



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
JULIANE KOKOTT
föredraget den 13 september 2018¹

Mål C-194/17 P

**Georgios Pandalis
mot**

Europeiska unionens immaterialrättsmyndighet (EUIPO)

”Överklagande – EU-varumärke – Förordning nr 207/2009 – Upphävandeförfarande – EU-ordmärket
CYSTUS – Verkligt bruk – Varumärkets beskrivande karaktär – Kosttillskott för icke medicinska
ändamål – Direktiv 2002/46/EG”

I. Inledning

1. I förordningen om EU-varumärken² regleras situationen när ett registrerat varumärke inte uppvisar någon särskiljningsförmåga, utan endast uppfattas som en beskrivning. I så fall kan varumärket enligt artikel 52 förklaras ogiltigt efter ansökan, fast det i princip inte skulle ha fått registreras från början. Dessutom kan ett varumärke enligt artikel 51 förklaras upphävt om det under en femårsperiod inte har varit i verkligt bruk. Det nu aktuella målet rör frågan vilka konsekvenser ett varumärkes beskrivande karaktär har för styrkandet av verkligt bruk.

2. EUIPO:s överklagandenämnd och tribunalen har båda utgått från att varumärket på grund av sin beskrivande karaktär inte används som varumärke och har mot denna bakgrund ansett att det ska upphävas. Varumärkesinnehavaren hävdar däremot att detta utgör ett kringgående av förfarandet om ogiltigförklaring.

3. Dessutom uppkommer frågan huruvida det omtvistade varumärket har använts för rätt produkter, nämligen för kosttillskott för icke medicinska ändamål. I detta sammanhang är direktiv 2002/46/EG,³ vilket är tillämpligt på dessa produkter, av betydelse.

1 Originalspråk: tyska.

2 Rådets förordning (EG) nr 207/2009 av den 26 februari 2009 om gemenskapsvarumärken (EUT L 78, 2009, s. 1) i dess lydelse enligt akten om villkoren för Republiken Kroatiens anslutning och om anpassning av fördraget om Europeiska unionen, fördraget om Europeiska unionens funktionssätt och fördraget om upprättandet av Europeiska atomenergigemenskapen (EUT L 112, 2012, s. 21). Förordningen har numera ersatts av Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2017/1001 av den 14 juni 2017 om EU-varumärken (EUT L 154, 2017, s. 1).

3 Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/46/EG av den 10 juni 2002 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om kosttillskott (EGT L 183, 2002, s. 51).

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Förordningen om EU-varumärken

4. I artikel 7.1 i förordningen om EU-varumärken regleras absoluta registreringshinder:

”1. Följande får inte registreras:

...

c) Varumärken som endast består av tecken eller upplysningar vilka i handeln visar varornas eller tjänsternas art, kvalitet, kvantitet, avsedda användning, värde, geografiska ursprung, tiden för deras framställande eller andra egenskaper hos varorna eller tjänsterna.”

5. I artikel 51 i förordningen om EU-varumärken regleras upphävande av ett varumärke:

”1. Efter ansökan till byrån eller på grundval av ett genkärsmål i mål om varumärkesintrång ska de rättigheter som tillhör en innehavare av ett gemenskapsvarumärke förklaras upphävda i följande fall:

a) Om varumärket under en sammanhängande femårsperiod inte har varit i verkligt bruk i gemenskapen för de varor eller tjänster för vilka det är registrerat och det inte finns skäl原因 för att varumärket inte använts. Ingen kan dock göra gällande att innehavarens rättigheter till ett gemenskapsvarumärke upphävs, om verklig användning av varumärket har påbörjats eller återupptagits under tiden från utgången av femårsperioden till tidpunkten för ansökan eller genkärsmålet. Användning som påbörjas eller återupptas inom en period av tre månader närmast före ansökan eller genkärsmålet och som inleds tidigast vid den sammanhängande femårsperiodens utgång, under vilken användning inte förekommit, ska dock inte beaktas om förberedelserna för påbörjande eller återupptagande görs först efter det att innehavaren blivit medveten om att en ansökan eller ett genkärsmål kan komma att inges.

...

2. Om det finns grund för att upphäva rättigheterna endast för en del av de varor eller tjänster för vilka gemenskapsvarumärket är registrerat, ska innehavarens rättigheter förklaras upphävda endast för berörda varor eller tjänster.”

6. I artikel 75 i förordningen om EU-varumärken erinras om skyldigheten att ange grunder för beslut och rätten att yttra sig:

”Byråns beslut ska innehålla beslutets grunder. Beslut får endast grunda sig på omständigheter som parterna har haft tillfälle att yttra sig över.”

B. Direktiv 2002/46

7. Kosttillskott regleras i direktiv 2002/46/EG. I artikel 2 a i nämnda direktiv definieras de som ”livsmedel vars syfte är att komplettera en normal kost och vilka utgör koncentrerade källor för näringsämnen eller andra ämnen med näringsmässig eller fysiologisk verkan, enskilt eller i kombination, som säljs i avdelade doser dvs. i form av kapslar, pastiller, tabletter, piller eller liknande, portionspåsar med pulver, ampuller med vätska, droppflaskor och andra liknande doser i flytande form eller pulverform som är avsedda att intas i uppmätta små enheter.”

8. I artikel 6 i direktiv 2002/46 föreskrivs krav på märkningen, enligt följande:

”1. För att de produkter som omfattas av detta direktiv skall stå i överensstämmelse med artikel 5.1 i direktiv 2000/13/EG skall den beteckning som används vid försäljning av dessa produkter vara ”kosttillskott”.

2. Den märkning, presentation och reklam som gäller kosttillskott får inte tillskriva dessa egenskaper som uppges kunna förebygga, behandla eller bota mänskliga sjukdomar eller antyda sådana egenskaper.

3. Utan att det påverkar tillämpningen av direktiv 2000/13/EG skall följande obligatoriska uppgifter ingå i märkningen:

- a) Namnet på de kategorier näringsämnen eller ämnen som kännetecknar produkten eller en uppgift om dessa näringsämnens eller ämnens art.
- b) Den dos av produkten som rekommenderas för dagligt intag.
- c) En varning om att det angivna rekommenderade dagliga intaget inte får överskridas.
- d) En hänvisning till att kosttillskott inte bör användas som ett alternativ till en varierad kost.
- e) En varning om att produkterna bör förvaras utom räckhåll för små barn.”

III. Bakgrunden till tvisten och förfarandet vid EUIPO och tribunalen

9. Georgios Pandalis är innehavare av ett EU-varumärke som består av ordmärket CYSTUS, vilket registrerades av EUIPO den 5 januari 2004. Anmälan gjordes bland annat för ”kosttillskott för icke medicinska ändamål” enligt klass 30 i Niceöverenskommelsen om internationell klassificering av varor och tjänster vid varumärkesregistrering av den 15 juni 1957, i reviderad och ändrad version.

A. Förfarandet vid EUIPO och överklagandenämndens beslut

10. Den 3 september 2013 ansökte LR Health & Beauty Systems GmbH enligt artikel 51.1 a i förordningen om EU-varumärken (nu artikel 58.1 a i förordning (EU) nr 2017/1001) om att varumärket CYSTUS skulle förklaras upphävt. Bolaget motiverade ansökan med att varumärket inte hade varit i verkligt bruk under en sammanhängande femårsperiod.

11. Vid den muntliga förhandlingen uppgav Georgios Pandalis och LR Health & Beauty Systems som svar på en fråga från EU-domstolen att det även pågår ett ogiltighetsförfarande mot varumärket CYSTUS. Detta förfarande grundas på att varumärket är beskrivande. EUIPO har vilandeförklarat det ärendet i avvaktan på att förevarande mål har avgjorts.

12. Genom beslut av den 12 september 2014 biföll EUIPO:s annulleringsenhet ansökan om upphävande. Varumärket förklarades upphävt för en del av de registrerade produkterna, däribland även ”kosttillskott för icke medicinska ändamål” enligt klass 30 i Niceöverenskommelsen.

13. Genom beslut av den 30 oktober 2015 ogillade första överklagandenämnden Georgios Pandalis överklagande av annulleringsenhetens beslut.

14. Överklagandenämnden grundade sitt beslut på följande två huvudsakliga argument.

15. För det första fann överklagandenämnden att Georgios Pandalis inte hade använt begreppet Cystus som unionsvarumärke, utan som beskrivning av sina produkter för att ange att produkterna innehöll extrakt från växtsläktet *Cistus Incanus* L. som aktiv substans. Det var inte tillräckligt att produkterna är försedda med begreppet CYSTUS i stället för "Cistus" och att symbolen ® delvis använts för att hänvisa till en användning som unionsvarumärke. Överklagandenämnden fann att varumärket skulle förklaras upphävt redan på denna grund.

16. För det andra fann överklagandenämnden att Georgios Pandalis inte hade styrkt att varumärket varit i verkligt bruk för "kosttillskott för icke medicinska ändamål" enligt klass 30, eftersom kraven i direktiv 2002/46 inte var uppfyllda.

B. Tribunalens dom

17. Den 14 januari 2016 överklagade Georgios Pandalis överklagandenämndens beslut till tribunalen. Tribunalen ogillade överklagandet genom den överklagade domen av den 14 februari 2017.

IV. Förfarandet vid domstolen och parternas yrkanden

18. Georgios Pandalis har överklagat tribunalens dom genom en skrivelse som inkom den 14 april 2017.

19. Han har yrkat att domstolen ska

- 1) ogiltigförklara den dom som tribunalen meddelade den 14 februari 2017 i mål T-15/16 angående det upphävandeförfarande som inletts mot EU-varumärke nr 001273119 CYSTUS,
- 2) upphäva det beslut som EUIPO:s första överklagandenämnd meddelade den 30 oktober 2015 i ärende R 2839/2014–1 angående det upphävandeförfarande som inletts mot EU-varumärke nr 001273119 CYSTUS,
- 3) upphäva det beslut som annulleringsenheten^[4] meddelade den 12 september 2014 inom ramen för upphävandeförfarande nr 8374 C, såvitt det i beslutet förordnas att EU-varumärke nr 001273119 CYSTUS förklaras upphävt såvitt gäller varor i klass 30, "kosttillskott för icke medicinska ändamål",
- 4) avslå den ansökan om ogiltighet som getts in av LR Health & Beauty Systems GmbH i förfarandet vid annulleringsenheten och första överklagandenämnden mot EU-varumärke nr 001273119 CYSTUS, såvitt ansökan gäller varor i klass 30, "kosttillskott för icke medicinska ändamål",
- 5) förplikta Europeiska unionens immaterialrättsmyndighet att ersätta rättegångskostnaderna.

20. EUIPO och LR Health & Beauty Systems har yrkat att

- 1) överklagandet ska ogillas, och
- 2) klaganden ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

21. Parterna har inkommit med skriftliga yttranden och yttrade sig muntligen vid förhandlingen den 20 juni 2018.

⁴ Denna fotnot saknar betydelse för den svenska översättningen.

V. Rättslig bedömning

22. Georgios Pandalis åberopar tre grunder till stöd för överklagandet av tribunalens dom. Den första grunden avser frågan huruvida varor för vilka varumärket CYSTUS har använts ska anses tillhöra gruppen ”kosttillskott för icke medicinska ändamål” (nedan under avsnitt B), den andra huruvida Georgios Pandalis har använt varumärket CYSTUS som varumärke vid märkning av produkter (nedan under avsnitt C) och den tredje rätten att yttra sig under förfarandet vid EUIPO (nedan under avsnitt D). Till att börja med krävs det emellertid några inledande anmärkningar avseende de första båda grunderna.

A. Inledande anmärkningar

23. För en bättre förståelse av de första båda grunderna ska det erinras om att EUIPO har grundat upphävandet av det omtvistade varumärket på att det inte har varit i verkligt bruk för den kategori av varor för vilken det har anmälts.

24. Överklagandenämnden fann i detta avseende att ordet ”Cystus” inledningsvis inte hade använts som varumärke, utan endast beskrivande, och att *ingen* av de produkter till vilka Georgios Pandalis hänvisat kan anses utgöra ”kosttillskott för icke medicinska ändamål”. Det omtvistade beslutet har således antagits på dubbla grunder, vilka var och en för sig *fullständigt* kan motivera beslutet.

25. I den överklagade domen har tribunalen emellertid inte gjort någon uttömmande prövning av huruvida Georgios Pandalis grunder för överklagande ger skäl att ifrågasätta båda motiveringarna.

26. Tribunalen har tvärtom endast slagit fast, vad beträffar en del av de angivna produkterna, nämligen ”Pilots Friend Immunizer[®]”, ”Immun44[®] Saft” och ”Immun44[®] Kapseln” samt ”de övriga produkter för vilka ordet Cystus uteslutande har använts i uttrycken Cystus 52 eller Cystus 052, med eller utan [®]-symbol”, att ordet ”Cystus” inte har använts som varumärke utan beskrivande. Det är denna bedömning som Georgios Pandalis har ifrågasatt genom sin andra grund.

27. För en annan del av produkterna, nämligen sugtabletter, halstabletter, örtkoncentrat, gurgellösning och infektionshämmande tabletter, har tribunalen däremot slagit fast att det inte kan anses vara fråga om en användning som ”kosttillskott för icke medicinska ändamål”. Denna bedömning utgör föremål för den andra grunden.

28. För att överklagandet ska kunna bifallas krävs det således endast att Georgios Pandalis når framgång med en av dessa grunder med avseende på en av nämnda produkter. I så fall krävs det en prövning av om användningen av varumärket CYSTUS för denna produkt är tillräcklig för ett verkligt bruk.

B. Den första grunden – produkterna utgör inte ”kosttillskott för icke medicinska ändamål”

29. Med sin första grund har Georgios Pandalis ifrågasatt punkterna 54–59 i den överklagade domen. Där slog tribunalen fast att EUIPO:s överklagandenämnd med rätta hade fastställt att Georgios Pandalis inte har bevisat att produkterna sugtabletter, halstabletter, örtkoncentrat, gurgellösning och infektionshämmande tabletter för vilka han har använt varumärket CYSTUS är ”kosttillskott för icke medicinska ändamål”.

30. Georgios Pandalis vänder sig dels mot att tribunalen har tillämpat bestämmelserna i direktiv 2002/46 avseende kosttillskott på ett felaktigt sätt, dels mot att motiveringen är bristfällig.

1. Den första delen av den första grunden – begreppet kosttillskott

31. Georgios Pandalis baserar den första delen av den första grunden på ett påstått åsidosättande av artikel 51.1 a i förordningen om EU-varumärken. Han hävdar att tribunalen vid bedömningen av huruvida vissa produkter utgör kosttillskott för icke medicinska ändamål i den mening som avses enligt den varumärkesrättsliga produktkategorin endast hade fått tillämpa definitionen av kosttillskott i artikel 2 a i direktiv 2002/46, men inte kraven i artikel 6 i detta direktiv om märkning av kosttillskott.

32. Vid ett sådant resonemang beaktas emellertid inte den funktion som definitionen i direktiv 2002/46 har. Den har inte till syfte att avgränsa den varumärkesrättsliga produktkategorin, utan leder endast till att direktivet blir tillämpligt, inbegripet bestämmelserna om märkning.

33. För den varumärkesrättsliga produktkategorin har däremot kosttillskottens utseende, vilket präglas av bestämmelserna om märkning, betydelse. Detta utseende är nämligen avgörande när det gäller till vilka produktkategorier konsumenten hänför produkten.

34. Om de aktuella produkterna inte uppfyller de unionsrättsliga kraven på märkning, utgör detta således ett tydligt tecken på att produkterna inte ska betraktas som kosttillskott.

35. Huruvida avvikelser från bestämmelserna om märkning har tillräcklig tyngd för att slå fast att produkterna inte utgör ”kosttillskott för icke medicinska ändamål” måste fastställas genom en bedömning av de faktiska omständigheterna i det enskilda fallet.

36. Detsamma gäller med avseende på den betydelse som tribunalen har tillmätt det förhållandet att de aktuella produkterna har ett centralt läkemedelsnummer, att de säljs i apotek och saluförs med hänvisningen att de skyddas mot influensa och förkylningar samt lindrar inflammationer i mun och hals.

37. I detta avseende ska det erinras om att ett överklagande enligt artikel 256.1 FEUF och artikel 58 första stycket i stadgan för Europeiska unionens domstol ska vara begränsat till rättsfrågor. Tribunalen är ensam behörig att fastställa och bedöma de relevanta omständigheterna liksom bevisningen. Således är bedömningen av de faktiska omständigheterna och bevisningen inte, utom i det fall då de har missuppfattats, en rättsfråga som i sig är underställd domstolens kontroll i ett mål om överklagande.⁵

38. Georgios Pandalis har emellertid i sitt överklagande gjort gällande att tribunalen i punkt 59 i den överklagade domen missuppfattade de faktiska omständigheterna vad gäller Cystus-sugtabletter, eftersom dessa tabletter inte är försedda med den nämnda hänvisningen till positiva hälsoeffekter. En sådan invändning får framställas i ett mål om överklagande.

39. Såsom EUIPO emellertid har angett grundas denna invändning på en felaktig tolkning av den överklagade domen. Tribunalen slog nämligen inte fast i punkt 59 att Cystus-sugtabletter saluförs *med* denna hänvisning, utan fastställde överklagandenämndens bevisvärdering. Överklagandenämnden fann att denna produkt saluförs *utan* hänvisningen och beaktade detta vid sin tolkning.⁶

40. Följaktligen ska den första delen av den första grunden delvis avvisas och ogillas i övrigt.

5 Dom av den 7 oktober 2004, Mag Instrument/harmoniseringsbyrån (C-136/02 P, EU:C:2004:592, punkt 39), dom av den 17 juli 2014, Reber/harmoniseringsbyrån (C-141/13 P, EU:C:2014:2089, punkt 35), och dom av den 26 juli 2017, Staatliche Porzellan-Manufaktur Meissen/EUIPO (C-471/16 P, EU:C:2017:602, punkt 34).

6 Punkt 57 i det omtvistade beslutet.

2. Den andra delen av den första grunden – bristande motivering

41. Genom den andra delen av den första grunden hävdar Georgios Pandalis att tribunalens motivering är bristfällig.
42. Enligt honom fastställde inte tribunalen till vilka kategorier hans produkter ska hänföras.
43. Georgios Pandalis har emellertid missuppfattat vad som utgör saken. Denna utgörs uteslutande av frågan om han har kunnat styrka att varumärket CYSTUS har varit i verkligt bruk för ”kosttillskott för icke medicinska ändamål”. Det saknar betydelse för denna fråga till vilka andra kategorier hans produkter ska hänföras.
44. Dessutom hävdar Georgios Pandalis att det inte framgår av den överklagade domen varför tribunalen vid sin prövning enligt artikel 51.1 a och 51.2 i förordningen om EU-varumärken inte gjorde en närmare prövning av huruvida det aktuella EU-varumärket med avseende på Cystus-sugtablettorna hade använts för ”kosttillskott för icke medicinska ändamål”.
45. Det är emellertid även i detta avseende avgörande att tribunalen vad gäller denna fråga – i relativt allmänt hållna ordalag – fastställde överklagandenämndens bedömning. Därigenom tillbakavisade den samtidigt åtminstone underförstått Georgios Pandalis invändningar vad gäller denna produkt.
46. Överklagandet kan således inte vinna bifall på den andra delen av den första grunden.

C. Den andra grunden – Användning som varumärke

47. Georgios Pandalis gör med sin andra grund gällande att tribunalen i punkterna 43 och 46 i allmänt hållna ordalag har klassificerat det omtvistade EU-varumärket CYSTUS som en beskrivande upplysning som hänför sig till namnet på växten Cistus, utan att lägga vikt vid det konkreta sätt på vilket varumärket använts. Detta utgör en ytterligare felaktig rättslig bedömning vid tillämpningen av artikel 51.1 a i förordningen om EU-varumärken, eftersom varumärket enligt Georgios Pandalis har varit i verkligt bruk. Dessutom är motiveringen motsägelsefull i detta avseende.
48. Mot denna bakgrund ska jag först behandla tribunalens resonemang i punkt 46 i den överklagade domen, vilket vid första anblicken faktisk tycks utgöra en felaktig rättslig bedömning, och därefter Georgios Pandalis övriga resonemang avseende denna grund.

1. Punkt 46 i den överklagade domen – varumärket CYSTUS beskrivande karaktär

49. I punkt 46 i den överklagade domen slog tribunalen fast att överklagandenämnden inte hade gjort en oriktig bedömning när den fann att den relevanta omsättningskretsen uppfattar begreppet Cystus som en beskrivande uppgift som hänvisar till beteckningen på växten cistus och inte som EU-varumärke, varvid den dock inte uttalade sig om huruvida det förelåg ett absolut registreringshinder i den mening som avses i artikel 7.1 c i förordningen om EU-varumärken.
50. Georgios Pandalis har vad gäller denna bedömning emellertid korrekt invänt att dessa uttalanden – vid en enskild betraktelse – är motsägelsefulla. Om den relevanta omsättningskretsen endast uppfattar varumärket som beskrivande skulle en användning som varumärke vara utesluten. Och detta skulle samtidigt – oberoende av tribunalens motsatta påstående – utgöra ett absolut registreringshinder enligt artikel 7.1 c i förordningen om EU-varumärken.

51. Nämda bedömning kan dessutom även anses tveksam då den föregriper resultatet av ett ogiltighetsförfarande inom ramen för ett upphävningsförfarande. Detta strider vid första anblicken mot domen *Formula One Licensing/harmoniseringsbyrån*. Enligt denna dom är det inte möjligt att i ett invändningsförfarande mot ett anmält EU-varumärke, beträffande ett kännetecken som är identiskt med ett varumärke som är skyddat i en medlemsstat, fastställa att det finns ett absolut registreringshinder såsom att det saknar särskiljningsförmåga. Att karakterisera ett kännetecken såsom beskrivande eller generiskt skulle emellertid vara likvärdigt med att förneka dess särskiljningsförmåga.⁷

52. Visserligen kan man mot en tillämpning av denna rättspraxis på förevarande mål invända att domstolen grundar sig på det förhållandet att varken EUIPO eller tribunalen är behörig att pröva ett nationellt varumärke.⁸ En sådan institutionell befogenhet föreligger emellertid med avseende på det nu aktuella EU-varumärket, bara det att det krävs att den utövas i ett annat förfarande.

53. Domstolen har emellertid även slagit fast att förordningen om EU-varumärken tillmäter det äldre varumärket en viss särskiljningsförmåga i ett invändningsförfarande.⁹ Detta resonemang kan utan problem tillämpas vid prövningen av huruvida ett registrerat EU-varumärke har varit i verkligt bruk.

54. Denna fråga kan emellertid lämnas öppen i förevarande mål.

55. Tribunalen preciserade nämligen i punkt 47 i den överklagade domen vad den faktiskt menade med den olyckliga formuleringen i punkt 46. Där fråntar tribunalen nämligen inte begreppet ”*Cystus*” varje form av särskiljningsförmåga, vilket skulle vara fallet för ett begrepp som endast är beskrivande,¹⁰ utan tillerkänner det åtminstone svag särskiljningsförmåga. Detta uppfyller kraven i nyss nämnda rättspraxis.¹¹

56. Denna tolkning medger även att tribunalen kunde fastställa att överklagandenämnden inte hade yttrat sig beträffande artikel 7.1 c i förordningen om EU-varumärken.

57. Således grundas Georgios Pandalis invändningar mot punkt 46 i den överklagade domen på en felaktig tolkning av tribunalens, till viss del missvisande, resonemang.

2. Georgios Pandalis övriga argument – bedömning av den faktiska användningen av varumärket CYSTUS

58. Även i övrigt baseras Georgios Pandalis resonemang avseende den andra grunden i huvudsak på ett selektivt och således felaktigt sätt att tolka tribunalens bedömning av den motsvarande grunden för överklagande, inbegripet de angripna punkterna.

59. För det första slog tribunalen inte, såsom redan angetts ovan, generellt fast att varumärket CYSTUS uteslutande kan användas beskrivande. Snarare innebär den svaga särskiljningsförmåga som tribunalen tillerkänner varumärket att det i princip även kan användas som sådant. Detta innebär att det enligt tribunalen är möjligt att använda varumärket så, att konsumenterna uppfattar det som ursprungshänvisning för en produkt och inte enbart som beskrivning av de ämnen den innehåller.

7 Dom av den 24 maj 2012, *Formula One Licensing/harmoniseringsbyrån* (C-196/11 P, EU:C:2012:314, punkt 41).

8 Dom av den 24 maj 2012, *Formula One Licensing/harmoniseringsbyrån* (C-196/11 P, EU:C:2012:314, punkterna 40, 44 och 45), och dom av den 8 november 2016, *BSH/EUIPO* (C-43/15 P, EU:C:2016:837, punkt 66), samt beslut av den 30 maj 2013, *Wohlfahrt/harmoniseringsbyrån* (C-357/12 P, EU:C:2013:356, punkt 46), och beslut av den 16 oktober 2013, *medi/harmoniseringsbyrån* (C-410/12 P, EU:C:2013:702, punkt 34).

9 Dom av den 24 maj 2012, *Formula One Licensing/harmoniseringsbyrån* (C-196/11 P, EU:C:2012:314, punkterna 46 och 47).

10 Dom av den 24 maj 2012, *Formula One Licensing/harmoniseringsbyrån* (C-196/11 P, EU:C:2012:314, punkt 41).

11 Dom av den 24 maj 2012, *Formula One Licensing/harmoniseringsbyrån* (C-196/11 P, EU:C:2012:314, punkt 47), och dom av den 8 november 2016, *BSH/EUIPO* (C-43/15 P, EU:C:2016:837, punkt 67).

60. För det andra framgår det, såsom även LR Health & Beauty har gjort gällande, av punkt 37 och de första meningarna i punkt 43 i den överklagade domen att tribunalen i punkterna 39–48 gjorde en bedömning av den konkreta användningen av ordet Cystus på förpackningarna till produkterna "Pilots Friend Immunizer", "Immun44® Saft" och "Immun44® Kapseln".

61. För det tredje fastställde tribunalen därigenom överklagandenämndens bedömning att denna användning var beskrivande, det vill säga inte uppfyllde kraven på en användning som varumärke.

62. Det nyss anförda ger stöd för slutsatsen att varumärket CYSTUS inte har varit i verkligt bruk för de tre angivna produkterna.

63. Vid bedömningen av frågan huruvida kravet på verkligt bruk av varumärket är uppfyllt tas hänsyn till samtliga omständigheter och förhållanden som kan styrka att varumärket faktiskt utnyttjas kommersiellt, i synnerhet i form av sådan användning som anses vara berättigad i den berörda ekonomiska sektorn för att bibehålla eller skapa marknadsandelar för de varor och tjänster som skyddas av varumärket.¹²

64. Därvid kan det endast vara fråga om verkligt bruk om användningen är förenlig med varumärkets grundläggande funktion, nämligen att garantera konsumenten eller slutanvändaren varans eller tjänstens ursprung, så att det är möjligt att utan risk för förväxling särskilja denna vara eller tjänst från andra med ett annat ursprung.¹³

65. Mot denna bakgrund krävs det inte att varje användning av ett varumärke sker i överensstämmelse med ursprungsfunktionen.¹⁴ Inte heller krävs det att allt kommersiellt utnyttjande som påvisats per automatik utgör verkligt bruk av det aktuella varumärket.¹⁵ Ett varumärke kan därutöver även ha andra funktioner, såsom att garantera varornas eller tjänsternas kvalitet eller kommunikations-, investerings- och reklamfunktioner.¹⁶

66. Hur ett varumärke används i det enskilda fallet kan således endast fastställas på grundval av en bedömning av de enskilda omständigheterna. Denna bedömning kan emellertid, såsom redan påpekats, inte kontrolleras vid överklagandet.

3. Inkluderandet av ytterligare produkter

67. Mot ovanstående överväganden kan det invändas att tribunalen i punkt 50 i den överklagade domen slog fast att användningen av varumärket CYSTUS inte kunde erkännas med avseende på "de övriga produkter för vilka begreppet Cystus uteslutande har använts i uttrycken Cystus 52 eller Cystus 052, med eller utan ®-symbol". Därigenom utvidgade tribunalen sin bedömning till att inte enbart omfatta de tre angivna produkterna.

68. Tribunalen motiverade emellertid denna bedömning i punkt 47 i den överklagade domen.

12 Dom av den 11 mars 2003, Ansul (C-40/01, EU:C:2003:145, punkt 38).

13 Dom av den 11 mars 2003, Ansul (C-40/01, EU:C:2003:145, punkt 36), dom av den 9 december 2008, Verein Radetzky-Orden (C-442/07, EU:C:2008:696, punkt 13).

14 Beslut av den 20 maj 2014, Reber Holding/harmoniseringsbyrån (C-414/13 P, EU:C:2014:812, punkt 54).

15 Dom av den 17 juli 2014, Reber/harmoniseringsbyrån (C-141/13 P, EU:C:2014:2089, punkt 32).

16 Dom av den 8 juni 2017, W. F. Gözze Frottierweberei och Gözze (C-689/15, EU:C:2017:434, punkterna 42 och 45).

69. Där behandlas frågan huruvida användningen av begreppet Cystus i begreppen Cystus 52 och Cystus 052 ska erkännas som en användning av varumärket CYSTUS. I detta avseende gäller som styrkande av verkligt bruk enligt artikel 15.1 andra stycket a i förordningen om EU-varumärken att varumärket används i en form som skiljer sig i detaljer vilka inte förändrar märkets särskiljande egenskaper så som det registrerats.

70. Tribunalen underkände emellertid ett sådant resonemang på grund av den svaga särskiljningsförmåga som begreppet Cystus har. Denna form av användning är avsedd att förstärka varumärkets särskiljningsförmåga väsentligen. Således påverkas särskiljningsförmågan i strid med artikel 15.1 andra stycket a i förordningen om EU-varumärken. Denna motivering överensstämmer för övrigt med EU-domstolens praxis beträffande användning av varumärken som del av andra varumärken.¹⁷

71. Följaktligen rör tribunalens resonemang i punkterna 47 och 50 i den överklagade domen – vilket Georgios Pandalis inte har ifrågasatt – en annan fråga än de av honom ifrågasatta punkterna 43 och 46. Förstnämnda resonemang påverkar således inte bedömningen av den andra grunden.

4. Slutsats i denna del

72. Den andra grunden ska således delvis – såvitt den avser en ny prövning av de faktiska omständigheterna – avvisas och ogillas i övrigt.

D. Den tredje grunden – parternas rätt att yttra sig

73. Med den tredje grunden har Georgios Pandalis gjort gällande att tribunalen tillämpade artikel 75 andra meningen i förordningen om EU-varumärken på ett felaktigt sätt i punkterna 23–25 i den överklagade domen.

74. Georgios Pandalis har anfört att överklagandenämnden faktiskt fann att varumärket CYSTUS är beskrivande i den mening som avses i artikel 7.1 c i förordningen om EU-varumärken. Han har inte getts tillfälle att yttra sig i detta avseende.

75. Tribunalen slog däremot i punkt 24 i den överklagade domen fast att överklagandenämnden *inte* uttalade sig om huruvida det förelåg absoluta registreringshinder, det vill säga enligt artikel 7.1 c i förordningen om EU-varumärken.

76. Om tribunalens bedömning är korrekt, fanns det således inte någon anledning för EUIPO att ge Georgios Pandalis tillfälle att yttra sig över frågan huruvida varumärket CYSTUS är beskrivande i den mening som avses i artikel 7.1 c i förordningen om EU-varumärken.

77. Underförstått omfattar denna grund således invändningen att tribunalen har återgett överklagandenämndens motivering på ett felaktigt sätt, vilket skulle utgöra en felaktig rättstillämpning, eftersom unionsdomstolarna inte i något fall får ersätta den motivering som lämnats av den som antagit den angripna rättsakten med en egen motivering.¹⁸

¹⁷ Dom av den 1 december 2016, Klement/EUIPO (C-642/15 P, EU:C:2016:918, punkt 29).

¹⁸ Dom av den 27 januari 2000, DIR International Film m.fl./kommissionen (C-164/98 P, EU:C:2000:48, punkterna 38 och 48), och dom av den 21 januari 2016, Galp Energía España m.fl./kommissionen (C-603/13 P, EU:C:2016:38, punkt 73).

78. Såsom jag redan har förklarat i samband med prövningen av ett annat mål utgör detta ett uttryck för den kassatoriska verkan som en talan om ogiltighetsförklaring har. Utanför tillämpningsområdet för den obegränsade prövningsbehörigheten (artikel 261 FEUF) får unionsdomstolarna inte ändra den angripa rättsakten, utan ska ogiltigförklara den om och i den utsträckning talan är välgrundad (artikel 264 första stycket FEUF). Det ankommer sedan på unionens berörda institutioner, organ och byråer att vidta de åtgärder som är nödvändiga för att följa en dom om ogiltigförklaring (artikel 266 första stycket FEUF).¹⁹

79. Enligt artikel 65.3 i förordningen om EU-varumärken är tribunalen visserligen inte enbart behörig att undanröja det överklagade beslutet, utan även att ändra det. Emellertid innebär tribunalens behörighet att ändra EUIPO:s överklagandenämnds beslut inte att tribunalen får ersätta överklagandenämndens bedömning med sin egen. Inte heller får tribunalen vidta bedömningar i frågor där överklagandenämnden ännu inte har uttalat sig.²⁰

80. Överklagandenämnden slog i punkt 32 i det överklagade beslutet fast att ”det vetenskapliga släktnamnet på en växt inte enbart utgör namnet på växtsläktet (och därmed i vidare bemärkelse produktnamnet, respektive beskrivande uppgifter i den mening som avses i artikel 7.1 c i [förordningen om EU-varumärken] ...) utan även beskriver de varor vars huvudsakliga beståndsdelar framställs av växter från detta släkte”.

81. Dessutom ska infogandet av symbolen ° enligt punkt 34 i det överklagade beslutet ”tolkas så att [Georgios Pandalis] i sin reklam kommunicerar att han innehar varumärkesrätten till en beskrivande uppgift ...”.

82. Det ligger nära till hands att tolka detta resonemang som att överklagandenämnden slog fast att varumärket CYSTUS är beskrivande i den mening som avses i artikel 7.1 c i förordningen om EU-varumärken.

83. Detta är emellertid inte den enda tänkbara tolkningen.

84. Exempelvis förklarar överklagandenämnden att uttalandet i punkt 32 i det överklagade beslutet ska tolkas på så sätt att namnet på ett växtsläkte ”i vidare bemärkelse” utgör en beskrivande uppgift i den mening som avses i artikel 7.1 c i förordningen om EU-varumärken. Underförstått innebär detta emellertid att endast ett begrepp som är beskrivande i egentlig mening även måste anses uppfylla kraven i nämnda bestämmelse och att ett motsvarande varumärke ska förklaras ogiltigt.

85. Dessutom kan resonemanget i punkt 34 i det överklagade beslutet snarare betraktas som en tolkning av varumärkesinnehavarens kommunikation än att överklagandenämnden där slog fast vilken betydelse användningen av symbolen ° ska tillmätas.

86. Således kan tribunalens tolkning av det överklagade beslutet anses försvarbar och det kan inte anses att den på ett otillåtet sätt har ersatt överklagandenämndens motivering med sin egen motivering.

87. Följaktligen ska även Georgios Pandalis huvudargument avseende den tredje grunden tillbakavisas. Eftersom överklagandenämnden enligt tribunalens försvarbara slutsatser inte uttalade sig om förekomsten av absoluta registreringshinder enligt artikel 7.1 c i förordningen om EU-varumärken, krävdes det inte heller att Georgios Pandalis gavs möjlighet att yttra sig i denna fråga.

88. Överklagandet kan därför inte vinna bifall på den tredje grunden.

19 Mitt förslag till avgörande i målet Frucona Košice/kommissionen (C-73/11 P, EU:C:2012:535, punkterna 92 och 93).

20 Dom av den 5 juli 2011, Edwin/harmoniseringsbyrån (C-263/09 P, EU:C:2011:452, punkt 72), och dom av den 21 juli 2016, Apple and Pear Australia och Star Fruits Diffusion/EUIPO (C-226/15 P, EU:C:2016:582, punkt 67).

VI. Rättegångskostnader

89. Enligt artikel 184.2 i rättegångsreglerna ska domstolen besluta om rättegångskostnaderna när överklagandet ogillas. Enligt artikel 138.1, vilken enligt artikel 184.1 i rättegångsreglerna är tillämplig på överklaganden, ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats.

90. Eftersom Georgios Pandalis har tappat målet och EUIPO och LR Health & Beauty Systems har framställt ett motsvarande yrkande, ska han förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.²¹

VII. Förslag till avgörande

91. Jag föreslår således att domstolen meddelar följande dom:

- 1) Överklagandet ogillas.
- 2) Georgios Pandalis ska ersätta rättegångskostnaderna.

²¹ Se dom av den 26 juli 2017, Staatliche Porzellan-Manufaktur Meissen/EUIPO (C-471/16 P, EU:C:2017:602, punkt 65), och dom av den 19 april 2018, Fiesta Hotels & Resorts/EUIPO (C-75/17 P, EU:C:2018:269, punkt 71).