

Sag C-104/22**Anmodning om præjudiciel afgørelse****Dato for indlevering:**

15. februar 2022

Forelæggende ret:

Markkinaoikeus (Finland)

Afgørelse af:

14. februar 2022

Sagsøger:

Lännen MCE Oy

Sagsøgt:

Berky GmbH

Senwatec GmbH & Co. KG

MARKKINAOIKEUS **KENDELSE** [...] [udelades]

14. februar 2022 [...] [udelades]

SAGSØGER Lännen MCE Oy**SAGSØGT** Berky GmbH

Senwatec GmbH & Co. KG

GENSTAND Krænkelser af et EU-varemærke; forelæggelse af anmodning om præjudiciel afgørelse for Den Europæiske Unions Domstol i henhold til artikel 267 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde

SAGENS GENSTAND

- 1 Sagen, som verserer ved Markkinaoikeus (domstol i handelsretlige sager) og er anlagt af Lännen MCE Oy, vedrører det spørgsmål, om sagsøgte Berky GmbH (herefter »Berky«) og Senwatec GmbH & Co. KG (herefter »Senwatec«), som begge har hjemsted i Tyskland, har krænket EU-varemærke nr. 003185758 WATERMASTER.
- 2 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører spørgsmålet om, under hvilke betingelser det kan lægges til grund, at de hævdede krænkelser som omhandlet i artikel 125, stk. 5, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2017/1001 af 14. juni 2017 om EU-varemærker (herefter »EU-varemærkeforordningen«) er blevet begået i Finland, og dermed om Markkinaoikeus' internationale kompetence til at behandle søgsmålet.
- 3 Navnlig opstår det spørgsmål, under hvilke betingelser det i givet fald kan lægges til grund, at de elektronisk offentliggjorte reklamer, som hævdes at udgøre krænkelser, var rettet til en finsk målgruppe, uanset om det geografiske leveringsområde for de omtvistede produkter udtrykkeligt blev præciseret særskilt sammen med eller i forbindelse med reklamerne.

RELEVANTE FAKTISKE OMSTÆNDIGHEDER

Sagens baggrund

- 4 Lännen MCE Oy, som har hjemsted i Finland, er indehaver af EU-varemærke nr. 003185758 WATERMASTER.
- 5 De sagsøgte selskaber Berky og Senwatec tilhører den samme koncern. De to selskaber er blevet beskyldt for forskellige krænkelser, idet søgsmålene dog behandles samlet i én sag. Eftersom de hævdede krænkelser adskiller sig fra hinanden, behandles de herefter separat.
- 6 Med hensyn til Senwatec hviler anbringendet om en krænkelse af EU-varemærket WATERMASTER på en reklame, der i august 2016 blev vist som søgeresultat ved en søgning med søgeordet »watermaster« på webstedet Google.fi.
- 7 Det fremgår af den dokumentation, der er blevet fremlagt under sagen, at det første søgeresultat af Google-søgningen var et reklamelink med titlen »Watermaster – Multipurpose amphibian dredgers – senwatec.de« vedrørende en multifunktionel gravemaskine fra Senwatec. Ordet »reklame« var anført i forbindelse med det førnævnte søgeresultat, og søgeresultatet var adskilt fra de øvrige søgeresultater af en streg. Af den søgendes IP-adresse på en udskrift af den førnævnte søgning fremgår det, at denne befandt sig i Helsinki/Finland. Af reklamelinket, der er markeret som søgeresultat, fremgår der ikke nogen

holdepunkter, som henviser specifikt til Finland eller produkternes geografiske leveringsområde i øvrigt.

- 8 Det førnævnte reklamelink førte til Senwatecs websted www.senwatec.de. På dette websted fandtes bl.a. en engelsksproget tekst, ifølge hvilken Senwatecs produkter bruges over hele verden: »The machines and solutions from the company Senwatec are worldwide in use. To give you an overview of the area of operations we created for you an own Senwatec-world map.« I forbindelse med teksten vist et billede af et verdenskort, hvorpå de lande, hvor Senwatec efter egne oplysninger havde aktiviteter, var farvet mørke. På kortet var størstedelen af Vesteuropa, hele Nordamerika og flere asiatiske og afrikanske lande farvet mørke. Finland var imidlertid ikke farvet mørkt. Ud over disse oplysninger er der under sagen ikke blevet fremlagt yderligere beskrivelser af webstedets indhold med hensyn til Senwatecs aktivitetsområde eller leveringsområdet for produkterne.
- 9 Med hensyn til Berkys hviler Lännen MCE Oy's anbringende om, at EU-varemærket WATERMASTER er blevet krænket, på det forhold, at der på billeddelingstjenesten Flickr.com i årene 2005-2019 i forbindelse med billeder, der præsenterede forskellige af Berkys maskiner, blev benyttet et såkaldt megatag, »watermaster«, dannet ud fra et nøgleord. Ifølge Lännen MCE Oy blev der på Google.fi-siden som søgeresultat af en søgning med søgeordene »watermaster amphibious dredger« vist et link til fildelingstjenesten Flickr.com, hvor der fandtes billeder af Berkys maskiner. Linket, der var markeret som søgeresultat, var ikke et reklamelink, men et såkaldt organisk søgeresultat.
- 10 I billedteksterne til billederne i onlinetjenesten Flickr.com var maskinernes navne og modelnumre angivet på engelsk. I forbindelse med billederne vist desuden Berkys logo. Hvert af billederne var forbundet med adskillige megatags dannet af nøgleord på engelsk og andre sprog. Et af disse tags var »watermaster«. Desuden var der mulighed for at registrere sig i den pågældende tjeneste som følger af Berkys indhold.
- 11 I forbindelse med det link, der blev vist som søgeresultat af internetsøgningen på Google.fi, eller med billederne i billeddelingstjenesten Flickr.com blev der ikke vist nogen oplysninger, der henviste specifikt til Finland. I forbindelse med billederne fremgik der heller ikke yderligere oplysninger, som udtrykkeligt angav det geografiske leveringsområde for de af Berkys maskiner, der blev præsenteret på billederne.

Retsforhandlingernes forløb for Markkinaoikeus

- 12 Sagsøgeren, Lännen MCE Oy, har gjort gældende, at de hævdede krænkelser er sket i Finland, og at Markkinaoikeus dermed i henhold til EU-varemærkeforordningens artikel 125, stk. 5, har kompetence til at behandle krænkelssøgsmålet.

- 13 Ifølge Lännen MCE Oy udøvede de to sagsøgte marketingaktiviteter på internettet, der var rettet mod finsk område og kunne ses af finske forbrugere og forhandlere. Berkys og Senwatecs produkter sælges i hele verden. De engelsksprogede reklamer var ikke blot rettet til den tyske målgruppe, men uden begrænsninger til en international målgruppe, dvs. i alle lande, hvor de omtvistede reklamer kunne ses. Eftersom reklamerne ikke var rettet mod et enkelt land, var den rettet mod ethvert land, hvor de kunne ses. Det er allerede afgørende, at den krænkende anvendelse kunne ses af finske internetbrugere.
- 14 Sagsøgte Berky og Senwatec har i deres svarskrift bestridt, at Markkinaoikeus har international kompetence i denne sag. Ifølge selskaberne er de hævdede krænkelse ikke sket i Finland. Sagsøgte har derfor i første række nedlagt påstand om, at Markkinaoikeus afviser at antage sagen til realitetsbehandling.
- 15 Berky og Senwatec har gjort gældende, at de ikke rettede deres marketing mod Finland, og at Finland heller ikke var deres markedsområde. Google-søgeresultatet og det heri forekommende ord »watermaster« vidner ikke om marketing af produkterne i Finland, og deres marketing vedrørte heller ikke i øvrigt Finland. Det påvirker ikke på nogen måde vurderingen, at søgningen blev foretaget gennem Google.fi-siden. Berkys billeder på Flickr.com-webstedet viste end ikke reklamer eller salgsudbud. Dermed vedrørte de hævdede krænkelse ikke Finland. I denne henseende er det afgørende ikke, om det internetindhold, der hævdes at udgøre en krænkelse, kunne ses i Finland, men derimod om dette indhold udviser en relevant forbindelse med Finland.
- 16 Parterne har forskellige opfattelser af, om det kort, der gengives på et billede på Senwatecs websted, viser, at selskabet har begrænset det geografiske leveringsområde for sine produkter således, at produkterne ikke leveres til Finland. Ifølge Senwatec beviser kortet, at Finland ikke er en del af markedsområdet for selskabets produkter, og selskabet har efter egne oplysninger hverken forhandlere eller distributører i Finland. Ifølge Lännen MCE Oy omfatter markedet for Senwatecs produkter hele verden, og selskabet har også været aktivt i lande, der ikke er fremhævet på det førnævnte kort. Under sagen er der endvidere blevet ført vidnebevis for, at det førnævnte verdenskort ikke kun vedrører Senwatecs aktivitetsområde, men også Berkys.

RETSFORSKRIFTER OG RETSPRAKSIS

EU-varemærkeforordningen

- 17 EU-varemærkeforordningen har været anvendt siden den 1. oktober 2017. I det omfang de hævdede krænkelse, der ligger til grund for søgsmålet, er sket før dette tidspunkt, er det Markkinaoikeus' opfattelse, at Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 om EF-varemærker, der var i kraft på tidspunktet for de hævdede krænkelse indtil den 30. september 2017, som ændret bl.a. ved forordning (EU)

2015/2424, der trådte i kraft den 23. marts 2016 (begge herefter samlet »den tidligere EU-varemærkeforordning«), finder anvendelse.

- 18 Lännen MCE Oy's krænkelssøgsmål blev indbragt for Markkinaoikeus den 28. januar 2020. Uanset ovenstående finder den nugældende EU-varemærkeforordning, som i den nedenfor anførte henseende har samme indhold som den tidligere EU-varemærkeforordning, ifølge Markkinaoikeus anvendelse på spørgsmålet om dens kompetence.
- 19 I henhold til EU-varemærkeforordningens artikel 124, litra a), har EU-varemærkedomstolene enekompetence til at afgøre alle søgsmål vedrørende krænkelse af et EU-varemærke.
- 20 I henhold til EU-varemærkeforordningens artikel 125, stk. 5, kan de sager, der er et resultat af de i artikel 124 omhandlede søgsmål og modkrav, bortset fra søgsmål til fastslåelse af, at der ikke foreligger krænkelse af et EU-varemærke, ligeledes anlægges ved retterne i den medlemsstat, hvor krænkelsen er begået, eller hvor der er risiko for krænkelse, eller hvor en i artikel 11, stk. 2, omhandlet handling er begået.
- 21 I henhold til EU-varemærkeforordningens artikel 126, stk. 2, er en EU-varemærkedomstol, der har kompetence i medfør af artikel 125, stk. 5, kun kompetent med hensyn til handlinger, der er begået, eller som der er risiko for i den medlemsstat, hvor denne ret er beliggende.

Domstolens praksis

- 22 Domstolen har i dom af 5. september 2019, AMS Neve m.fl. (C-172/18, EU:C:2019:674), som vedrørte fortolkningen af den tidligere EU-varemærkeforordnings artikel 97, stk. 5, der indholdsmæssigt svarer til den nugældende EU-varemærkeforordnings artikel 125, stk. 5, prøvet spørgsmålet om, i hvilken medlemsstat krænkelsen er sket i forbindelse med elektronisk offentliggjorte reklamer og salgsudbud for varer, der var forsynet med et varemærke, som hævdes at være blevet krænket.
- 23 I henhold til denne doms præmis 47 er de hævdede krænkelse blevet begået på det område, hvor de forbrugere eller de erhvervsdrivende, som disse reklamer og disse salgsudbud er rettet imod, befinder sig, uanset det forhold, at sagsøgte er etableret på et andet område, at serveren til det elektroniske netværk, som denne anvender, befinder sig på et andet område, og at varerne, der er genstand for de nævnte reklamer og tilbud, befinder sig på et andet område.
- 24 I henhold til dommens præmis 54 skal krænkelse af et EU-varemærke anses for at være blevet »begået« på det område, hvor de er blevet til reklamer og salgsudbud, dvs. det område, hvor det kommercielle indhold faktisk er blevet gjort tilgængeligt for forbrugerne og de erhvervsdrivende, som det var rettet til. Det er

derimod irrelevant, om disse reklamer og disse udbud efterfølgende har haft til virkning at fremprovokere køb af sagsøgte varer.

- 25 Af dommens præmis 56 fremgår det, at det påhviler retten at efterprøve, i hvilken medlemsstat de forbrugere eller forhandlere, som reklamen på webstedet eller platformene er rettet til, befinder sig, navnlig ved hjælp af præciseringer indeholdt på dette websted og disse platforme med hensyn til de geografiske områder for levering af de omhandlede varer.
- 26 I den sidstnævnte præmis 56 i dommen henvises der til præmis 64 og 65 i dom af 12. juli 2011, L'Oréal m.fl. (C-324/09, EU:C: 2011:474), hvori det blev prøvet, under hvilke betingelser indehaveren af et EU-varemærke har ret til at forbyde udbud til salg af produkter, som er forsynet med varemærket, på en online-markedsplads.
- 27 I henhold til L'Oréal-dommens præmis 64 er den omstændighed, at en hjemmeside er tilgængelig på det område, som er omfattet af varemærket, ikke tilstrækkelig til, at det kan konkluderes, at det salgsudbud, der fremsættes dér, henvender sig til forbrugere på dette område. Såfremt det forhold, at en online-markedsplads er tilgængelig på dette område, var tilstrækkeligt til, at de annoncer, som vises på denne hjemmeside, er omfattet af anvendelsesområdet for retsforrifterne om EU-varemærker, ville hjemmesider og annoncer, som åbenlyst udelukkende henvender sig til forbrugere i tredjelande, ikke desto mindre være tilgængelige i Unionen teknisk set, og dermed fejlagtigt omfattet af EU-retten.
- 28 I henhold til L'Oréal-dommens præmis 65 påhviler det følgelig de nationale domstole at vurdere fra sag til sag, om der foreligger nogen konkrete tegn på, at et udbud til salg, som vises på en online-markedsplads, der er tilgængelig på det område, der er omfattet af varemærket, henvender sig til forbrugere på dette område. Når salgsudbuddet omfatter oplysninger om, hvilket geografisk område sælgeren kan sende varerne til, er sådanne oplysninger af særlig væsentlig betydning i forbindelse med nævnte bedømmelse.
- 29 I henhold til AMS Neve-dommens præmis 58 skal den tidligere bestemmelse, som svarer til EU-varemærkeforordningens artikel 125, stk. 5, ganske vist fortolkes selvstændigt i forhold til den fortolkning af artikel 5, nr. 3), i Rådets forordning (EF) nr. 44/2001 af 22. december 2000 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område, som Domstolen gav vedrørende sager om krænkelse af nationale varemærker. Ikke desto mindre skal fortolkningen af begreberne »medlemsstat, hvor krænkelsen er begået« og af »det sted, hvor skadetilføjelsen er foregået«, som fremgår af disse bestemmelser, i en vis grad være overensstemmende.
- 30 I henhold til præmis 39 i dom af 19. april 2012, Wintersteiger (C-523/10, EU:C:2012:220), skal artikel 5, nr. 3), i forordning nr. 44/2001 fortolkes således, at en tvist vedrørende krænkelsen af et i en medlemsstat registreret varemærke

som følge af en annoncørs brug af et søgeord, der er identisk med nævnte varemærke, på webstedet for en søgemaskine henhørende under en anden medlemsstats nationale topdomæne kan indbringes enten for retterne i den medlemsstat, hvor varemærket er registreret, eller for retterne i den medlemsstat, hvor annoncørens etableringssted befinder sig.

NØDVENDIGHEDEN AF ANMODNINGEN OM PRÆJUDICIEL AFGØRELSE

- 31 På baggrund af Domstolens praksis som beskrevet ovenfor skal der ved vurderingen af, i hvilken medlemsstat de forbrugere eller forhandlere, som de elektronisk offentliggjorte reklamer eller salgsudbud på et websted er rettet til, befinder sig, navnlig tages hensyn til oplysningerne om de geografiske leveringsområder for varerne.
- 32 Det kan udledes af retspraksis, at også andre omstændigheder ud over oplysningerne om de geografiske leveringsområder for varerne kan tages i betragtning ved vurderingen. Dette kan navnlig have betydning i en situation, hvor et geografisk leveringsområde enten slet ikke er konkretiseret eller kun kan udledes indirekte af andre omstændigheder. Det er imidlertid fortsat uklart, hvad disse andre omstændigheder kan være.
- 33 Det fremgår af generaladvokatens forslag til afgørelse i sagen AMS Neve (EU:C:2010:276, punkt 89), at også andre elementer i forbindelse med verificeringen af kompetencen på grundlag af det sted, hvor krænkelsen er begået, kan være særligt vigtige. Ifølge forslaget til afgørelse kan dette bl.a. være følgende elementer: det forhold, at et tilbud og en reklame udtrykkeligt henviser til offentligheden i en medlemsstat, at de er tilgængelige på et websted med denne medlemsstats nationale topdomæne, at priserne er angivet i den nationale valuta, eller at der på et sådant websted oplyses telefonnumre med den pågældende medlemsstats forvalg. Denne fortegnelse over elementer er ifølge forslaget til afgørelse hverken udtømmende eller udelukkende. Domstolen har i den præjudicielle afgørelse AMS Neve ikke udtalt sig om betydningen af disse andre elementer.
- 34 For det første er det uklart, om arten af de produkter, der er omfattet af reklamerne, skal tages i betragtning ved vurderingen af spørgsmålet om, i hvilken medlemsstat de forbrugere eller forhandlere, som en reklame eller et salgsudbud er rettet til, befinder sig, og dermed i hvilken medlemsstat den hævdede krænkelse som omhandlet i EU-varemærkeforordningens artikel 125, stk. 5, er blevet begået. I den foreliggende sag har Lännen MCE Oy bl.a. gjort gældende, at markedsområdet for Berkys og Senwatecs produkter omfatter hele verden, og at reklamerne for dem var rettet mod alle de lande, hvor reklamerne kunne ses.
- 35 Såfremt det lægges til grund, at reklamerne vedrørte hele verden og således også hele Den Europæiske Unions område, er det uklart, om det kan lægges til grund, at reklamerne vedrører en enkelt medlemsstat. Med hensyn til Berky skal det

forinden som led i sagen afgøres, om præsentationen på billederne af Berkys maskiner i billeddelingstjenesten Flickr.com i lyset af de kendsgerninger, der er fremkommet under sagen, udgør reklame.

- 36 Af punkt 90 i generaladvokatens forslag til afgørelse i sagen AMS Neve (EU:C:2019:276) fremgår det, at en generel angivelse, der omfatter hele EU, ikke gør det muligt at identificere den eller de specifikke målgrupper. Hvis man tillagde en sådan generel angivelse vægt, ville det betyde, at ophavsmanden til en formodet krænkelse kan sagsøges ved retterne i alle medlemsstater. Domstolen har i den præjudicielle afgørelse i sagen AMS Neve ikke taget stilling til dette spørgsmål.
- 37 I den førnævnte Wintersteiger-dom blev topdomænet for søgemaskinewebsstedet tillagt betydning som kompetencekriterium. Dommen vedrører imidlertid et nationalt varemærke og adskiller sig også i andre henseender fra den foreliggende sag.
- 38 På baggrund af det ovenfor anførte er det fortsat uklart, om det i forbindelse med afgørelsen af kompetencespørgsmålet som omhandlet i EU-varemærkeforordningens artikel 125, stk. 5, kan have betydning, under hvilken medlemsstats topdomæne det søgemaskinewebssted, hvor reklamen kan tilgås, henhører.
- 39 Det er navnlig uklart, om det kan lægges til grund, at en reklame, som virksomhed A med etableringssted i medlemsstat X har offentliggjort elektronisk, er rettet til forbrugere eller forhandlere i medlemsstat Y, hvis A i en reklame eller som nøgleord på et søgemaskinewebssted henhørende under medlemsstat Y's topdomæne, har benyttet et tegn, der er identisk med et EU-varemærke.
- 40 Såfremt de førnævnte omstændigheder er afgørende i den foreliggende sag, er det også uklart, om EU-varemærkedomstolene i medlemsstat Y allerede har enekompetence på grund af disse omstændigheder, eller om yderligere krav skal være opfyldt, for at denne kompetence foreligger.
- 41 Besvarelsen af de nævnte fortolkningsspørgsmål er påkrævet for afgørelsen af hovedsagen, der verserer ved Markkinaoikeus.

PRÆJUDICIELLE SPØRGSMÅL

Markkinaoikeus har efter at have givet parterne lejlighed til at tage stilling til indholdet af den præjudicielle anmodning afsagt kendelse om at udsætte sagen og forelægge Den Europæiske Unions Domstol følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

Virksomhed A er etableret i medlemsstat X, hvor den har hjemsted, og har på et websted i en reklame eller som nøgleord benyttet et tegn, der er identisk med et EU-varemærke tilhørende virksomhed B.

1. Kan det i en situation som den ovenstående lægges til grund, at reklamen er rettet til forbrugere eller forhandlere i medlemsstat Y, hvor virksomhed B har hjemsted, og har en EU-varemærkedomstol i medlemsstat Y kompetence til at behandle et søgsmål om krænkelse af et EU-varemærke som omhandlet i EU-varemærkeforordningens artikel 125, stk. 5, hvis det geografiske leveringsområde for varerne i det mindste ikke er udtrykkeligt præciseret, eller hvis ingen specifik medlemsstat er udtrykkeligt undtaget fra leveringsområdet i den elektronisk offentliggjorte reklame eller på en annoncørs websted, som er forbundet hermed gennem et link? Kan der i denne henseende tages hensyn til arten af de varer, som reklamen vedrører, og det forhold, at markedsområdet for virksomhed A's produkter som hævdet omfatter hele verden og dermed hele Den Europæiske Unions område, herunder medlemsstat Y's område?
2. Kan det lægges til grund, at den førnævnte reklame er rettet til forbrugere eller forhandlere i medlemsstat Y, hvis reklamen vises på et søgemaskinewebsted henhørende under medlemsstat Y's nationale topdomæne?
3. Såfremt spørgsmål 1 eller 2 besvares bekræftende: Hvilke øvrige omstændigheder skal tages i betragtning ved afgørelsen af, om reklamen er rettet til forbrugere eller forhandlere i medlemsstat Y?

[...] [udelades] [processuelle bemærkninger]

RETSMIDLER

Der kan ikke iværksættes særskilt appel til prøvelse af denne kendelse.

[...] [udelades] [rettens sammensætning] [udelades] [modtagere]