Sbírka soudních rozhodnutí

ROZSUDEK TRIBUNÁLU (čtvrtého senátu)

ze dne 17. ledna 2018*

„Ochranná známka Evropské unie – Řízení o zrušení – Obrazová ochranná známka Evropské unie znázorňující kříž na boční straně sportovní boty – Poziční ochranná známka – Skutečné užívání ochranné známky – Článek 15 odst. 1 a čl. 51 odst. 1 písm. a) nařízení (ES) č. 207/2009 [nyní čl. 18 odst. 1 a čl. 58 odst. 1 písm. a) nařízení (EU) 2017/1001]“

Ve věci T-68/16,

Deichmann SE, se sídlem v Essenu (Německo), zastoupená C. Onken, advokátkou,

žalobkyně,

proti

Úřadu Evropské unie pro duševní vlastnictví (EUIPO), zastoupenému D. Gájou, jako zmocněncem,

žalovanému,

přičemž další účastnicí řízení před odvolacím senátem EUIPO, vystupující jako vedlejší účastnice řízení před Tribunálem, je

Munich, SL, se sídlem v Capellades (Španělsko), zastoupená J. Güell Serrou a M. del Mar Guix Vilanova, advokáty,

jejímž předmětem je žaloba podaná proti rozhodnutí čtvrtého odvolacího senátu EUIPO ze dne 4. prosince 2015 (věc R 2345/2014-4) týkajícímu se řízení o zrušení mezi společnostmi Deichmann a Munich,

TRIBUNÁL (čtvrtý senát),

ve složení H. Kanninen, předseda, J. Schwarcz (zpravodaj) a C. Iliopoulos, soudci,

vedoucí soudní kanceláře: X. Lopez Bancalari, rada,

s přihlédnutím k žalobě došlé kanceláři Tribunálu dne 15. února 2016,

s přihlédnutím k vyjádření EUIPO k žalobě došlému kanceláři Tribunálu dne 11. dubna 2016,

s přihlédnutím k vyjádření vedlejší účastnice k žalobě došlému kanceláři Tribunálu dne 29. července 2016,

po jednání konaném dne 27. června 2017,

* Jednací jazyk: angličtina.

vydává tento

Rozsudek

Skutečnosti předcházející sporu

1 Dne 6. listopadu 2002 podala vedlejší účastnice, společnost Munich, SL, u Úřadu Evropské unie pro duševní vlastnictví (EUIPO) přihlášku ochranné známky Evropské unie na základě nařízení Rady (ES) č. 40/94 ze dne 20. prosince 1993 o ochranné známce Společenství (Úř. věst. 1994, L 11, s. 1; Zvl. vyd. 17/01, s. 146), ve znění pozdějších předpisů [nahrazeného nařízením Rady (ES) č. 207/2009 ze dne 26. února 2009 o ochranné známce Evropské unie (Úř. věst. 2009, L 78, s. 1), ve znění pozdějších předpisů, nahrazeného nařízením Evropského parlamentu a Rady (EU) 2017/1001 ze dne 14. června 2017 o ochranné známce Evropské unie (Úř. věst. 2017, L 154, s. 1)].

2 Obrazová ochranná známka, jejíž zápis byl požadován, byla vyobrazena následovně:



3 Výrobky, pro které byl zápis požadován, náležejí do třídy 25 ve smyslu Niceské dohody o mezinárodním třídění výrobků a služeb pro účely zápisu známek ze dne 15. června 1957, ve znění změn a doplňků, a odpovídají následujícímu popisu: „Sportovní obuv“.

4 Ochranná známka byla zapsána dne 24. března 2004 pod číslem 2923852.

5 V rámci řízení o porušení práv zahájeného na návrh vedlejší účastnice u Landgericht Düsseldorf (zemský soud v Düsseldorfu, Německo) proti žalobkyni, společnosti Deichmann SE, podala posledně zmíněná společnost dne 29. června 2010 protinávrh podle čl. 100 odst. 1, čl. 51 odst. 1 písm. a) a čl. 52 odst. 1 písm. a) nařízení č. 207/2009 [nyní čl. 128 odst. 1, čl. 58 odst. 1 písm. a) a čl. 59 odst. 1 písm. a) nařízení 2017/1001]. Landgericht Düsseldorf (zemský soud v Düsseldorfu) řádně doručil protinávrh EUIPO a tato skutečnost byla v souladu s čl. 100 odst. 4 nařízení č. 207/2009 [nyní čl. 128 odst. 4 nařízení 2017/1001] zapsána do rejstříku ochranných známek Evropské unie. Dne 26. října 2010 se Landgericht Düsseldorf (zemský soud v Düsseldorfu) rozhodl přerušit řízení o porušení práv podle čl. 100 odst. 7 nařízení č. 207/2009 (nyní čl. 128 odst. 7 nařízení 2017/1001) a vyzval žalobkyni, aby ve lhůtě tří měsíců podala návrh na zrušení a prohlášení neplatnosti k EUIPO.

6 Dne 26. ledna 2011 podala žalobkyně u EUIPO návrh na zrušení dotčené ochranné známky na základě čl. 51 odst. 1 písm. a) nařízení č. 207/2009 z důvodu, že tato ochranná známka nebyla skutečně užívána v Evropské unii, zejména během pěti let předcházejících datu podání protinávrhu, ve vztahu k výrobkům, pro které byla zapsána (věc 5141 C, na kterou se vztahuje projednávaná žaloba). Kromě toho podala žalobkyně v tentýž den u EUIPO návrh na prohlášení neplatnosti dotčené ochranné známky na základě absolutních důvodů podle čl. 52 odst. 1 písm. a) téhož nařízení (věc 5143 C).

7 Dne 31. ledna 2011 vyzval EUIPO vedlejší účastnici k předložení důkazů o skutečném užívání dotčené ochranné známky. Dne 28. dubna 2011 předložila vedlejší účastnice svazek důkazů o užívání. V první příloze se jednalo o faktury z období od 26. ledna 2006 do 26. ledna 2011, vystavené společností Berneda SA, tj. podnikem propojeným s vedlejší účastnicí, kterému vedlejší účastnicí povolila užívání

dotčené ochranné známky. Tyto faktury byly určeny zákazníkům v různých členských státech a uváděly konkrétní čísla modelů bot. Vedlejší účastnice zahrnula tabulky pro každý členský stát, v nichž byla čísla modelů prodaných bot spojena s odpovídajícími položkami v katalogu obsaženém v druhé příloze. V druhé příloze byly zahrnuty obecné a sezonní katalogy za období let 2006 až 2011, které zobrazovaly fotografie bot, jejichž čísla modelů odpovídala číslům uvedeným ve fakturách předložených v první příloze. Vedlejší účastnice uvedla, že se domnívala, že příslušné období odpovídalo pěti letům předcházejícím dni, kdy byl podán návrh na zrušení u EUIPO. Pokud by však EUIPO měl dovodit, že příslušné období odpovídalo pěti letům předcházejícím dni podání protinávrhu k Landgericht Düsseldorf (zemský soud v Düsseldorfu), vedlejší účastnice tvrdila, že může předložit další dokumenty dokládající užívání dotčené ochranné známky za období od 29. června 2005 do 26. ledna 2006. Dne 29. dubna 2011 vedlejší účastnice ještě předložila šestistránkovou tabulku, která obsahovala křížové odkazy mezi každou fakturou a prodaným modelem bot podle čísla modelu zahrnutého v katalozích obsažených v druhé výše zmíněné příloze, pro některé další faktury vystavené podnikem Berneda a vztahující se k období od 25. srpna 2009 do 26. ledna 2011.

8 Dne 25. června 2014 vedlejší účastnice „preventivně“ uvedla, že se opírá rovněž o dokumenty, které předložila u EUIPO v rámci jiného řízení, na které odkázala.

9 Rozhodnutím ze dne 7. srpna 2014 zrušovací oddělení vyhovělo návrhu na zrušení, prohlásilo dotčenou ochrannou za zrušenou od 26. ledna 2011 a uložilo vedlejší účastnici náhradu nákladů řízení. Zrušovací oddělení mělo v podstatě za to, že předložené důkazy neumožnily prokázat skutečné užívání uvedené ochranné známky během příslušného období, za které bez uvedení důvodu považovalo období pěti let bezprostředně předcházejících dni podání návrhu na zrušení u EUIPO. Zrušovací oddělení mělo zejména za to, že se předložené důkazy týkaly případů užívání podob, které se lišily od dotčené ochranné známky v prvcích měnících rozlišovací způsobilost této ochranné známky ve smyslu čl. 15 odst. 1 písm. a) nařízení č. 207/2009 [nyní čl. 18 odst. 1 nařízení 2017/1001].

10 Dne 10. září 2014 podala vedlejší účastnice proti rozhodnutí zrušovacího oddělení odvolání.

11 Rozhodnutím ze dne 4. prosince 2015 (dále jen „napadené rozhodnutí“) čtvrtý odvolací senát EUIPO zrušil rozhodnutí zrušovacího oddělení a návrh na zrušení zamítl. V podstatě uvedl, že důkazy o užívání dokládají užívání dotčené ochranné známky pro „sportovní obuv“, náležející do třídy 25, během rozhodného období, které vymezil jako období pěti let předcházejících dni podání protinávrhu, tj. období od 29. června 2005 do 28. června 2010 (dále jen „rozhodné období“).

12 Pokud jde konkrétně o povahu dotčené ochranné známky, odvolací senát nejprve podotkl, že je tvořena takovým grafickým ztvárněním, jaké je obsaženo v bodě 2 výše, a podrobně dotčenou ochrannou známku popsal a následně shledal, že „jelikož dotčená ochranná známka je definována grafickým ztvárněním, není otázka, zda se jedná o poziční či obrazovou ochrannou známku relevantní“. Podle odvolacího senátu se ve skutečnosti poziční ochranné známky podobají kategoriím obrazových a trojrozměrných ochranných známek, neboť se týkají umístění obrazových a trojrozměrných prvků na povrchu určitého výrobku. Rozhodujícím faktorem z hlediska rozsahu ochrany ochranné známky není kvalifikace dotyčného označení jako obrazového, trojrozměrného nebo pozičního označení, ale způsob, jak je ochranná známka vnímána relevantní veřejností ve vztahu k dotčeným výrobkům. Tento způsob vnímání ochranné známky může být ovlivněn výlučně povahou označení v podobě, ve které bylo zapsáno. Podle odvolacího senátu dotčená ochranná známka „směřuje k ochraně motivu v podobě specifického kříže umístěného na určené části povrchu označeného výrobku, a sice sportovní boty“. Odvolací senát měl za to, že dotčená ochranná známka nemůže být oddělena od tvaru části tohoto výrobku, a sice od vrchní části sportovní boty.

13 Odvolací senát poté provedl analýzu důkazů předložených vedlejší účastnicí, které spočívaly zejména v četných fakturách a katalozích výrobků, a dospěl v podstatě k závěru, že jako celek prokazují skutečné užívání dotčené ochranné známky, tedy její skutečné obchodní využívání, pokud jde o rozsah užívání, jeho délku trvání, zeměpisný rozsah a jeho povahu. V posledně zmíněném ohledu odvolací

senát konstatoval, že závěr učiněný zrušovacím oddělením, podle kterého vyobrazení obsažená v mnohých katalozích předložených vedlejší účastnicí znázorňují různé druhy sportovních bot, na kterých jsou umístěny různé překřížené čáry, které mění rozlišovací způsobilost dotčené ochranné známky, nelze potvrdit. Podle odvolacího senátu naopak rozdíly mezi ochrannou známkou v podobě, ve které je užívána, a dotčenou ochrannou známkou jsou „zanedbatelné a jen stěží nebo vůbec postřehnutelné“. Odvolací senát měl za to, že za okolností projednávané věci může též vzít v úvahu pro účely prokázání skutečného užívání dotčené ochranné známky barevné prvky navzdory tomu, že ochranná známka byla zapsána v černobílém provedení.

14 Konečně odvolací senát odkázal na některé další doklady potvrzující jeho závěry, jako např. rozsudek Juzgado de marca comunitaria d'Alicante (soud pro ochranné známky Společenství v Alicante, Španělsko) ze dne 31. července 2007, „který určuje, že [dotčená] ochranná známka je považována za silnou a s dobrým jménem v odvětví sportovní obuvi ve Španělsku“, nebo jiné důkazy vztahující se k období po 28. červnu 2010, které dokládají existenci „obecné tendence trvalého a nepřetržitého užívání“, jak bylo prokázáno pro rozhodné období.

Návrhová žádání účastníků řízení

15 Žalobkyně navrhuje, aby Tribunál:

– zrušil napadené rozhodnutí,

– uložil EUIPO a vedlejší účastnici náhradu nákladů řízení.

16 EUIPO navrhuje, aby Tribunál:

– žalobu zamítl,

– uložil žalobkyni náhradu nákladů řízení.

17 Vedlejší účastnice navrhuje, aby Tribunál:

– žalobu zamítl,

– potvrdil napadené rozhodnutí,

– uložil žalobkyni náhradu nákladů řízení.

Právní otázky

18 Žalobkyně uplatňuje na podporu své žaloby tři žalobní důvody. První žalobní důvod vychází z porušení čl. 51 odst. 1 nařízení č. 207/2009 v rozsahu, v němž odvolací senát nesprávně posoudil předmět dotčené ochranné známky, když měl za to, že otázka, zda se jedná o obrazovou či poziční ochrannou známku, je irelevantní. Druhý žalobní důvod vychází z porušení čl. 51 odst. 1 a čl. 15 odst. 1 téhož nařízení v rozsahu, v němž se odvolací senát při posuzování, zda dotčená ochranná známka byla užívána v zapsané podobě nebo v podobě neměnící její rozlišovací způsobilost, omezil pouze na srovnání části této ochranné známky, a sice dvou překřížených pruhů, s pruhy umístěnými na sportovních botách údajně uváděných na trh vedlejší účastnicí. Třetí žalobní důvod vychází z porušení čl. 51 odst. 1 nařízení č. 207/2009 v rozsahu, v němž se napadené rozhodnutí zakládá na modelech bot, jejichž uvádění na trh vedlejší účastnicí nebylo prokázáno.

19 Je třeba konstatovat, že žalobkyně svými žalobními důvody v podstatě tvrdí, že se odvolací senát zmýlil, pokud jde o samotný předmět dotčené ochranné známky, a tvrdí, že tato ochranná známka nebyla užívána v podobě, ve které byla zapsána, a sice podle ní jako znázornění obrysů sportovní boty bez podrážky, s dvěma překříženými pruhy na boční straně.

20 Z důvodu tvrzení žalobkyně, jež byla předložena v rámci druhého a třetího žalobního důvodu, budou po přezkumu prvního žalobního důvodu oba tyto žalobní důvody zkoumány společně.

21 Kromě toho v rozsahu, v němž se vedlejší účastnice domáhá zejména potvrzení napadeného rozhodnutí, je třeba podotknout, že vzhledem k tomu, že „potvrzení napadeného rozhodnutí" znamená zamítnutí žaloby, druhý bod návrhových žádání vedlejší účastnice v podstatě směřuje k zamítnutí žaloby, a tedy splývá s prvním bodem návrhových žádání [v tomto smyslu viz rozsudek ze dne 5. února 2016, Kicktipp v. OHIM – Italiana Calzature (kicktipp), T-135/14, EU:T:2016:69, bod 19 (nezveřejněný) a citovaná judikatura].

K prvnímu žalobnímu důvodu

22 Žalobkyně je názoru, že dotčená ochranná známka nebyla zapsána v kategorii „jiné" ochranné známky a nemůže být považována za „poziční" ochrannou známku, ale může být považována pouze za obrazovou ochrannou známku. Je definována svým grafickým ztvárněním, které vyplývá z osvědčení o zápisu, aniž by „vnímání veřejnosti" mělo v tomto ohledu rozhodující úlohu. Podle žalobkyně nelze připustit, že se jedná o „jakoukoli běžnou sportovní botu" nebo o botu „s podrážkou". Ze skutečnosti, že obrysy vyobrazení boty, které tvoří dotčenou ochrannou známku, jsou vyznačeny tečkovanými čarami, nevyplývá žádný konkrétní následek. Obdobně je žalobkyně názoru, že odkaz učiněný vedlejší účastnicí na skutečnost, že EUIPO uznal přednost španělské „poziční" ochranné známky zapsané pod č. 1658216 pro dotčenou ochrannou známku, nemá vliv na řešení projednávaného sporu. V rámci žádosti o konání jednání ze dne 5. září 2016 odkázala žalobkyně na rozhodnutí čtvrtého odvolacího senátu EUIPO ze dne 6. července 2016 (věc R 408/2015-4). Tvrdila, že tato věc je obdobná projednávané věci a že ochranná známka vyobrazující dvě rovnoběžné čáry, které několikrát mění směr a jsou umístěny na boční straně sportovní boty, byla považována za obrazovou ochrannou známku, a nikoli za „poziční" ochrannou známku. Žalobkyně na jednání tvrdila, že její odkaz na výše uvedené rozhodnutí je přípustný, neboť toto rozhodnutí bylo zveřejněno v jednacím jazyce, tj. v angličtině, na internetové stránce EUIPO.

23 EUIPO a vedlejší účastnice tvrzení žalobkyně zpochybňují. Vedlejší účastnice na jednání mimoto tvrdila, že odkaz žalobkyně na rozhodnutí odvolacího senátu ze dne 6. července 2016 je nepřípustný, a to jednak z důvodu, že uvedené rozhodnutí nebylo předloženo v plném rozsahu v jednacím jazyce, a jednak proto, že žalobkyně dostatečně neupřesnila důvody k zohlednění uvedeného rozhodnutí v projednávané věci.

24 Podle čl. 51 odst. 1 písm. a) nařízení č. 207/2009 dojde ke zrušení práv majitele ochranné známky Evropské unie na základě návrhu podaného u EUIPO nebo na základě protinávrhu v řízení o porušení, pokud po nepřerušené období pěti let nebyla ochranná známka v Unii řádně užívána pro výrobky nebo služby, pro které je zapsána, a pro neužívání neexistují řádné důvody.

25 Podle pravidla 22 odst. 3 a 4 nařízení Komise (ES) č. 2868/95 ze dne 13. prosince 1995, kterým se provádí nařízení Rady (ES) č. 40/94 o ochranné známce Společenství (Úř. věst. 1995, L 303, s. 1; Zvl. vyd. 17/01, s. 189) [nyní čl. 10 odst. 3 a 4 nařízení Komise v přenesené pravomoci (EU) 2017/1430 ze dne 18. května 2017, kterým se doplňuje nařízení Rady (ES) č. 207/2009 o ochranné známce Evropské unie a zrušují nařízení Komise (ES) č. 2868/95 a (ES) č. 216/96 (Úř. věst. 2017, L 205, s. 1)], které se použije na řízení o zrušení podle pravidla 40 odst. 5 téhož nařízení (nyní čl. 19 odst. 1 nařízení 2017/1430), se důkazy o užívání musí týkat místa, času, rozsahu a povahy užívání

ochranné známky a zpravidla se omezí na předložení podpůrné dokumentace a předmětů, jako jsou například obaly, nálepky, ceníky, katalogy, faktury, fotografie, novinové inzeráty a písemná prohlášení v čl. 78 odst. 1 písm. f) nařízení č. 207/2009 [nyní čl. 97 odst. 1 písm. f) nařízení 2017/1001].

26 Při výkladu pojmu „skutečné užívání“ je třeba zohlednit skutečnost, že cílem důvodu požadavku, podle něhož musí být ochranná známka skutečně užívána, není vyhodnocení obchodního úspěchu ani kontrola hospodářské strategie podniku nebo to, aby byla ochrana ochranných známek vyhrazena pouze jejich obchodnímu využití, které je kvantitativně rozsáhlé [viz rozsudek ze dne 27. září 2007, La Mer Technology v. OHIM – Laboratoires Goëmar (LA MER), T-418/03, nezveřejněný, EU:T:2007:299, bod 53 a citovaná judikatura].

27 Z judikatury vyplývá, že ochranná známka je skutečně užívána, je-li užívána v souladu se svou hlavní funkcí, kterou je zaručit totožnost původu výrobků nebo služeb, pro které byla zapsána, aby vytvořila nebo zachovala odbyt pro tyto výrobky a služby, s vyloučením symbolického užití, které slouží pouze k zachování práv plynoucích z ochranné známky. Navíc podmínkou skutečného užívání ochranné známky je, aby byla ochranná známka tak, jak je chráněna na relevantním území, užívána veřejně a navenek [viz rozsudek ze dne 6. října 2004, Vitakraft-Werke Wührmann v. OHIM – Krafft (VITAKRAFT), T-356/02, EU:T:2004:292, bod 26 a citovaná judikatura].

28 Skutečné užívání ochranné známky je třeba posoudit na základě souhrnu skutečností a okolností, které jsou způsobilé prokázat její skutečné obchodní využívání, zvláště užívání, které je v dotyčném hospodářském odvětví považováno za odůvodněné za účelem udržení nebo získání podílu na trhu pro výrobky a služby chráněné ochrannou známkou, druhu těchto výrobků a služeb, znaků trhu, jakož i rozsahu a četnosti užívání ochranné známky [viz rozsudek ze dne 10. září 2008, Boston Scientific v. OHIM – Terumo (CAPIO), T-325/06, nezveřejněný, EU:T:2008:338, bod 30 a citovaná judikatura].

29 Kromě toho skutečné užívání ochranné známky nelze prokázat na základě pravděpodobnosti nebo domněnek, ale musí se zakládat na konkrétních a objektivních okolnostech, které prokazují skutečné a dostatečné užívání ochranné známky na dotčeném trhu [viz rozsudek ze dne 23. září 2009, Cohausz v. OHIM – Izquierdo Faces (acopat), T-409/07, nezveřejněný, EU:T:2009:354, bod 36 a citovaná judikatura]. Je třeba provést globální posouzení, které zohledňuje všechny relevantní faktory daného případu a předpokládá určitou vzájemnou závislost mezi zohledněnými faktory [viz rozsudek ze dne 18. ledna 2011, Advance Magazine Publishers v. OHIM – Capela & Irmãos (VOGUE), T-382/08, nezveřejněný, EU:T:2011:9, bod 30 a citovaná judikatura].

30 Je třeba připomenout, že není možné *a priori* abstraktně stanovit, jaká kvantitativní mez by měla být použita pro určení toho, zda je užívání skutečné či nikoliv, a že pravidlo *de minimis*, které by neumožňovalo EUIPO nebo, na základě žaloby, Tribunálu posoudit veškeré okolnosti sporu, který jim je předložen, nemůže být stanoveno. I minimální užívání, pokud je skutečně obchodně odůvodněné, tak může být dostatečné k prokázání existence skutečného užívání (rozsudek ze dne 11. května 2006, Sunrider v. OHIM, C-416/04 P, EU:C:2006:310, bod 72).

31 Konečně je třeba upřesnit, že podle ustanovení čl. 15 odst. 1 druhého pododstavce písm. a) nařízení č. 207/2009 [nyní čl. 18 odst. 1 druhý pododstavec písm. a) nařízení 2017/1001] zahrnuje důkaz o skutečném užívání ochranné známky, národní nebo Evropské unie, rovněž důkaz o užívání starší ochranné známky v podobě, která se liší od podoby, ve které byla ochranná známka zapsána, prvky neměnícími rozlišovací způsobilost této ochranné známky.

32 Pokud jde o kvalifikaci ochranné známky jako „poziční“ ochranné známky, je třeba poznamenat, že ani nařízení č. 207/2009 ani nařízení č. 2868/95 neuvádí takovéto ochranné známky jako zvláštní kategorii ochranných známek. Avšak vzhledem k tomu, že článek 4 nařízení č. 207/2009 [nyní článek 4 nařízení 2017/1001] neobsahuje taxativní výčet označení, která jsou způsobilá tvořit ochranné známky Evropské

unie, není tato okolnost relevantní, pokud jde o způsobilost „pozičních ochranných známek“ k zápisu [v tomto smyslu viz rozsudek ze dne 15. června 2010, X Technology Swiss v. OHIM (Oranžové zbarvení špičky ponožky), T-547/08, EU:T:2010:235, bod 19].

33 Kromě toho se jeví, že se „poziční ochranné známky“ podobají kategoriím obrazových a trojrozměrných ochranných známek, neboť se vztahují na umístění obrazových nebo trojrozměrných prvků na povrch určitého výrobku (v tomto smyslu viz rozsudek ze dne 15. června 2010, Oranžové zbarvení špičky ponožky, T-547/08, EU:T:2010:235, bod 20). Z téže judikatury vyplývá, že kvalifikace „poziční ochranné známky“ jako obrazové či trojrozměrné ochranné známky nebo jako zvláštní kategorie ochranných známek není v rámci posouzení rozlišovací způsobilosti ochranné známky relevantní (rozsudek ze dne 15. června 2010, Oranžové zbarvení špičky ponožky, T-547/08, EU:T:2010:235, bod 21).

34 Je mimoto třeba podotknout, že judikatura uznává, že obrazové ochranné známky mohou ve skutečnosti být „pozičními“ ochrannými známkami [v tomto smyslu viz rozsudky ze dne 18. dubna 2013, Colloseum Holding, C-12/12, EU:C:2013:253, bod 13, a ze dne 28. září 2010, Rosenruist v. OHIM (Vyobrazení dvou křivek na kapse), T-388/09, nezveřejněný, EU:T:2010:410, body 2 a 17].

35 V projednávané věci je nejprve třeba konstatovat, že na formuláři přihlášky k zápisu předloženém vedlejší účastnicí posledně zmíněná výslovně uvedla, že žádá o zápis obrazové ochranné známky, když k tomu zaškrtla příslušné políčko, a nikoli políčka pro „slovní“, „trojrozměrné“ nebo „jiné“ ochranné známky. Je rovněž třeba podotknout, že nebylo tvrzeno a nevyplývá to ani ze spisu, že formuláře přihlášek k zápisu ochranných známek Evropské unie obsahovaly v době podání přihlášky dotčené ochranné známky zvláštní políčko pro tzv. „poziční“ ochranné známky. Je mimoto nesporné, že zápis dotčené ochranné známky byl žádán výlučně pro výrobky „sportovní obuv“. Je možné učinit určitou spojitost mezi dotčenou ochrannou známkou a vzhledem výrobků, na které se tato ochranná známka vztahuje, neboť uvedená ochranná známka je ztvárněna zvláštní grafikou v podobě kříže na boční straně sportovní boty, přičemž je třeba upřesnit, že ochranná známka nebyla požadována pro přesné obrysy této boty, neboť jsou vyznačeny tečkovanými čarami. Je ještě třeba podotknout, že předmětný kříž představuje barevný kontrast se samotnou sportovní botou a je umístěn pod tkaničkami.

36 Na rozdíl od toho, co tvrdí žalobkyně, z pouhé skutečnosti, že při zápisu dotčené ochranné známky bylo zaškrtnuto políčko „obrazová ochranná známka“, nelze dovodit, že tuto ochrannou známku nelze současně považovat za „poziční“ ochrannou známku. V posledně zmíněném ohledu je třeba přihlédnout zvláště k tomu, že grafické ztvárnění dotčené ochranné známky jasně označuje plnými čarami prvek, jehož ochrana je požadována, a tečkovanými čarami obrysy předmětných výrobků, na kterých je tento prvek umístěn. Kromě toho je třeba podotknout, že v době rozhodné z hlediska skutkového stavu v projednávané věci neexistovala žádná formální podmínka, aby k formuláři přihlášky ochranné známky byl přiložen slovní popis, aby daná ochranná známka mohla být považována za „poziční“ ochrannou známku. Je však třeba připomenout, že byť je dotčená ochranná známka považována za spadající pod uvedený druh ochranné známky, nadále zůstává i obrazovou ochrannou známkou.

37 Žalobkyně se na jednání znovu odvolávala na pokyny EUIPO týkající se průzkumu ochranných známek Evropské unie, aby tím v podstatě tvrdila, že v případě „pozičních“ ochranných známek je nezbytné přiložit popis ochranné známky, který upřesňuje její umístění na předmětném výrobku, a dále výslovně uvést, že se jedná o „poziční“ ochrannou známku. V této souvislosti je přitom třeba uvést, aniž je třeba posoudit, zda se výše uvedený odkaz týkal verze pokynů EUIPO použitelné v době podání přihlášky dotčené ochranné známky, že podle judikatury tyto pokyny nepředstavují právně závazný akt pro výklad ustanovení unijního práva (v tomto smyslu viz rozsudek ze dne 19. prosince 2012, Leno Merken, C-149/11, EU:C:2012:816, bod 48).

38 Pro úplnost je jakožto doplňují indicii vedoucí k závěru, že dotčená ochranná známka je „poziční“ ochrannou známkou, třeba dodat, že jak správně tvrdí EUIPO a vedlejší účastnice před Tribunálem, vedlejší účastnice se dovolávala přednosti na základě španělské ochranné známky č. 1658216, která byla přihlášena dne 27. září 1991 a zapsána dne 5. června 1992, jejíž grafické ztvárnění je totožné s dotčenou ochrannou známkou a navíc obsahovala popis upřesňující, že ochrannou známku tvoří vyobrazení kříže umístěného na boční straně sportovní boty.

39 Je ještě třeba posoudit tvrzení žalobkyně, že odvolací senát vyložil dotčenou ochrannou známku jako zahrnující prvky, které nejsou její součástí a jsou doplněny „podle uvážení každého“, jako např. podrážky, což by bylo v rozporu s požadavky plynoucími zejména z bodů 48 až 55 rozsudku ze dne 12. prosince 2002, Sieckmann (C-273/00, EU:C:2002:748), které se týkají grafického ztvárnění ochranné známky.

40 V této souvislosti stačí konstatovat, že v projednávané věci lze přímo z grafického ztvárnění dotčené ochranné známky s dostatečnou přesností dovodit, že se požadovaná ochrana týkala pouze kříže, který je tvořen dvěma překříženými černými čarami vyobrazenými plnými čarami. Naproti tomu „tečkované“ čáry, které tvoří obrysy sportovní boty a jejích tkaniček, musí být chápány jako upřesnění umístění uvedeného kříže. To platí bez ohledu na druh podrážky připevněné k uvedeným botám, ať již je běžná nebo žebrovaná, jak správně konstatoval odvolací senát v bodě 20 napadeného rozhodnutí.

41 Je totiž třeba podotknout, že tečkované čáry jsou obvykle ve srovnatelných situacích používány právě v tomto smyslu, tedy – s ohledem na různé výrobky, na kterých je ochranná známka umístěna – takovým způsobem, že nutně podrobně nevyznačují všechny obrysy nebo jiné vlastnosti uvedených výrobků [rozsudky ze dne 7. února 2007, Kustom Musical Amplification v. OHIM (Tvar kytary), T-317/05, EU:T:2007:39; obdobně ze dne 14. června 2011, Sphere Time v. OHIM – Punch (Hodinky připevněné k řemínku), T-68/10, EU:T:2011:269, body 62 až 64; ze dne 26. února 2014, Sartorius Lab Instruments v. OHIM (Žlutý kruhový oblouk ve spodní části obrazovky), T-331/12, EU:T:2014:87, a ze dne 14. března 2014, Lardini v. OHIM (Umístění květu na límci), T-131/13, nezveřejněný, EU:T:2014:129; v tomto smyslu viz též rozsudek ze dne 4. prosince 2015, K-Swiss v. OHIM (Znázornění rovnoběžných pruhů na botě), T-3/15, nezveřejněný, EU:T:2015:937, a obdobně rozsudek ze dne 21. května 2015, adidas v. OHIM – Shoe Branding Europe (Dva rovnoběžné pruhy na botě), T-145/14, nezveřejněný, EU:T:2015:303].

42 V projednávané věci mělo použití tečkovaných čar jasně za cíl usnadnit pochopení, že se dotčená ochranná známka vztahuje pouze na ochranu kříže znázorněného plnými čarami, a to na konkrétním místě sportovní boty. Z rozsudku ze dne 12. listopadu 2013, Gamesa Eólica v. OHIM – Enercon (Odstíny zelené) (T-245/12, nezveřejněný, EU:T:2013:588, bod 38), ostatně vyplývá, že žádné pravidlo neukládá povinnost zobrazit obrysy označení tečkovanými čarami, aby bylo případně uvedeno, že zmíněné obrysy nejsou předmětem ochrany. Použití takovýchto tečkovaných čar v projednávané věci lze vykládat jako umožnění lepšího vymezení toho, co tvoří dotčenou ochrannou známku.

43 Je možno dospět k závěru, že chrání-li dotčená ochranná známka vyobrazení kříže, který je tvořen dvěma překříženými černými plnými čarami, tato ochrana však není požadována abstraktně, nýbrž je požadována pro umístění dotčené grafiky na boční straně sportovní boty, a to způsobem, který vyplývá z formuláře přihlášky k zápisu, s barevným kontrastem se samotnou botou. Ochranná známka se nevztahuje na tvar boty jako takový, ani na druh použité podrážky.

44 Za těchto okolností je třeba uvést, že na rozdíl od toho, co tvrdí žalobkyně, je třeba zdůraznit, že odvolací senát mohl právem dovodit, že „jelikož ochranná známka je definována grafickým ztvárněním, není otázka, zda se jedná o poziční či obrazovou ochrannou známku relevantní“ (viz bod 12 výše). Odvolací senát rovněž správně vycházel z předpokladu, že dotčená ochranná známka nemůže být oddělena od tvaru části výrobku, pro který je chráněna, tj. vrchní části sportovní boty, a že rozhodujícím faktorem z hlediska rozsahu její ochrany je způsob, jak bude ochranná známka vnímána, na pouhém základě označení v podobě, v jaké bylo zapsáno.

45 Kromě toho je třeba konstatovat, že tento závěr není znehodnocen odkazem žalobkyně na rozhodnutí čtvrtého odvolacího senátu EUIPO ze dne 6. července 2016 (věc R 408/2015-4), jehož skutkové a právní okolnosti se liší od těch v projednávané věci.

46 V tomto ohledu je třeba výtku vedlejší účastnice týkající se neexistence překladu uvedeného rozhodnutí do jednacího jazyka, jakož i její tvrzení o nepřípustnosti odkazu žalobkyně na uvedené rozhodnutí, zamítnout jako neopodstatněné. Žalobkyně totiž přímo přeložila příslušnou část do angličtiny ve své žádosti o konání jednání ze dne 5. září 2016. Kromě toho uvedené rozhodnutí je zveřejněno v plném rozsahu v angličtině na internetové stránce EUIPO. Vedlejší účastnice ostatně v odpovědi na otázku položenou Tribunálem na jednání potvrdila, že se s textem uvedeného rozhodnutí seznámila.

47 Je mimoto třeba konstatovat, že na rozdíl od projednávané věci, nebyly ve věci, ve které bylo vydáno rozhodnutí čtvrtého odvolacího senátu EUIPO ze dne 6. července 2016, výrobky, na které se vztahovala přihláška ochranné známky, omezeny na „sportovní obuv“, ale zahrnovaly i jiné výrobky náležející do třídy 25, jako např. „oděvy, […] pokrývky hlavy, opasky nebo rukavice“. Otázka, zda ochranná známka, jež zahrnuje určitou grafiku spočívající ve dvou rovnoběžných čarách, které několikrát mění směr a jsou umístěny na boční straně sportovní boty, vykazovala spojitost s tvarem předmětných výrobků, byla tedy odlišná od otázky v projednávané věci, v níž bylo konstatováno, že dotčená ochranná známka nemůže být oddělena od tvaru části výrobku, a sice od vrchní části sportovní boty (viz body 12 a 44 výše).

48 Za těchto okolností neumožňuje odkaz žalobkyně na bod 17 rozhodnutí vydaného ve věci R 408/2015-4, obsahující závěr, že ochranná známka je obrazovou, nikoli „poziční“ ochrannou známkou, vyvodit obdobný závěr v projednávané věci. Je mimoto třeba dodat, že v bodě 18 uvedeného rozhodnutí odvolací senát EUIPO každopádně uvedl, že otázka, zda má být přihlášená ochranná známka považována za „poziční“ ochrannou známku, není pro jeho posouzení relevantní.

49 Vzhledem ke všemu výše uvedenému je třeba dovodit, že odvolací senát v projednávané věci nepochybil, když posoudil otázku, zda sportovní boty, jejichž prodej byl prokázán prostřednictvím různých důkazů o skutečném užívání dotčené ochranné známky, obsahují grafický prvek, jenž spočívá v motivu tvořeném specifickým křížem umístěným na určené části povrchu označeného výrobku, který může být považován buď za totožný, nebo za odpovídající grafickému prvku plynoucímu z vyobrazení dotčené ochranné známky v souladu s čl. 15 odst. 1 písm. a) nařízení č. 207/2009.

50 První žalobní důvod je třeba zamítnout.

K druhému a třetímu žalobnímu důvodu

51 V rámci druhého žalobního důvodu žalobkyně tvrdí, že odvolací senát měl přezkoumat, zda dotčená ochranná známka, která se skládá z vyobrazení celé sportovní boty s překříženými pruhy, byla užívána na obuvi nebo v souvislosti s obuví. Podle žalobkyně se tato ochranná známka nevyskytuje na botách zobrazených v předložených důkazech. Žalobkyně tvrdí, že jelikož je dotčená ochranná známka obrazovou ochrannou známkou, uvádění bot, které se této ochranné známce podobají, na trh nemůže prokázat užívání této ochranné známky, neboť průměrní spotřebitelé obvykle nevyvozují původ výrobků z jejich tvaru. Navíc se boty, které skutečně prodává vedlejší účastnice, každopádně výrazně liší od boty vyobrazené dotčenou ochrannou známkou. Žalobkyně rovněž poukazuje na nedostatek rozlišovací způsobilosti dotčené ochranné známky, nebo přinejmenším na její příliš nízkou rozlišovací způsobilost, takže jakýkoli rozdíl v užívání ochranné známky by tuto způsobilost měnil.

52 V rámci třetího žalobního důvodu žalobkyně v podstatě tvrdí, že není prokázáno, že modely bot REAGEE, TECNO a AVANT, na které odvolací senát odkazuje v napadeném rozhodnutí, byly uváděny na trh, a to i přesto, že dotyčné modely se nacházely v jednom či více katalozích předložených vedlejší účastnicí. Žádný prodej nebyl prokázán. Pouhé vyobrazení v katalogu, jehož

distribuce nebyla doložena, nestačí podle žalobkyně k prokázání skutečného užívání ochranné známky. Konkrétně se model MARCELO vyskytuje pouze v jednom katalogu z roku 2006, což dokládá nanejvýš to, že poslední prodeje tohoto modelu sahají do ledna 2007. Podle žalobkyně by to mělo vést ke konstatování, že závěry odvolacího senátu, podle kterých zmíněné důkazy představují dostatečné údaje k prokázání skutečného užívání ochranné známky, jsou chybné.

53 EUIPO a vedlejší účastnice tvrzení žalobkyně zpochybňují.

54 V této souvislosti je třeba posoudit, zda důkazy předložené vedlejší účastnicí u EUIPO umožňovaly jako celek potvrdit skutečné užívání dotčené ochranné známky v souladu s judikaturou připomenutou v bodech 24 až 30 výše.

55 Zaprvé je třeba podotknout, že odvolací senát správně v bodech 17 a 18 napadeného rozhodnutí určil rozhodné období jako odpovídající pěti letům předcházejícím dni podání protinávrhu, a sice období od 29. června 2005 do 28. června 2010, s přihlédnutím ke znění návrhů žalobkyně předložených nejprve v rámci řízení o protinávrhu a poté u EUIPO.

56 V této souvislosti je třeba podotknout, že odvolací senát právem konstatoval, aniž to je v projednávané věci zpochybněno, že návrh na zrušení podaný u EUIPO byl přímým důsledkem protinávrhu podaného žalobkyní v rámci řízení pro porušení, které bylo proti žalobkyni zahájeno na návrh vedlejší účastnice u Landgericht Düsseldorf (zemský soud v Düsseldorfu), a že k jakémukoli užívání dotčené ochranné známky poté, co byl tento protinávrh oznámen vedlejší účastnici, musí být přistupováno „s co největší obezřetností“. Odvolací senát rovněž právem v bodě 18 napadeného rozhodnutí konstatoval, že doklady předložené na důkaz skutečného užívání dotčené ochranné známky po rozhodném období mohou mít za určitých okolností důkazní sílu, zejména v rozsahu, v němž umožňují podepřít předcházející důkazy a doložit časově stálou tendenci a způsob užívání.

57 Zadruhé, na rozdíl od tvrzení žalobkyně, odvolací senát v bodech 19 až 30 napadeného rozhodnutí správně dovodil, že důkazy předložené u zrušovacího oddělení stačily k prokázání skutečného užívání dotčené ochranné známky.

58 Zaprvé je třeba konstatovat, že důkazy zmíněné v prvních třech odrážkách bodu 27 napadeného rozhodnutí, které se týkají prodejů ze strany vedlejší účastnice nebo propojených podniků, kterým posledně zmíněná povolila užívat dotčenou ochrannou známku, sportovních bot modelů MARCELO, MUNDIAL REVOLUTION a GALES, jejichž vyobrazení jsou obsažena v bodě 24 uvedeného rozhodnutí a u nichž odvolací uvedl konkrétní reference ve správním spisu EUIPO, jak bylo oznámeno Tribunálu, již umožňují podložit závěr, že se užívání dotčené ochranné známky vztahovalo na dostatečně rozsáhlé a různorodé území, které zahrnovalo území několika členských států Unie, zejména území Španělska (včetně několika měst, jako např. Madrid, Barcelona, Cordoba, Grenada, Tarragona, Cádiz, Valencie, La Coruña, a Girona), Itálie, Portugalska, Dánska, Slovenska, Francie a Maďarska (z faktur vyplývá, že i pro tyto země došlo k prodejům v několika různých městech).

59 Zadruhé Tribunál podotýká, že se předložené faktury týkající se těchto modelů sportovních bot vztahují na několik let rozhodného období, a dokonce sahají nad jeho rámec, jak konstatoval odvolací senát v bodě 30 napadeného rozhodnutí. Zatímco se důkazy pro boty modelu MARCELO vztahují k letům 2006/2007, pro model MUNDIAL REVOLUTION se předložené důkazy týkají užívání dotčené ochranné známky během let 2007 až 2011. Obdobně se katalogy vztahující se k modelům GALES týkají let 2006 až 2011.

60 Z toho vyplývá dostatečně časově stálé užívání. Na rozdíl od tvrzení žalobkyně uvedené faktury totiž dokládají skutečné, trvalé a nepřetržité užívání. Kromě toho, jak správně zdůraznil odvolací senát, skutečnost, že žalobkyně považovala za počátek období, jež mělo být zohledněno, 26. leden 2006, a nikoli 29. červen 2005 (viz bod 7 výše), takže žádný důkaz se nevztahuje k počátku rozhodného období, tj. období od 29. června 2005 do 26. ledna 2006, není relevantní. Podle ustálené judikatury totiž

stačí, že ochranná známka je skutečně užívána alespoň po část rozhodného období [v tomto smyslu viz rozsudek ze dne 16. prosince 2008, Deichmann-Schuhe v. OHIM – Design for Woman (DEITECH), T-86/07, nezveřejněný, EU:T:2008:577, bod 52 a citovaná judikatura].

61 Zatřetí, pokud jde o rozsah užívání, odvolací senát v bodě 27 napadeného rozhodnutí správně konstatoval, že důkazy vzaty jako celek dosvědčují skutečné obchodní využívání dotčené ochranné známky, které není pouze symbolické, nýbrž je takového rozsahu a stálosti, jež stačí k udržení nebo získání podílů na trhu pro výrobky chráněné ochrannou známkou.

62 V této souvislosti je třeba uvést, že číselné údaje uvedené v bodě 27 napadeného rozhodnutí, jejichž věrohodnost nebyla žalobkyní zpochybněna před Tribunálem, vycházejí z faktur vykládaných ve spojení s katalogy. Z uvedených údajů přitom vyplývá, že v letech 2006 až 2011 uváděla vedlejší účastnice soustavně na trh značné množství sportovních bot, na kterých byly vyznačeny postranní kříže, které se nelišily, nebo se lišily jen nepatrně od dotčené ochranné známky, a sice modely MARCELO, MUNDIAL REVOLUTION a GALES. Pokud jde konkrétně o první model, který se objevuje v jednom katalogu, prodeje se vztahují k několika desítkám bot, v celkové hodnotě několika tisíců eur. Druhý model se vyskytuje ve více katalozích a bylo prodáno několik stovek párů v celkové hodnotě několika tisíců eur. Konečně třetí model se rovněž objevuje ve více katalozích. Na těchto sportovních botách, jejichž vyobrazení je převzato v bodě 24 napadeného rozhodnutí, se vyskytuje kříž utvořený na boční straně boty, který zřetelně kontrastuje s barvou zbytku této boty. Z důvodu umístění kříže a těchto dalších znaků je třeba dovodit, že všechny tyto tři modely dokládají užívání dotčené ochranné známky.

63 Údaje o výše uvedených prodejích se sice mohou jevit jako nepříliš vysoké. Posoudí-li se však tyto údaje společně s katalogy, dokládají skutečné užívání, jak je uvedeno v bodě 28 napadeného rozhodnutí, a v souladu s judikaturou připomenutou v bodech 26 až 30 výše. Zejména je třeba připomenout, že EUIPO nebo, na základě žaloby, Tribunálu nepřísluší vyhodnocovat obchodní úspěch ani kontrolovat hospodářskou strategii podniku nebo vyhradit ochranu ochranných známek pouze jejich obchodnímu využití, které je kvantitativně rozsáhlé.

64 Zatřetí je třeba posoudit, zda odvolací senát správně dovodil, že důkazy předložené vedlejší účastnicí umožňují jako celek prokázat užívání ochranné známky, která je totožná nebo dostatečně podobná zapsané ochranné známce, aniž byla změněna její rozlišovací způsobilost. Je třeba upřesnit, že nejde o snahu zjistit, zda etiketa, na které se objevuje dotčená ochranná známka, byla umístěna na dotčené výrobky, ani porovnat prodané boty s toutéž ochrannou známkou zahrnující prvky vyznačené tečkovanými čarami.

65 V této souvislosti je nutno konstatovat, že rozdíly mezi dotčenou ochrannou známkou a variantami použitými vedlejší účastnicí na sportovních botách jsou zanedbatelné. Na rozdíl od tvrzení žalobkyně je totiž kříž představovaný dvěma překříženými pruhy na stejném místě a ve stejné pozici jako v grafickém ztvárnění dotčené ochranné známky, tedy na vnější straně boty, směrem od podrážky nebo spodní strany ke tkaničkám. Několik fotografií předložených jako důkazy dokládá užívání odpovídající dotčené ochranné známce s jedním ramenem kříže, které je delší než druhé. Navíc tloušťka čar i jejich naklonění v zásadě odpovídají pro značné množství bot předložených jako důkazy u EUIPO tomu, co vyplývá z grafického ztvárnění dotčené ochranné známky.

66 Na některých dalších botách předložených jako důkazy je použitá grafika téměř totožná, třebaže rozměry a barva použitého kříže se mohou lišit. Nicméně jak správně tvrdil odvolací senát, tyto prvky nemění rozlišovací způsobilost dotčené ochranné známky, která byla zapsána v černobílém provedení, neboť barvu nelze považovat za jeden z hlavních faktorů přiznávajících této ochranné známce rozlišovací způsobilost. Konkrétně použití různých barev může být v projednávané věci zohledněno, neboť kontrast mezi barvami pozadí a čarami tvořícími kříž je dodržen. V tomto smyslu skutečnost, že některé předmětné boty jsou vyobrazeny v podobě „obrazu v negativu“, s křížem bílé, žluté nebo jiné světlé barvy, neznehodnocuje zjištění, že takovéto užívání v rozsahu, v němž kříž odpovídá svou pozicí a rozměry dotčené ochranné známce, je relevantní pro účely posouzení projednávané věci.

67 Skutečnost, že některé boty obsahují i jiné grafické prvky, které si spotřebitelé mohou zapamatovat a mohou vykazovat samostatnou rozlišovací způsobilost, jako jsou např. podrážka nebo zadní část boty, která je barevná a odlišuje se od zbytku boty, kolíky, podpatek, který se barevně liší od zbytku boty, „motiv krokodýlí kůže“, „červený kryt nad tkaničkami“ nebo též u některých bot doplňkové slovní prvky, neumožňuje zpochybnit zjištění o skutečném užívání dotčené ochranné známky.

68 Je totiž třeba podotknout, že podle judikatury může být podmínka „skutečného užívání“ ve smyslu čl. 15 odst. 1 nařízení č. 207/2009 splněna i tehdy, když je obrazová ochranná známka Evropské unie užívána pouze ve spojení s dalšími prvky, které jsou umístěny vedle ní, či ji dokonce překrývají, pokud uvedená ochranná známka je i nadále vnímána jako označení původu dotčeného výrobku (v tomto smyslu viz rozsudek ze dne 18. července 2013, Specsavers International Healthcare a další, C-252/12, EU:C:2013:497, body 19 až 27 a citovaná judikatura).

69 Kromě toho je třeba dodat, že v projednávané věci z důkazů vyplývá, že kříž použitý na různých botách a tvořený dvěma překříženými pruhy je jasně postřehnutelný, nezávisle na případném výskytu dalších prvků zmíněných žalobkyní. Odvolací senát dospěl v bodě 25 napadeného rozhodnutí správně k závěru, že až na zanedbatelné, stěží viditelné, nebo dokonce neviditelné rozdíly, jako jsou přesná délka ramen kříže, tloušťka čar nebo přesný úhel jejich naklonění, je ztvárnění tohoto motivu prakticky totožné s motivem dotčené ochranné známky. Stejně tak EUIPO právem před Tribunálem tvrdí, že kromě výčtu některých doplňkových prvků vyskytujících se na botách zobrazených na fotografiích nepředložila žalobkyně žádný argument, který by vysvětlovat, jakým způsobem tyto prvky mění rozlišovací způsobilost dotčené ochranné známky. Jak tvrdí EUIPO, uvedené doplňkové prvky neovlivňují kříž, který představuje rozlišující prvek chráněný dotčenou ochrannou známkou.

70 Začtvrté, pokud jde o výtky žalobkyně, jež byly vzneseny v rámci třetího žalobního důvodu a týkají se údajného nedostatku důkazů ve vztahu k určitým modelům bot, a sice modelům REAGEE, TECNO a AVANT, je třeba konstatovat, že žalobkyně nezpochybňuje skutečnost, že tyto modely bot, na které odvolací senát rovněž odkázal v bodě 27 napadeného rozhodnutí, byly vyobrazeny v jednom nebo více katalozích předložených vedlejší účastnicí. Tvrzení žalobkyně se týká pouze toho, že nic neznačilo o tom, že k prodejům skutečně došlo.

71 V tomto ohledu je přitom nutno konstatovat, že prezentace výrobků v katalozích může být zohledněna jako doplňující indicie o skutečném užívání ochranné známky, neboť se jedná o užívání dotčené ochranné známky veřejně a navenek, nebo alespoň o přípravu takovéhoto užívání [v tomto smyslu viz rozsudky ze dne 6. října 2004, VITAKRAFT, T-356/02, EU:T:2004:292, bod 26 a citovaná judikatura, a ze dne 4. července 2014, Construcción, Promociones e Instalaciones v. OHIM – Copisa Proyectos y Mantenimientos Industriales (CPI COPISA INDUSTRIAL), T-345/13, nezveřejněný, EU:T:2014:614, bod 21]. Z toho vyplývá, že důkazy týkající se modelů REAGEE, TECNO a AVANT sice nemohou být považovány samy o sobě za rozhodující, mohou však být zohledněny za účelem potvrzení skutečností již posouzených v bodech 57 až 63 výše.

72 Pokud jde navíc o model sportovních bot MARCELO, již bylo konstatováno, že skutečnost, že se důkazy vztahují k období let 2006/2007, tedy k poměrně krátkému období, neznamená, že se jedná o irelevantní důkazy. Naopak tyto důkazy spadají – jak správně konstatoval odvolací senát – do celkového posouzení umožňujícího konstatovat skutečné užívání dotčené ochranné známky, v souladu s bodem 30 rozsudku ze dne 10. září 2008, Boston Scientific v. OHIM – Terumo (CAPIO) (T-325/06, nezveřejněný, EU:T:2008:338), citovaným v bodě 28 výše.

73 Zapáté, pokud jde o tvrzení žalobkyně o údajně nízké rozlišovací způsobilosti dotčené ochranné známky, stačí konstatovat, že na rozdíl od okolností věci, ve které bylo vydáno usnesení ze dne 26. dubna 2012, Deichmann v. OHIM (C-307/11 P, nezveřejněné, EU:C:2012:254, bod 52), jež bylo citováno žalobkyní na jednání a týkalo se jiného grafického prvku, a sice prvku znázorňujícího „zahnutý proužek s tečkovanými liniemi“, neexistují v projednávané věci důkazy, které by dokládaly, že dotčená ochranná známka vykazuje nízkou rozlišovací způsobilost. Konkrétně na rozdíl od výše

zmíněné věci nebylo prokázáno, že dotčená ochranná známka představuje jednoduchý a obyčejný tvar, který se podstatně neliší od tvarů běžně užívaných v odvětví obuvi, nebo že bude vnímána výlučně jako dekorativní nebo posilující prvek pro označené výrobky.

74 Je mimoto třeba dodat, že již bylo konstatováno, že dotčená ochranná známka byla mnohokrát užívána v podobě, která je totožná nebo velmi podobná zapsané podobě, což umožňuje prokázat skutečné užívání této ochranné známky i za předpokladu, že by její rozlišovací způsobilost byla poměrně nízká. Kromě toho je třeba uvést, že pokud by tvrzení žalobkyně mělo být chápáno jako směřující ke zpochybnění rozlišovací způsobilosti dotčené ochranné známky, stačí konstatovat, že se jedná o tvrzení, které není relevantní v rámci řízení o zrušení, v němž nemůže být zpochybněna samotná platnost dotčené ochranné známky.

75 Ostatně je třeba dodat, že rozlišovací způsobilost dotčené ochranné známky byla rovněž konstatována Juzgado de marca comunitaria d'Alicante (soud pro ochranné známky Společenství v Alicante), v rozsudku ze dne 31. července 2007, Munich SL, Berneda SL a Bernher SL v. Umbro SL a Umbro Int. Ltd, na který odkazuje jak odvolací senát v bodě 29 napadeného rozhodnutí, tak vedlejší účastnice v bodě 13 spisu vedlejšího účastníka, a je v něm dokonce obsažen závěr, že dotčená ochranná známka mohla být ve Španělsku považována za silnou nebo vykazující vysokou rozlišovací způsobilost v odvětví sportovní obuvi.

76 Je tudíž třeba zamítnout rovněž druhý a třetí žalobní důvod, a žalobu tedy zamítnout v plném rozsahu.

K nákladům řízení

77 Podle čl. 134 odst. 1 jednacího řádu Tribunálu se účastníku řízení, který neměl úspěch ve věci, uloží náhrada nákladů řízení, pokud to účastník řízení, který měl ve věci úspěch, požadoval.

78 Vzhledem k tomu, že EUIPO a vedlejší účastnice požadovaly náhradu nákladů řízení a žalobkyně neměla ve věci úspěch, je důvodné posledně uvedené uložit náhradu nákladů řízení.

Z těchto důvodů

TRIBUNÁL (čtvrtý senát),

rozhodl takto:

1) Žaloba se zamítá.

2) Společnosti Deichmann SE se ukládá náhrada nákladů řízení vynaložených Úřadem Evropské unie pro duševní vlastnictví (EUIPO) a společností Munich, SL.

Kanninen Schwarcz Iliopoulos

Takto vyhlášeno na veřejném zasedání v Lucemburku dne 17. ledna 2018.

Podpisy.