Oikeustapauskokoelma

UNIONIN YLEISEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (kahdeksas jaosto)

11 päivänä joulukuuta 2014*

Yhteisön tavaramerkki — Väitemenettely — Hakemus kolmiulotteisen merkin rekisteröimiseksi yhteisön tavaramerkiksi — Pullossa olevan ruohonkorren muoto — Aikaisempi kolmiulotteinen kansallinen tavaramerkki — Aikaisemman tavaramerkin tosiasiallinen käyttö — Asetuksen (EY) N:o 207/2009 75 artikla ja 76 artiklan 1 ja 2 kohta — Todisteiden esittäminen ensimmäistä kertaa valituslautakunnassa — Asetuksen N:o 207/2009 76 artiklan 2 kohdassa myönnetty harkintavalta — Perusteluvelvollisuus

Asiassa T-235/12,

CEDC International sp. z o.o., kotipaikka Oborniki Wielkopolskie (Puola), edustajinaan asianajajat M. Siciarek, G. Rząsa ja J. Mrozowski,

kantajana,

vastaan

sisämarkkinoiden harmonisointivirasto (tavaramerkit ja mallit) (SMHV), asiamiehenään D. Walicka,

vastaajana,

jossa toisena asianosaisena SMHV:n valituslautakunnassa käydyssä menettelyssä oli ja väliintulijana unionin yleisessä tuomioistuimessa on

Underberg AG, kotipaikka Dietlikon (Sveitsi), edustajinaan asianajajat V. von Bomhard, A. Renck ja J. Fuhrmann,

jossa on kyse kanteesta, joka on nostettu SMHV:n neljännen valituslautakunnan 26.3.2012 tekemästä päätöksestä (asia R 2506/2010-4), joka koskee Przedsiębiorstwo Polmos Białystokin (Spółka Akcyjna) ja Underberg AG:n välistä väitemenettelyä,

UNIONIN YLEINEN TUOMIOISTUIN (kahdeksas jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja D. Gratsias sekä tuomarit M. Kancheva (esittelevä tuomari) ja C. Wetter,

kirjaaja: hallintovirkamies C. Heeren,

ottaen huomioon unionin yleisen tuomioistuimen kirjaamoon 29.5.2012 jätetyn kannekirjelmän,

ottaen huomioon unionin yleisen tuomioistuimen kirjaamoon 31.10.2012 jätetyn SMHV:n vastineen,

* Oikeudenkäyntikieli: saksa.

ottaen huomioon unionin yleisen tuomioistuimen kirjaamoon 31.10.2012 jätetyn väliintulijan vastineen,

ottaen huomioon unionin yleisen tuomioistuimen kirjaamoon 29.1.2013 jätetyn kantajan vastauskirjelmän,

ottaen huomioon unionin yleisen tuomioistuimen kirjaamoon 6.5.2013 jätetyn SMHV:n vastauskirjelmän,

ottaen huomioon unionin yleisen tuomioistuimen kirjaamoon 6.5.2013 jätetyn väliintulijan vastauskirjelmän,

ottaen huomioon unionin yleisen tuomioistuimen asianosaisille esittämät kirjalliset kysymykset,

ottaen huomioon asianosaisten unionin yleisen tuomioistuimen kirjaamoon 30.4. ja 5.5.2014 toimittamat huomautukset,

ottaen huomioon 5.6.2014 pidetyssä istunnossa esitetyn,

on antanut seuraavan

tuomion

Asian tausta

1 Asiassa väliintulijana oleva Underberg AG teki 1.4.1996 yhteisön tavaramerkiksi rekisteröimistä koskevan hakemuksen sisämarkkinoiden harmonisointivirastolle (tavaramerkit ja mallit) (SMHV) yhteisön tavaramerkistä 20.12.1993 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 40/94 (EYVL 1994, L 11, s. 1) perusteella, sellaisena kuin tämä asetus on muutettuna (asetus on korvattu yhteisön tavaramerkistä 26.2.2009 annetulla neuvoston asetuksella (EY) N:o 207/2009 (EUVL L 78, s. 1)).

2 Tavaramerkki, jonka rekisteröintiä haettiin, on alla esitetty kolmiulotteinen merkki:



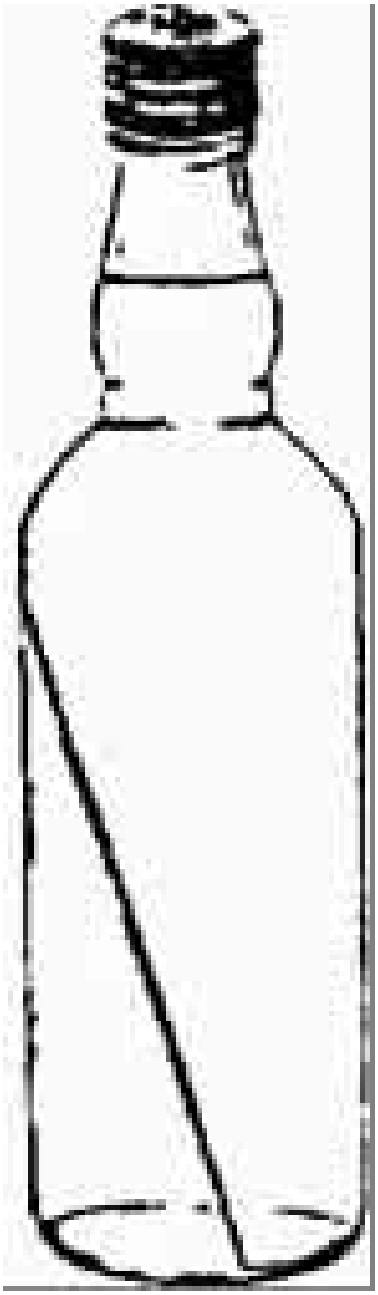
3 Kolmiulotteinen yhteisön tavaramerkki, jonka rekisteröintiä haettiin, vastaa seuraavaa kuvausta: ”Pullossa oleva vihreän ruskehtava ruohonkorsi; ruohonkorren pituus on noin kolme neljäsosaa pullon korkeudesta”.

4 Tavarat, joita varten rekisteröintiä haettiin, kuuluvat tavaroiden ja palvelujen kansainvälistä luokitusta tavaramerkkien rekisteröimistä varten koskevaan, 15.6.1957 tehtyyn Nizzan sopimukseen, sellaisena kuin se on tarkistettuna ja muutettuna, pohjautuvan luokituksen luokkaan 33, ja ne vastaavat seuraavaa kuvausta: ”Väkevät alkoholijuomat ja likööorit”.

5 Yhteisön tavaramerkkiä koskeva hakemus julkaistiin 23.6.2003 ilmestyneessä Yhteisön tavaramerkkilehdessä nro 51/2003.

6 Przedsiębiorstwo Polmos Białystok (Spółka Akcyjna), jonka tilalle kantaja, CEDC International sp. z o.o. on tullut vuonna 2011 toteutetun absorptiosulautumisen seurauksena, teki 15.9.2003 asetuksen N:o 40/94 42 artiklan (josta on tullut asetuksen N:o 207/2009 41 artikla) nojalla väitteen rekisteröitäväksi haetun tavaramerkin rekisteröintiä vastaan edellä 4 kohdassa mainittujen tavaroiden osalta.

7 Väite perustui erityisesti aikaisempaan kolmiulotteiseen ranskalaiseen tavaramerkkiin, joka esitettiin rekisteröitäväksi 18.9.1995, rekisteröitiin 18.4.1997 numerolla 95588457 ja uudistettiin 9.6.2005 Nizzan sopimuksen luokkaan 33 kuuluvia ”alkoholijuomia” varten, sellaisena kuin se on esitetty alla:



8 Tämä kolmiulotteinen ranskalainen tavaramerkki vastaa seuraavaa kuvausta: ”yllä kuvatun kaltainen pullo, jonka sisällä on ruohonkorsi, joka viistosti lähes lävistää pullon vartalon”.

9 Väite perustui myös saksalaiseen tavaramerkkiin nro 39848553, puolalaisiin tavaramerkkeihin nro 62018, 62081 ja 85811, japanilaiseen tavaramerkkiin nro 2092826, ranskalaiseen tavaramerkkiin nro 98746752 sekä merkkeihin, joita ei ole rekisteröity mutta joiden rekisteröintiä on haettu Euroopan unionin eri jäsenvaltioissa.

10 Väitteen tueksi vedottiin ensinnäkin asetuksen N:o 40/94 8 artiklan 1 kohdan a ja b alakohdassa (joista on tullut asetuksen N:o 207/2009 8 artiklan 1 kohdan a ja b alakohta) tarkoitettuihin perusteisiin edellä 7 kohdassa kuvatun aikaisemman kolmiulotteisen ranskalaisen tavaramerkin perusteella, toiseksi asetuksen N:o 40/94 8 artiklan 3 kohdassa (josta on tullut asetuksen N:o 207/2009 8 artiklan 3 kohta) tarkoitettuun perusteeseen saman tavaramerkin sekä edellä 9 kohdassa mainittujen rekisteröityjen tavaramerkkien perusteella ja kolmanneksi asetuksen N:o 40/94 8 artiklan 4 kohdassa (josta on tullut asetuksen N:o 207/2009 8 artiklan 4 kohta) tarkoitettuun perusteeseen edellä 9 kohdassa mainittujen, rekisteröimättömien merkkien perusteella.

11 Kantaja toimitti 11.7.2007 todisteet aikaisemman kolmiulotteisen ranskalaisen tavaramerkkinsä käytöstä väiteosaston asettamassa määräajassa, joka päättyi 1.8.2007, vastauksena tätä koskevaan väliintulijan pyyntöön. Kantaja otti 3.7.2008 kantaa kyseistä käyttöä koskevaan näyttöön.

12 Väiteosasto hylkäsi väitteen kokonaisuudessaan 18.10.2010. Se katsoi erityisesti, että toimitetut todisteet olivat riittämättömiä osoittamaan aikaisemman kolmiulotteisen ranskalaisen tavaramerkin tosiasiallisen käytön ja että se, että myydyn pullon etikettiin sisältyi termi żubrówka ja biisonin kuva, muutti kyseisen tavaramerkin erottamiskykyä siinä muodossa, jossa se oli rekisteröity.

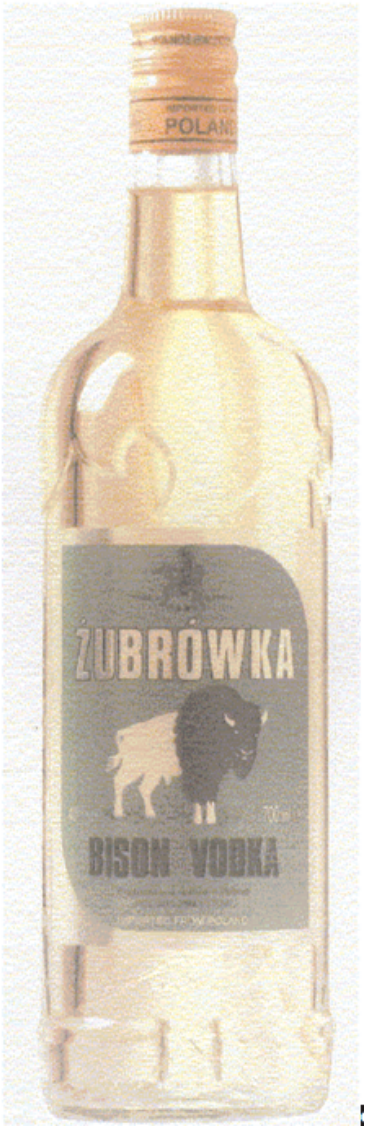
13 Kantaja valitti väiteosaston päätöksestä 17.12.2010 SMHV:ssä asetuksen N:o 207/2009 58–64 artiklan nojalla. Se toimitti 18.2.2011 valituksen perusteet sisältävän kirjelmän, johon oli liitetty sellaisia todisteita tavaramerkin käyttämisestä, joita ei ollut esitetty väiteosastolle.

14 SMHV:n neljäs valituslautakunta hylkäsi valituksen kokonaisuudessaan 26.3.2012 tekemällään päätöksellä (jäljempänä riidanalainen päätös).

15 Valituslautakunta totesi ensinnäkin asetuksen N:o 207/2009 8 artiklan 1 kohdan a ja b alakohdassa tarkoitetun väiteperusteen yhteydessä kantajan sille tavaramerkin käyttämisen osalta toimittamien todisteiden osalta seuraavaa:

> ”13 [Kantajan] toimittamiin tavaramerkin käyttämistä koskeviin todisteisiin sisältyy muun muassa kaksi valaehtoista vakuutusta, joista toinen on peräisin [kantajan] rahoitus- ja toimitusjohtajalta ja toinen Pernod S.A:n, joka jakelee yksinoikeudella [kantajan] ’Żubrówka’-vodkaa Ranskassa, pääjohtajalta. Näissä valaehtoisissa vakuutuksissa todetaan, että vuosien 2000 ja 2004 välisenä aikana ’kaikki Ranskassa myydyt ZUBROWKA-vodkapullot oli pakattu pulloon, jonka sisällä oli lännenmaarianheinän korsi, joka oli samanlainen kuin ranskalaisessa tavaramerkissä

nro 95 588 457 kuvattu ruohonkorsi'. Kahteen valaehtoiseen vakuutukseen oli liitetty ZUBROWKA-merkkisestä vodkasta, sellaisena kuin sitä on ilmoitettu myydyn Ranskassa merkityksellisenä ajankohtana (23.6.1998–22.6.2003), seuraava kuva:



14 Todisteisiin kuuluu myös tietty määrä ranskalaisille jakelijoille tarkoitettuja esitteitä vuosilta 1999–2002, joissa näkyvät seuraavat kuvat Żubrówka-vodkasta:

15 Lisäksi todisteisiin kuuluu tietty määrä ranskalaisten supermarkettien vuosina 2003–2006 jakamia esitteitä, joissa näkyvät seuraavat kuvat 'Żubrówka'-vodkasta:

16 Kolmessa edellisessä kohdassa selostettujen kuvien lisäksi ei ole toimitettu muita kuvia."

16 Valituslautakunta totesi tämän jälkeen, että ranskalainen tavaramerkki, jonka käyttö oli näytetty toteen, muodostui "tavanomaisen muotoisesta pullosta, jonka vartalossa on viiva, joka kulkee viistosti pullon vasemmasta kyljestä aivan pullonkaulan alta pohjan vastakkaiseen reunaan asti", sellaisena kuin se on kuvattu edellä 7 kohdassa; että tavaramerkin käyttämistä koskevassa näytössä näkyi pulloja, joilla oli kaksi erilaista muotoa, mutta niissä oli aina sama huomiota herättävä ja läpinäkymätön etiketti

”ZUBROWKA BISON VODKA”, joka peittää merkittävän osan pulloista, ja ettei viistoa viivaa ollut ulkopinnassa eikä sitä näkynyt etiketissä. Lisäksi se katsoi, että etiketin vuoksi ei ollut mahdollista nähdä, mitä etiketin takana tai pullojen sisällä oli.

17 Valituslautakunta katsoi lopuksi, että näissä olosuhteissa kantaja ei ollut näyttänyt toteen aikaisemman kolmiulotteisen ranskalaisen tavaramerkkinsä käytön luonnetta eli sitä, että tätä tavaramerkkiä oli käytetty sellaisena kuin se oli rekisteröity tai sellaisessa muodossa, joka erosi kyseisen tavaramerkin rekisteröidystä muodosta tavaramerkin erottamiskykyyn vaikuttamattomien seikkojen osalta. Se päätteli tästä, että koska tämä tavaramerkki oli ainoa aikaisempi tavaramerkki, johon väite perustui asetuksen N:o 207/2009 8 artiklan 1 kohdan a ja b alakohdan mukaisesti, tämä väite oli hylättävä.

18 Valituslautakunta totesi toiseksi asetuksen N:o 207/2009 8 artiklan 4 kohdassa tarkoitetusta väiteperusteesta, että kantaja ei ollut näyttänyt toteen merkkien, joita ei ole rekisteröity mutta joiden rekisteröintiä on haettu Euroopan unionin eri jäsenvaltioissa, tosiasiallista käyttöä (ks. edellä 9 kohta) erityisesti Saksassa, ja hylkäsi näin ollen tähän perusteeseen perustuvan väitteen.

19 Valituslautakunta totesi toiseksi asetuksen N:o 207/2009 8 artiklan 4 kohdassa tarkoitetusta väiteperusteesta, että kantaja ei ollut näyttänyt toteen väitteessä mainittujen tavaramerkkien tosiasiallista käyttöä (ks. edellä 9 kohta) eikä toimitetuissa sopimusasiakirjoissa, että sillä olisi asiamiessuhde tai kaupallista toimintaa väliintulijan kanssa, ja se hylkäsi näin ollen tähän perusteeseen tukeutuvan väitteen. Se totesi lisäksi täydellisyyden vuoksi, että kantaja ei ollut näyttänyt toteen olevansa väitteessä mainittujen tiettyjen tavaramerkkien haltija, tai niitä koskevat hakemukset oli jätetty myöhemmin kuin riidanalaista tavaramerkkiä koskeva hakemus, tai niiden olemassaoloa ei ollut riittävästi tuettu yhteisön tavaramerkistä annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 40/94 täytäntöönpanosta 13.12.1995 annetun komission asetuksen (EY) N:o 2868/95 (EYVL L 303, s. 1) 19 säännön mukaisesti erityisesti, koska asiakirjoja ei ollut käännetty englanniksi, joka oli menettelykieli valintalautakunnassa.

Asianosaisten vaatimukset

20 Kantaja vaatii, että unionin yleinen tuomioistuin

— kumoaa riidanalaisen päätöksen kokonaan

— velvoittaa SMHV:n korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

21 SMHV ja väliintulija vaativat, että unionin yleinen tuomioistuin

— hylkää kanteen ja

— velvoittaa kantajan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

Oikeudellinen arviointi

Ensimmäistä kertaa unionin yleisessä tuomioistuimessa esitettyjen liitteiden tutkittavaksi ottaminen

22 Kantaja esittää ensimmäistä kertaa unionin yleisessä tuomioistuimessa liitteitä, joihin sisältyvät Varsovan hallintotuomioistuimen 24.8.2011 antama tuomio (liite C.2) ja Puolan patenttiviraston 19.10.2012 tekemä päätös (liite C.3) sekä ote vuonna 2000 annetusta Puolan teollisoikeuksia koskevasta laista (liite C.4), jossa kantajan mukaan vahvistetaan, että kolmiulotteisen puolalaisen tavaramerkin nro 85811, joka kuvaa kuuluisaa pulloa, jossa on ruohonkorsi, tunnettuus johtuu nimenomaan siitä, että pullossa on tuntomerkkinä ruohonkorsi. Se väittää, että näissä liitteissä

”selostetaan kansallinen oikeuskäytäntö”, ja tukeutuu tässä yhteydessä unionin yleisen tuomioistuimen oikeuskäytäntöön, jonka mukaan kansallisten tuomioistuinten päätökset on otettu huomioon, vaikka niihin ei ole vedottu SMHV:n menettelyssä, siten, että mikään ei estä asianosaisia tai unionin yleistä tuomioistuinta käyttämästä unionin oikeutta tulkitessaan tukena unionin oikeuskäytäntöä, kansallista oikeuskäytäntöä tai kansainvälistä oikeuskäytäntöä (ks. tuomio 1.2.2012, Carrols v. SMHV – Gambettola (Pollo Tropical CHICKEN ON THE GRILL), T-291/09, Kok., EU:T:2012:39, 34 ja 35 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

23 SMHV ja väliintulija väittävät, että näitä liitteitä ei voida ottaa huomioon ja että ne on hylättävä, koska niissä esitetään uusia tosiseikkoja. Väliintulija toteaa lisäksi, että väitteellä, jonka mukaan vodkapullo, jonka sisällä on ruohonkorsi, oli yleisesti tunnettu Puolassa vuonna 2011, ei ole merkitystä todistettaessa, että aikaisempi ranskalainen tavaramerkki on ollut yleisesti tunnettu Ranskassa vuosina 1998–2003.

24 Heti aluksi on todettava, että nämä liitteet on esitetty ensimmäistä kertaa unionin yleisessä tuomioistuimessa, ei kansallisten tuomioistuinten päätöksinä, jotka unionin yleinen tuomioistuin voi ottaa huomioon tulkitessaan unionin oikeutta ja erityisesti asetusta N:o 207/2009, jotka mainitaan edellä 22 kohdassa viitatussa oikeuskäytännössä, vaan todisteina siitä, että kolmiulotteinen puolalainen tavaramerkki oli yleisesti tunnettu siinä olevan ruohonkorren vuoksi.

25 Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan unionin yleisessä tuomioistuimessa nostetun kanteen tarkoituksena on asetuksen N:o 207/2009 65 artiklassa tarkoitettu SMHV:n valituslautakuntien päätösten laillisuuden valvonta. Tästä säännöksestä seuraa, että sellaisiin tosiseikkoihin, joihin osapuolet eivät ole vedonneet SMVH:n elimissä, ei enää voida vedota unionin yleisessä tuomioistuimessa vireille pannussa oikeudenkäynnissä ja että unionin yleinen tuomioistuin ei voi tutkia uudelleen tosiseikkoja siinä ensimmäistä kertaa esitettyjen todisteiden valossa. SMHV:n valituslautakunnan päätöksen lainmukaisuutta on arvioitava niiden tietojen valossa, joita sillä on voinut olla päätöstä tehdessään (ks. tuomio 18.7.2006, Rossi v. SMHV, C-214/05 P, Kok., EU:C:2006:494, 50–52 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen; tuomio 18.12.2008, Les Éditions Albert René v. SMHV, C-16/06 P, Kok., EU:C:2008:739, 136–138 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen ja tuomio 16.1.2014, Optilingua v. SMHV – Esposito (ALPHATRAD), T-538/12, EU:T:2014:9, 19 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

26 Näin ollen kantajan liitteet C.2–C.4 on jätettävä tutkimatta, ilman että on tarpeen tutkia niiden todistusvoimaa.

27 Joka tapauksessa nämä todisteet on myös hylättävä tehottomina, koska ne eivät koske pääasiassa kyseessä olevan aikaisemman ranskalaisen tavaramerkin käyttöä asian kannalta merkityksellisenä ajankohtana vaan myöhemmin esitettyä väitettä puolalaisen tavaramerkin yleisestä tunnettuisuudesta; kyseisellä tavaramerkillä ei kuitenkaan ole alueellista yhteyttä aikaisempaan ranskalaiseen tavaramerkkiin eikä sen olemassaoloa ollut myöskään mitenkään tuettu SMHV:ssa ennen merkityksellisen määräajan päättymistä, kuten valituslautakunta toteaa riidanalaisen päätöksen 34 kohdassa ilman, että kantaja olisi kiistänyt tätä seikkaa nyt käsiteltävässä asiassa.

Asiakysymys

28 Kantaja on esittänyt kanteensa tueksi kolme kanneperustetta, joista ensimmäinen koskee laillisuusperiaatteen ja SMHV:n tavaramerkkikäytännön käsikirjan rikkomista, toinen asetuksen N:o 207/2009 15 artiklan 1 kohdan ja asetuksen N:o 2868/95 22 säännön 3 kohdan sekä asetuksen N:o 207/2009 8 artiklan 1 kohdan a alakohdan ja 42 artiklan 2 ja 3 kohdan rikkomista ja kolmas asetuksen N:o 207/2009 75 artiklan ja 76 artiklan 1 ja 2 kohdan rikkomista.

29 Aluksi on todettava, että kantaja riitauttaa SMHV:n toteamukset ja arvioinnit kaikkien väitteen tueksi esitettyjen perusteiden eli asetuksen N:o 207/2009 8 artiklan 1 kohdan a alakohdassa, 8 artiklan 3 kohdassa ja 8 artiklan 4 kohdassa ilmaistujen perusteiden osalta. Kantaja toteaa kuitenkin, että sen väitteet rajoittuvat koskemaan ainoastaan valituslautakunnan päätelmiä tavaramerkin käyttämistä koskevien todisteiden arvioinnista, koska nämä päätelmät koskevat yhtä lailla kaikkia väitteen tueksi esitettyjä perusteita.

30 Unionin yleinen tuomioistuin katsoo, että on aiheellista tutkia ensin kolmas kanneperuste, joka perustuu asetuksen N:o 207/2009 75 artiklan ja 76 artiklan 1 ja 2 kohdan rikkomiseen ja koskee todisteita, jotka on otettava huomioon arvioitaessa aikaisemman ranskalaisen tavaramerkin tosiasiallista käyttämistä.

31 Kantaja väittää tässä kolmannessa kanneperusteessa, että SMHV on laiminlyönyt tiettyjen tosiseikkkojen tutkimisen perustelematta tätä mitenkään ja että se on siten rikkonut asetuksen N:o 207/2009 75 artiklaa ja 76 artiklan 1 ja 2 kohtaa. Kantaja toteaa erityisesti, että SMHV on jättänyt tutkimatta kantajan toimittamat kuvat, joissa näkyy riidanalainen tuote neljästä eri kulmasta eli edestä, takaa ja sivuilta, ja jotka osoittavat sen mukaan, että pullossa olevasta ruohonkorresta muodostuva kolmiulotteinen tavaramerkki oli selvästi näkyvissä ja että sitä oli tosiasiallisesti käytetty. Se väittää myös, että SMHV on jättänyt huomiotta muut todisteet kuten lehtiartikkelit ja internetin keskustelupalstoilla julkaistut viestit, jotka kantajan mukaan osoittavat, että ranskalaiset kuluttajat mieltävät, että pullossa oleva ruohonkorsi on alkuperäinen ja erottava tunnusmerkki, ja liittyvät siis siihen, miten tavaramerkkiä käytetään.

32 Kantaja väittää tässä yhteydessä, että koska valituslautakunta ei ole esittänyt mitään huomautuksia 18.2.2011 päivättyyn, valituksen perusteet sisältävään kirjelmään (ks. edellä 13 kohta) liitettyjen todisteiden huomioon ottamisesta ja koska se ei ole maininnut asetuksen N:o 207/2009 76 artiklan 2 kohtaa, voidaan oikeutetusti olettaa, että sen mukaan kyseiset todisteet voitiin ottaa huomioon. Vaikka oletettaisiin, että valituslautakunnalla oli aikomus jättää nämä todisteet huomiotta, riidanalaisen päätöksen perusteluihin liittyy joka tapauksessa virhe, koska tällaisessa tapauksessa valituslautakunnan olisi pitänyt perustella tämä arviointinsa asianmukaisesti. Kantaja viittaa tässä yhteydessä kyseiseen artiklaan perustuvaan unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöön. Se toteaa lopuksi, että koska valituslautakunta ei ole hylännyt edellä mainittuja todisteita eikä kiistänyt niiden todistusvoimaa, sen oli otettava ne huomioon ja tutkittava ne. Laiminlyönti toimia näin on vastoin asetuksen N:o 207/2009 75 artiklaa ja 76 artiklan 1 ja 2 kohtaa.

33 Kantaja väittää lisäksi, että SMHV on rikkonut asetuksen N:o 207/2009 75 artiklaa ja 76 artiklan 1 kohtaa, koska se ei ole perustellut päätöstään erityisesti sen näkemyksen osalta, että pullossa oleva ruohonkorsi ei ole näkyvissä, ja koska se on tutkinut todisteet toisistaan irrallaan eikä ole erityisesti ottanut huomioon todisteita, joissa pullo näkyy sivulta tai takaa.

34 SMHV vastaa tähän, että kantajalla ei ole oikeutta vaatia, että asiassa otettaisiin huomioon todisteet, jotka on toimitettu valituslautakunnalle valituksen perusteet sisältävän kirjelmän kanssa ja siis väiteosaston asettaman määräajan päättymisen jälkeen. Myös SMHV:lle asetuksen N:o 207/2009 76 artiklan 2 kohdassa, sellaisena kuin unionin tuomioistuin on sitä tulkinnut, myönnettyä harkintavaltaa ottaa huomioon tosiseikkoja tai todisteita, jotka on esitetty liian myöhään, sovelletaan sen mukaan vain vastakkaisen säännöksen puuttuessa. Asetuksen N:o 207/2009 42 artiklan 2 ja 3 kohtaan, sellaisena kuin ne on pantu täytäntöön asetuksen N:o 2868/95 22 säännön 2 kohdalla, sisältyy SMHV:n mukaan juuri säännös, jossa kielletään sellaisten tavaramerkin käyttämistä koskevien todisteiden huomioon ottaminen, jotka esitetään ensimmäistä kertaa valituslautakunnassa.

35 SMHV kiistää samoin sen, että nyt käsiteltävässä asiassa voitaisiin soveltaa oikeuskäytännössä vahvistettua poikkeusta, jonka nojalla on mahdollista ottaa huomioon lisänäyttöä tai uusia tosiseikkoja. Se väittää, että uusilla todisteilla ei täydennetä määräajassa toimitettuja todisteita, koska niissä näkyy eri

pullo kuin aikaisemmissa todisteissa sekä pitkulainen esine – joka voisi olla ruohonkorsi – joka näkyy kaikissa kuvissa pullon sisällä, siten, että tämä on ensimmäinen ja ainoa todiste kyseisen esineen käytöstä tietyssä asennossa pullon sisällä. Kantaja ei ole myöskään selostanut, millä tavalla näillä todisteilla täydennetään jo toimitettuja todisteita, eikä sitä, miksi se ei ollut toimittanut niitä asetetussa määräajassa.

36 Lisäksi SMHV toteaa, että ei voida päätellä, että koska valituslautakunta ei ole todennut, että liian myöhään toimitetut todisteet oli jätettävä huomiotta, se olisi hyväksynyt ne. Siitä, että valituslautakunta ei ole sisällyttänyt näitä todisteita tavaramerkin käytön lajia arvioidessaan huomioon ottamiinsa todisteisiin, on pikemminkin ymmärrettävä, että se oli päättänyt olla ottamatta niitä huomioon.

37 SMHV toteaa lopuksi, että perustelujen puuttuminen, vaikka katsottaisiinkin sellaisen tapahtuneen, ei voi sellaisenaan johtaa riidanalaisen päätöksen kumoamiseen, jos sillä ei ole vaikutusta riidanalaisen päätöksen oikeellisuuteen.

38 Lisäksi SMHV väittää, että pullon kuvat (ks. edellä 15 kohta) tukevat toteamusta siitä, että ruohonkorsi ei ollut näkyvissä, ja tämä perustelu on perusteltu sillä, että pullossa on etiketti, joka peittää merkittävän osan pullosta ja estää näkemästä, mitä etiketin takana tai pullon sisällä on (ks. edellä 16 kohta). Se katsoo, että esitetyt todisteet tavaramerkin käyttämisestä on otettu huomioon kokonaisuudessaan ja että itse asiassa kantaja on riitauttanut näiden todisteiden arvioinnin tuloksen.

39 Väliintulija väittää, että sivukuvat pullosta on toimitettu selvästi liian myöhään. Ensinnäkään niitä ei ole esitetty väiteosaston asettamassa määräajassa (joka päättyi 1.8.2007) vaan ensimmäistä kertaa valituslautakunnalle kolme ja puoli vuotta myöhemmin (eli 18.2.2011). Niiden ja jo toimitettujen, tavaramerkin käyttämistä koskevien todisteiden välillä ei ole myöskään mitään aineellista yhteyttä, koska niissä näkyy pullo, jonka kaula on pullea eikä suoraviivainen. Kantaja ei ole myöskään näyttänyt toteen tällaista yhteyttä eikä erityisesti ole väittänyt, että kyseessä oli näyttö tavaramerkin käyttämisestä tai jo toimitettujen todisteiden täydennys. Kantaja ei ole myöskään esittänyt näiden sivukuvien perusteella väitteitä väitemenettelyssä. Lopuksi väliintulija toteaa, että riidanalaisen päätöksen 13–16 kohtaan sisältyvistä pullojen kuvista käy selvästi ilmi, mitkä kuvat – kaikki edestäpäin – valituslautakunta oli ottanut huomioon harkintavaltaansa käyttäessään, ja mitkä se oli jättänyt huomiotta liian myöhään toimitettuina. Tässä yhteydessä valituslautakunnan perustelut voivat olla implisiittisiä, niin kuin oikeuskäytännössä on katsottu.

40 Lisäksi väliintulija katsoo, että SMHV on perustellut riittävästi päätöstään toimitettujen asiakirjojen perusteella eikä voinut perustaa arviointiaan todennäköisyyteen tai olettamuksiin eikä se voinut otaksua tai luottaa siihen, että ruohonkorsi oli etiketistä huolimatta ostohetkellä kuluttajan nähtävissä sivulta katsottuna.

41 Aluksi on todettava, että kantaja väittää kolmannessa kanneperusteessaan, joka perustuu asetuksen N:o 207/2009 75 artiklan ja 76 artiklan 1 kohdan rikkomiseen, pääasiallisesti, että valituslautakunta on tehnyt virheen jättäessään tutkimatta sille ensimmäistä kertaa esitetyt todisteet, erityisesti kuvat, joissa näkyy vodka-pullo, jossa lukee ”Żubrówka”, neljästä eri kuvakulmasta eli edestä, takaa ja sivuilta, ja koska se ei ole mitenkään perustellut tätä toimintaansa.

42 Tässä yhteydessä on muistutettava, että asetuksen N:o 207/2009 75 artiklan ensimmäisen virkkeen mukaan SMHV:n on perusteltava päätöksensä. Lisäksi asetuksen N:o 2868/95 50 säännön 2 kohdan h alakohdassa määrätään, että valituslautakunnan päätöksessä on oltava perustelut. Tämän velvollisuuden ulottuvuus on sama kuin sen velvollisuuden ulottuvuus, josta määrätään SEUT 296 artiklassa. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan SEUT 296 artiklassa edellytetyistä perusteluista on selkeästi ja yksiselitteisesti ilmettävä riidanalaisen toimen tekijän päättely. Tällä velvollisuudella on kaksi tavoitetta, eli yhtäältä antaa asianomaisille tieto toteutettujen toimenpiteiden syistä, jotta he voisivat puolustaa oikeuksiaan, ja toisaalta antaa unionin tuomioistuimille mahdollisuus tutkia

päätöksen laillisuus. Tutkittaessa sitä, täyttävätkö päätöksen perustelut nämä vaatimukset, on otettava huomioon sen sanamuodon lisäksi myös asiayhteys ja kaikki asiaa koskevat oikeussäännöt (ks. tuomio 8.3.2013, Mayer Naman v. SMHV – Daniel e Mayer (David Mayer), T-498/10, EU:T:2013:117, 56 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

43 Asetuksen N:o 207/2009 76 artiklassa, jonka otsikko on ”Tosiseikkojen tutkiminen viran puolesta”, puolestaan säädetään seuraavaa:

”1. Menettelyssä [SMHV] tutkii tosiseikat viran puolesta; rekisteröinnin hylkäämisen suhteellisia perusteita koskevassa menettelyssä tutkimus rajataan seikkoihin, joihin osapuolet ovat vedonneet, ja osapuolten esittämiin vaatimuksiin.

2. [SMHV] voi olla ottamatta huomioon tosiseikkoja tai todisteita, joihin osapuolet eivät ole vedonneet tai joita ne eivät ole esittäneet ajoissa.”

44 Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan asetuksen N:o 207/2009 76 artiklan 2 kohdan sanamuodosta seuraa, että pääsäännön mukaan – ja ellei toisin ole säädetty – asian osapuolet voivat esittää tosiseikkoja ja todisteita niiden määräaikojen päättymisen jälkeen, jotka niiden esittämiselle on asetettu asetuksen N:o 207/2009 säännöksillä, eikä SMHV:tä ole millään tavoin kielletty ottamasta huomioon tosiseikkoja tai todisteita, joihin on vedottu tai jotka on esitetty tällä tavalla liian myöhään (tuomio 13.3.2007, SMHV v. Kaul, C-29/05 P, Kok., EU:C:2007:162, 42 kohta; tuomio 18.7.2013, New Yorker SHK Jeans v. SMHV, C-621/11 P, Kok., EU:C:2013:484, 22 kohta ja tuomio 26.9.2013, Centrotherm Systemtechnik v. SMHV ja centrotherm Clean Solutions, C-610/11 P, Kok., EU:C:2013:593, 77 kohta) eli väiteosaston asettaman määräajan jälkeen ja mahdollisesti ensimmäistä kertaa valitusjaostossa.

45 Asetuksen N:o 207/2009 76 artiklan 2 kohdassa todetaan, että SMHV ”voi” päättää olla ottamatta huomioon liian myöhään esitettyjä tosiseikkoja tai todisteita, ja annetaan näin SMHV:lle laaja harkintavalta päättää perustellen tältä osin päätöksensä, onko ne otettava huomioon vai ei (edellä 44 kohdassa mainittu tuomio SMHV v. Kaul, EU:C:2007:162, 43 ja 68 kohta; edellä 44 kohdassa mainittu tuomio New Yorker SHK Jeans v. SMHV, EU:C:2013:484, 23 kohta ja edellä 44 kohdassa mainittu tuomio Centrotherm Systemtechnik v. SMHV ja centrotherm Clean Solutions, EU:C:2013:593, 78 kohta).

46 Oikeusvarmuuteen ja hyvään hallintotapaan liittyvät syyt tukevat SMHV:n harkintavaltaa ottaa huomioon tosiseikat ja todisteet, jotka asianosaiset ovat esittäneet liian myöhään. Tällainen harkintavalta myötävaikuttaa ainakin väitemenettelyn osalta osaltaan sen estämiseen, että tavaramerkit, joiden käyttö voitaisiin vastaisuudessa riitauttaa menestyksellisesti mitättömyysmenettelyssä tai loukkauskanteen yhteydessä, rekisteröitäisiin (ks. vastaavasti edellä 44 kohdassa mainittu tuomio SMHV v. Kaul, EU:C:2007:162, 48 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

47 Nyt käsiteltävässä asiassa on selvitettävä, onko valituslautakunta käyttänyt harkintavaltaansa kantajan sille ensimmäistä kertaa esittämien todisteiden osalta.

48 On kiistatonta, että kantaja on toimittanut riidanalaisen päätöksen 13–16 kohdassa selostetut todisteet tavaramerkin käyttämisestä (ks. edellä 15 kohta) väiteosastolle sen vahvistamassa määräajassa.

49 Asiakirja-aineistosta käy samoin ilmi, että toisin kuin väliintulija väittää, kantaja on esittänyt valituksen perusteet sisältävän kirjelmänsä, joka on toimitettu valituslautakunnalle 18.12.2011, sivuilla 7–23 viisi siihen liitettyä asiakirjaa. On kiistatonta, että näitä liitteitä ei ole toimitettu väiteosaston asettamassa määräajassa.

50 Seuraavat viisi liitettä toimitettiin ensimmäistä kertaa valituslautakunnalle:

— ranskalaisia lehtiartikkeleita ja otteita ranskalaisilta internetkeskustelupalstoilta, jotka olivat peräisin vuosilta 1998–2003 ja joihin sisältyi kuvia vodka-pullosta, jossa on maininta ”Żubrówka”, sekä vakuutukset, joissa pääasiallisesti todetaan, että Żubrówka-vodka, jossa käytetään ”kuuluisaa lännenmaarianheinää”, on helposti tunnistettavissa pullossa olevan aromaattisen ruohonkorren vuoksi”

— ote Varsovan kaupungin (Puola) esitteestä *Wallpaper City Guide*

— K:n, joka on kantajan palveluksessa vuodesta 1992 lähtien oleva, etiketöinnistä vastaava teknologinen asiantuntija, 16.2.2011 puolaksi laatima, englanniksi käännetty vakuutus (jäljempänä K:n vakuutus)

— juliste, jonka otsikkona on ”Żubrówka herbe de bison vodka” (Żubrówka lännenmaarianheinävodka)

— ote Wikipedia-internetsivustosta.

51 K:n vakuutus sisälsi erityisesti seuraavat tiedot. K. totesi ensinnäkin, että kantaja, aiemmin Przedsiębiorstwo POLMOS Białystok SA, oli valmistanut vuosina 1970–2011 Żubrówka-vodkaa sekä Puolan markkinoille että vientiä varten. K. totesi myös, että vaikka tällä vodkalla oli ollut useita etikettejä aikojen kuluessa, sitä oli aina kuvattu ja kuvataan yhä pulloissa olevan ruohonkorren avulla; kyseinen kuva on suojattu Puolassa ja useissa muissa maissa tavaramerkillä, joka muodostuu ”pullosta, jossa on ruohonkorsi”. Toiseksi K. lisäsi, että kantajan valmistamaa Żubrówka-vodkaa oli viety vuosina 1998–2003 0,5, 0,7 ja 1 litran pulloissa, joissa on vihreä etiketti, Ranskaan PHZ AGROS-nimisen asiamiehen välityksellä, minkä jälkeen kantaja huolehti itse sen viennistä. K. täsmensi, että ennen vuotta 2000 POLMOS Poznań oli valmistanut Żubrówka-vodkaa, jossa oli vihreä etiketti ja joka oli tarkoitettu vietäväksi Ranskaan, mutta että pullojen, etikettien ja pullojen sisällä olevan ruohonkorren ulkoasu oli tuolloin täysin sama kuin mitä kantaja on käyttänyt vuodesta 2000 lähtien. Kolmanneksi K. liitti vakuutuksensa liitteeksi näytteitä valokuvista osoituksena Żubrówka-vodkapullojen etiketöinnistä; niissä on vihreä etiketti ja ruohon kuva, joka lisättiin säännönmukaisesti näihin pulloihin, mukaan luettuna Ranskan markkinoille vuosina 1998–2003 tarkoitetut pullot. K:n mukaan näistä valokuvista kävi nimenomaisesti ilmi, että ruohonkorsi oli selvästi kaikkien kuluttajien nähtävissä riippumatta siitä, näkivätkö nämä pullon edestä vai takaa päin.

52 K:n vakuutukseen oli liitetty neljä valokuvaa 700 ml:n Żubrówka-vodkapulloista, jotka oli hänen mukaansa viety Ranskaan ja joissa pullo näkyy edestä, molemmilta sivuilta ja takaa.



53 Valituslautakunta toteaa riidanalaisen päätöksen 13–15 kohdassa, että kantajan toimittamiin todisteisiin tavaramerkin käytöstä sisältyi ”muun muassa” kaksi valaehtoista vakuutusta, joista toinen oli peräisin mainitun yhtiön rahoitus- ja toimitusjohtajalta ja toinen Pernod S.A:n, joka jakelee yksinoikeudella Żubrówka-vodkaa Ranskassa, pääjohtajalta, ja näihin oli liitetty kuva kyseisestä vodkasta, ranskalaisille jakelijoille tarkoitettuja esitteitä vuosilta 1999–2002, joissa näkyy neljä kuvaa, ja ranskalaisten supermarkettien vuosina 2003–2006 jakamia esitteitä, joissa näkyy kahdeksan kuvaa Żubrówka-vodkasta.

54 Tästä seuraa, että valituslautakunnan riidanalaisen päätöksen 16 kohdassa tekemä toteamus, jonka mukaan ”kolmessa edellisessä kohdassa selostettujen kuvien lisäksi ei ole toimitettu muita kuvia”, on ymmärrettävä siten, että siinä viitataan väiteosastossa sen asettamassa määräajassa esitettyihin todisteisiin tavaramerkin käytöstä eikä valituslautakunnassa liian myöhään esitettyihin todisteisiin.

55 Näin ollen on katsottava, että valituslautakunta on ottanut huomioon ainoastaan kantajan väiteosastolle esittämät todisteet eikä ole käyttänyt harkintavaltaansa kantajan sille ensimmäistä kertaa esittämien todisteiden osalta, joita ovat erityisesti K:n vakuutus ja siihen liitetyt valokuvat, ranskalaiset lehtiartikkelit ja otteet ranskalaisilta internetkeskustelupalstoilta.

56 Kantaja väittää näin ollen virheellisesti, että koska valituslautakunta ei ole esittänyt mitään huomautuksia 18.2.2011 päivättyyn, valituksen perusteet sisältävään kirjelmään liitettyjen todisteiden huomioon ottamisesta ja koska se ei ole maininnut asetuksen N:o 207/2009 76 artiklan 2 kohtaa, voidaan oikeutetusti olettaa, että se katsoi, että kyseiset todisteet voitiin ottaa huomioon. Koska valituslautakunta ei ole käyttänyt harkintavaltaansa, se ei ole voinut implisiittisesti todeta, että kyseiset todisteet voitiin ottaa huomioon.

57 Lisäksi oikeuskäytännön mukaan asetuksen N:o 207/2009 76 artiklan 2 kohdan sanamuodosta käy ilmi, että tosiseikkoihin vetoaminen tai todisteiden esittäminen liian myöhään ei anna osapuolelle, joka toimii näin, ehdotonta oikeutta siihen, että SMHV ottaa tällaiset tosiseikat tai todisteet huomioon (edellä 44 kohdassa mainittu tuomio SMHV v. Kaul, EU:C:2007:162, 43 ja 63 kohta). Nyt käsiteltävässä asiassa juuri todisteiden esittäminen liian myöhään erottaa sen tosiasiallisen asiayhteyden

kantajan viittaaman sen oikeuskäytännön (tuomio 10.10.2012, Bimbo v. SMHV – Panrico (BIMBO DOUGHNUTS), T-569/10, EU:T:2012:535, 35 kohta) asiayhteydestä, jossa väitteet ja todisteet, joiden osalta oli implisiittisesti katsottu, että ne voitiin ottaa huomioon, oli esitetty ajoissa.

58 SMHV toteaa lisäksi virheellisesti, että siitä, että valituslautakunta ei ole sisällyttänyt näitä todisteita tavaramerkin käytön luonnetta arvioidessaan huomioon ottamiinsa todisteisiin, on pikemminkin ymmärrettävä, että se oli päättänyt olla ottamatta niitä huomioon. Koska valituslautakunta ei ole käyttänyt harkintavaltaansa, se ei ole voinut implisiittisesti todeta, ettei kyseisiä todisteita voida ottaa huomioon.

59 Vaikka katsottaisiin, että SMHV oli käyttänyt harkintavaltaansa ja päätynyt jompaan kumpaan ratkaisuun, on muistutettava, että oikeuskäytännön mukaan on niin, että kun SMHV käyttää harkintavaltaansa päättää, onko liian myöhään esitetty asiakirja otettava huomioon vai ei, sen on perusteltava tältä osin päätöksensä (edellä 44 kohdassa mainittu tuomio SMHV v. Kaul, EU:C:2007:162, 43 kohta; edellä 44 kohdassa mainittu tuomio New Yorker SHK Jeans v. SMHV, EU:C:2013:484, 23 kohta ja edellä 44 kohdassa mainittu tuomio Centrotherm Systemtechnik v. SMHV ja centrotherm Clean Solutions, EU:C:2013:593, 78 kohta).

60 Kuten unionin tuomioistuin on korostanut, SMHV:n mainittujen lisätodisteiden mahdollinen huomioon ottaminen ei ole millään tavalla jollekin asianosaiselle myönnetty ”etu” vaan sen täytyy olla mainitun 76 artiklan 2 kohdassa sille annetun harkintavallan objektiivisen ja perustellun käytön tulos. Näin edellytetyt perustelut ovat sitäkin tarpeellisempia, kun SMHV päättää jättää ottamatta huomioon myöhässä esitetyt todisteet (edellä 44 kohdassa mainittu tuomio Centrotherm Systemtechnik v. SMHV ja centrotherm Clean Solutions, EU:C:2013:593, 111 ja 112 kohta).

61 Nyt käsiteltävässä asiassa on todettava, että valituslautakunta ei ole käyttänyt sille kuuluvaa harkintavaltaa sille ensimmäistä kertaa esitettyjen todisteiden huomioon ottamisen osalta eikä se ole esittänyt mitään tätä koskevia perusteluja. Tätä toteamusta ei ole omiaan asettamaan kyseenalaiseksi riidanalaisen päätöksen 13 kohdassa käytetty termi ”muun muassa”, sillä tämä ei voi korvata harkintavallan objektiivista ja perusteltua käyttöä tällaisten todisteiden huomiotta jättämisen osalta.

62 Tämän perusteluvelvollisuuden lisäksi oikeuskäytännössä on asetettu edellytyksiä SMHV:n harkintavallan käytölle liian myöhään esitettyjen todisteiden mahdollisen huomioon ottamisen osalta. Niiden huomioon ottaminen on perusteltua erityisesti silloin, kun SMHV katsoo, että yhtäältä liian myöhään esitetyillä seikoilla on ensi arviolta mahdollisesti todellista merkitystä sen käsiteltävänä olevasta väitteestä annettavan ratkaisun kannalta ja että toisaalta menettelyvaihe, jossa tällainen liian myöhäinen esittäminen tapahtuu, ja tähän liittyvät olosuhteet eivät ole esteenä niiden huomioon ottamiselle (edellä 44 kohdassa mainittu tuomio SMHV v. Kaul, EU:C:2007:162, 44 kohta; edellä 44 kohdassa mainittu tuomio New Yorker SHK Jeans v. SMHV, EU:C:2013:484, 33 kohta ja edellä 44 kohdassa mainittu tuomio Centrotherm Systemtechnik v. SMHV ja centrotherm Clean Solutions, EU:C:2013:593, 113 kohta).

63 Nyt käsiteltävässä asiassa on katsottava, että liian myöhään esitettyjen todisteiden osalta ainakin K:n vakuutus ja siihen liitetyt pullon kuvat edestä, vastakkaisilta sivuilta ja takaa (ks. edellä 50 ja 51 kohta) sekä ranskalaiset lehtiartikkelit ja otteet ranskalaisilta internetkeskustelupalstoilta täyttivät nämä kaksi edellytystä, joiden nojalla saattaa olla perusteltua, että SMHV ottaa ne huomioon.

64 Yhtäältä näet K:n vakuutuksella ja siihen liitetyillä pullon kuvilla edestä, vastakkaisilta sivuilta ja takaa oli ensi arviolta mahdollisesti todellista merkitystä SMHV:n käsiteltävänä olevan väitteen ratkaisun kannalta, koska niiden mahdollinen huomioon ottaminen olisi saattanut asettaa kyseenalaisiksi valituslautakunnan riidanalaisen päätöksen 17 ja 18 kohdassa (ks. edellä 16 ja 17 kohta) tekemät arvioinnit, joiden mukaan ensinnäkin ”viistoa viivaa ei ole ulkopinnassa eikä sitä näy etiketissä”, toiseksi

”etiketin vuoksi ei ole mahdollista nähdä, mitä etiketin takana tai pullojen sisällä on” ja kolmanneksi ”näissä olosuhteissa kantaja ei ole näyttänyt toteen aikaisemman kolmiulotteisen ranskalaisen tavaramerkkinsä käytön lajia”.

65 Tässä yhteydessä on korostettava, että kyseessä olevan tavaramerkin kaltaisen tavaramerkin kolmiulotteisuuden vuoksi sitä ei voida tarkastella staattisesti kaksiulotteisena vaan sitä on tarkasteltava dynaamisesti kolmiulotteisena. Kohdekuluttaja voi siten pääsääntöisesti havaita kolmiulotteisen tavaramerkin useilta eri puolilta. Tällaisen tavaramerkin käyttöä koskevia todisteita ei siten ole otettava huomioon kuvauksina siitä, miten tavaramerkki näkyy kaksiulotteisesti, vaan kuvauksina siitä, miten kohdekuluttaja havaitsee sen kolmiulotteisesti. Tästä seuraa, että kolmiulotteisen tavaramerkin kuvilla sivuilta ja takaa on lähtökohtaisesti mahdollisesti todellista merkitystä kyseisen tavaramerkin tosiasiallista käyttöä koskevan arvioinnin kannalta eikä niitä voida jättää huomiotta pelkästään sillä perusteella, että ne eivät ole edestäpäin olevia kuvia.

66 Samoin ranskalaisilla lehtiartikkeleilla ja otteilla ranskalaisilta internetkeskustelupalstoilta, joissa todetaan pääsääntöisesti, että Żubrówka-vodka, jossa käytetään ”kuuluisaa lännenmaarianheinää”, on ”helposti tunnistettavissa pullossa olevan aromaattisen ruohonkorren vuoksi” (ks. edellä 50 kohta), oli mahdollisesti todellista merkitystä SMHV:n käsiteltävänä olevan väitteen ratkaisun kannalta, koska niiden mahdollinen huomioon ottaminen olisi ollut omiaan helpottamaan sen todistamista, että aikaisempaa ranskalaista tavaramerkkiä oli tosiasiallisesti käytetty Ranskassa merkityksellisenä ajanjaksona.

67 Toisaalta menettelyvaihe, jossa tämä liian myöhäinen esittäminen tapahtui, ja tähän liittyvät olosuhteet eivät olleet esteenä sille, että SMHV ottaa nämä todisteet huomioon, koska kantaja on esittänyt ne jättäessään valituslautakunnalle valituksen perusteet sisältävän kirjelmän, mikä mahdollisti viimeksi mainittu käyttävän objektiivisesti ja perustellusti harkintavaltaansa kyseisten todisteiden huomioon ottamisen osalta.

68 Tästä seuraa, että edellä 62 kohdassa viitatun oikeuskäytännön mukaisesti valituslautakunnan oli käytettävä harkintavaltaansa objektiivisesti ja perustellusti tällaisten liian myöhään esitettyjen, mainitussa oikeuskäytännössä vahvistetut kaksi edellytystä täyttävien todisteiden eli ainakin K:n vakuutuksen ja siihen liitettyjen, edestä, vastakkaisilta sivuilta ja takaa olevien pullon kuvien sekä ranskalaisten lehtiartikkelien ja ranskalaisten internetkeskustelupalstojen otteiden huomioon ottamisen osalta.

69 Näin ollen on katsottava, että koska valituslautakunta ei ole käyttänyt objektiivisesti ja perustellusti harkintavaltaansa sille ensimmäistä kertaa esitettyjen, aikaisemman ranskalaisen kolmiulotteisen tavaramerkin käyttöä koskevien todisteiden huomioon ottamisen osalta, se on rikkonut asetuksen N:o 207/2009 76 artiklan 2 kohtaa, ja kun otetaan huomioon tällä tavoin todettu perustelujen puuttuminen, asetuksen 75 artiklaa.

70 SMHV:n ja väliintulijan väitteet eivät kumoa tätä päätelmää.

71 Aluksi on todettava, että siltä osin kuin SMHV pyrkii unionin yleisessä tuomioistuimessa tukemaan riidanalaista päätöstä todisteilla, joita siinä ei ole otettu huomioon, tällaisiin lisäperusteluihin ei voida vedota pätevästi unionin yleisessä tuomioistuimessa riidanalaisen päätöksen mahdollisesti puutteellisten perustelujen korjaamiseksi (ks. vastaavasti ja analogisesti tuomio 11.12.2012, Sina Bank v. neuvosto, T-15/11, Kok., EU:T:2012:661, 62 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

72 On näet on muistutettava, että toimen perustelut on esitettävä toimen kohteena olevalle henkilölle ennen kuin hän nostaa kanteen tästä toimesta, eikä perusteluvelvollisuuden noudattamatta jättämistä voida korjata sillä, että asianomainen henkilö saa tiedon toimen perusteista unionin tuomioistuimissa käytävän oikeudenkäynnin aikana (ks. vastaavasti ja analogisesti edellä 71 kohdassa mainittu tuomio Sina Bank v. neuvosto, EU:T:2012:661, 56 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Unionin toimielimen

tai elimen mahdollisuudella esittää tällaisia lisäperusteluja voidakseen täydentää riidanalaisessa päätöksessä esitettyjä perusteita loukattaisiin niiden henkilöiden, joita asia koskee, puolustautumisoikeuksia ja oikeutta tehokkaaseen oikeussuojaan samoin kuin asianosaisten yhdenvertaisuusperiaatetta unionin tuomioistuimissa (ks. vastaavasti ja analogisesti tuomio 6.9.2013, Bateni v. neuvosto, T-42/12 ja T-181/12, EU:T:2013:409, 54 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

73 Unionin yleinen tuomioistuin katsoo tästä toteamuksesta huolimatta asianmukaiseksi tutkia ja hylätä nämä väitteet.

74 Ensinnäkin SMHV:n väite, jonka mukaan asetuksen N:o 207/2009 42 artiklan 2 ja 3 kohtaan, sellaisena kuin ne on pantu täytäntöön asetuksen N:o 2868/95 22 säännön 2 kohdalla, sisältyy edellä 44 kohdassa viitatussa oikeuskäytännössä tarkoitettu ”vastakkainen säännös” sellaisten tavaramerkin käyttämistä koskevien todisteiden huomioon ottamisesta, jotka esitetään ensimmäistä kertaa valituslautakunnassa, on hylättävä seuraavista syistä.

75 Asetuksen N:o 207/2009 42 artiklan, jonka otsikko on ”Väitteen tutkiminen”, 2 ja 3 kohdassa säädetään pääasiallisesti, että väitteen tehneen aikaisemman yhteisön tavaramerkin haltijan on hakijan pyynnöstä toimitettava todisteet siitä, että yhteisön tavaramerkin julkaisemista edeltäneiden viiden vuoden aikana aikaisempaa yhteisön tai kansallista tavaramerkkiä on tosiasiallisesti käytetty unionissa niiden tavaroiden tai palvelujen osalta, joita varten se on rekisteröity ja joihin väite perustuu, tai että on olemassa perustellut syyt käyttämättä jättämiseen. Jos näitä todisteita ei esitetä, väite hylätään.

76 Tässä yhteydessä on todettava, että asetuksen N:o 207/2009 42 artiklan, joka on aineellinen säännös, 2 ja 3 kohdassa ei säädetä mitään väitteentekijälle asetetusta määräajasta, jonka kuluessa todisteet tavaramerkin käytöstä on esitettävä (edellä 44 kohdassa viitattu tuomio New Yorker SHK Jeans v. SMHV, EU:C:2013:484, 24 kohta; ks. myös analogisesti edellä 44 kohdassa mainittu tuomio Centrotherm Systemtechnik v. SMHV ja centrotherm Clean Solutions, EU:C:2013:593, 79 kohta). Näin ollen väitteen hylkääminen ”jos näitä todisteita ei esitetä” on seuraus esitetyn näytön sisältöä koskevasta arvioinnista eikä siitä, ettei menettelyllistä määräaikaa ole noudatettu.

77 Näin ollen asetuksen N:o 207/2009 42 artiklan 2 ja 3 kohdalla ei ole vaikutusta SMHV:lle saman asetuksen 76 artiklan 2 kohdassa myönnettyyn harkintavaltaan päättää, onko sille liian myöhään esitetyt todisteet otettava huomioon vai ei.

78 Asetuksen N:o 2868/95 22 säännön 2 kohdassa puolestaan määrätään, että jos väitteentekijän on todistettava tavaramerkin käyttö tai se, että on olemassa perustellut syyt käyttämättä jättämiseen, SMHV pyytää väitteentekijää toimittamaan vaaditut todisteet tälle asettamansa määräajan kuluessa. Jos väitteentekijä ei toimita todisteita määräajan kuluessa, SMHV hylkää väitteen.

79 Asetuksen N:o 2868/95 40 säännön 5 kohdassa määrätään samoin, että kun kyseessä on asetuksen N:o 207/2009 51 artiklan 1 kohdan a alakohtaan perustuva menettämishakemus, SMHV pyytää yhteisön tavaramerkin haltijalta todisteet tavaramerkin käytöstä asettamansa määräajan kulussa. Jos todisteita ei toimiteta asetetun määräajan kuluessa, yhteisön tavaramerkki julistetaan menetetyksi. Tällöin 22 säännön 2–4 kohtaa sovelletaan soveltuvin osin.

80 On muistutettava, että unionin tuomioistuin on katsonut, että asetuksen N:o 2868/95 40 säännön 5 kohta ei estä valituslautakuntaa käyttämästä sillä asetuksen N:o 207/2009 76 artiklan 2 kohdan nojalla pääsääntöisesti olevaa harkintavaltaa ottaa mahdollisesti huomioon sille esitetyt lisätodisteet (ks. vastaavasti edellä 44 kohdassa mainittu tuomio Centrotherm Systemtechnik v. SMHV ja centrotherm Clean Solutions, EU:C:2013:593, 90 kohta).

81 Sama pätee samoista syistä myös asetuksen N:o 2868/95 22 säännön 2 kohdan osalta, sillä se vastaa väitemenettelyn osalta saman asetuksen 40 sääntöä, joka koskee menettämismenettelyä.

82 Tässä yhteydessä on kylläkin totta, että asetuksen N:o 2868/95 22 säännön 2 kohdan sanamuodosta seuraa, että kun mitään todistetta kyseisen tavaramerkin käytöstä ei ole esitetty SMHV:n asettamassa määräajassa, sen on lähtökohtaisesti todettava viran puolesta, että aikaisempaa tavaramerkkiä ei ole käytetty tosiasiallisesti, mutta tällaista päätelmää ei kuitenkaan voida tehdä silloin, kun mainitussa määräajassa on toimitettu todisteita tästä käytöstä (edellä 44 kohdassa mainittu tuomio New Yorker SHK Jeans v. SMHV, EU:C:2013:484, 28 kohta; ks. analogisesti myös edellä 44 kohdassa mainittu tuomio Centrotherm Systemtechnik v. SMHV ja centrotherm Clean Solutions, EU:C:2013:593, 86 kohta).

83 On nimittäin niin, että ellei tällaisessa tapauksessa ilmene, että kyseiset seikat ovat täysin vailla merkitystä tavaramerkin tosiasiallisen käytön toteamiseksi, menettelyä jatketaan. Niinpä SMHV:n on erityisesti pyydettävä, kuten asetuksen N:o 207/2009 42 artiklan 1 kohdassa säädetään, niin usein kun on tarpeen, asianosaisia esittämään SMHV:n niille osoittamia tiedoksiantoja tai toisten osapuolten ilmoituksia koskevia huomautuksia (edellä 44 kohdassa mainittu tuomio New Yorker SHK Jeans v. SMHV, EU:C:2013:484, 29 kohta; ks. analogisesti myös edellä 44 kohdassa mainittu tuomio Centrotherm Systemtechnik v. SMHV ja centrotherm Clean Solutions, EU:C:2013:593, 87 kohta).

84 Mikäli tällaisessa asiayhteydessä todetaan myöhemmin, että tavaramerkkiä ei ole käytetty tosiasiallisesti, tätä ei tehdä asetuksen N:o 2868/95 22 säännön 2 kohdan nojalla, joka on pääasiallisesti menettelyä koskeva säännös, vaan yksinomaan asetuksen N:o 207/2009 42 artiklan 2 kohdassa olevan aineellisen säännön nojalla (edellä 44 kohdassa mainittu tuomio New Yorker SHK Jeans v. SMHV, EU:C:2013:484, 29 kohta; ks. analogisesti myös edellä 44 kohdassa mainittu tuomio Centrotherm Systemtechnik v. SMHV ja centrotherm Clean Solutions, EU:C:2013:593, 87 kohta).

85 Edellä esitetystä seuraa erityisesti, että sellaisia todisteita kyseisen tavaramerkin käytöstä, joilla täydennetään todisteita, jotka esitettiin SMHV:n asetuksen N:o 2868/95 22 säännön 2 kohdan nojalla asettamassa määräajassa, on mahdollista esittää vielä kyseisen määräajan päättymisen jälkeen eikä SMHV:tä millään muotoa kielletä ottamasta huomioon tällä tavalla myöhässä esitettyjä lisätodisteita ja käyttämästä näin asetuksen N:o 207/2009 76 artiklan 2 kohdan mukaista harkintavaltaansa (edellä 44 kohdassa mainittu tuomio New Yorker SHK Jeans v. SMHV, EU:C:2013:484, 30 kohta; ks. analogisesti myös edellä 44 kohdassa mainittu tuomio Centrotherm Systemtechnik v. SMHV ja centrotherm Clean Solutions, EU:C:2013:593, 88 kohta).

86 Näin ollen on katsottava, että asetuksen N:o 2868/95 22 säännön 2 kohta ei estä valituslautakuntaa käyttämästä sillä asetuksen N:o 207/2009 76 artiklan 2 kohdan nojalla olevaa harkintavaltaa ottaa mahdollisesti huomioon sille esitetyt lisätodisteet.

87 Kuten edellä 48 kohdassa on todettu, nyt käsiteltävässä asiassa on kiistatonta, että kantaja oli esittänyt SMHV:n asettamassa määräajassa useita todisteita, joilla oli tarkoitus osoittaa aikaisemman ranskalaisen tavaramerkin käyttö. Lisäksi on todettava, että tällä tavoin alun perin esitetyt todisteet eivät olleet täysin vailla merkitystä, erityisesti koska valituslautakunta otti ne huomioon riidanalaisen päätöksen 13–18 kohdassa, vaikka se pitikin niitä riittämättöminä. Tästä seuraa, että SMHV:n asetuksen N:o 2868/95 22 säännön 2 kohdan nojalla asettamassa määräajassa esitettyjen merkityksellisten todisteiden lisäksi tulevia lisätodisteita oli yhä mahdollista esittää kyseisen määräajan päättymisen jälkeen eikä ollut kiellettyä, että SMHV otti ne huomioon ja käytti näin asetuksen N:o 207/2009 76 artiklan 2 kohdan mukaista harkintavaltaansa.

88 Toiseksi ei voida myöskään hyväksyä SMHV:n ja väliintulijan väitettä, joka niiden mukaan perustuu oikeuskäytäntöön ja jonka mukaan uusilla todisteilla ei täydennetä määräajassa esitettyjä todisteita eikä niillä ole edes mitään aineellista yhteyttä niihin, koska niissä näkyy eri pullo, jonka kaula on pullea eikä suoraviivainen, sekä pitkulainen esine – joka voisi olla ruohonkorsi – joka näkyy kaikissa kuvissa pullon sisällä, siten, että tämä on ensimmäinen ja ainoa todiste kyseisen esineen käytöstä tietyssä asennossa pullon sisällä.

89 Tässä yhteydessä on todettava aluksi, että oikeuskäytännössä ei edellytetä aineellista yhteyttä lisätodisteiden ja aikaisempien todisteiden välillä. Siinä edellytetään ainoastaan, että väiteosaston asettaman määräajan päätyttyä esitetyt todisteet eivät ole ensimmäisiä ja ainoita todisteita käytöstä vaan määräajassa toimitettujen merkityksellisten todisteiden ”täydennykseksi” tai ”lisäksi” toimitettuja todisteita (edellä 44 kohdassa mainittu tuomio New Yorker SHK Jeans v. SMHV, EU:C:2013:484, 30 kohta ja tuomio 29.9.2011, New Yorker SHK Jeans v. SMHV – Vallis K. – Vallis A. (FISHBONE), EU:T:2011:550, 33 kohta).

90 Tämän jälkeen on palautettava mieleen, että edellä 62 kohdassa viitatussa oikeuskäytännössä vahvistetuissa perusteissa ei myöskään edellytetä sitä, että lisätodisteilla olisi oltava aineellinen yhteys aikaisemmin toimitettuihin todisteisiin, vaan sitä, että niiden on oltava olennaisen merkityksellisiä SMHV:ssa käytävän menettelyn ratkaisun kannalta.

91 Lisäksi on huomautettava, että SMHV:n ja väliintulijan tämä väite ei pidä paikkaansa tosiseikkojen osalta, koska siinä esitetään vääristyneellä tavalla valituslautakunnan asettamassa määräajassa toimitetut todisteet. On näet todettava, että riidanalaisen päätöksen 14 ja 15 kohdassa olevissa valokuvissa (ks. edellä 15 kohta) katsojan nähtävillä on pullon sisällä oleva ruohonkorsi eikä mikä tahansa pitkulainen esine. Edellä 52 kohdassa olevat valokuvat eivät näin ollen ole ensimmäisiä ja ainoita todisteita ruohonkorren käytöstä pullon sisällä.

92 Kolmanneksi myöskään se SMHV:n ja väliintulijan väite ei voi menestyä, jonka mukaan kantaja ei ole selostanut, millä tavalla näillä ensimmäistä kertaa valituslautakunnassa esitetyillä todisteilla täydennettiin jo toimitettuja todisteita, eikä sitä, miksi se ei ollut toimittanut niitä asetetussa määräajassa.

93 Aluksi on todettava, että edellä 62 kohdassa viitatussa oikeuskäytännössä ei edellytetä tällaista selostusta.

94 Lisäksi on huomautettava, että kantaja on valituslautakunnalle esittämässään valituksen perusteet sisältävässä kirjelmässä maininnut sekä väitejaoston päätöksen, jossa katsottiin, että sille esitetyt todisteet tavaramerkin käytöstä olivat riittämättömiä, että lisätodisteet. Se on siten, toisin kuin väliintulija väittää, maininnut kaikki nämä seikat kyseisen kirjelmän 2 ja 3 sivulla esitettyjen väitteidensä tueksi. On katsottava, että tällainen mainita riitti osoittamaan, että kantaja väitti näiden todisteiden olevan merkityksellisiä valituslautakunnassa käytävässä menettelyssä. Valituslautakunta ei kuitenkaan näytä tutkineen asianmukaisesti kantajan toimittamien lisätodisteiden mahdollista merkitystä (ks. analogisesti tuomio Centrotherm Systemtechnik v. SMHV ja centrotherm Clean Solutions, EU:C:2013:593, 116 kohta).

95 Lisäksi on korostettava, että tavaramerkin käytöstä asetuksen N:o 2868/95 22 säännön 2 kohdassa tarkoitetun määräajan päättymisen jälkeen esitettyjen lisätodisteiden mahdollinen huomioon ottaminen ei välttämättä edellytä sitä, että asianosaisen oli mahdotonta esittää nämä todisteet mainitussa määräajassa (ks. analogisesti tuomio Centrotherm Systemtechnik v. SMHV ja centrotherm Clean Solutions, EU:C:2013:593, 117 kohta).

96 Neljänneksi ja lopuksi on todettava, että väliintulijan sitä väitettä ei voida hyväksyä, joka sen mukaan perustuu oikeuskäytäntöön ja jonka mukaan valituslautakunnan perustelut voivat olla implisiittisiä, kuten nyt käsiteltävässä asiassa riidanalaisen päätöksen 16 kohdassa (ks. edellä 15 kohta), koska ei voida edellyttää, että SMHV esittäisi selvityksen, jossa seurattaisiin tyhjentävästi kaikkia asianosaisten sille esittämiä päätelmiä.

97 Tässä yhteydessä on muistutettava, että väliintulijan viittaamaa oikeuskäytäntöä voidaan soveltaa vain sillä nimenomaisella edellytyksellä, että yhtäältä asianosaiset saavat perustelujen avulla selville syyt, joiden vuoksi valituslautakunnan päätös on tehty, ja että toisaalta toimivaltaisella tuomioistuimella on

käytettävissään riittävät tiedot, jotta se kykenee harjoittamaan laillisuusvalvontaansa (ks. vastaavasti tuomio 9.7.2008, Reber v. SMHV – Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli (Mozart), T-304/06, Kok., EU:T:2008:268, 55 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

98 Edellä olevista 47–69 kohdasta seuraa, että tämä edellytys ei täyty nyt käsiteltävässä asiassa ainakaan valituslautakunnan sen päätöksen osalta, joka koskee sille ensimmäistä kertaa esitettyjen todisteiden huomioon ottamista, joten mainittua oikeuskäytäntöä ei voida soveltaa nyt käsiteltävässä asiassa.

99 Myöskään SMHV:n mainitsemaa oikeuskäytäntöä, jonka mukaan perustelujen puuttuminen, vaikka katsottaisiinkin sellaisen tapahtuneen, ei voi sellaisenaan johtaa riidanalaisen päätöksen kumoamiseen, jos sillä ei ole vaikutusta riidanalaisen päätöksen oikeellisuuteen (tuomio 12.9.2013, ”Rauscher” Consumer Products v. SMHV (tamponin kuva), T-492/11, EU:T:2013:421, 34 kohta), ei voida soveltaa nyt käsiteltävässä asiassa juuri siksi, että tällainen edellytys ei täyty; perustelujen puuttumisen vaikutus riidanalaisen päätöksen oikeellisuuteen selostetaan edellä 47–69 kohdassa, erityisesti edellä 64 ja 66 kohdassa.

100 Kaiken edellä selostetun perusteella on katsottava, että kolmas kanneperuste on perusteltu, koska valituslautakunta ei ole käyttänyt objektiivisesti ja perustellusti harkintavaltaansa sille ensimmäistä kertaa väitejaoston asettaman määräajan jo päätyttyä esitettyjen lisätodisteiden huomioon ottamisen osalta.

101 Kysymyksestä, oliko valituslautakunnan otettava huomioon sille esitetyt lisätodisteet vai ei, on todettava, että koska valituslautakunta ei ole tarkastellut tätä kysymystä, ei ole unionin yleisen tuomioistuimen asiana tarkastella sitä ensimmäisen kerran riidanalaisen päätöksen laillisuutta valvoessaan (ks. vastaavasti tuomio 5.7.2011, Edwin v. SMHV, C-263/09 P, Kok., EU:C:2011:452, 72 ja 73 kohta; tuomio 12.5.2010, Beifa Group v. SMHV - Schwan-Stabilo Schwanhäußer (kirjoitusväline), T-148/08, Kok., EU:T:2010:190, 124 kohta ja tuomio 14.12.2011, Völkl v. SMHV – Marker Völkl (VÖLKL), T-504/09, Kok., EU:T:2011:739, 63 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

102 Valituslautakunnan on näin ollen arvioitava oikeuskäytännöstä ja nyt annettavasta tuomiosta ilmenevien seikkojen pohjalta ja ottamalla asianmukaisesti huomioon kaikki merkitykselliset seikat sekä perustelemalla päätöksensä tältä osin, onko kantajan sille ensimmäistä kertaa esittämät lisätodisteet otettava huomioon, kun se ratkaisee siinä edelleen vireillä olevan valituksen (ks. vastaavasti edellä 44 kohdassa mainittu tuomio Centrotherm Systemtechnik v. SMHV ja centrotherm Clean Solutions, EU:C:2013:593, 119 kohta).

103 Koska kolmas kanneperuste on perusteltu, kanne on hyväksyttävä ilman että on tarpeen tutkia ensimmäistä ja toista kanneperustetta, ja riidanalainen päätös on näin ollen kumottava.

Oikeudenkäyntikulut

104 Unionin yleisen tuomioistuimen työjärjestyksen 87 artiklan 2 kohdan mukaan asianosainen, joka häviää asian, velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on sitä vaatinut.

105 Koska SMHV ja väliintulija ovat hävinneet asian, on ensinnäkin määrättävä, että SMHV vastaa omista oikeudenkäyntikuluistaan, ja se on velvoitettava korvaamaan kantajan oikeudenkäyntikulut viimeksi mainitun vaatimusten mukaisesti, ja toiseksi on määrättävä, että väliintulija vastaa omista oikeudenkäyntikuluistaan.

Näillä perusteilla

UNIONIN YLEINEN TUOMIOISTUIN (kahdeksas jaosto)

on ratkaissut asian seuraavasti:

1) Sisämarkkinoiden harmonisointiviraston (tavaramerkit ja mallit) (SMHV) neljännen valituslautakunnan 26.3.2012 tekemä päätös (asia R 2506/2010-4) kumotaan.

2) SMHV vastaa omista oikeudenkäyntikuluistaan, ja se velvoitetaan korvaamaan CEDC International sp. z o.o:n oikeudenkäyntikulut.

3) Underberg AG vastaa omista oikeudenkäyntikuluistaan.

Gratsias Kancheva Wetter

Julistettiin Luxemburgissa 11 päivänä joulukuuta 2014.

Allekirjoitukset