Kohtulahendite kogumik

ÜLDKOHTU OTSUS (neljas koda)

17. jaanuar 2018 *

Euroopa Liidu kaubamärk – Tühistamismenetlus – Euroopa Liidu kujutismärk, mis kujutab risti spordijalatsi küljel – Asendimärk – Kaubamärgi tegelik kasutamine – Määruse (EÜ) nr 207/2009 artikli 15 lõige 1 ja artikli 51 lõike 1 punkt a (hiljem määruse (EL) 2017/1001 artikli 18 lõige 1 ja artikli 58 lõike 1 punkt a)

Kohtuasjas T-68/16,

Deichmann SE, asukoht Essen (Saksamaa), esindaja: advokaat C. Onken,

hageja,

versus

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

kostja,

teine menetluspool EUIPO apellatsioonikojas, menetlusse astuja Üldkohtus oli

Munich, SL, asukoht Capellades (Hispaania), esindajad: advokaadid J. Güell Serra ja M. del Mar Guix Vilanova,

mille ese on hagi EUIPO neljanda apellatsioonikoja 4. detsembri 2015. aasta otsuse (asi R 2345/2014-4) peale, mis käsitleb Deichmanni ja Munichi vahelist tühistamismenetlust,

ÜLDKOHUS (neljas koda),

koosseisus: koja president H. Kanninen, kohtunikud J. Schwarcz (ettekandja) ja C. Iliopoulos,

kohtusekretär: ametnik X. Lopez Bancalari,

arvestades hagiavaldust, mis saabus Üldkohtu kantseleisse 15. veebruaril 2016,

arvestades EUIPO kostja vastust, mis saabus Üldkohtu kantseleisse 11. aprillil 2016,

arvestades menetlusse astuja seisukohti, mis saabusid Üldkohtu kantseleisse 29. juulil 2016,

arvestades 27. juunil 2017 toimunud kohtuistungil esitatut,

on teinud järgmise

* Kohtumenetluse keel: inglise.

otsuse

Vaidluse taust

1 Menetlusse astuja Munich, SL esitas 6. novembril 2002 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), muudetud redaktsioonis (omakorda asendatud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 14. juuni 2017. aasta määrusega (EL) 2017/1001 Euroopa Liidu kaubamärgi kohta (ELT 2017, L 154, lk 1)) ELi kaubamärgi registreerimise taotluse.

2 Kujutismärk, mille registreerimist taotleti, on kujutatud järgmiselt:



3 Kaubad, mille jaoks registreerimist taotleti, kuuluvad 15. juuni 1957. aasta märkide registreerimisel kasutatava kaupade ja teenuste rahvusvahelise klassifikatsiooni Nizza kokkuleppe (läbi vaadatud ja muudetud kujul) klassi 25 ning vastavad järgmisele kirjeldusele: „spordijalatsid“.

4 Kaubamärk registreeriti 24. märtsil 2004 numbriga 2923852.

5 Hageja Deichmann SE esitas menetlusse astuja poolt tema vastu Landgericht Düsseldorfile (Düsseldorfi piirkondlik kohus, Saksamaa) esitatud kaubamärgiõiguste rikkumise tuvastamise nõude menetluses 29. juunil 2010 määruse nr 207/2009 artikli 100 lõike 1, artikli 51 lõike 1 punkti a ja artikli 52 lõike 1 punkti a (hiljem määruse 2017/1001 artikli 128 lõige 1, artikli 58 lõike 1 punkt a ja artikli 59 lõike 1 punkt a) alusel vastuhagi. Landgericht Düsseldorf (Düsseldorfi piirkondlik kohus) teavitas nõuetekohaselt EUIPOt vastuhagist ning see teave kanti määruse nr 207/2009 artikli 100 lõike 4 (hiljem määruse 2017/1001 artikli 128 lõige 4) alusel ELi kaubamärkide registrisse. Landgericht Düsseldorf (Düsseldorfi piirkondlik kohus) otsustas 26. oktoobril 2010 peatada määruse nr 207/2009 artikli 100 lõike 7 (hiljem määruse 2017/1001 artikli 128 lõige 7) alusel kaubamärgiõiguste rikkumise tuvastamise nõude menetluse ja palus hagejal esitada kolme kuu jooksul EUIPO-le tühistamise ja kehtetuks tunnistamise taotluse.

6 Hageja esitas 26. jaanuaril 2011 EUIPO-le määruse nr 207/2009 artikli 51 lõike 1 punkti a alusel asjaomase kaubamärgi tühistamise taotluse põhjendusega, et seda ei ole ELis eeskätt viie aasta jooksul enne vastuhagi esitamise kuupäeva tegelikult kasutatud seoses kaupadega, mille jaoks see oli registreeritud (asi 5141 C, mida käsitleb käesolev hagi). Peale selle esitas hageja samal päeval EUIPO-le selle määruse artikli 52 lõike 1 punkti a alusel asjaomase kaubamärgi kehtetuks tunnistamise taotluse, mida põhjendas absoluutsete kehtetuks tunnistamise põhjuste olemasoluga (asi 5143 C).

7 EUIPO palus 31. jaanuaril 2011 menetlusse astujal esitada asjaomase kaubamärgi kasutamise kohta tõendid. Menetlusse astuja esitas 28. aprillil 2011 kasutamise kohta hulga tõendeid. Esimeses lisas on tegemist arvetega, mis pärinevad ajast 26. jaanuar 2006 kuni 26. jaanuar 2011 ja mille on väljastanud Berneda SA, see tähendab üks ettevõtja, kes on seotud menetlusse astujaga ning kellele viimane on andnud asjaomase kaubamärgi kasutamise loa. Need arved on adresseeritud klientidele erinevates liikmesriikides ning nendel on märgitud konkreetsete jalatsimudelite numbrid. Menetlusse astuja esitas

lisaks iga liikmesriigi kohta tabeli, milles on müüdud jalatsimudelite numbrite kohta märgitud, millisele teises lisas esitatud kataloogi kirjele need vastavad. Nimetatud lisa sisaldab 2006.–2011. aasta üldisi ja hooajalisi katalooge, milles on esitatud fotod jalatsitest, mille mudelinumber vastab esimeses lisas esitatud arvetes märgitud numbritele. Menetlusse astuja märkis, et ta saab aru, et arvessevõetav ajavahemik on viis aastat enne EUIPO-le tühistamistaotluse esitamist. Juhuks kui EUIPO leiab, et arvessevõetav ajavahemik on viis aastat enne vastuhagi esitamist Landgericht Düsseldorfile (Düsseldorfi piirkondlik kohus), väitis menetlusse astuja lisaks, et ta võib esitada täiendavad dokumendid asjaomase kaubamärgi kasutamise kohta ajavahemikul 29. juunist 2005 kuni 26. jaanuarini 2006. Ta esitas 29. aprillil 2011 veel ühe kuueleheküljelise iga arve ja müüdud jalatsimudeli ning eelnimetatud teises lisas esitatud kataloogi mudelinumbrite vastavuse tabeli seoses ettevõtja Berneda poolt ajavahemiku 25. augustist 2009 kuni 26. jaanuarini 2011 kohta väljastatud teatavate täiendavate arvetega.

8 Menetlusse astuja märkis 25. juunil 2014 „ettevaatuse korras“, et ta tugineb ka dokumentidele, mille ta on esitanud EUIPO-le ühes muus tema poolt viidatud menetluses.

9 Tühistamisosakond rahuldas 7. augusti 2014. aasta otsusega tühistamistaotluse, otsustades, et asjaomane kaubamärk on alates 26. jaanuarist 2011 tühine, ning jättis kulud menetlusse astuja kanda. Sisuliselt leidis ta, et esitatud tõendid ei tõenda kaubamärgi tegelikku kasutamist arvessevõetaval ajavahemikul, milleks ta ilma põhjendamata pidas viie aasta pikkust ajavahemikku vahetult enne tühistamistaotluse esitamist EUIPO-le. Eelkõige leidis tühistamisosakond, et esitatud tõendid puudutavad olukordi, kus kasutatud on kujusid, mis erinevad asjaomasest kaubamärgist elementide poolest, mis muudavad selle eristusvõimet määruse nr 207/2009 artikli 15 lõike 1 punkti a tähenduses (hiljem määruse 2017/1001 artikli 18 lõige 1).

10 Menetlusse astuja esitas 10. septembril 2014 tühistamisosakonna otsuse peale kaebuse.

11 EUIPO neljas apellatsioonikoda tühistas 4. detsembri 2015. aasta otsusega (edaspidi „vaidlustatud otsus“) tühistamisosakonna otsuse ja lükkas tühistamistaotluse tagasi. Ta märkis sisuliselt, et kasutamise kohta esitatud tõendid tõendavad kaubamärgi kasutamist seoses klassi 25 kuuluva kaubaga „spordijalatsid“ arvessevõetaval ajavahemikul, milleks tema määratluse järgi on viis aastat enne vastuhagi esitamist, see tähendab ajavahemik 29. juunist 2005 kuni 28. juunini 2010 (edaspidi „arvessevõetav ajavahemik“).

12 Mis puutub konkreetselt asjaomase kaubamärgi olemusse, siis leidis apellatsioonikoda pärast seda, kui ta oli märkinud, et see seisneb eespool punktis 2 esitatud graafilises kujutises, ning kirjeldanud seda üksikasjalikult, et „kuna graafiline kujutis määrab kindlaks kaubamärgi, ei ole küsimus, kas tegemist on asendi- või kujutismärgiga, asjakohane“. Apellatsioonikoja sõnul sarnanevad asendimärgid tegelikult kujutismärkide ja ruumiliste märkide kategooriatele, kuna nendega kantakse kauba pinnale kujutis- või ruumilisi elemente. Kaubamärgikaitse ulatusega seoses ei ole tema väitel määrav tähise kvalifitseerimine kujutismärgiks, ruumiliseks märgiks või asendimärgiks, vaid see, kuidas asjaomane avalikkus tajub kaubamärki seoses asjaomaste kaupadega. Seda, kuidas kaubamärki tajutakse, saavat mõjutada üksnes tähise olemus, nagu see on registreeritud. Apellatsioonikoja sõnul hõlmab asjaomane kaubamärk „sellega tähistataval kaubal, nimelt spordijalatsil kindlale kohale paigutatud eripärase ristikujulise motiivi kaitset“. Apellatsioonikoda leidis, et asjaomast kaubamärki ei saa lahutada vastava kauba ühe osa, nimelt spordijalatsi pealmise osa kujust.

13 Seejärel analüüsis apellatsioonikoda menetlusse astuja esitatud tõendeid, milleks olid muu hulgas märkimisväärne hulk arveid ja tootekatalooge, järeldades sisuliselt, et need koos tõendavad asjaomase kaubamärgi tegelikku kasutust, see tähendab selle tegelikku majanduslikul eesmärgil kasutamist seoses kasutamise ulatuse, aja, geograafilise ulatuse ja olemusega. Apellatsioonikoda tuvastas viimatinimetatuga seoses, et nõustuda ei saa tühistamisosakonna järeldusega, mille kohaselt on menetlusse astuja esitatud arvukates kataloogides esitatud kujutistel kujutatud eri liiki spordijalatseid, millele on kantud erinevad lõikuvad jooned, mis muudavad kaubamärgi eristusvõimet. Vastupidi,

apellatsioonikoja sõnul on erinevused selle, kuidas kaubamärki kasutatakse, ning asjaomase kaubamärgi vahel „väheolulised, vaevalt või lausa üldse mitte märgatavad“. Apellatsioonikoda leidis, et käesoleval juhul võib ta asjaomase kaubamärgi tegeliku kasutamise kindlaks tegemisel arvestada ka värvilisi elemente, hoolimata asjaolust, et kaubamärk on registreeritud must-valgena.

14 Lõpuks viitas apellatsioonikoda teatavatele täiendavatele tõenditele, mis toetavad tema järeldusi, nagu Juzgado de marca comunitaria d'Alicante (Alicante ühenduse kaubamärgi kohus, Hispaania) 31. juuli 2007. aasta otsus, milles „tuvastati, et [asjaomast] kaubamärki peetakse Hispaanias spordijalatsite valdkonnas tugevaks ja mainekaks kaubamärgiks“, või muudele tõenditele, mis puudutavad aega pärast 28. juunit 2010 ning annavad tunnistust arvessevõetava ajavahemiku kohta tuvastatuga sarnasest „jätkuva ja katkematu kasutamise üldisest suundumusest“.

Poolte nõuded

15 Hageja palub Üldkohtul:

– tühistada vaidlustatud otsus;

– mõista kohtukulud välja EUIPO-lt ja menetlusse astujalt.

16 EUIPO palub Üldkohtul:

– jätta hagi rahuldamata;

– mõista kohtukulud välja hagejalt.

17 Menetlusse astuja palub Üldkohtul:

– jätta hagi rahuldamata;

– jätta vaidlustatud otsus muutmata;

– mõista kohtukulud välja hagejalt.

Õiguslik käsitlus

18 Hageja esitab hagi põhjendamiseks kolm väidet. Esimese väite kohaselt on rikutud määruse nr 207/2009 artikli 51 lõiget 1, kuna apellatsioonikoda hindas vääralt asjaomase kaubamärgi eset, leides, et asjakohane ei ole küsimus, kas tegemist on kujutismärgi või asendimärgiga. Teise väite kohaselt on rikutud sama määruse artikli 51 lõiget 1 ja artikli 15 lõiget 1, kuna selle kindlaks tegemiseks, kas asjaomast kaubamärki on kasutatud selle registreeritud kujul või kujul, mis ei muuda selle eristusvõimet, piirdus apellatsioonikoda üksnes asjaomase kaubamärgi ühe osa, nimelt kahe lõikuva riba võrdlemisega nende ribadega, mis on kantud väidetavalt menetlusse astuja turustatavatele spordijalatsitele. Kolmanda väite kohaselt on rikutud määruse nr 207/2009 artikli 51 lõiget 1, kuna vaidlustatud otsus tugineb jalatsimudelitele, mille turustamine menetlusse astuja poolt ei ole tõendatud.

19 Tuleb nentida, et hageja märgib nende väidetega sisuliselt, et apellatsioonikoda eksis asjaomase kaubamärgi esemes, ning väidab, et kõnealust kaubamärki ei ole kasutatud registreeritud kujul, milleks tema sõnul on sellise tallata spordijalatsi kontuuri kujutis, mille küljele on kantud kaks lõikuvat riba.

20 Hageja teises ja kolmandas väites esitatu tõttu tuleb neid väiteid koos analüüsida pärast esimese väite analüüsimist.

21 Osas, milles menetlusse astuja palub muu hulgas vaidlustatud otsuse muutmata jätmist, tuleb lisaks märkida, et kuna „vaidlustatud otsuse muutmata jätmine“ on samaväärne hagi rahuldamata jätmisega, soovitakse menetlusse astuja teise nõudega sisuliselt hagi rahuldamata jätmist ning seega langeb see kokku tema esimese nõudega (vt selle kohta 5. veebruari 2016. aasta kohtuotsus, Kicktipp *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Italiana Calzature (kicktipp), T-135/14, EU:T:2016:69, punkt 19 (ei avaldata) ja seal viidatud kohtupraktika).

Esimene väide

22 Hageja sõnul ei ole asjaomane kaubamärk registreeritud „muu“ kaubamärgi kategooria all ning seda ei saa lugeda „asendimärgiks“, vaid üksnes kujutismärgiks. Selle määrab tema väitel kindlaks kaubamärgi graafiline kujutis, nagu see nähtub registreerimistunnistusest, ilma et see, kuidas „avalikkus seda tajub“, omaks siinkohal määravat rolli. Tema sõnul ei saa nõustuda, et tegemist on „mis tahes tavalise spordijalatsiga“ või „tallaga“ jalatsiga. Sellest, et jalatsi kujutise kontuurid, mis moodustavad asjaomase kaubamärgi, on punktiirjoonega esitatud, ei tulene ükski eriline tagajärg. Samuti puudub hageja sõnul käesoleva kohtuvaidluse lahendamise seisukohast tähtsus menetlusse astuja viidatud asjaolul, et EUIPO on seoses asjaomase kaubamärgiga möönnud numbriga 1658216 registreeritud Hispaania „asendimärgi“ vanemust. Hageja viitas oma 5. septembri 2016. aasta kohtuistungi korraldamise taotluses EUIPO neljanda apellatsioonikoja 6. juuli 2016. aasta otsusele (asi R 408/2015–4). Ta väitis, et nimetatud asi on analoogne käesoleva kohtuasjaga ning kaubamärki, mis kujutab spordijalatsi küljele paigutatud kaht paralleelset joont, mis muudavad korduvalt suunda, peeti kujutismärgiks, mitte „asendimärgiks“. Kohtuistungil väitis hageja, et tema viide eelnimetatud otsusele on vastuvõetav, kuna see on EUIPO veebisaidil avaldatud menetluskeeles, see tähendab inglise keeles.

23 EUIPO ja menetlusse astuja vaidlevad hageja argumentidele vastu. Menetlusse astuja märkis kohtuistungil lisaks, et hageja viide apellatsioonikoja 6. juuli 2016. aasta otsusele on vastuvõetamatu esiteks, kuna seda ei esitatud tervikuna menetluskeeles, ja teiseks, kuna hageja ei ole piisavalt täpsustanud põhjusi, miks seda otsust tuleb käesoleval juhul arvesse võtta.

24 Määruse nr 207/2009 artikli 51 lõike 1 punkti a kohaselt kuulutatakse ELi kaubamärgi omaniku õigused tühistatuks EUIPO-le esitatud taotluse või rikkumise suhtes algatatud menetluses esitatud vastuhagi põhjal, kui kaubamärki ei ole liidus viie järjestikuse aasta jooksul tegelikult kasutatud kaupade või teenuste puhul, mille jaoks see on registreeritud, ja kasutamata jätmisel ei ole mõistlikke põhjendusi.

25 Komisjoni 13. detsembri 1995. aasta määruse (EÜ) nr 2868/95, millega rakendatakse nõukogu määrus (EÜ) nr 40/94 ühenduse kaubamärgi kohta (EÜT 1995, L 303, lk 1; ELT eriväljaanne 17/01, lk 189), eeskirja 22 lõigetes 3 ja 4 (hiljem komisjoni 18. mai 2017. aasta delegeeritud määruse (EL) 2017/1430, millega täiendatakse nõukogu määrust (EÜ) nr 207/2009 Euroopa Liidu kaubamärgi kohta ning tunnistatakse kehtetuks komisjoni määrused (EÜ) nr 2868/95 ja (EÜ) nr 216/96 (ELT 2017, L 205, lk 1), artikli 10 lõikeid 3 ja 4), mis on sama määruse eeskirja 40 lõike 5 (hiljem määruse 2017/1430 artikli 19 lõige 1) alusel kohaldatavad tühistamismenetluses, on sätestatud, et kasutamise kohta esitatud tõenditest peab selguma kaubamärgi kasutamise koht, aeg, ulatus ja olemus, ning tõenditeks võivad põhimõtteliselt olla tõendavad dokumendid ja sellised esemed nagu pakendid, etiketid, hinnakirjad, kataloogid, arved, fotod, ajalehereklaamid ning määruse nr 207/2009 artikli 78 lõike 1 punkti f (hiljem määruse 2017/1001 artikli 97 lõike 1 punkt f) kohased kirjalikud kinnitused.

26 Tegeliku kasutamise mõiste tõlgendamisel tuleb võtta arvesse asjaolu, et sellise nõude *ratio legis*, mille kohaselt peab kaubamärki olema tegelikult kasutatud, ei ole hinnata majanduslikku edukust, kontrollida ettevõtja majandusstrateegiat ega võimaldada kaubamärkide kaitset ainult nende

suuremahulise kaubanduslikul eesmärgil kasutamise korral (vt 27. septembri 2007. aasta kohtuotsus, La Mer Technology *vs*. Siseturu Ühtlustamise Amet – Laboratoires Goëmar (LA MER), T-418/03, ei avaldata, EU:T:2007:299, punkt 53 ja seal viidatud kohtupraktika).

27 Kohtupraktikast tuleneb, et kaubamärgi tegeliku kasutamisega on tegemist juhul, kui kaubamärki kasutatakse selle peamise ülesande kohaselt, mis on nende kaupade ja teenuste päritolu tagamine, mille jaoks kaubamärk on registreeritud, eesmärgiga luua või säilitada nõudlus neile kaupadele ja teenustele, ning tegelikuks kasutamiseks ei loeta sümboolset laadi kasutamist, mille ainus eesmärk on kaubamärgist tulenevate õiguste säilitamine. Lisaks nõuab kaubamärgi tegeliku kasutamise tingimus, et seda kaubamärki kasutataks asjaomasel territooriumil kaitstud kujul avalikult ja väljapoole suunatult (vt 6. oktoobri 2004. aasta kohtuotsus, Vitakraft-Werke Wührmann *vs*. Siseturu Ühtlustamise Amet – Krafft (VITAKRAFT), T-356/02, EU:T:2004:292, punkt 26 ja seal viidatud kohtupraktika).

28 Kaubamärgi tegeliku kasutamise hindamine peab põhinema nende faktide ja asjaolude kogumil, mille abil on võimalik kindlaks teha, kas kaubamärki tegelikult kaubanduslikul eesmärgil kasutatakse, eelkõige vastavas majandussektoris kaubamärgiga kaitstud kaupade või teenuste jaoks turuosa säilitamiseks või loomiseks põhjendatuks peetav kasutamine, asjaomaste kaupade või teenuste olemus, turu omadused, kaubamärgi kasutamise ulatus ja sagedus (vt 10. septembri 2008. aasta kohtuotsus, Boston Scientific *vs*. Siseturu Ühtlustamise Amet – Terumo (CAPIO), T-325/06, ei avaldata, EU:T:2008:338, punkt 30 ja seal viidatud kohtupraktika).

29 Peale selle ei saa kaubamärgi tegelikku kasutamist tõendada tõenäolisuse või oletustega, vaid see peab tuginema konkreetsetele ja objektiivsetele tõenditele kaubamärgi tegeliku ja piisava kasutamise kohta asjaomasel turul (vt 23. septembri 2009. aasta kohtuotsus, Cohausz *vs*. Siseturu Ühtlustamise Amet – Izquierdo Faces (acopat), T-409/07, ei avaldata, EU:T:2009:354, punkt 36 ja seal viidatud kohtupraktika). Läbi tuleb viia igakülgne hindamine, mille käigus võetakse arvesse kõiki juhtumi asjakohaseid tegureid ja mis eeldab arvessevõetavate tegurite teatavat vastastikust sõltuvust (vt 18. jaanuari 2011. aasta kohtuotsus, Advance Magazine Publishers *vs*. Siseturu Ühtlustamise Amet – Capela & Irmãos (VOGUE), T-382/08, ei avaldata, EU:T:2011:9, punkt 30 ja seal viidatud kohtupraktika).

30 Tuleb meenutada, et ei ole võimalik *a priori* abstraktselt kindlaks teha, millisest lävendist tuleb kasutamise tegelikkuse kindlakstegemisel lähtuda, ning kehtestada ei saa *de mininis*-reeglit, mis ei võimaldaks EUIPO-l või edasikaebamise korral Üldkohtul hinnata kõiki neile esitatud kohtuasja asjaolusid. Seega, kui kaubamärgi kasutamisel on tegelik kaubanduslik eesmärk, võib isegi väga vähene kasutamine olla tegeliku kasutamise tuvastamiseks piisav (11. mai 2006. aasta kohtuotsus, Sunrider *vs*. Siseturu Ühtlustamise Amet, C-416/04 P, EU:C:2006:310, punkt 72).

31 Lõpuks tuleb täpsustada, et määruse nr 207/2009 artikli 15 lõike 1 teise lõigu punkti a (hiljem määruse 2017/1001 artikli 18 lõike 1 teise lõigu punkt a) sätete kohaselt käsitatakse tõendina varasema siseriikliku või ELi kaubamärgi tegeliku kasutamise kohta tõendit varasema kaubamärgi kasutamise kohta kujul, mis erineb registreeritud kujust selliste elementide poolest, mis ei muuda selle kaubamärgi eristusvõimet.

32 Mis puutub kaubamärgi kvalifitseerimisse „asendimärgiks“, siis olgu märgitud, et ei määruses nr 207/2009 ega määruses nr 2868/95 ei ole sellist kaubamärgi erikategooriat nimetatud. Kuna määruse nr 207/2009 artikkel 4 (hiljem määruse 2017/1001 artikkel 4) ei sisalda ELi kaubamärgina registreeritavate tähiste ammendavat loetelu, siis ei ole sel asjaolul siiski „asendimärkide“ registreeritavuse osas tähtsust (vt selle kohta 15. juuni 2010. aasta kohtuotsus, X Technology Swiss *vs*. Siseturu Ühtlustamise Amet (Oranž sokinina), T-547/08, EU:T:2010:235, punkt 19).

33 Lisaks sarnanevad „asendimärgid“ kujutismärkide ja ruumiliste märkide kategooriatele, kuna nendega kantakse kauba pinnale kujutis- või ruumilisi elemente (vt selle kohta 15. juuni 2010. aasta kohtuotsus, Oranž sokinina, T-547/08, EU:T:2010:235, punkt 20). Nimetatud kohtupraktikast nähtub, et

„asendimärgi“ kvalifitseerimine kujutismärgiks või ruumiliseks märgiks või kaubamärkide erikategooriaks ei oma selle eristusvõime hindamisel tähtsust (15. juuni 2010. aasta kohtuotsus, Oranž sokinina, T-547/08, EU:T:2010:235, punkt 21).

34 Peale selle olgu märgitud, et kohtupraktikas on tunnistatud võimalust, et kujutismärgid on tegelikult „asendimärgid“ (vt selle kohta 18. aprilli 2013. aasta kohtuotsus, Colloseum Holding, C-12/12, EU:C:2013:253, punkt 13, ja 28. septembri 2010. aasta kohtuotsus, Rosenruist *vs*. Siseturu Ühtlustamise Amet (Kahe kaare kujutis taskul), T-388/09, ei avaldata, EU:T:2010:410, punktid 2 ja 17).

35 Käesoleval juhul tuleb nentida kõigepealt, et menetlusse astuja esitatud kaubamärgi registreerimise taotluse vormil on viimane konkreetselt märkinud, et taotleb kujutismärgi registreerimist, kuna ta tähistas vastava lahtri, mitte „sõnamärkide“ või „ruumiliste“ või „muude“ kaubamärkide jaoks ette nähtud lahtri. Samuti tuleb märkida, et väidetud ei ole ning ka toimikust ei nähtu, et nn „asendimärkidele“ oleks ELi kaubamärgi taotluse vormil asjaomase kaubamärgi taotlemise ajal olnud ette nähtud eraldi lahter. On ka selge, et asjaomast kaubamärki on taotletud üksnes kaupadele „spordijalatsid“. On võimalik tuvastada teatav seos asjaomase kaubamärgi ja sellega hõlmatud kaupade välimuse vahel, kuna sellel kaubamärgil on erisugune graafiline kujutis, mis seisneb spordijalatsi küljele paigutatud risti kujus; samas tuleb täpsustada, et kaitset nimetatud jalatsi täpsetele kontuuride ei ole selle kaubamärgi raames taotletud, kuna need on märgitud punktiirjoonega. Tuleb ka märkida, et asjaomane rist on värvikontrastis spordijalatsi endaga ning rist on paigutatud jalatsipaeltest allapoole.

36 Vastupidi sellele, mida väidab hageja, ei saa tuletada pelgalt asjaolust, et „kujutismärgi“ lahter on asjaomase kaubamärgi registreerimise taotluse esitamisel märgistatud, et see ei saa samal ajal olla ka „asendimärk“. Viimati nimetatud asjaoluga seoses tuleb eelkõige arvestada tõsiasjaga, et selle graafilisel kujutisel on selgesti kujutatud katkematu joonega element, mille kaitset taotletakse, ja punktiirjoonega asjaomase kauba kontuurid, millele element on kantud. Lisaks tuleb märkida, et käesolevas asjas arvessevõetaval kuupäeval ei kehtinud formaalset nõuet, et kaubamärgi registreerimise taotluse vormile tuleb selleks, et kaubamärki saaks lugeda „asendimärgiks“, lisada sõnaline kirjeldus. Samas tuleb meenutada, et kuigi asjaomane kaubamärk kuulub nimetatud kaubamärgikategooria alla, on see jätkuvalt ka kujutismärk.

37 Kohtuistungil viitas hageja veel kord EUIPO suunistele ELi kaubamärkide kontrolli kohta, väitmaks sisuliselt, et „asendimärkide“ osas on vaja esiteks lisada kaubamärgi kirjeldus, täpsustades selle asendi asjaomasel kaubal, ja teiseks märkida otsesõnu, et tegemist on „asendimärgiga“. Sellega seoses tuleb märkida, ilma et oleks isegi vaja hinnata, kas eelnimetatud viide on tehtud EUIPO suunistele redaktsioonis, mis oli kohaldatav asjaomase kaubamärgi registreerimise taotluse esitamise kuupäeval, et vastavalt kohtupraktikale ei ole kõnealuste suuniste puhul tegemist õigusaktiga, mis on liidu õiguse sätete tõlgendamisel siduvad (vt selle kohta 19. detsembri 2012. aasta kohtuotsus, Leno Merken, C-149/11, EU:C:2012:816, punkt 48).

38 Lisaks olgu täiendava kaudse viitena selle kohta, et asjaomane kaubamärk on „asendimärk“, lisatud – nagu väidavad õigesti EUIPO ja Üldkohtus menetlusse astuja –, et viimatinimetatu nõudis vanemuse tunnustamist Hispaania kaubamärgi (number 1658216, mille registreerimistaotlus on esitatud 27. septembril 1991 ja mis on registreeritud 5. juunil 1992) alusel, mille graafiline kujutis on identne asjaomase kaubamärgi omaga ning mille kirjelduses pealegi täpsustati, et kaubamärk seisneb spordijalatsi küljele kantud risti kujutises.

39 Lisaks tuleb analüüsida hageja väidet, mille kohaselt apellatsioonikoda tõlgendas asjaomast kaubamärki nii, et see hõlmab elemente, mis ei ole selle osad ning mis tema väitel lisati „kellegi äranägemisel“, nagu jalatsitallad; see aga on tema väitel vastuolus nõuetega, mis tulenevad eelkõige 12. detsembri 2002. aasta kohtuotsuse Sieckmann (C-273/00, EU:C:2002:748) punktidest 48–55 ja mis puudutavad kaubamärgi graafilist kujutist.

40 Sellega seoses piisab, kui nentida, et käesoleval juhul saab vahetult asjaomase kaubamärgi graafilise kujutise põhjal piisavalt täpselt järeldada, et taotletav kaitse hõlmab üksnes risti, mille moodustavad kaks musta lõikuvat joont, mis on kujutatud katkematu joonega. Punktiirjooni, mis annavad edasi spordijalatsi ja selle paelte piirjooned, tuleb aga mõista nii, et need täpsustavad asjaomase risti asukohta. Nii on see sõltumata asjaomastele jalatsitele kinnitatud taldade liigist, olgu tegemist tavaliste või sälgustatud taldadega, nagu apellatsioonikoda vaidlustatud otsuse punktis 20 õigesti märkis.

41 Nimelt tuleb märkida, et nii kasutatakse tavaliselt punktiirjooni võrdväärsetes olukordades, nimelt seoses eri kaupadega, millele on kantud kaubamärk, toomata tingimata üksikasjalikult välja kõiki piirjooni või vastavate kaupade muid omadusi (7. veebruari 2007. aasta kohtuotsus, Kustom Musical Amplification *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet (Kitarri kuju), T-317/05, EU:T:2007:39; analoogia alusel 14. juuni 2011. aasta kohtuotsus, Sphere Time *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Punch (Paela külge kinnitatud kell), T-68/10, EU:T:2011:269, punktid 62–64; 26. veebruari 2014. aasta kohtuotsus, Sartorius Lab Instruments *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet (Ekraani allservas olev kollane kaarjoon), T-331/12, EU:T:2014:87, 14. märtsi 2014. aasta kohtuotsus, Lardini *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet (Lille paigutus reveääril), T-131/13, ei avaldata, EU:T:2014:129; vt selle kohta ka 4. detsembri 2015. aasta kohtuotsus, K-Swiss *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet (Paralleelsete ribade kujutis jalatsil), T-3/15, ei avaldata, EU:T:2015:937, ja analoogia alusel 21. mai 2015. aasta kohtuotsus, adidas *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Shoe Branding Europe (Kaks paralleelset riba jalatsil), T-145/14, ei avaldata, EU:T:2015:303).

42 Käesoleval juhul on selgesti punktiirjoone kasutamise eesmärk hõlbustada arusaamist asjaolust, et asjaomase kaubamärgiga soovitud kaitse hõlmab üksnes katkematu joonega kujutatud risti, millel on spordijalatsil teatav kindel asukoht. Pealegi nähtub 12. novembri 2013. aasta kohtuotsusest Gamesa Eólica *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Enercon (Rohelise varjundid) (T-245/12, ei avaldata, EU:T:2013:588, punkt 38), et ükski eeskiri ei kohusta kujutama tähise piirjooni punktiirjoontega, et osutada vajaduse korral asjaolule, et kaitse nimetatud piirjooni ei hõlma. Seda, et käesoleval juhul on selliseid piirjooni kasutatud, võib tõlgendada nii, et see võimaldab paremini piiritleda, mis on asjaomane kaubamärk.

43 On alust järeldada, et kui asjaomase kaubamärgiga soovitakse kaitsta risti kujutist, mis koosneb kahest mustast lõikuvast joonest, mis on kujutatud katkematu joonega, siis ei taotleta seda kaitset abstraktselt, vaid vastava graafilise kujutise kasutamiseks spordijalatsi küljel, nii nagu see nähtub registreerimistaotluse vormist, ja värvikontrastiga jalatsi enda suhtes. Kaubamärk ei hõlma jalatsi kuju kui sellist ega ka kasutatud tallaliiki.

44 Neil asjaoludel tuleb vastupidi hageja väidetele rõhutada, et apellatsioonikojal oli alust leida, et „kuna graafiline kujutis määrab kindlaks kaubamärgi, ei ole küsimus, kas tegemist on asendi- või kujutismärgiga, asjakohane“ (vt eespool punkt 12). Samuti lähtus apellatsioonikoda õigesti eeldusest, et asjaomast kaubamärki ei saa lahutada vastava kauba selle osa kujust, mille jaoks see on kaitstud, nimelt spordijalatsi pealmisest osast, ning kaubamärgi kaitse ulatuse seisukohast on määrav tegur see, kuidas seda tajutakse ainuüksi tähise alusel, nagu see on registreeritud.

45 Peale selle tuleb nentida, et nimetatud järeldust ei lükka ümber hageja viide EUIPO neljanda apellatsioonikoja 6. juuli 2016. aasta otsusele (asi R 408/2015-4), mille faktilised ja õiguslikud asjaolud erinevad käesoleva asja asjaoludest.

46 Siinkohal tuleb alusetuna tagasi lükata menetlusse astuja kriitika selle kohta, et puudub eelnimetatud otsuse tõlge menetluskeelde, ning ka tema väide, et hageja viide sellele otsusele on vastuvõetamatu. Nimelt on hageja esiteks tõlkinud asjaomase osa otse inglise keelde oma 5. septembri 2016. aasta kohtuistungi korraldamise taotluses. Teiseks on nimetatud otsus avaldatud tervikuna inglise keeles EUIPO veebisaidil. Menetlusse astuja pealegi kinnitas kohtuistungil esitatud Üldkohtu küsimusele vastates, et ta on nimetatud otsuse tekstiga tutvunud.

47 Peale selle tuleb nentida, et erinevalt käesolevast asjast ei piirdunud asjas, milles tehti EUIPO neljanda apellatsioonikoja 6. juuli 2016. aasta otsus, kaubamärgitaotlusega hõlmatud kaubad „spordijalatsitega“, vaid kaupade hulka kuulusid ka muud klassi 25 kuuluvad kaubad nagu „rõivad, […] peakatted, püksirihmad või kindad“. Seetõttu tõstatus küsimus, kas kaubamärk, mis seisneb kahe paralleelse mitu korda suunda muutva joone teatavas graafilises kujutises ning mis on kantud spordijalatsi küljele, on vastavate kaupade kujuga seotud, teistmoodi kui käesolevas asjas, kus on tuvastatud, et asjaomast kaubamärki ei saa lahutada kauba ühe osa, nimelt spordijalatsi pealmise osa kujust (vt eespool punktid 12 ja 44).

48 Neil asjaoludel ei ole käesoleval juhul võimalik analoogia alusel võtta arvesse hageja viidatud asjas R 408/2015–4 tehtud otsuse punkti 17, milles sedastati, et vastav kaubamärk on kujutismärk, mitte „asendimärk“. Peale selle tuleb lisada, et igal juhul märkis EUIPO apellatsioonikoda nimetatud otsuse punktis 18, et küsimus, kas taotletavat kaubamärki tuleb pidada „asendimärgiks“, ei oma tema analüüsi seisukohast tähtsust.

49 Kõike eelnimetatut arvesse võttes tuleb järeldada, et apellatsioonikoda ei teinud käesoleval juhul viga, kui analüüsis küsimust, kas spordijalatsid, mille müüki tõendasid mitu asjaomase kaubamärgi tegeliku kasutamise kohta esitatud tõendit, kannavad teatavat eripärases ristikujulises motiivis seisnevat graafilist elementi, mis on paigutatud tähistatava kauba pinna konkreetsele osale ja mida võib vastavalt määruse nr 207/2009 artikli 15 lõike 1 punktile a pidada identseks graafilise elemendiga või vastavaks graafilisele elemendile, mis asjaomase kaubamärgi kujutisest nähtub.

50 Esimene väide tuleb tagasi lükata.

Teine ja kolmas väide

51 Teise väite raames märgib hageja, et apellatsioonikoda oleks pidanud analüüsima, kas asjaomast kaubamärki, mis seisneb lõikuvate ribadega spordijalatsi tervikkujutises, kasutati jalatsitel või seoses jalatsitega. Tema sõnul ei ole seda kaubamärki esitatud tõenditel näha olevatel jalatsitel kujutatud. Hageja väidab, et kuna asjaomane kaubamärk on kujutismärk, ei tõenda sellega sarnaste jalatsite turustamine asjaomase kaubamärgi kasutamist, kuna keskmised tarbijad ei ole harjunud eeldama kaupade päritolu nende kujule tuginedes. Peale selle erinevad menetlusse astuja poolt tegelikult müüdavad jalatsid igal juhul märkimisväärselt asjaomasel kaubamärgil kujutatud jalatsist. Hageja tugineb ka asjaomase kaubamärgi eristusvõime puudumisele või vähemalt selle eriti vähesele eristusvõimele, mistõttu mis tahes erinevus kaubamärgi kasutamises muudab eristusvõimet.

52 Kolmanda väite raames märgib hageja sisuliselt, et ei ole tõendatud, et jalatsimudeleid REAGEE, TECNO ja AVANT, millele apellatsioonikoda vaidlustatud otsuses viitab, on turustatud, ja seda isegi juhul, kui asjaomased mudelid sisalduvad ühes või mitmes menetlusse astuja esitatud kataloogis. Müük ei ole tema väitel tõendatud. Pelgast kujutamisest kataloogis, mille levitamist ei ole tõendatud, ei piisavat kaubamärgi tegeliku kasutamise tõendamiseks. Täpsemini sisaldub mudel MARCELO vaid ühes kataloogis, mis pärineb aastast 2006; see tõendab maksimaalselt, et nimetatud mudeli viimane müük jääb 2007. aasta jaanuarikuusse. Hageja sõnul tuleb selle põhjal leida, et apellatsioonikoja järeldustes, mille kohaselt eelnimetatud tõendid on kaubamärgi tegeliku kasutamise tuvastamiseks piisavad, esineb vigu.

53 EUIPO ja menetlusse astuja vaidlevad hageja argumentidele vastu.

54 Sellega seoses tuleb hinnata, kas menetlusse astuja poolt EUIPO menetluses esitatud tõendid tervikuna võimaldavad kinnitada eespool punktides 24–30 osutatud kohtupraktikale vastavalt asjaomase kaubamärgi tegelikku kasutamist.

55 Esiteks olgu märgitud, et apellatsioonikoda tegi vaidlustatud otsuse punktides 17 ja 18 õigesti kindlaks, et arvessevõetav ajavahemik vastab viiele aastale enne vastuhagi esitamise kuupäeva, see tähendab ajavahemikule 29. juunist 2005 kuni 28. juunini 2010, arvestades hageja esitatud taotluste sõnastust kõigepealt vastuhagi menetluse ja seejärel EUIPO menetluse raames.

56 Sellega seoses leidis apellatsioonikoda õigesti, ilma et sellele oleks käesoleval juhul pealegi vastu vaieldud, et EUIPO-le esitatud tühistamistaotlus on otsene tagajärg vastuhagile, mille hageja esitas kaubamärgiõiguste rikkumise nõude raames, mille menetlusse astuja oli Landgericht Düsseldorfile (Düsseldorfi piirkondlik kohus) hageja vastu esitanud, ning et asjaomase kaubamärgi mis tahes kasutamist pärast seda, kui menetlusse astujale anti vastuhagist teada, tuleb käsitada „kõige suurema ettevaatusega“. Apellatsioonikoda leidis vaidlustatud otsuse punktis 18 samuti õigesti, et asjaomase kaubamärgi pärast arvessevõetavat ajavahemikku asetleidnud tegeliku kasutamise kohta esitatud tõendid võivad teatavatel tingimustel omada tõendusjõudu, eelkõige niivõrd, kuivõrd need toetavad varasemaid tõendeid ja viitavad jätkuva kasutamise suundumusele ja viisile.

57 Teiseks olgu märgitud, et apellatsioonikoda leidis vaidlustatud otsuse punktides 19–30 vastupidi hageja väidetele õigesti, et tühistamisosakonnale esitatud tõenditest piisab asjaomase kaubamärgi tegeliku kasutamise tõendamiseks.

58 Esimese punktina tuleb märkida, et juba vaidlustatud otsuse punkti 27 esimeses kolmes taandes nimetatud tõendid käsitlesid spordijalatsi mudelite MARCELO, MUNDIAL REVOLUTION ja GALES (mille kujutised on esitatud vaidlustatud otsuse punktis 24 ning mille konkreetsed viitenumbrid täpsustas apellatsioonikoda EUIPO haldustoimikus Üldkohtule esitatud kujul) müügi kohta menetlusse astuja või temaga seotud ettevõtjate poolt, kellel ta oli lubanud asjaomast kaubamärki kasutada, võimaldavad kinnitada järeldust, et asjaomase kaubamärgi kasutamine puudutab piisavalt suurt ja mitmekesist territooriumi, hõlmates liidu mitme liikmesriigi territooriumit, eelkõige Hispaania (sealhulgas mitu linna nagu Madrid, Barcelona, Córdoba, Grenada, Tarragona, Cádiz, Valencia, A Coruña ja Girona), Itaalia, Portugali, Taani, Slovakkia, Prantsusmaa ja Ungari territooriumit (arvetest nähtub, et ka nendes riikides on müük toimunud mitmes eri linnas).

59 Teise punktina tuleb märkida, et spordijalatsite nende mudelite kohta esitatud arved puudutavad arvessevõetava ajavahemiku mitut aastat ja sellest isegi pikemat aega, nagu apellatsioonikoda nentis vaidlustatud otsuse punktis 30. Ehkki jalatsimudeli MARCELO osas puudutavad tõendid aastaid 2006/2007, siis mudeli MUNDIAL REVOLUTION osas puudutavad esitatud tõendid asjaomase kaubamärgi kasutamist aastatel 2007–2011. Samuti puudutavad mudelit GALES sisaldavad kataloogid aastaid 2006–2011.

60 Sellest nähtub, et kasutamine on olnud ajas piisavalt jätkuv. Vastupidi hageja väidetele tõendavad need arved tegelikku, jätkuvat ja katkematut kasutust. Nagu apellatsioonikoda õigesti rõhutas: hageja arvestas küll arvessevõetava ajavahemiku algusena 26. jaanuari 2006, mitte 29. juunit 2005 (vt eespool punkt 7), mistõttu ükski tõend ei puuduta arvessevõetava ajavahemiku algust, nimelt 29. juunit 2005 kuni 26. jaanuari 2006, aga see ei oma tähtsust. Nimelt piisab väljakujunenud kohtupraktika kohaselt sellest, kui kaubamärki on tegelikult kasutatud arvessevõetava ajavahemiku vähemalt ühes osas (vt selle kohta 16. detsembri 2008. aasta kohtuotsus, Deichmann-Schuhe *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Design for Woman (DEITECH), T-86/07, ei avaldata, EU:T:2008:577, punkt 52 ja seal viidatud kohtupraktika).

61 Kolmanda punktina tuleb kasutamise ulatuse osas märkida, et apellatsioonikoda leidis vaidlustatud otsuse punktis 27 õigesti, et tõendid tervikuna tõendavad asjaomase kaubamärgi tegelikku kaubanduslikul eesmärgil kasutamist, mis ei ole üksnes sümboolne, vaid piisavalt ulatuslik ja jätkuv, et see võimaldaks säilitada või luua kaubamärgiga kaitstud kaupadele turuosa.

62 Vaidlustatud otsuse punktis 27 märgitud arvud, mille tõesusele ei ole hageja Üldkohtus vastu vaielnud, tulenevad arvetest tõlgendatuna koos kataloogidega. Neist aga nähtub, et menetlusse astuja turustas aastatel 2006–2011 jätkuvalt märkimisväärse arvu spordijalatseid (mudelid MARCELO, MUNDIAL

REVOLUTION ja GALES), mille küljele oli kantud rist, mis ei erine või mis erineb vaid väheolulisel määral asjaomasest kaubamärgist. Mis puutub konkreetselt esimesse mudelisse, mis sisaldub ühes kataloogis, siis puudutab müük kümneid jalatsipaare kokku mitme tuhande euro väärtuses. Teine mudel sisaldub mitmes kataloogis ja seda on müüdud mitu sada paari kokku mitme tuhande euro väärtuses. Lõpuks ka kolmas paar sisaldub mitmes kataloogis. Need spordijalatsid, mille kujutis on esitatud vaidlustatud otsuse punktis 24, kannavad jalatsi küljel risti, mis on selges kontrastis ülejäänud asjaomase jalatsi värviga. Risti asukoha ning selle muude omaduste tõttu tuleb järeldada, et kõik need kolm mudelit annavad tunnistust asjaomase kaubamärgi kasutamisest.

63 Eelnimetatud müügi kohta käivad andmed võivad küll näida mitte eriti suured. Koos kataloogidega annavad need siiski tunnistust tegelikust kasutamisest, nagu märgitud vaidlustatud otsuse punktis 28, mis on kooskõlas eespool punktides 26–30 osutatud kohtupraktikaga. Eelkõige tuleb meenutada, et EUIPO ja hagi korral Üldkohtu ülesanne ei ole hinnata majanduslikku edukust, kontrollida ettevõtja majandusstrateegiat ega võimaldada kaubamärkide kaitset ainult nende suuremahulise kaubanduslikul eesmärgil kasutamise korral.

64 Kolmandaks tuleb hinnata, kas apellatsioonikoda leidis õigesti, et menetlusse astuja esitatud tõendid tervikuna tõendavad sellise kaubamärgi kasutamist, mis on identne või piisavalt sarnane registreeritud kaubamärgiga, ilma et muudetaks selle eristusvõimet. Tuleb täpsustada, et kindlaks ei ole vaja teha, kas asjaomast kaubamärki kandev etikett on paigutatud asjaomastele kaupadele, ega võrrelda müüdud jalatseid sama kaubamärgiga, arvestades ka punktiirjoonega märgitud elemente.

65 Sellega seoses tuleb märkida, et erinevused asjaomase kaubamärgi ja menetlusse astuja spordijalatsitel kasutatud variantide vahel on väheolulised. Vastupidi hageja väidetele on kahe kohakuti asetatud ribaga kujutud rist samas kohas ning sama paigutusega kui on ette nähtud asjaomase kaubamärgi graafilisel kujutisel, nimelt jalatsi välisküljel, ulatudes tallast või alumisest osast jalatsipaelteni. Mitmelt tõendina esitatud fotolt nähtub kasutamine, mis vastab asjaomasele kaubamärgile: risti üks telg on pikem kui teine. Peale selle vastavad joonte laius ning nende nurk sisuliselt paljude jalatsite osas, mis on EUIPOs esitatud tõendina, asjaomase kaubamärgi graafilisele kujutisele.

66 Teatavatel muudel tõendina esitatud jalatsitel on kasutatud kujutised peaaegu identsed, olgugi et proportsioonid ja risti värv võivad varieeruda. Nagu apellatsioonikoda õigesti märkis, ei muuda need elemendid siiski asjaomase must-valgena registreeritud kaubamärgi eristusvõimet, kuna värv ei ole üks peamistest teguritest, mis teeb selle kaubamärgi eristusvõimeliseks. Eelkõige saab eri värvide kasutamist käesoleval juhul võtta arvesse, kui kontrasti taustavärvi ja risti moodustavate joonte vahel on järgitud. Sellega seoses ei lükka asjaolu, et teatavad kõnealused jalatsid on esitatud „negatiivkujutise“ kujul, nii et rist on valge, kollane või muu hele värv, ümber järeldust, et selline kasutamine on niivõrd, kuivõrd rist vastab oma paigutuse ja mõõtmete poolest asjaomasele kaubamärgile, käesolevas asjas analüüsi seisukohast asjakohane.

67 Asjaolu, et teatavatel jalatsitel on ka muid graafilisi elemente, mida tarbijad võivad meeles pidada ning millel võib olla iseseisev eristusvõime, nagu näiteks jalatsi värviline ja muust osast erinev tald või tagaosa, sälgud, konts, mis eristub ülejäänud osast värvi poolest, „krokodillinaha motiiv“, „punane jalatsikeel paelte all“ või teatavate jalatsite puhul täiendavad sõnalised elemendid, ei lükka järeldust asjaomase kaubamärgi tegeliku kasutamise kohta ümber.

68 Nimelt tuleb märkida, et kohtupraktikast nähtuvalt võib määruse nr 207/2009 artikli 15 lõikest 1 tulenev tegeliku „kasutamise“ tingimus olla täidetud isegi siis, kui ELi kujutismärki kasutatakse üksnes kombinatsioonis teiste elementidega, mis on paigutatud selle kõrvale või lausa selle peale, kui nimetatud kaubamärki tajutakse siiski kui asjaomase kauba päritolu tähist (vt selle kohta 18. juuli 2013. aasta kohtuotsus, Specsavers International Healthcare jt, C-252/12, EU:C:2013:497, punktid 19–27 ja seal viidatud kohtupraktika).

69 Peale selle tuleb lisada, et käesoleval juhul nähtub tõenditest, et rist, mida kasutatakse eri jalatsitel ning mis seisneb kahes kohakuti asetatud ribas, on selgesti tajutav sõltumata võimalikust muude hageja nimetatud elementide olemasolust. Apellatsioonikoda leidis vaidlustatud otsuse punktis 25 õigesti, et selle motiivi kujutis, välja arvatud väheolulised erinevused, mis on vaevalt või lausa mitte üldse märgatavad nagu risti telgede täpne pikkus, joonte laius või nendevaheline täpne nurk, on praktiliselt identne asjaomase kaubamärgi kujutisega. Samuti märkis EUIPO Üldkohtus õigesti, et välja arvatud fotodel kujutatud jalatsite teatud täiendavate elementide loetlemine ei ole hageja esitanud ühtki argumenti, mis selgitaks, kuidas need elemendid muudavad asjaomase kaubamärgi eristusvõimet. Nagu EUIPO väidab, ei suhestu need täiendavad elemendid ristiga, mis on asjaomase kaubamärgiga kaitstud eristav element.

70 Neljandaks tuleb seoses hageja kriitikaga kolmanda väite raames, et teatavate jalatsimudelite, nimelt mudelite REAGEE, TECNO ja AVANT kohta esitatud tõendid on väidetavalt ebapiisavad, nentida, et hageja ei vaidle vastu asjaolule, et need jalatsimudelid, millele ka apellatsioonikoda viitab vaidlustatud otsuse punktis 27, sisalduvad ühes või enamas menetlusse astuja esitatud kataloogis. Hageja väide puudutab üksnes asjaolu, et miski ei näita, et müük on tegelikult aset leidnud.

71 Sellega seoses tuleb aga märkida, et kaupade esitamist kataloogides võib võtta täiendava kaudse tõendina kaubamärgi tegeliku kasutamise kohta arvesse, kuna tegemist on asjaomase kaubamärgi kasutamisega avalikult ja väljapoole suunatult või vähemalt sellise kasutamise ettevalmistamisega (vt selle kohta 6. oktoobri 2004. aasta kohtuotsus, VITAKRAFT, T-356/02, EU:T:2004:292, punkt 26 ja seal viidatud kohtupraktika, ja 4. juuli 2014. aasta kohtuotsus, Construcción, Promociones e Instalaciones *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Copisa Proyectos y Mantenimientos Industriales (CPI COPISA INDUSTRIAL), T-345/13, ei avaldata, EU:T:2014:614, punkt 21). Seetõttu võib mudelite REAGEE, TECNO ja AVANT kohta esitatud tõendeid, ilma et neid saaks pidada iseenesest määravaks, võtta siiski arvesse kui eespool punktides 57–63 juba analüüsitud asjaolude kinnituseks.

72 Peale selle on spordijalatsite mudeli MARCELOD osas juba sedastatud, et asjaolu, et tõendid puudutavad aastaid 2006 ja 2007, see tähendab suhteliselt lühikest ajavahemikku, ei tähenda, et tegemist on asjakohatute tõenditega. Vastupidi, nagu apellatsioonikoda õigesti märkis, tuleb neid vastavalt eespool punktis 28 osutatud 10. septembri 2008. aasta kohtuotsuse Boston Scientific *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Terumo (CAPIO) (T-325/06, ei avaldata, EU:T:2008:338) punktile 30 arvestada terviku hindamise raames, mis võimaldab tuvastada asjaomase kaubamärgi tegelikku kasutamist.

73 Viiendaks seoses hageja väitega, mis puudutab asjaomase kaubamärgi väidetavalt vähest eristusvõimet, piisab, kui nentida, et vastupidi sellega, millega oli tegemist kohtuasjas, milles tehti 26. aprilli 2012. aasta kohtumäärus Deichmann *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet (C-307/11 P, ei avaldata, EU:C:2012:254, punkt 52), millele hageja viitas kohtuistungil ning mis puudutas ühte muud graafilist elementi, nimelt „punktiiriga ääristatud sarikat“, ei esine käesoleval juhul tõendeid, millest nähtuvalt on asjaomane kaubamärk vähese eristusvõimega. Erinevalt eelnimetatud kohtuasjast ei ole käesoleval juhul eelkõige tõendatud seda, et asjaomase kaubamärgi puhul on tegemist lihtsa ja hariliku kujuga, mis ei kaldu märkimisväärselt kõrvale jalatsisektoris üldiselt kasutatavatest kujudest, või et seda tajutakse üksnes dekoratiivse või toetava elemendina seoses tähistatavate kaupadega.

74 Peale selle tuleb lisada, et on juba sedastatud, et asjaomast kaubamärki on kasutatud mitmel korral registreeritud kujuga identsel või sellega väga sarnasel kujul; see võimaldab tõendada selle kaubamärgi tegelikku kasutamist isegi eeldusel, et selle eristusvõime on pigem vähene. Peale selle, kui hageja väidet tuleb tõlgendada nii, et sellega soovitakse vaidlustada asjaomase kaubamärgi eristusvõime üldse, siis piisab, kui nentida, et tegemist on väitega, mis jääb edutuks tühistamismenetluses, mille raames ei saa kaubamärgi kehtivust ennast vaidlustada.

75 Peale selle tuleb lisada, et ka Juzgado de marca comunitaria d'Alicante (Alicante ühenduse kaubamärgi kohus) on asjaomase kaubamärgi eristusvõime tuvastanud 31. juuli 2007. aasta kohtuotsuses Munich SL, Berneda SL ja Bernher SL *vs.* Umbro SL ja Umbro Int Ltd., millele viitavad nii apellatsioonikoda vaidlustatud otsuse punktis 29 kui ka menetlusse astuja oma seisukohtade punktis 13, ja milles on isegi järeldatud, et asjaomast kaubamärki saab Hispaanias pidada tugevaks või spordijalatsite valdkonnas suure eristusvõimega kaubamärgiks.

76 Seetõttu tuleb ka teine ja kolmas väide tagasi lükata ning jätta hagi seega tervikuna rahuldamata.

Kohtukulud

77 Üldkohtu kodukorra artikli 134 lõike 1 alusel on kohtuvaidluse kaotanud pool kohustatud hüvitama kohtukulud, kui vastaspool on seda nõudnud.

78 Kuna hageja on kohtuvaidluse kaotanud, tuleb kohtukulud vastavalt EUIPO ja menetlusse astuja nõudele välja mõista hagejalt.

Esitatud põhjendustest lähtudes

ÜLDKOHUS (neljas koda)

otsustab:

1. Jätta hagi rahuldamata.

2. Mõista Euroopa Liidu Intellektuaalomandi Ameti (EUIPO) ja Munich, SLi kohtukulud välja Deichmann SE-lt.

Kanninen Schwarcz Iliopoulos

Kuulutatud avalikul kohtuistungil 17. jaanuaril 2018 Luxembourgis.

Allkirjad