvistede varemærke havde været brugt i overensstemmelse med dets væsentligste funktion, som er at garantere en handelsmæssig oprindelse. Dette varemærke anvendes i overensstemmelse med dets væsentligste funktion, eftersom forbrugerne er vant til, at denne vare ud over hovedvaremærket er forsynet med sekundære mærker, der ligesom det omtvistede varemærke også opfattes som oprindelsesangivelse for varerne.
- 77 For det tredje opfatter den relevante kundekreds tegnet *Cystus* som et varemærke, der betegner de markedsførte kosttilskud, eftersom dette varemærke ligeledes anvendes for planten *cistus*, der sælges som en færdigvare. Den omstændighed, at de pågældende varer er mærket med tegnet *Cystus*, udgør dermed brug af varemærket, for så vidt som det angiver, at fremstilleren af en væsentlig bestanddel af varen også er ansvarlig for de omhandlede kosttilskud i deres helhed.
- 78 Hvad angår »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler«, der som det primære aktivstof indeholder udtræk af planten *cistus*, er appellanten i realiteten frataget muligheden for at anvende sit varemærke i overensstemmelse med dets funktion.
- 79 Appellanten har med sit andet anbringendes andet led gjort gældende, at Retten har tilsidesat begrundelsespligten ved at fastslå, at det omtvistede varemærke ikke har været genstand for reel brug som omhandlet i artikel 51, stk. 1, litra a), og artikel 51, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 for »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler«.
- 80 I denne henseende er Rettens vurdering i den appellerede doms præmis 43 og 46 selvmodsigende, for så vidt som Retten på den ene side generelt konstaterede, at den omstændighed, at ordet »cystus« er stavet med »y«, er utilstrækkelig til at påvise en varemærkemæssig brug. På den anden side anførte Retten imidlertid på grundlag af denne argumentation, at appelkammeret uden at begå en retlig fejl kunne lægge til grund, at den relevante kundekreds opfatter ordet »cystus« som en beskrivende angivelse, der henviser til betegnelsen for planten *cistus*, og ikke som et EU-varemærke.
- 81 Rettens begrundelse er endvidere utilstrækkelig, eftersom den ikke angiver, hvorfor den konkrete form for brug af varemærket ikke opfylder betingelserne i artikel 51, stk. 1, litra a), og artikel 51, stk. 2, i forordning nr. 207/2009. Eftersom dette varemærke bl.a. er registreret for »ikke-medicinske næringstilsætningsmidler« i klasse 30 i Nicearrangementet, må det nemlig anses for at have særpræg og ikke at være beskrivende for disse varer.
- 82 EUIPO og LR Health & Beauty Systems har gjort gældende, at det andet appelanbringende skal forkastes.

Domstolens bemærkninger

- 83 Hvad angår dette andet anbringendes første led skal det bemærkes, at der er gjort »reel brug« af et varemærke, når dette er anvendt i overensstemmelse med varemærkets væsentligste funktion, som er at garantere oprindelsen af de varer eller tjenesteydelser, som det er blevet registreret for, med henblik på at skabe eller bevare en afsætningsmulighed for disse varer og tjenesteydelser. Dette omfatter ikke symbolske former for brug alene med det formål at bevare de til varemærket knyttede rettigheder. Bedømmelsen af, om brugen af varemærket er reel, skal foretages på grundlag af samtlige faktiske

omstændigheder, der kan godtgøre, at varemærket virkelig anvendes handelsmæssigt, navnlig de former for brug, der i den pågældende branche anses for begrundet i fastholdelse eller erhvervelse af markedsandele for de varer eller tjenesteydelser, der beskyttes af varemærket, disse varers eller tjenesteydelsers art, de særlige forhold på markedet samt omfanget og hyppigheden af brugen af varemærket (dom af 11.3.2003, *Ansul*, C-40/01, EU:C:2003:145, præmis 43, og af 17.3.2016, *Naazneen Investments mod KHIM*, C-252/15 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2016:178, præmis 56).

- 84 Hvad angår individuelle varemærker består denne væsentlige funktion i over for forbrugeren eller den endelige bruger at garantere oprindelsen af den vare eller tjenesteydelse, der er omfattet af varemærket, hvorved denne sættes i stand til uden risiko for forveksling at adskille varen eller tjenesteydelsen fra varer eller tjenesteydelser med en anden oprindelse. For at varemærket kan udøve sin funktion som en væsentlig bestanddel af den ordening med loyal konkurrence, som skal gennemføres og opretholdes efter traktaten, skal det således udgøre en garanti for, at alle varer eller tjenesteydelser, der er forsynet med det, er blevet fremstillet under kontrol af én bestemt virksomhed, der er ansvarlig for deres kvalitet (dom af 8.6.2017, *W.F. Gözze Frottierweberei og Gözze*, C-689/15, EU:C:2017:434, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis).
- 85 Heraf følger, at betingelsen om reel brug i overensstemmelse med varemærkets væsentligste funktion ikke er opfyldt, når anbringelsen af varemærket på en vare hverken bidrager til at skabe en afsætningsmulighed for disse eller til i forbrugernes interesse at adskille dem fra varer, der stammer fra andre virksomheder (jf. i denne retning dom af 15.1.2009, *Silberquelle*, C-495/07, EU:C:2009:10, præmis 21).
- 86 I det foreliggende tilfælde må det fastslås, at appellansens argumentation beror på en urigtig læsning af den appellerede dom.
- 87 Retten bemærkede i den appellerede doms præmis 43 i denne henseende, at i lyset af den sammenhæng, som varemærket indgår i, opfattes brugen af ordet »cystus« på emballagen til varerne *Pilots Friend Immunizer*[®], *Immun44*[®] Saft og *Immun44*[®] Kapseln som beskrivende for hovedingrediensen i disse varer og ikke som havende til formål at identificere disse varers handelsmæssige oprindelse.
- 88 I den appellerede doms præmis 46 har Retten endvidere tilføjet, at appelkammeret uden at begå en retlig fejl kunne lægge til grund, at den relevante kundekreds opfatter ordet »cystus« som en beskrivende angivelse, der henviser til navnet på planten *cistus*, og ikke som et EU-varemærke.
- 89 I den appellerede doms præmis 47 har Retten i øvrigt anført, at bestanddelen »cystus« har en svag grad af fornødent særpræg.
- 90 Heraf følger således som anført af generaladvokaten i punkt 59 i forslaget til afgørelse, at Retten ikke har fastslået, at det omtvistede varemærke var beskrivende.
- 91 Retten sondrede nemlig mellem for det første brugen af det omtvistede varemærke og for det andet brugen af ordet »cystus«, der af den relevante kundekreds opfattes som beskrivende for hovedingrediensen i varerne *Pilots Friend Immunizer*[®], *Immun44*[®] Saft og *Immun44*[®] Kapseln. Henset til den retspraksis, der er nævnt i nærværende doms præmis 83-85, kunne Retten foretage en sådan sondring, idet et varemærke ikke altid anvendes i overensstemmelse med dets væsentligste funktion, som er at garantere oprindelsen af de varer eller tjenesteydelser, som det er blevet registreret for.
- 92 Retten fandt dermed i det væsentlige efter at have foretaget en vurdering af de faktiske omstændigheder og beviser, at appelkammeret under omstændigheder som de i denne sag omhandlede med rette havde anført, at appellanten ikke havde brugt det omtvistede varemærke i

overensstemmelse med dets væsentligste funktion. I stedet for at bruge det omtvistede varemærke som varemærke har appellanten brugt ordet »cystus« som en beskrivelse af hovedingrediensen i de pågældende varer.

- 93 Spørgsmålet om, hvorvidt appellanten har brugt det omtvistede varemærke i overensstemmelse med funktionen som oprindelsesbetegnelse eller brugt ordet »cystus« på de pågældende varers emballage, udgør endvidere en vurdering af faktisk karakter, som alene kan gøres til genstand for en appel i tilfælde af en urigtig gengivelse i overensstemmelse med den i denne doms præmis 51 nævnte retspraksis. Appellanten har imidlertid ikke i første led af sit andet appelanbringende gjort gældende, at Retten gengav de faktiske omstændigheder eller beviserne urigtigt.
- 94 Følgelig skal det første anbringende forkastes som ugrundet.
- 95 Hvad angår det andet appelanbringendes andet led vedrørende begrundelsespligten hviler det på den antagelse, at Retten fastslog, at det omtvistede varemærke er beskrivende for de pågældende varer. Som det fremgår af gennemgangen af det første led af dette anbringende, er denne antagelse ikke korrekt.
- 96 Retten redegjorde endvidere i den appellerede doms præmis 39-49 for grundene til, at den fandt, at det omtvistede varemærke ikke havde været genstand for reel brug i Unionen som omhandlet i artikel 51, stk. 1, litra a), og artikel 51, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 for varerne Pilots Friend Immunizer®, Immun44® Saft og Immun44® Kapseln.
- 97 Under disse omstændigheder skal det andet led forkastes som ugrundet, og dermed skal det andet anbringende forkastes i sin helhed.

Det tredje anbringende

Parternes argumenter

- 98 Appellanten har med henvisning til den appellerede doms præmis 23-25 gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl i forbindelse med fortolkningen af artikel 75, andet punktum, i forordning nr. 207/2009, for så vidt som appelkammeret fastslog, at der forelå en absolut registreringshindring med henvisning til, at det omtvistede varemærke var beskrivende, således som det fremgår af den omtvistede afgørelses punkt 32 og 34. I modsætning til det af Retten anførte foretog appelkammeret denne vurdering i den omtvistede afgørelses indledning og ikke i forbindelse med dets vurdering af den præcise karakter af brugen af det omtvistede varemærke.
- 99 Under sagen for appelkammeret havde appellanten imidlertid ikke lejlighed til at tage stilling til konstateringen af, at det omtvistede varemærke er beskrivende. Retten burde således have annulleret den omtvistede afgørelse på grund af en tilsidesættelse af retten til at blive hørt.
- 100 EUIPO og LR Health & Beauty Systems har bestridt rigtigheden af appellanternes argumenter.

Domstolens bemærkninger

- 101 I den appellerede doms præmis 23-25 undersøgte og forkastede Retten det til støtte for sagen i første instans fremførte første anbringendes andet led om tilsidesættelse af appellanternes ret til at blive hørt, som er sikret i artikel 75, andet punktum, i forordning nr. 207/2009. Retten anførte i denne forbindelse, at i modsætning til, hvad appellanten havde gjort gældende, tog appelkammeret ikke stilling til, om der forelå absolutte registreringshindringer, eller rejste tvivl om, hvorvidt det

omtvistede varemærke havde fornødent særpræg, og at appellanten under alle omstændigheder havde haft lejlighed til under sagen at tage stilling til den reelle brug af dette varemærke, herunder nødvendigvis karakteren af denne brug i forhold de alle de omhandlede varer.

- 102 Appellanten har nærmere bestemt foreholdt Retten, at den har foretaget en fejlagtig fortolkning af den omtvistede afgørelse. Han har gjort gældende, at appelkammeret tog stilling til, om der forelå en absolut registreringshindring som omhandlet i artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 207/2009, med hensyn til hvilken han ikke er blevet hørt. Appellanten har i denne forbindelse henvist til punkt 32 og 34 i den omtvistede afgørelse.
- 103 I den omtvistede afgørelses punkt 32 fastslog appelkammeret, at »en videnskabelig artsbetegnelse for en plante ikke alene [udgjorde] navnet på plantearten [og dermed navnet på varen eller en beskrivende angivelse som omhandlet i artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 207/2009], idet den ligeledes [var beskrivende] for de varer, hvis hovedingrediens [var] fremstillet af denne plantetype«, og at der heller ikke kunne rejses tvivl om denne betragtning, eftersom »i« kan udskiftes med »y«, da disse bogstaver anvendes i flæng i ord med latinsk oprindelse.
- 104 Isoleret set kan der opstå forvirring om disse sætninger. Det fremgår imidlertid af den omtvistede afgørelses punkt 29, at appelkammeret fastslog, at tvisten mellem LR Health & Beauty Systems og appellanten vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt sidstnævnte reelt havde gjort brug af det omtvistede varemærke i overensstemmelse med funktionen som oprindelsesbetegnelse, eller om han havde brugt ordet »cystus« som en beskrivende angivelse af hovedingrediensen i de pågældende varer.
- 105 Appelkammeret fandt dermed ikke generelt, at appellanten ikke kunne bruge det omtvistede varemærke. Efter at have foretaget en vurdering af de faktiske omstændigheder og beviserne fastslog det, at ordet »cystus« i det foreliggende tilfælde benyttes af appellanten som en beskrivende angivelse, der henviser til navnet på planten *cistus*.
- 106 Det følger heraf, at den omtvistede afgørelses punkt 32 i modsætning til, hvad appellanten har gjort gældende, ikke skal anses for en bekræftelse fra appelkammeret, hvorefter det traf afgørelse om, hvorvidt der forelå en absolut registreringshindring.
- 107 I den omtvistede afgørelses punkt 33 og 34 har appelkammeret desuden præciseret, at tilføjelsen af symbolet »°« sandsynligvis skal forstås således, at appellanten i sidste ende i sine reklamer kommunikerer, at han har erhvervet en varemærkerettighed til en beskrivende angivelse.
- 108 Som generaladvokaten i denne henseende har anført i punkt 85 i forslaget til afgørelse, udgør disse sætninger ikke appelkammerets egen konstatering af, at betydningen af ordet »cystus« generelt set udgør en beskrivende angivelse, men i højere grad en fortolkning af appellansens kommunikation gennem anvendelsen af symbolet »°«.
- 109 Det må herefter fastslås, at Retten ved at fastslå, at appelkammeret ikke havde truffet afgørelse med hensyn til, om der foreligger en absolut registreringshindring som omhandlet i artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 207/2009, ikke har begået en fejl ved fortolkningen af den omtvistede afgørelse.
- 110 Det tredje appelanbringende kan dermed ikke tiltrædes.
- 111 Det følger af samtlige ovenstående betragtninger, at appellen skal forkastes i sin helhed.

Sagsomkostninger

- ¹¹² I henhold til procesreglementets artikel 184, stk. 2, træffer Domstolen afgørelse om sagsomkostningerne, såfremt appellen ikke tages til følge. Procesreglementets artikel 138, stk. 1, der i henhold til artikel 184, stk. 1, finder anvendelse i appelsager, bestemmer, at det pålægges den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom.
- ¹¹³ Da EUIPO og LR Health & Beauty Systems har nedlagt påstand om, at appellanten tilpligtes at betale sagsomkostningerne, og da denne har tabt sagen, bør det pålægges sidstnævnte at betale sagsomkostningerne.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Tredje Afdeling):

- 1) Appellen forkastes.**
- 2) Georgios Pandalis betaler sagsomkostningerne.**

Underskrifter