Kohtulahendite kogumik

ÜLDKOHTU OTSUS (kaheksas koda)

21. september 2017*

Euroopa Liidu kaubamärk – Kehtetuks tunnistamise menetlus – Euroopa Liidu kujutismärk BASIC – Varasemad siseriiklikud ettevõtte nimed basic ja basic AG – Suhteline keeldumispõhjus – Ulatuslikumalt kui kohaliku tähtsusega kaubanduses kasutatav tähis – Määruse (EÜ) nr 207/2009 artikli 8 lõige 4 ja artikli 53 lõike 1 punkt c

Kohtuasjas T-609/15,

Repsol YPF, SA, asukoht Madrid (Hispaania), esindajad: advokaadid J.-B. Devaureix ja L. Montoya Terán, hiljem J. Erdozain López,

hageja,

versus

Euroopa Liidu Intellektuaalomandi Amet (EUIPO), esindaja: D. Hanf,

kostja,

teine menetluspool EUIPO apellatsioonikojas, menetlusse astuja Üldkohtus oli

Basic AG Lebensmittelhandel, asukoht München (Saksamaa), esindajad: advokaadid D. Altenburg ja H. Bickel,

mille ese on hagi EUIPO esimese apellatsioonikoja 11. augusti 2015. aasta otsuse (asi R 2384/2013-1) peale, mis käsitleb Basic Lebensmittelhandeli ja Repsol, SA vahelist kehtetuks tunnistamise menetlust,

ÜLDKOHUS (kaheksas koda),

koosseisus: president A. M. Collins (ettekandja), kohtunikud R. Barents ja J. Passer,

kohtusekretär: ametnik X. Lopez Bancalari,

arvestades hagiavaldust, mis saabus Üldkohtu kantseleisse 29. oktoobril 2015,

arvestades EUIPO vastust, mis saabus Üldkohtu kantseleisse 29. jaanuaril 2016,

arvestades menetlusse astuja seisukohti, mis saabusid Üldkohtu kantseleisse 4. veebruaril 2016,

arvestades 18. mail 2017 toimunud kohtuistungil esitatut,

on teinud järgmise

* Kohtumenetluse keel: inglise.

otsuse

Vaidluse taust

1 Hageja Repsol YPF, SA esitas 29. jaanuaril 2007 Euroopa Liidu Intellektuaalomandi Ametile (EUIPO) vastavalt nõukogu 20. detsembri 1993. aasta määrusele (EÜ) nr 40/94 ühenduse kaubamärgi kohta (EÜT 1994, L 11, lk 1; ELT eriväljaanne 17/01, lk 146), muudetud redaktsioonis (asendatud nõukogu 26. veebruari 2009. aasta määrusega (EÜ) nr 207/2009 Euroopa Liidu kaubamärgi kohta (ELT 2009, L 78, lk 1)), ELi kaubamärgi registreerimise taotluse.

2 Kaubamärk, mille registreerimist taotleti, on alljärgnev kujutismärk, milles on kasutatud sinist, punast, oranži ja valget värvi:



3 Teenused, mille jaoks kaubamärgi registreerimist taotleti, kuuluvad 15. juuni 1957. aasta märkide registreerimisel kasutatava kaupade ja teenuste rahvusvahelise klassifikatsiooni Nizza kokkuleppe (uuesti läbi vaadatud ja parandatud kujul) klassidesse 35 ja 39 ning vastavad neis klassides järgmisele kirjeldusele:

– klass 35 „tubakatoodete, ajakirjandusväljaannete, patareide ja mänguasjade jaemüük“;

– klass 39 „põhitoiduainete, kondiitritoodete, maiustuste, jäätise, valmistoitude, tubakatoodete, ajakirjandusväljaannete, patareide ja mänguasjade turustamine“.

4 ELi kaubamärgi taotlus avaldati 16. juuli 2007. aasta väljaandes *Bulletin des marques communautaires* nr 34/2007.

5 Taotletud kaubamärk registreeriti 4. mail 2009 numbriga 5648159.

6 Menetlusse astuja Basic AG Lebensmittelhandel esitas 26. septembril 2011 taotluse tunnistada vaidlusalune kaubamärk osaliselt kehtetuks seoses teenustega, mis on esitatud eespool punktis 3 (edaspidi „vaidlusalused teenused“), tuginedes eelkõige määruse nr 207/2009 artikli 53 lõike 1 punkti c ja artikli 8 lõike 4 punkti b sätetele. Menetlusse astuja tugines oma taotluses niivõrd, kuivõrd see põhines eelnimetatud sätetel, 25. oktoobri 1994. aasta seaduse kaubamärkide ja muude eristavate tähiste õiguskaitse kohta (Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (Markengesetz); *Bundesgesetzblatt*, edaspidi „*BGBl.*“, 1994 I, lk 3082, ja *BGBl.* 1995 I, lk 156) § 5 tähenduses „ärisiltidele“ basic ja basic AG, mida ta Saksamaal ja Austrias kasutab kaubanduses teenuste „toiduainete, apteegitoodete, ökotoodete ja muude laiatarbekaupade jaemüük; toitlustamine“ jaoks.

7 Menetlusse astuja lisas 26. septembri 2011. aasta kehtetuks tunnistamise taotlusele järgmised tõendid:

– kolm tema veebisaidi ekraanitõmmist, mis on trükitud välja 25. juulil 2011, neist esimene sisaldab teavet äriühingu kohta 1. juuli 2011. aasta seisuga ning kahel ülejäänul on kujutatud maakaardid, mis pärinevad 2010. aastast ja kus on märgitud tema kaupluste asukoht Saksamaal ja Austrias;

– üks tema veebisaidi ekraanitõmmis, mis on trükitud välja 25. juulil 2011 ja mis sisaldab 2010. aastast pärinevat teavet teatavate kaupade „basic“ kohta;

– tema 2006. aasta majandusaasta aruanne;

– tema 2004. aasta majandusaasta aruanne;

– tema 2005. aasta majandusaasta aruanne;

– äriühingu Biogarten Handels GmbH 21. aprilli 2006. aasta kiri „basic AG-le“, mis sisaldab andmeid tulemustasu kohta, mida esimene maksis basic AG-le toodete Biogarten 2006. aasta esimese trimestri müügitegevusega saavutatud käibe eest;

– Biogarteni 13. detsembri 2005. aasta kiri „basic AG-le“, mis sisaldab andmeid tulemustasu kohta, mida esimene maksis basic AG-le toodete Biogarten 2005. aasta aprillist septembrini toimunud müügitegevusega saavutatud käibe eest;

– 15. aprilli 1999. aasta saateleht, mille äriühing Nordlicht Naturkost Handels GmbH väljastas üleandmiseks „basic AG“ „Bio-Supermarktile“;

– 13. novembri 2001. aasta arve, mille Nordlicht Naturkost väljastas „basic AG“ „Bio-Supermarktile“;

– 1. detsembrist 2006 pärinev müügistatistika, mille on avaldanud ökotoiduainete tarnija Herrmannsdorfer Landwerkstätten Glonn GmbH & Co. KG ja milles on muu hulgas nimetatud „basic“;

– 19. septembri 2011. aasta kirjalik kinnitus, mille on andnud menetlusse astuja turundusosakonna liige;

– tabelid, milles nähtuvad andmed „basic'u“ poolt kuni 2009. aasta juulini, 2010. aasta detsembrini ja 2011. aasta juunini väidetavalt saavutatud käibe kohta;

– kaupluste „basic“ reklaambrošüürid 2003. aasta juuni, juuli ja detsembri, 2004. aasta jaanuari, veebruari, märtsi, aprilli, septembri ja novembri, 2005. aasta juuni, oktoobri ja novembri ning 2006. aasta jaanuari, veebruari, aprilli, mai ja detsembri kohta;

– dateerimata reklaammaterjal;

– „2006. aasta ettevõtja“ diplom, mis on 21. septembril 2006 antud kahele „basic AG“ juhatajale;

– ajaleheväljalõiked, mis pärinevad aastatest 2003–2006;

– Landgericht München I (Müncheni I linnakohus, Saksamaa) 9. septembri 2006. aasta kohtuotsus.

8 Menetlusse astuja viitas kehtetuks tunnistamise taotluses ka Markengesetzi §-de 5 ja 15 asjakohastele sätetele ning Saksa kohtute otsustele, kus neid sätteid on tõlgendatud.

9 Tühistamisosakond rahuldas 8. oktoobri 2013. aasta otsusega kehtetuks tunnistamise taotluse määruse nr 207/2009 artikli 53 lõike 1 punkti c – koostoimes sama määruse artikli 8 lõikega 4 – alusel ja tunnistas vaidlusaluse kaubamärgi osaliselt kehtetuks niivõrd, kuivõrd see oli registreeritud vaidlusaluste teenuste jaoks.

10 Hageja esitas 2. detsembril 2013 määruse nr 207/2009 artiklite 58–64 alusel EUIPO-le tühistamisosakonna otsuse peale kaebuse. Ta esitas kaebuse põhjendused 7. veebruaril 2014.

11 EUIPO esimene apellatsioonikoda jättis 11. augusti 2015. aasta otsusega (edaspidi „vaidlustatud otsus“) tühistamisosakonna otsuse jõusse ja kaebuse rahuldamata.

12 Apellatsioonikoda analüüsis vaidlustatud otsuses määruse nr 207/2009 artikli 8 lõikes 4 ette nähtud tingimusi, mille esinemisel võib registreerimata kaubamärgi või mõne muu kaubanduses kasutatava tähise omanik saavutada hiljem registreeritud kaubamärgi kehtetuks tunnistamise.

13 Sellega seoses kinnitas apellatsioonikoda kõigepealt tühistamisosakonna seisukohta, et menetlusse astuja poolt esitatud, eespool punktis 7 loetletud tõendid tõendavad, et Saksa asjaomase avalikkuse märkimisväärne osa, kelle hulka kuuluvad nii keskmised tarbijad kui ka toiduainete jaemüügi asjatundjad, tajub tähist „basic“ kui „kaubanduslikku päritolu tähist“ (vaidlustatud otsuse punkt 26).

14 Apellatsioonikoda märkis esiteks tähise ulatuse geograafilise mõõtme kohta, et menetlusse astuja on tõendanud ärisildi (või ärinime) basic laia kasutust Saksamaal (vaidlustatud otsuse punktid 27 ja 30).

15 Teiseks tuvastas apellatsioonikoda tähise ulatuse majandusliku mõõtme kohta, et esitatud tõendid tõendavad, et ärinime basic on „katkematult kasutatud“ aastatel 1999–2011 ning seega kuupäevadel, mis on asjakohased käesolevas asjas, nimelt 29. jaanuaril 2007 ja 26. septembril 2011 (vaidlustatud otsuse punktid 24 ja 32). Ta leidis, et menetlusse astuja tegevus selle ärinime all on avaldanud majanduslikku mõju nii lõpptarbija kui ka jaemüügi asjatundjate vaatenurgast (vaidlustatud otsuse punkt 34). Ta märkis eeskätt seda, et menetlusse astuja on tõendanud mitte üksnes seda, et kasutatud on sõna „basic“ või ka seda sõna koos sõnaga „aktiengesellschaft“ või tunnuslausega „Bio für alle“ koos vastava kujundusega, vaid ka sõna „basic“ sagedat kasutamist eraldiseisvana. Ta leidis, et seega on tõendatud, et menetlusse astuja on sõna „basic“ kui sellist kasutanud „viitena kaubanduslikule päritolule“ ning asjaomane avalikkus tajub seda niimoodi. Asjaomane avalikkus „[tajub] tähist [basic] ka vastava kujutise kujul ja/või kujul, mis hõlmab kirjeldavat sõna „aktiengesellschaft“ (mis osutab äriühingu juriidilisele vormile) või tunnuslauset „Bio für alle“ („öko kõigile“) äriühingu nimena, kui seda tähist kasutatakse näiteks reklaambrošüüride kaanel“ (vaidlustatud otsuse punkt 38).

16 Teiseks leidis apellatsioonikoda, et tähis basic, mis on ärisilt Markengesetzi § 5 lõike 2 tähenduses, annab menetlusse astujale Markengesetzi § 15 lõigete 1 ja 2 alusel ainuõiguse keelata hilisema tähise kasutamine, kui esineb vastavate tähiste segiajamise tõenäosus (vaidlustatud otsuse punkt 49). Ta leidis, et käesoleval juhul esineb Saksa asjaomase avalikkuse seisukohalt segiajamise tõenäosus, ja seda isegi juhul, kui asjaomast tähist tajutaks nõrgana, mis aga nii ei ole (vaidlustatud otsuse punkt 50).

17 Apellatsioonikoda jõudis nimetatud järeldusele, leides esiteks, et klassi 35 kuuluvad vaidlusalused teenused on analoogsed menetlusse astuja „tegevusalaga“. Apellatsioonikoja sõnul esineb ka otsene seos klassi 39 kuuluvate vaidlusaluste teenuste ning menetlusse astuja toiduainete ja apteegitoodete jaemüügi vahel. Jaemüük ja turustamine on tema sõnul teineteist täiendavad teenused (vaidlustatud otsuse punktid 41–44).

18 Teiseks tuvastas apellatsioonikoda, et ärinimi basic ja vaidlusalune kaubamärk on väga sarnased, kuna mõlemad sisaldavad sama sõna „basic“. Ta leidis, et seda järeldust ei lükka ümber ei vaidlusaluse kaubamärgi kujutisosad ega hageja argument, mille kohaselt nimetatud sõnal puudub eristusvõime. Viimati nimetatud punkti osas kordas ta, et menetlusse astuja on selgesti tõendanud, et ärisilti basic on kasutatud tema tegevuse eristamiseks Saksa avalikkuse seas ning see tähis on eristamisülesande täitmiseks sobilik. Ta lisas, et sõna „basic“ on ingliskeelne sõna, mis ei kirjelda Saksa tarbijate jaoks asjaomast tegevust (vaidlustatud otsuse punktid 45–48).

19 Apellatsioonikoda leidis kõigi eelnimetatud kaalutluste põhjal, et tühistamisosakond oli määruse nr 207/2009 artikli 53 lõike 1 punkti c ja sama määruse artikli 8 lõike 4 alusel õigesti tunnistanud vaidlusaluse kaubamärgi asjaomaste teenustega seoses kehtetuks ning seetõttu ei ole vaja analüüsida kehtetuks tunnistamise taotluse aluseid, mis põhinevad selle määruse artikli 53 lõike 1 punktil a (vaidlustatud otsuse punkt 51).

Poolte nõuded

20 Hageja palub Üldkohtul:

– tühistada vaidlustatud otsus;

– mõista kohtukulud välja EUIPO-lt.

21 EUIPO ja menetlusse astuja paluvad Üldkohtul:

– jätta hagi rahuldamata;

– mõista kohtukulud välja hagejalt.

22 Üldkohus palus EUIPO-lt esimese menetlust korraldava meetme raames, mille ta võttis kodukorra artikli 89 alusel, vastata kirjalikult ühele küsimusele. Teise menetlust korraldava meetme raames paluti pooltel vastata suuliselt kohtuistungil ühele teisele küsimusele. Need taotlused täideti.

Õiguslik käsitlus

Sissejuhatavad märkused

23 Hageja põhjendab oma hagi kolme väitega. Esimese väite raames märgib ta, et apellatsioonikoda ei hinnanud õigesti menetlusse astuja esitatud tõendeid tähiste basic ja basic AG kasutamise kohta Saksamaal kaubandustegevuse käigus. Teise väite raames märgib ta, et apellatsioonikoda järeldas Markengesetzi § 15 lõigete 1 ja 2 alusel vääralt, et segiajamine on tõenäoline. Kolmanda väite raames märgib ta, et rikutud on ELTL artiklit 36.

24 Määruse nr 207/2009 artikli 53 lõike 1 punkti c kohaselt tunnistatakse ELi kaubamärk kehtetuks EUIPO-le esitatud taotluse põhjal, kui on olemas selle määruse artikli 8 lõikes 4 osutatud varasem õigus ja kui nimetatud lõikes osutatud tingimused on täidetud.

25 Vastavalt nendele sätetele võib isik, kellele kuulub mõni muu kaubanduses kasutatav tähis kui registreerimata kaubamärk, taotleda ELi kaubamärgi kehtetuks tunnistamist, kui see tähis vastab kumulatiivselt neljale tingimusele: tähis peab olema kasutusel kaubanduses; sellel on kohalikust ulatuslikum tähtsus; õigus tähisele peab olema omandatud kooskõlas selle liikmesriigi õigusega, kus tähist kasutati enne ELi kaubamärgi registreerimistaotluse kuupäeva; ja viimaks peab tähisest tulenema omaniku õigus keelata hilisema kaubamärgi kasutamine. Kui tähis ei vasta ühele neist tingimustest, ei saa olla edukas kehtetuks tunnistamise taotlus, mis tugineb mõne muu kui kaubanduses kasutatava kaubamärgi olemasolule määruse nr 207/2009 artikli 8 lõike 4 tähenduses (vt selle kohta kohtuotsus, 24.3.2009, Moreira da Fonseca *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – General Óptica (GENERAL OPTICA), T-318/06–T-321/06, EU:T:2009:77, punktid 32 ja 47).

26 Kaks esimest tingimust ehk need, mis puudutavad nõuete toetuseks esitatud tähise kasutamist ja tähtsust – kusjuures tähis ei või olla üksnes kohaliku tähtsusega –, tulenevad määruse nr 207/2009 artikli 8 lõike 4 sõnastusest ning neid tuleb seega tõlgendada Euroopa Liidu õigusest lähtudes. Nii on määruses nr 207/2009 kehtestatud tähiste kasutamisele ja nende tähtsusele ühtsed standardid, mis on kooskõlas selle määrusega loodud süsteemi aluseks olevate põhimõtetega (kohtuotsus, 24.3.2009, GENERAL OPTICA, T-318/06–T-321/06, EU:T:2009:77, punkt 33).

27 Seevastu väljendist „kui selle tähise suhtes kohaldatavate liikmesriigi õigusaktide kohaselt ja nendega ette nähtud ulatuses“ ilmneb, et ülejäänud kaks tingimust, mis on määruse nr 207/2009 artikli 8 lõike 4 punktides a ja b järgmisena välja toodud, on määrusega kehtestatud tingimused, mida tuleb erinevalt eelmistest hinnata esitatud tähise suhtes kohaldatava õigusega ette nähtud kriteeriumide alusel. Selline viide osutatud tähist reguleerivale õigusele on põhjendatud sellega, et määrusega nr 207/2009 on antud võimalus tugineda ELi kaubamärgi vastu ELi kaubamärgikorra välistele tähistele. Seega on üksnes osutatud tähist reguleeriva õiguse alusel võimalik tuvastada, kas see tähis on ELi kaubamärgist varasem ja kas seetõttu võib hilisema kaubamärgi kasutamise keelamine olla põhjendatud (kohtuotsus, 24.3.2009, GENERAL OPTICA, T-318/06–T-321/06, EU:T:2009:77, punkt 34). Sel alusel peab kehtetuks tunnistamise taotleja tõendama, et asjaomane tähis kuulub asjaomase liikmesriigi õiguse kohaldamisalasse ning see võimaldab hilisema kaubamärgi kasutamist keelata (vt selle kohta kohtuotsused, 29.3.2011, Anheuser-Busch *vs*. Budějovický Budvar, C-96/09 P, EU:C:2011:189, punkt 190, ja 10.2.2015, Infocit *vs*. Siseturu Ühtlustamise Amet – DIN (DINKOOL), T-85/14, ei avaldata, EU:T:2015:82, punkt 63 ja seal viidatud kohtupraktika).

28 Markengesetzi § 5 „Ettevõtte tähised“ (*geschäftliche Bezeichnungen*) sätestab:

„1. Ettevõtte tähistena kaitstakse ärisilte ja teoste pealkirju.

2. Ärisildid on tähised, mida kaubandustegevuses kasutatakse äritegevuse või ettevõtte nime, ärinime või eritähisena.

Teatava äritegevuse eritähisega loetakse samaväärseks ärisümboleid ja muid tähiseid, mis on loodud selleks, et eristada üht äritegevust muudest äritegevustest, ning mida asjaomane avalikkus peab selle äritegevuse sümboliks.“

29 Toimikust nähtub, et vaidlusaluse kaubamärgi osalise kehtetuks tunnistamise taotluse toetuseks esitatud varasemad õigused on niivõrd, kuivõrd see taotlus tugineb määruse nr 207/2009 artikli 53 lõike 1 punktile c koostoimes sama määruse artikli 8 lõike 4 punktiga b, ärisildid (*Unternehmenskennzeichen*) Markengesetzi § 5 tähenduses, käesoleval juhul ärisildid basic ja basic AG, mida menetlusse astuja enda väitel kasutab teenuste „toiduainete, apteegitoodete, ökotoodete ja muude laiatarbekaupade jaemüük; toitlustamine“ jaoks.

30 Markengesetzi § 15 sätestab:

„1. Ettevõtte tähisele kaitse andmisega saab omanik ainuõiguse.

2. Kolmandatel isikutel on keelatud kasutada kaubandustegevuse käigus ilma nõusolekuta ettevõtte tähist või sarnast tähist viisil, mis võib põhjustada kaitstud tähisega segiajamist.

[…]“

31 Käesoleva hagi põhjendatust tuleb kontrollida neid kaalutlusi arvestades.

Esimene väide, et apellatsioonikoda ei hinnanud õigesti menetlusse astuja esitatud tõendeid tähiste basic ja basic AG kasutamise kohta Saksamaal kaubandustegevuse käigus

32 Esiteks väidab hageja, et menetlusse astuja esitatud tõendid ei tõenda õiguslikult piisaval määral, et tähiseid basic ja basic AG on Saksamaal kaubanduses kasutatud nii majanduslikult kui ka geograafiliselt ulatuslikumalt kui kohalikult.

33 Hageja viitab kõigepealt 23. oktoobri 2013. aasta kohtuotsusele Dimian *vs*. Siseturu Ühtlustamise Amet – Bayer Design Fritz Bayer (Baby Bambolina) (T-581/11, ei avaldata, EU:T:2013:553) ning rõhutab, et menetlusse astuja peab tõendama, et viidatud varasemaid tähiseid on kasutatud kaubanduses „pidevalt ja katkematult“ kuni vaidlusaluse kaubamärgi kehtetuks tunnistamise taotluse esitamiseni, käesoleval juhul 26. septembrini 2011. Käesoleval juhul aga kuuluvad menetlusse astuja poolt sellise kasutamise tõendamiseks esitatud tõendid sisuliselt ajavahemikku 2003–2006.

34 Hageja märgib seejärel, et enamikus tõendites ei ole märgitud ei kaupade turustamise kohta, kaupade olemust ega muud nõutavat teavet kaubanduses kasutamise kohta. Ainuüksi nimetatud tõendid ei tõenda, et varasemaid tähiseid on kasutatud vaidlusaluste teenustega seoses.

35 Hageja lisab, et apellatsioonikoda tugines peamiselt kirjalikule kinnitusele, mille on andnud menetlusse astuja ise ning millel saab seetõttu olla vaid vähene tähtsus.

36 Mis puutub dokumentidesse, mis sisaldavad menetlusse astuja kujutismärkide kujutist, siis ei tõenda need ärisiltide basic ja basic AG kasutamist, kuna need puudutavad mitte nimetatud tunnusmärke, vaid „muid kaubamärke, mida hõlmavad muud registreeringud“.

37 Lõpuks väidab hageja, et vaidlustatud otsuse punktis 28 viidatud asjaolu, mille kohaselt käitatakse 24 kauplust Saksamaal ärisiltide basic all, ei tõenda olulist esindatust selles riigis, arvestades selle riigi pindala.

38 Teiseks väidab hageja, et menetlusse astuja ei ole esitanud ühtki tõendit, mis tõendaks, et „kaubamärgid“ basic või basic AG on omandanud Saksamaal asjaomase avalikkuse seas Markengesetzi tähenduses piisava tuntuse (*Verkehrsgeltung*).

39 EUIPO omalt poolt väidab esiteks, et apellatsioonikoda leidis õigesti, et menetlusse astuja on tõendanud asjaolu, et varasemat ärisilti basic, mis tähistab äriühingut, kes tegeleb Saksamaal toiduainete ja apteegitoodete jaemüügiga ning kiirtoitlustusega, on kaubanduses kasutatud geograafiliselt ja majanduslikult ulatuslikumalt kui kohalikult.

40 Sellega seoses lükkab EUIPO ümber hageja väite, mille kohaselt 24 kaupluse käitamine ei tähenda riigi pindala arvestades olulist esindatust Saksamaal.

41 Teiseks väidab EUIPO, et apellatsioonikoda leidis õigesti, et menetlusse astuja on tõendanud varasema ärisildi basic katkematut kasutamist aastatel 1999–2011 ning olulist kaubanduslikku esindatust Saksamaal toiduainete ja apteegitoodete jaemüügi ning kiirtoitlustusega tegelevate kaupluste osas.

42 EUIPO märkis kohtuistungil, vastates Üldkohtu kirjalikule küsimusele, mille viimane oli pooltele esitanud teise menetlust korraldava meetme raames, et õiguslikult ei ole vaja tõendada varasema tähise katkematut kasutamist kahe asjaomase kuupäeva vahelisel ajal, nimelt ELi kaubamärgi registreerimistaotluse esitamise ja kehtetuks tunnistamise taotluse esitamise vahelisel ajal. Ta märkis, et kui varasema õiguse olemasolu on tõendatud nii esimese kuupäeva kui ka teise kuupäeva seisuga, kehtib „teatav eeldus“, et see õigus on olnud olemas nende kahe kuupäeva vahelisel ajal, seda eeldust on aga võimalik ümber lükata.

43 EUIPO vaidleb hageja argumentidele vastu. Kõigepealt märgib ta, et apellatsioonikoda ei tuginenud oma järeldustes peamiselt menetlusse astuja kirjalikule kinnitusele. Ta täpsustab, et apellatsioonikoda kontrollis hoolikalt üle, et selles kinnituses esitatud teavet kinnitavad täiendavad objektiivsed tõendid. Seejärel märgib ta, et dokumendid, mida võeti arvesse varasema ärisildi basic kasutamise hindamiseks, tõendavad kõik tähise basic kasutamist ettevõtte tähisena. Lõpuks märgib ta, et hageja väide, mille kohaselt esitatud tõendites ei ole märgitud ei kaupade turustamise kohta, nende olemust ega ühtki muud kaubanduses kasutamise kohta nõutavat teavet, ei tugine ühelgi faktilisel alusel ning on liiga üldsõnaline ja ebamäärane.

44 EUIPO märgib teiseks, et käesoleval juhul osutatud varasem õigus ei ole registreerimata kaubamärk Markengesetzi § 4 lõike 2 tähenduses, vaid ärisilt selle seaduse § 5 lõike 2 tähenduses.

45 Menetlusse astuja esitab sisuliselt samad argumendid, mille esitas EUIPO. Siiski väitis ta kohtuistungil erinevalt EUIPO seisukohast, et käesoleval juhul ei ole vaja tõendada, et osutatud ärisilte kasutati veel kehtetuks tunnistamise taotluse esitamise ajal. Tema sõnul tuleb Saksa kohaldatava õiguse alusel eeldada, et need varasemad õigused olid sellel kuupäeval endiselt olemas.

46 Tuleb märkida, et esimese väitega soovib hageja lükata ümber hinnangut, mille apellatsioonikoda andis kahele esimesele eespool punktis 25 nimetatud tingimusele, mida tuleb tõlgendada liidu õiguse põhjal, nagu mõlemad pooled leiavad. Sellega seoses tuleb kõigepealt rõhutada, et vastupidi menetlusse astuja poolt kohtuistungil esitatud väidetele nähtub määruse nr 207/2009 artikli 8 lõike 4 – millele viidatakse sama määruse artikli 53 lõike 1 punktis c – sõnastusest selgesti, et selleks, et esimesena nimetatud sättele saaks kehtetuks tunnistamise menetluses teise nimetatud sätte alusel põhjendatult tugineda, peab olema tõendatud, et varasemat registreerimata tähist on kasutatud.

47 Mis puutub määruse nr 207/2009 artikli 8 lõike 4 kohaldamise esimesse tingimusse, siis tuleb meenutada, et kohtupraktika kohaselt kasutatakse tähist kaubandustegevuses siis, kui seda kasutatakse äritegevuses majandusliku kasu saamise eesmärgil, mitte erasfääris (vt kohtuotsus, 3.3.2016, Ugly *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Group Lottuss (COYOTE UGLY), T-778/14, ei avaldata, EU:T:2016:122, punkt 28 ja seal viidatud kohtupraktika).

48 Nimetatud tingimuse hindamisel asjakohase ajavahemikuga seoses nähtub kohtupraktikast, et kehtetuks tunnistamise taotleja peab tõendama osutatud tähise kasutamist kaubandustegevuses enne asjaomase ELi kaubamärgi registreerimistaotluse esitamist (vt selle kohta kohtuotsus, 29.3.2011, Anheuser-Busch *vs.* Budějovický Budvar, C-96/09 P, EU:C:2011:189, punktid 164–168). Peale selle peab kohtupraktika kohaselt see tähis olema endiselt kasutusel ajal, mil esitati kehtetuks tunnistamise taotlus (kohtuotsus, 23.10.2013, Baby Bambolina, T-581/11, ei avaldata, EU:T:2013:553, punkt 27). Teisisõnu tuleb tõendada, et viidatud tähist kasutati mitte üksnes ELi kaubamärgi registreerimistaotluse esitamise ajal, vaid ka kehtetuks tunnistamise taotluse esitamise ajal, ning kui selline tõend esitatakse, saab eespool viidatud kohtupraktika põhjal õiguspäraselt leida, et asjaomast tähist „kasutati […] endiselt“ kehtetuks tunnistamise taotluse esitamise ajal.

49 Nagu vaidlustatud otsusest nähtub (vt punkt 24 koos punktiga 32), lasus seetõttu menetlusse astujal kohustus tõendada, et varasemaid tähiseid basic ja basic AG kasutati kaubanduses nii 29. jaanuaril 2007, s.o vaidlusaluse kaubamärgi registreerimistaotluse esitamise ajal, kui ka 26. septembril 2011, mil esitati selle kaubamärgi kehtetuks tunnistamise taotlus.

50 Peale selle tuleb märkida, et nagu vaidlustatud otsusest (vt eelkõike punkt 26, milles viidatakse punktile 5) nähtub ning nagu EUIPO kinnitas sõnaselgelt oma kirjalikus vastuses Üldkohtu küsimusele, mis esitati nii esimese menetlust korraldava meetme raames kui ka kohtuistungil, tugines apellatsioonikoda oma hinnangus eelkõige kahe esimese eespool punktis 25 nimetatud tingimusega seoses üksnes neile tõenditele, mille menetlusse astuja oli lisanud 26. septembri 2011. aasta kehtetuks tunnistamise taotlusele ja mis on välja toodud eespool punktis 7.

51 Tuleb nentida, et mitu nimetatud tõendit tõendavad õiguslikult piisavalt asjaolu, et menetlusse astuja kasutas tähiseid basic ja basic AG Saksamaal enne vaidlusaluse kaubamärgi registreerimistaotluse esitamise kuupäeva, et tähistada end kui ettevõtjat, kes tegeleb toiduainete, apteegitoodete ja muude laiatarbekaupade jaemüügiga ning toitlustamisega, ning seega majandustegevuse kontekstis, mille eesmärk on majandusliku kasu saamine.

52 Kuigi menetlusse astuja ärinimi on basic AG Lebensmittelhandel, nähtub tõenditest siiski, et kaubanduses viidati enne 29. jaanuari 2007 üldiselt temale tähistega basic või basic AG, kusjuures tähekombinatsioon AG on pealegi pelgalt aktsiaseltsi (*Aktiengesellschaft*) kui teatava õigusliku vormi lühend.

53 Seega on menetlusse astuja 2006. aasta majandusaasta aruandes (vt eespool punkti 7 kolmas taane), mis on suunatud nii aktsionäridele kui ka laiale avalikkusele, muu hulgas märkinud lehel, mis puudutab „ökokaupluste basic ajalugu“, et see sai alguse 1997. aastal, 1998. aastal avati Münchenis esimene ökopood „basic“ ning 1999. aastal esimene toitlustusteenust pakkuv bistroo „basic“. Nimetatud aruandest nähtub samuti, et teine kauplus, mille osad on ka bistroo „basic“ ja „drugstore-bio“, avati Münchenis 2000. aastal, ning menetlusse astuja on seejärel arendanud oma ökokaupluste „basic“ ketti, kuhu kuulus 2006. aasta lõpuks 21 Saksamaa eri paigus asuvat poodi. Peale selle tuleb rõhutada, et basic sai meedias aina enam tähelepanu ning kirjutavas pressis mainiti seda 2006. aastal umbes 250 artiklis. Kõnealune majandusaasta aruanne sisaldab tähist „basic“ kasutades veel mitmeid viiteid menetlusse astujale ning ökokauplustele „basic“, kusjuures kõiki identifitseeritakse sõnaga „basic“, mis on liidetud Saksa linna nimega, kus see asub (näiteks „basic Augsburg City“, „basic Berlin-Steglitz“ ja „basic Bonn, im Gangolf“).

54 Sarnaseid järeldusi sellega, mis on esitatud eespool punktis 53, võib teha ka menetlusse astuja 2004. ja 2005. aasta majandusaasta aruande põhjal (vt eespool punkti 7 neljas ja viies taane).

55 Mis puutub kahesse Biogarteni kirja, millest esimene pärineb 21. aprillist 2006 ja teine 13. detsembrist 2005 (vt eespool punkti 7 kuues ja teismes taane), siis tuleb märkida, et need on adresseeritud „basic AG-le“ ning tõendavad, et menetlusse astuja saavutas Biogarteni tarnitud öko-toiduainete müügiga selle tähise all teatava käibe. Samuti on adresseeritud „basic AG-le“, seekord täpsustusega „öko-kauplus“, saatelehed ja arve, mille väljastas Nordlicht Naturkost vastavalt 15. aprillil 1999 ja 13. novembril 2001 ning mis puudutavad roosuhkru ning puu- ja teraviljade tarnet (vt eespool punkti 7 kaheksas ja üheksas taane).

56 Mis puutub 1. detsembri 2006. aasta müügistatistikasse, mille on avaldanud ökotoiduainete tarnija Herrmannsdorfer Landwerkstätten Glonn (vt eespool punkti 7 teine taane), siis kannab see pealkirja „408 *basic filiaalide statistika“ ning selles on täpsustatud teatavate toiduainete tarnekogus ja müügihind menetlusse astuja erinevates müügikohtades, mis on identifitseeritud sõnaga „basic“ ning millele järgneb teatav number ühest kuueteistkümneni.

57 Peale selle nähtub menetlusse astuja erinevatest 2003.–2006. aasta müügibrošüüridest (vt eespool punkti 7 kolmeteistkümnes taane), et ärikommunikatsioonis tutvustab viimane ennast tarbijatele peaaegu alati tähist basic kasutades.

58 Peale selle on menetlusse astuja kahele juhatajale 21. septembril 2006. aastal antud diplomil „2006. aasta ettevõtja“ (vt eespool punkti 7 viieteistkümnes taane) nende kohta märgitud, et nad kuuluvad basic AG-sse. Tuleb veel lisada, et ohtrates aastatest 2003–2006 pärinevates ajaleheväljalõigetes (vt eespool punkti 7 kuueteistkümnes taane) on üldiselt menetlusse astujale osutatud sõnadega „basic“ või „basic AG“.

59 Lõpuks tuleb märkida, et need erinevad asjaolud kinnitavad õiguslikult piisavalt asjaolusid, mis on märgitud menetlusse astuja turundusosakonna liikme 19. septembri 2011. aasta kirjalikus kinnituses (vt eespool punkti 7 üheteistkümnes taane), millest nähtub, et tähiseid basic ja basic AG kasutati Saksamaal kaubanduses vaidlusaluse kaubamärgi registreerimistaotluse esitamise ajal.

60 Seevastu ei tõenda ükski eespool punktis 7 nimetatud tõenditest õiguslikult piisavalt, et menetlusse astuja kasutas neid tähiseid ka veel vaidlusaluse kaubamärgi kehtetuks tunnistamise taotluse esitamise ajal, nimelt 26. septembril 2011, et tähistada teda kui ettevõtjat, kes pakub toiduainete, apteegitoodete ja muude laiatarbekaupade jaemüügiteenust ning toitlustusteenust.

61 Seega tuleb nentida, et ükski eespool punktides 53–58 analüüsitud tõenditest ei puuduta 2006. aastale järgnevat aega ning eeskätt 2011. aastat. Mis puutub eespool punkti 7 neljateistkümnendas taandes osutatud reklaammaterjali, siis piisab, kui märkida, et sellel puudub kuupäev.

62 Seoses 19. septembri 2011. aasta kirjaliku kinnitusega tuleb märkida, et sellest nähtuvalt soovitakse sellega eelkõige tõendada tähise basic kasutamist kaubanduses menetlusse astuja poolt enne 2007. aastat.

63 Nimetatud kirjalikus kinnituses esineb tõepoolest andmeid ka 2006. aastast hilisema aja kohta. Täpsemini sisaldab see tabelit, milles on iga aasta kohta ajavahemikus 1998–2010 märgitud nende kaupluste arv, mida menetlusse astuja käitab Saksamaal ja Austrias tähise basic all, ning tabelit, milles on ajavahemikus 2001–2010 iga aasta kohta märgitud reklaamikulude suurus, mida ta on selle tähisega seoses kandnud. Kirjalikule kinnitusele on lisatud ka tabelid, mis on koostatud menetlusse astuja ettevõttes ning milles on täpsustatud andmed tähise „basic“ väideta käibe kohta kuni 2009. aasta juulini, kuni 2010. aasta detsembrini ja 2011. aasta juunini (vt eespool punkti 7 kaheteistkümnes taane).

64 Kõnealune kinnitus pärineb aga isikult, kes on menetlusse astujaga tööalaselt seotud. Seega ei ole see samavõrd kindel ja usaldusväärne allikas kui kinnitus, mis pärineks kolmandalt isikult või isikult, kes on asjaomasest äriühingust sõltumatu. Kirjalik kinnitus üksi ei ole piisav ning tegemist on tõendusliku materjaliga, mida peavad muud tõendid toetama (vt selle kohta kohtuotsus, 16.5.2013, Reber *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Klusmeier (Wolfgang Amadeus Mozart PREMIUM), T-530/10, ei avaldata, EU:T:2013:250, punkt 36). Mis puutub 2006. aastale järgnenud aastatesse ja eelkõige 2011. aastasse, siis käesoleval juhul sellise ajaga seotud tõendid täielikult puuduvad. Siinkohal tuleb märkida, et väär on EUIPO väide, milles ta viitab vaidlustatud otsuse punktile 33, mille kohaselt toetavad kirjalikus kinnituses esitatud andmeid käibe ja reklaamikulude suurenemise kohta menetlusse astuja majandusaasta aruanded, mille on heaks kiitnud ettevõttevälised audiitorid. Tegelikult puudutavad ainsad majandusaasta aruanded, mille menetlusse astuja on 26. septembri 2011. aasta kehtetuks tunnistamise taotluse lisas esitanud, 2004., 2005. ja 2006. aastat, mis on eelnimetatud kuupäevast oluliselt varasemad.

65 Seoses tähiste basic ja basic AG kasutamisega vaidlusaluse kaubamärgi kehtetuks tunnistamise taotluse esitamise aja seisuga ei ole samuti piisavad või määravad 25. juulil 2011 väljatrükitud menetlusse astuja veebilehe ekraanitõmmised (vt eespool punkti 7 esimene ja teine taane). Mis puutub esimesse ekraanitõmmisesse, millel on kujutatud menetlusse astuja skemaatiline ülesehitus, siis võib sellest kõige enam järeldada, et viimane tähistas ennast 1. juuli 2011. aasta seisuga kui „basic AG“. Kaks järgmist ekraanitõmmist, millel on kujutatud kaart menetlusse astuja Saksamaal ja Austrias asuvate kaupluste asukohaga, ei tõenda sugugi, et neid kauplusi käitati, kasutades tähiseid basic või basic AG. Peale selle pärinevad need kaardid 2010. aastast. Viimase ekraanitõmmise kohta tuleb märkida, et see vähene teave, mis sellest nähtub tähist basic kandvate kaupade kohta menetlusse astuja kauplustes, pärineb samuti 2010. aastast.

66 Lõpuks ei saa nõustuda väitega, mille menetlusse astuja esitas kohtuistungil ning mille kohaselt pärinevad vaidlustatud otsuse punktis 29 nimetatud ja tähisele basic osutavad ajaleheväljalõiked ajavahemikust 2006–2011. Nimelt ei ole vaidlustatud otsuses midagi sellist märgitud, vaid selle väite hoopis lükkab ümber nimetatud otsuse punkt 5, milles on sõnaselgelt märgitud, et vastavad ajaleheväljalõiked pärinevad ajavahemikust 2003–2006. Eespool punktis 25 nimetatud kaht esimest tingimust puudutavas osas põhines apellatsioonikoja hinnang üksnes tõenditel, mida nimetati asjaomases punktis 5 ja mida on korratud eespool punktis 7 (vt eespool punkt 50).

67 Kõigi eelnimetatud kaalutluste põhjal tuleb järeldada, et apellatsioonikoda ei saanud üksnes nende tõendite põhjal, millele ta vaidlustatud otsuses tugines, järeldada, et asjaomaste tähiste kaubanduses kasutamise tingimus on täidetud. Kuna määruse nr 207/2009 artikli 8 lõike 4 kohaldamise neli tingimust on kumulatiivsed, tuleb esimese väitega nõustuda.

68 Sellest tulenevalt tuleb vaidlustatud otsus tühistada, ilma et kaht ülejäänud väidet oleks vaja analüüsida.

Kohtukulud

69 Kodukorra artikli 134 lõike 1 kohaselt on kohtuvaidluse kaotanud pool kohustatud hüvitama kohtukulud, kui vastaspool on seda nõudnud. Kuna EUIPO on kohtuvaidluse kaotanud ja hageja on kohtukulude hüvitamist nõudnud, tuleb hageja kohtukulud välja mõista EUIPO-lt. Kuna hageja ei ole kohtukulude väljamõistmist menetlusse astujalt nõudnud, piisab sellest, kui jätta viimase kohtukulud tema enda kanda.

Esitatud põhjendustest lähtudes

ÜLDKOHUS (kaheksas koda)

otsustab:

1. **Tühistada Euroopa Liidu Intellektuaalomandi Ameti (EUIPO) esimese apellatsioonikoja 11. augusti 2015. aasta otsus (asi R 2384/2013-1).**

2. **Jätta EUIPO kohtukulud tema enda kanda ja mõista temalt välja Repsol YPF, SA kohtukulud.**

3. **Jätta Basic AG Lebensmittelhandeli kohtulud tema enda kanda.**

Collins Barents Passer

Kuulutatud avalikul kohtuistungil 21. septembril 2017 Luxembourgis.

Allkirjad