Teismo praktikos rinkinys

BENDROJO TEISMO (ketvirtoji kolegija) SPRENDIMAS

2018 m. sausio 17 d.*

„Europos Sąjungos prekių ženklas – Registracijos panaikinimo procedūra – Vaizdinis Europos Sąjungos prekių ženklas, vaizduojantis kryžių sportbačio šone – Pozicinis prekių ženklas – Prekių ženklo naudojimas iš tikrųjų – Reglamento (EB) Nr. 207/2009 15 straipsnio 1 dalis ir 51 straipsnio 1 dalies a punktas (dabar Reglamento (ES) 2017/1001 18 straipsnio 1 dalis ir 58 straipsnio 1 dalies a punktas)“

Byloje T-68/16

Deichmann SE, įsteigta Esene (Vokietija), atstovaujama advokato C. Onken,

ieškovė,

prieš

Europos Sąjungos intelektinės nuosavybės tarnybą (EUIPO), atstovaujamą D. Gája,

atsakovę,

kita procedūros EUIPO apeliacinėje taryboje šalis, įstojusi į bylą Bendrajame Teisme,

Munich, SL, įsteigta Capellades (Ispanija), atstovaujama advokatų J. Güell Serra ir M. del Mar Guix Vilanova,

dėl ieškinio, pareikšto dėl 2015 m. gruodžio 4 d. EUIPO ketvirtosios apeliacinės tarybos sprendimo (byla R 2345/2014-4), susijusio su registracijos panaikinimo procedūra tarp *Deichmann* ir *Munich*,

BENDRASIS TEISMAS (ketvirtoji kolegija),

kurį sudaro pirmininkas H. Kanninen, teisėjai J. Schwarcz (pranešėjas) ir C. Iliopoulos,

posėdžio sekretorė X. Lopez Bancalari, administratorė,

susipažinęs su ieškiniu, pateiktu Bendrojo Teismo kanceliarijai 2016 m. vasario 15 d.,

susipažinęs su EUIPO atsakymu į ieškinį, pateiktu Bendrojo Teismo kanceliarijai 2016 m. balandžio 11 d.,

susipažinęs su įstojusios į bylą šalies atsakymu į ieškinį, pateiktu Bendrojo Teismo kanceliarijai 2016 m. liepos 29 d.,

įvykus 2017 m. birželio 27 d. posėdžiui,

* Proceso kalba: anglų.

priima šį

Sprendimą

Ginčo aplinkybės

1 2002 m. lapkričio 6 d. įstojusi į bylą šalis *Munich, SL* pagal 1993 m. gruodžio 20 d. Tarybos reglamentą (EB) Nr. 40/94 dėl Bendrijos prekių ženklo (OL L 11, 1994, p. 1; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 17 sk., 1 t., p. 146), pakeistą 2009 m. vasario 26 d. Tarybos reglamentu (EB) Nr. 207/2009 dėl Bendrijos prekių ženklo (OL L 78, 2009, p. 1), kuris pakeistas 2017 m. birželio 14 d. Tarybos reglamentu (ES) 2017/1001 dėl Europos Sąjungos prekių ženklo (OL L 154, 2017, p. 1), pateikė Europos Sąjungos intelektinės nuosavybės tarnybai (EUIPO) paraišką įregistruoti Europos Sąjungos prekių ženklą.

2 Vaizdinis prekių ženklas, kurį prašyta įregistruoti, yra toks:



3 Prekės, kurioms prašyta įregistruoti prekių ženklą, priklauso peržiūrėtos ir iš dalies pakeistos 1957 m. birželio 15 d. Nicos sutarties dėl tarptautinės prekių ir paslaugų klasifikacijos ženklams registruoti 25 klasei ir apibūdinamos taip: „Sportinė avalynė“.

4 Šis prekių ženklas įregistruotas 2004 m. kovo 24 d. numeriu 2923852.

5 Byloje dėl teisių pažeidimo, kurią įstojusi į bylą šalis pradėjo *Landgericht Düsseldorf* (Diuseldorfo apygardos teismas, Vokietija) prieš ieškovę *Deichmann SE*, pastaroji 2010 m. birželio 29 d. pateikė priešieškinį pagal Reglamento Nr. 207/2009 100 straipsnio 1 dalį, 51 straipsnio 1 dalies a punktą ir 52 straipsnio 1 dalies a punktą (dabar Reglamento 2017/1001 128 straipsnio 1 dalis, 58 straipsnio 1 dalies a punktas ir 59 straipsnio 1 dalies a punktas). *Landgericht Düsseldorf* (Diuseldorfo apygardos teismas) tinkamai pranešė apie priešieškinį EUIPO; ši informacija buvo įrašyta į Europos Sąjungos prekių ženklų registrą pagal Reglamento Nr. 207/2009 100 straipsnio 4 dalį (dabar Reglamento 2017/1001 128 straipsnio 4 dalis). 2010 m. spalio 26 d. *Landgericht Düsseldorf* (Diuseldorfo apygardos teismas) nusprendė sustabdyti ieškinio dėl teisių pažeidimo nagrinėjimą pagal Reglamento Nr. 207/2009 100 straipsnio 7 dalį (dabar Reglamento 2017/1001 128 straipsnio 7 dalis) ir paragino ieškovę per tris mėnesius pateikti EUIPO prašymą panaikinti registraciją ir pripažinti registraciją negaliojančia.

6 2011 m. sausio 26 d. ieškovė pateikė EUIPO prašymą panaikinti nagrinėjamo prekių ženklo registraciją pagal Reglamento Nr. 207/2009 51 straipsnio 1 dalies a punktą todėl, kad penkerius metus iki priešieškinio pateikimo šis prekių ženklas nebuvo iš tikrųjų naudojamas Europos Sąjungoje prekėms, kurioms jis buvo įregistruotas (byla 5141 C, nurodyta šiame ieškinyje). Be to, tą pačią dieną ieškovė pateikė EUIPO prašymą pripažinti nagrinėjamo prekių ženklo registraciją negaliojančia dėl absoliučių pagrindų pagal to paties reglamento 52 straipsnio 1 dalies a punktą (byla 5143 C).

7 2011 m. sausio 31 d. EUIPO paragino įstojusią į bylą šalį pateikti nagrinėjamo prekių ženklo naudojimo įrodymų. 2011 m. balandžio 28 d. įstojusi į bylą šalis pateikė naudojimo įrodymus. Pirmajame priede buvo pateiktos sąskaitos faktūros, kurias 2006 m. sausio 26 d.–2011 m. sausio 26 d. laikotarpiu išrašė *Berneda SA*, t. y. įmonė, susijusi su įstojusia į bylą šalimi, kuriai įstojusi į bylą šalis leido naudoti nagrinėjamą prekių ženklą. Šios sąskaitos faktūros buvo skirtos klientams įvairiose valstybėse narėse ir jose buvo nurodyti konkrečių avalynės modelių numeriai. Įstojusi į bylą šalis pateikė lenteles, skirtas kiekvienai valstybei narei, kuriose parduodamų avalynės modelių numeriai susiejami su atitinkamais įrašais kataloguose, pateiktuose antrajame priede. Šiame priede pateikti bendri ir sezoniniai 2006–2011 m. katalogai, kuriuose matomos batų, kurių modelių numeriai atitinka modelių numerius sąskaitose faktūrose, pateiktose pirmajame priede, nuotraukos. Įstojusi į bylą šalis nurodė, jog manė, kad atitinkamas laikotarpis yra penkerių metų laikotarpis iki prašymo panaikinti registraciją pateikimo EUIPO datos. Tačiau tuo atveju, jei EUIPO manytų, kad atitinkamas laikotarpis yra penkerių metų laikotarpis iki priešieškinio pateikimo *Landgericht Düsseldorf* (Diuseldorfo apygardos teismas), įstojusi į bylą šalis nurodė, kad ji galėtų pateikti papildomų dokumentų, patvirtinančių nagrinėjamo prekių ženklo naudojimą 2005 m. birželio 29 d.–2006 m. sausio 26 d. laikotarpiu. 2011 m. balandžio 29 d. ji pateikė šešių puslapių lentelę, kurioje patvirtinama kiekvienoje sąskaitoje faktūroje nurodyto parduoto batų modelio numerio atitiktis modelio numeriui kataloguose, esančiuose antrajame priede; lentelė susijusi su tam tikromis papildomomis sąskaitomis, kurias įmonė *Berneda* išrašė 2009 m. rugpjūčio 25 d.–2011 m. sausio 26 d. laikotarpiu.

8 2014 m. birželio 25 d. įstojusi į bylą šalis „apsidrausdama“ nurodė, kad ji rėmėsi ir dokumentais, kuriuos ji buvo pateikusi EUIPO vykstant kitai jos nurodytai procedūrai.

9 2014 m. rugpjūčio 7 d. Anuliavimo skyrius patenkino prašymą panaikinti registraciją, paskelbė, kad nagrinėjamo prekių ženklo registracija panaikinama nuo 2011 m. sausio 26 d., ir nurodė įstojusiai į bylą šaliai padengti bylinėjimosi išlaidas. Iš esmės jis manė, kad pateikti įrodymai neįrodo minėto prekių ženklo naudojimo iš tikrųjų atitinkamu laikotarpiu; nepaaiškinęs priežasčių, atitinkamu laikotarpiu jis laikė penkerių metų laikotarpį iki prašymo panaikinti registraciją pateikimo EUIPO datos. Anuliavimo skyrius manė, kad pateikti įrodymai susiję su naudojimu tokiomis formomis, kurios skiriasi nuo nagrinėjamo prekių ženklo elementais, keičiančiais skiriamąjį požymį, kaip tai suprantama pagal Reglamento Nr. 207/2009 15 straipsnio 1 dalies a punktą (dabar Reglamento 2017/1001 18 straipsnio 1 dalis).

10 2014 m. rugsėjo 10 d. įstojusi į bylą šalis dėl Anuliavimo skyriaus sprendimo pateikė apeliaciją.

11 2015 m. gruodžio 4 d. sprendimu (toliau – ginčijamas sprendimas) EUIPO ketvirtoji apeliacinė taryba panaikino Anuliavimo skyriaus sprendimą ir atmetė prašymą panaikinti registraciją. Iš esmės ji nurodė, kad naudojimo įrodymai patvirtina nagrinėjamo prekių ženklo naudojimą prie 25 klasės priskiriamai sportinei avalynei atitinkamu laikotarpiu, kurį ji apibrėžia kaip penkerių metų laikotarpį iki priešieškinio pateikimo datos, t. y. 2005 m. birželio 29 d.–2010 m. birželio 28 d. laikotarpiu (toliau – atitinkamas laikotarpis).

12 Konkrečiai kalbant, dėl nagrinėjamo prekių ženklo pobūdžio Apeliacinė taryba, pažymėjusi, kad jį sudaro šio sprendimo 2 punkte pateiktas grafinis vaizdas, ir išsamiai jį aprašiusi, nusprendė, jog „kadangi grafinis vaizdas apibrėžia prekių ženklą, atsakymas į klausimą, ar tai yra pozicinis, ar vaizdinis prekių ženklas, nesvarbus“. Apeliacinės tarybos nuomone, poziciniai prekių ženklai artimi vaizdinių ir erdvinių prekių ženklų kategorijai, nes jie skirti prekės paviršiui žymėti vaizdiniais arba erdviniais elementais. Nustatant prekių ženklo apsaugos apimtį lemiamas veiksnys yra ne susijusio žymens pripažinimas vaizdiniu, erdviniu arba poziciniu žymeniu, bet tai, kaip atitinkama visuomenė suvoks prekių ženklą susijusių prekių atveju. Tokiam prekių ženklo suvokimui įtakos gali turėti tokio žymens, koks jis buvo įregistruotas, pobūdis. Apeliacinės tarybos nuomone, nagrinėjamas prekių ženklas „skirtas apsaugoti tam tikram kryžiaus formos motyvui, esančiam juo žymimos prekės, t. y. sportbačio, konkrečioje paviršiaus dalyje“. Apeliacinė taryba manė, kad nagrinėjamas prekių ženklas negali būti atsietas nuo tam tikros šios prekės dalies, t. y. viršutinės sportbačio dalies, formos.

13 Tada Apeliacinė taryba išanalizavo įstojusios į bylą šalies pateiktus įrodymus, kuriuos sudaro daug sąskaitų faktūrų ir prekių katalogų, ir iš to padarė išvadą, kad visi kartu jie patvirtina nagrinėjamo prekių ženklo naudojimą iš tikrųjų, t. y. jo realų komercinį eksploatavimą, kiek jis susijęs su naudojimo apimtimi, trukme, geografiniu paplitimu ir pobūdžiu. Pastaruoju klausimu Apeliacinė taryba konstatavo, kad negali būti pritarta Anuliavimo skyriaus išvadai, jog paveikslėliuose, esančiuose įstojusios į bylą šalies pateiktuose kataloguose, vaizduojami skirtingų rūšių sportbačiai, ant kurių matomos skirtingos susikertančios linijos, keičiančios nagrinėjamo prekių ženklo skiriamąjį požymį. Priešingai, Apeliacinės tarybos nuomone, naudojamo prekių ženklo ir nagrinėjamo prekių ženklo skirtumai yra „nežymūs, vos pastebimi arba visai nematomi“. Apeliacinė taryba manė, kad šios bylos aplinkybėmis ji galėjo, siekdama nustatyti nagrinėjamo prekių ženklo naudojimą iš tikrųjų, atsižvelgti į spalvotus elementus, nors prekių ženklas buvo įregistruotas juodos ir baltos spalvų.

14 Pagaliau Apeliacinė taryba rėmėsi tam tikrais papildomais jos išvadas patvirtinančiais įrodymais, t. y. 2007 m. liepos 31 d. *Juzgado de marca comunitaria d'Alicante* (Alikantės Bendrijos prekių ženklų teismas, Ispanija) sprendimu, kuriame „patvirtinama, jog nagrinėjamas prekių ženklas laikomas stipriu ir turinčiu gerą vardą sportbačių srityje Ispanijoje“, arba kitais įrodymais, susijusiais su laikotarpiu po 2010 m. birželio 28 d., kurie įrodo „bendrą nuolatinio ir nenutrūkstamo naudojimo, kuris nustatytas atitinkamu laikotarpiu, tendenciją“.

Šalių reikalavimai

15 Ieškovė Bendrojo Teismo prašo:

– panaikinti ginčijamą sprendimą,

– priteisti iš EUIPO ir įstojusios į bylą šalies bylinėjimosi išlaidas.

16 EUIPO Bendrojo Teismo prašo:

– atmesti ieškinį,

– priteisti iš ieškovės bylinėjimosi išlaidas.

17 Įstojusi į bylą šalis Bendrojo Teismo prašo:

– atmesti ieškinį,

– patvirtinti ginčijamą sprendimą,

– priteisti iš ieškovės bylinėjimosi išlaidas.

Dėl teisės

18 Grįsdama ieškinį ieškovė remiasi trimis pagrindais. Pirmasis pagrindas susijęs su Reglamento Nr. 207/2009 51 straipsnio pažeidimu dėl to, kad Apeliacinė taryba klaidingai įvertino nagrinėjamo prekių ženklo dalyką ir nusprendė, kad atsakymas į klausimą, ar tai yra vaizdinis, ar pozicinis prekių ženklas, nesvarbus. Antrasis pagrindas susijęs su to paties reglamento 51 straipsnio 1 dalies ir 15 straipsnio 1 dalies pažeidimu, kadangi nustatydama, ar nagrinėjamas prekių ženklas buvo naudojamas tokia forma, kokia jis buvo įregistruotas, ar tokia forma, kuri nekeičia jo skiriamojo požymio, Apeliacinė taryba palygino tik jo dalį, t. y. dvi susikertančias juostas, su juostelėmis ant

sportinės avalynės, kuria tariamai prekiavo įstojusi į bylą šalis. Trečiasis pagrindas susijęs su Reglamento Nr. 207/2009 51 straipsnio 1 dalies pažeidimu dėl to, kad nebuvo įrodyta, jog batų modeliais, kuriais grindžiamas ginčijamas sprendimas, prekiavo įstojusi į bylą šalis.

19 Reikia konstatuoti, kad remdamasi šiais pagrindais ieškovė iš esmės nurodo, jog Apeliacinė taryba suklydo dėl paties nagrinėjamo prekių ženklo dalyko, ir tvirtina, kad šis prekių ženklas nebuvo naudojamas tokia forma, kokia jis buvo įregistruotas, t. y. kaip ji mano, jis nebuvo naudojamas kaip sportbačio be pado su dviem susikertančiomis juostomis šone kontūro vaizdas.

20 Dėl ieškovės tvirtinimų, kuriuos ji pateikė dėl antrojo ir trečiojo pagrindų, šie pagrindai bus nagrinėjami kartu išnagrinėjus pirmąjį pagrindą.

21 Be to, kadangi įstojusi į bylą šalis prašo, be kita ko, patvirtinti ginčijamą sprendimą, reikia nurodyti, jog „ginčijamo sprendimo patvirtinimas“ prilygsta ieškinio atmetimui, todėl antrasis reikalavimas, kuriuo įstojusi į bylą šalis iš esmės siekia, kad ieškinys būtų atmestas, sutampa su pirmuoju reikalavimu (šiuo klausimu žr. 2016 m. vasario 5 d. Sprendimo *Kicktipp / VRDT – Italiana Calzature (kicktipp)*, T-135/14, EU:T:2016:69, 19 punktą (nepaskelbtas Rink.) ir nurodytą jurisprudenciją).

Dėl pirmojo pagrindo

22 Ieškovės nuomone, nagrinėjamas prekių ženklas nebuvo įregistruotas kaip priskiriamas prie „kitų“ prekių ženklų kategorijos ir negali būti laikomas pozicinių prekių ženklu, o gali būti laikomas tik vaizdiniu prekių ženklu. Jį apibrėžia jo grafinis vaizdas, matomas jo registracijos pažymėjime, o „visuomenės suvokimas“ šiuo atžvilgiu nėra lemiamas. Jos nuomone, negalima pripažinti, kad tai yra „bet koks įprastas sportbatis“ ar batas „su padais“. Jokia konkreti išvada neišplaukia iš fakto, kad bato paveikslėlio kontūras, sudarantis nagrinėjamą prekių ženklą, pavaizduotas brūkšnine linija. Be to, ieškovės nuomone, įstojusios į bylą šalies nuoroda į tai, kad EUIPO pripažino ispaniško pozicinio prekių ženklo, įregistruoto numeriu 1658216, pirmumą nagrinėjamo prekių ženklo atžvilgiu, nedaro įtakos šio ginčo sprendimui. 2016 m. rugsėjo 5 d. prašyme surengti posėdį ieškovė nurodė 2016 m. liepos 6 d. EUIPO ketvirtosios apeliacinės tarybos sprendimą (byla R 408/2015-4). Ji tvirtino, kad ta byla analogiška šiai bylai ir kad prekių ženklas, kurį sudaro dvi lygiagrečios linijos, kelis kartus keičiančios kryptį, esančios sportbačio šone, buvo laikomos vaizdiniu prekių ženklu, o ne pozicinių prekių ženklu. Per posėdį ieškovė nurodė, kad jos nuoroda į minėtą sprendimą yra priimtina, nes šis sprendimas paskelbtas proceso kalba, t. y. anglų kalba, EUIPO interneto svetainėje.

23 EUIPO ir įstojusi į bylą šalis ginčija ieškovės argumentus. Per posėdį įstojusi į bylą šalis, be kita ko, nurodė, kad ieškovės nuoroda į 2016 m. liepos 6 d. Apeliacinės tarybos sprendimą yra nepriimtina, nes, pirma, jis visas nebuvo pateiktas proceso kalba ir, antra, ieškovė nepakankamai paaiškino priežastis, dėl kurių turėtų būti atsižvelgta į minėtą sprendimą šiuo atveju.

24 Pagal Reglamento Nr. 207/2009 51 straipsnio 1 dalies a punktą Europos Sąjungos prekių ženklo savininko teisės paskelbiamos panaikintomis padavus EUIPO prašymą arba priešieškinį teisių pažeidimo byloje, jeigu penkerius metus iš eilės prekių ženklas Sąjungoje iš tikrųjų nebuvo naudojamas prekėms arba paslaugoms, kurioms jis buvo įregistruotas, žymėti ir nėra rimtų priežasčių jo nenaudoti.

25 Pagal 1995 m. gruodžio 13 d. Komisijos reglamento (EB) Nr. 2868/95, skirto įgyvendinti Tarybos reglamentą Nr. 40/94 dėl Bendrijos prekių ženklo (OL L 303, 1995, p. 1; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 17 sk., 1 t., p. 189) (dabar 2017 m. gegužės 18 d. Komisijos deleguotasis reglamentas (ES) 2017/1430, kuriuo papildomas Tarybos reglamentas (EB) Nr. 207/2009 dėl Europos Sąjungos prekių ženklo ir panaikinami Komisijos reglamentai (EB) Nr. 2868/95 ir (EB) Nr. 216/96 (OL L 205, 2017, p. 1)), 22 taisyklės 3 ir 4 dalis, taikomas panaikinimo procedūroms pagal to paties reglamento 40 taisyklės 5 dalį (dabar Reglamento Nr. 2017/1430 19 straipsnio 1 dalis), naudojimui įrodyti

reikalingus įrodymus sudaro duomenys apie prekių ženklo naudojimo vietą, laiką, apimtį bei pobūdį ir paprastai juos sudaro pateikiami patvirtinamieji dokumentai ir daiktai, pavyzdžiui, pakuotės, etiketės, kainoraščiai, katalogai, sąskaitos faktūros, fotografijos, laikraščių skelbimai ir raštiški pareiškimai, kaip nurodyta Reglamento Nr. 207/2009 78 straipsnio 1 dalies f punkte (dabar Reglamento 2017/1001 97 straipsnio 1 dalies f punktas).

26 Aiškinant naudojimo iš tikrųjų sąvoką reikia atsižvelgti į tai, kad reikalavimo iš tikrųjų naudoti prekių ženklą *ratio legis* nesiekiama nei įvertinti komercinės sėkmės, nei kontroliuoti įmonės ekonominės strategijos ar suteikti prekių ženklų apsaugos tik didelio masto komercinio prekių ženklų naudojimo atveju (žr. 2007 m. rugsėjo 27 d. Sprendimo *La Mer Technology / VRDT – Laboratoires Goëmar (LA MER)*, T-418/03, nepaskelbtas Rink., EU:T:2007:299, 53 punktą ir nurodytą jurisprudenciją).

27 Iš teismo praktikos matyti, kad prekių ženklas naudojamas iš tikrųjų, kai jis naudojamas pagal savo pagrindinę funkciją – užtikrinti prekių ar paslaugų, kurioms registruotas, kilmės tapatybę šių prekių ir paslaugų realizavimo rinkos sukūrimo ar išsaugojimo tikslais, išskyrus simbolinį naudojimą, kurio vienintelis tikslas – išsaugoti prekių ženklo suteikiamas teises. Be to, naudojimo iš tikrųjų sąlyga reikalauja, kad prekių ženklas būtų naudojamas viešai ir skirtas išorei toks, koks jis yra saugomas atitinkamoje teritorijoje (žr. 2004 m. spalio 6 d. Sprendimo *Vitakraft-Werke Wührmann / VRDT – Krafft (VITAKRAFT)*, T-356/02, EU:T:2004:292, 26 punktą ir nurodytą jurisprudenciją).

28 Nustatant, ar prekių ženklas yra naudojamas iš tikrųjų, reikia atsižvelgti į susijusių faktų ir aplinkybių visumą, tinkamą nustatyti jo komercinio naudojimo realumui, ypač jo naudojimo tam tikrame ekonomikos sektoriuje, siekiant išlaikyti ar įgyti prekių ženklu saugomų prekių ar paslaugų rinkos dalį, pagrįstumui, prekių ar paslaugų pobūdžiui, rinkos ypatybėms, prekių ženklo naudojimo apimčiai ir dažnumui (žr. 2008 m. rugsėjo 10 d. Sprendimo *Boston Scientific / VRDT – Terumo (CAPIO)*, T-325/06, nepaskelbtas Rink., EU:T:2008:338, 30 punktą ir nurodytą jurisprudenciją).

29 Be to, įrodinėjant, jog prekių ženklas iš tikrųjų buvo naudojamas, negalima remtis tikimybėmis ar daryti prielaidų; turi būti remiamasi konkrečiais ir objektyviais įrodymais, patvirtinančiais, kad atitinkamoje rinkoje prekių ženklas buvo naudojamas iš tikrųjų ir pakankamai (žr. 2009 m. rugsėjo 23 d. Sprendimo *Cohausz / VRDT – Izquierdo Faces (acopat)*, T-409/07, nepaskelbtas Rink., EU:T:2009:354, 36 punktą ir nurodytą jurisprudenciją). Reikia atlikti visapusį vertinimą, kai atsižvelgiama į visus svarbius konkretaus atvejo veiksnius, kuris reiškia, jog tarp veiksnių, į kuriuos atsižvelgiama, egzistuoja tam tikra tarpusavio priklausomybė (žr. 2011 m. sausio 18 d. Sprendimo *Advance Magazine Publishers / VRDT – Capela & Irmãos (VOGUE)*, T-382/08, nepaskelbtas Rink, EU:T:2011:9, 30 punktą ir nurodytą jurisprudenciją).

30 Primintina, kad neįmanoma abstrakčiai *a priori* nustatyti, kokia kiekybinė riba turi būti pasirinkta vertinant, ar prekių ženklas naudojamas iš tikrųjų, ir kad *de minimis* taisyklė, kuri neleistų EUIPO arba, jei pateikiamas ieškinys, Bendrajam Teismui vertinti visų nurodytų ginčo aplinkybių, negali būti nustatyta. Taigi, kai juo siekiama realaus komercinio tikslo, net ir minimalus naudojimas gali būti pakankamas, kad būtų nustatytas naudojimo iš tikrųjų egzistavimas (2006 m. gegužės 11 d. Sprendimo *Sunrider / VRDT*, C-416/04 P, EU:C:2006:310, 72 punktas).

31 Galiausiai reikia paaiškinti, jog pagal Reglamento Nr. 207/2009 15 straipsnio 1 dalies antros pastraipos a punktą (dabar Reglamento 2017/1001 18 straipsnio 1 dalies antros pastraipos a punktas) Europos Sąjungos prekių ženklo naudojimo iš tikrųjų įrodymas apima ir ankstesnio prekių ženklo naudojimą tokia forma, kurios atskiri elementai skiriasi, tačiau nekeičia šio prekių ženklo (tokios formos, kokios jis buvo įregistruotas) skiriamojo požymio.

32 Dėl prekių ženklo pripažinimo „poziciniu“ prekių ženklu pažymėtina, kad nei Reglamente Nr. 207/2009, nei Reglamente Nr. 2868/95 tokie prekių ženklai nenurodyti kaip atskira prekių ženklų kategorija. Tačiau kadangi Reglamento Nr. 207/2009 4 straipsnyje (dabar – Reglamento 2017/1001 4 straipsnis) nepateikiamas išsamus žymenų, galinčių sudaryti Europos Sąjungos prekių

ženklus, sąrašas, ši aplinkybė neturi reikšmės nagrinėjant galimybę registruoti „pozicinius prekių ženklus“ (šiuo klausimu žr. 2010 m. birželio 15 d. Sprendimo *X Technology Swiss / VRDT (Oranžinė kojinės pirštų galų spalva)*, T-547/08, EU:T:2010:235, 19 punktą).

33 Be to, aišku, kad „poziciniai prekių ženklai“ artimi vaizdinių ir erdvinių prekių ženklų kategorijai, nes jie skirti prekės paviršiui žymėti vaizdiniais arba erdviniais elementais (šiuo klausimu žr. 2010 m. birželio 15 d. Sprendimo *Oranžinė kojinės pirštų galų spalva*, T-547/08, EU:T:2010:235, 20 punktą). Iš tos pačios jurisprudencijos matyti, kad, vertinat prekių ženklo skiriamąjį požymį, „pozicinio prekių ženklo“ kvalifikavimas kaip vaizdinio ar erdvinio prekių ženklo arba kaip atskiros prekių ženklų kategorijos neturi reikšmės (2010 m. birželio 15 d. Sprendimo *Oranžinė kojinės pirštų galų spalva*, T-547/08, EU:T:2010:235, 21 punktas).

34 Be to, reikia nurodyti, jog jurisprudencijoje pripažįstama galimybė, kad vaizdiniai prekių ženklai iš tikrųjų yra „poziciniai“ prekių ženklai (šiuo klausimu žr. 2013 m. balandžio 18 d. Sprendimo *Colloseum Holding*, C-12/12, EU:C:2013:253, 13 punktą ir 2010 m. rugsėjo 28 d. Sprendimo *Rosenruist / VRDT (Dviejų sukryžiuotų lenktų linijų ant kišenės vaizdas)*, T-388/09, nepaskelbtas Rink., EU:T:2010:410, 2 ir 17 punktus).

35 Šiuo atveju pirmiausia reikia konstatuoti, kad registracijos paraiškos anketoje įstojusi į bylą šalis aiškiai nurodė, jog prašo įregistruoti vaizdinį prekių ženklą, ir pažymėjo atitinkamą laukelį, o ne laukelius, skirtus „žodiniams“, „erdviniams“ ar „kitiems“ prekių ženklams. Taip pat reikia nurodyti, jog nebuvo tvirtinama ir iš bylos medžiagos nematyti, kad nagrinėjamo prekių ženklo paraiškos pateikimo dieną Europos Sąjungos prekių ženklų registracijos paraiškos anketose buvo langelis, skirtas vadinamiesiems „poziciniams“ prekių ženklams. Be to, neginčijama, kad nagrinėjamą prekių ženklą buvo prašyta įregistruoti tik prekėms „sportinė avalynė“. Įmanoma nustatyti tam tikrą ryšį tarp nagrinėjamo prekių ženklo ir prekių, kurioms jis skirtas, išvaizdos, nes minėto prekių ženklo grafika ypatinga – kryžius sportbačio šone; reikia patikslinti, kad tikslių sportbačio kontūrų neprašoma įregistruoti kaip prekių ženklo, nes jie vaizduojami brūkšnine linija. Be to, reikia nurodyti, kad nagrinėjamas kryžius sudaro spalvinį kontrastą su pačiu sportbačiu ir yra žemiau raištelių.

36 Priešingai, nei tvirtina ieškovė, faktas, kad registruojant nagrinėjamą prekių ženklą buvo pažymėtas langelis „vaizdinis prekių ženklas“, nereiškia, jog šis prekių ženklas tuo pat metu negali būti laikomas „poziciniu“ prekių ženklu. Šiuo klausimu reikia atsižvelgti į tai, jog jo grafinį vaizdą sudaro aiškiomis linijomis nupieštas elementas, kurį prašoma apsaugoti, ir brūkšnine linija nubrėžti nagrinėjamų prekių, kurios žymimos šiuo elementu, kontūrai. Be to, reikia nurodyti, kad šiai bylai svarbią datą nebuvo formalaus reikalavimo prie prekių ženklo registracijos paraiškos anketos pridėti žodinio aprašymo, kad šį prekių ženklą būtų galima laikyti „poziciniu“ prekių ženklu. Tačiau primintina, kad nagrinėjamas prekių ženklas, net ir laikomas priskirtinu prie šios rūšies prekių ženklų, išlieka ir vaizdinis prekių ženklas.

37 Per posėdį ieškovė nurodė EUIPO gaires dėl Europos Sąjungos prekių ženklų nagrinėjimo praktikos siekdama iš esmės pagrįsti, kad būtina, kalbant apie „pozicinius“ prekių ženklus, pirma, pateikti prekių ženklo aprašymą, patikslinant jo vietą ant nagrinėjamos prekės, ir, antra, aiškiai nurodyti, kad tai yra „pozicinis“ prekių ženklas. Taigi šiuo klausimu reikia nurodyti, nesant būtinybės įvertinti, ar minėta nuoroda buvo pateikta į EUIPO gaires, galiojusias nagrinėjamo prekių ženklo registracijos paraiškos pateikimo dieną, kad pagal jurisprudenciją tokios gairės nėra teisės aktai, į kuriuos privaloma atsižvelgti aiškinant Sąjungos teisės nuostatas (šiuo klausimu žr. 2012 m. gruodžio 19 d. Sprendimo *Leno Merken*, C-149/11, EU:C:2012:816, 48 punktą).

38 Kaip papildomą informaciją, leidžiančią manyti, kad nagrinėjamas prekių ženklas yra „pozicinis“ prekių ženklas, reikia paminėti tai, kad, kaip Bendrajame Teisme teisingai nurodė EUIPO ir įstojusi į bylą šalis, įstojusi į bylą šalis rėmėsi pirmumu, pagrįstu ispanišku prekių ženklu Nr. 1658216, kurio paraiška

pateikta 1991 m. rugsėjo 27 d. ir kuris įregistruotas 1992 m. birželio 5 d.; šio prekių ženklo grafinis vaizdas tapatus nagrinėjamam prekių ženklui ir jis, be to, apima aprašymą, kuriame patikslinama, jog prekių ženklą sudaro sportbačio šone esantis kryžius.

39 Reikia išanalizuoti ieškovės tvirtinimą, pagal kurį Apeliacinė taryba nagrinėjamą prekių ženklą aiškino kaip apimantį elementus, kurie nėra jo dalis ir kurie pridedami „pagal kiekvieno pasirinkimą“, pavyzdžiui, padus, o tai nesuderinama su reikalavimais, išplaukiančiais, be kita ko, iš 2002 m. gruodžio 12 d. Sprendimo *Sieckmann* (C-273/00, EU:C:2002:748) 48–55 punktų ir susijusiais su grafiniu prekių ženklo vaizdu.

40 Šiuo klausimu pakanka konstatuoti, kad šiuo atveju tiesiogiai iš nagrinėjamo prekių ženklo grafinio vaizdo pakankamai tiksliai galima daryti išvadą, jog apsaugos buvo prašyta tik kryžiui, kurį sudaro dvi juodos juostelės, pavaizduotos ištisinėmis linijomis. Tačiau „brūkšninė“ linija, sudaranti sportbačio ir jo raiščių kontūrus, turi būti suprantama kaip leidžianti nurodyti minėto kryžiaus vietą. Taip yra neatsižvelgiant į prie minėtų batų pritvirtintų padų rūšį, nesvarbu, ar jie įprasti, ar rantuoti, kaip ginčijamo sprendimo 20 punkte teisingai konstatavo Apeliacinė taryba.

41 Reikia nurodyti, kad būtent taip brūkšninė linija paprastai naudojama panašiose situacijose, t. y. kalbant apie įvairias prekes, žymimas prekių ženklu, tiksliai nenurodant minėtų prekių viso kontūro arba kitų jų savybių (2007 m. vasario 7 d. Sprendimas *Kustom Musical Amplification / VRDT (Gitaros forma)*, T-317/05, EU:T:2007:39; pagal analogiją 2011 m. birželio 14 d. Sprendimo *Sphere Time / VRDT – Punch (Prie dirželio pritvirtintas laikrodis)*, T-68/10, EU:T:2011:269, 62–64 punktai; 2014 m. vasario 26 d. Sprendimas *Sartorius Lab Instruments / VRDT (Geltonas apskritimo lankas ekrano apačioje)*, T-331/12, EU:T:2014:87, ir 2014 m. kovo 14 d. Sprendimas *Lardini / VRDT (Prie apykaklės pritvirtinta gėlė)*, T-131/13, nepaskelbtas Rink., EU:T:2014:129; taip pat šiuo klausimu žr. 2015 m. gruodžio 4 d. Sprendimą *K-Swiss / VRDT (Lygiagrečių dryžių ant bato vaizdas)*, T-3/15, nepaskelbtas Rink., EU:T:2015:937, ir pagal analogiją 2015 m. gegužės 21 d. Sprendimą *adidas / VRDT – Shoe Branding Europe (Dvi lygiagrečios juostelės ant bato)*, T-145/14, nepaskelbtas Rink., EU:T:2015:303).

42 Šiuo atveju brūkšninė linija naudojama tam, kad būtų lengviau suprasti, jog nagrinėjamu prekių ženklu siekiama apsaugoti tik ištisine linija pavaizduotą kryžių, esantį konkrečioje vietoje ant sportbačio. Be to, iš 2013 m. lapkričio 12 d. Sprendimo *Gamesa Eólica / VRDT – Enercon (Žali atspalviai)* (T-245/12, nepaskelbtas Rink., EU:T:2013:588, 38 punktas) matyti, kad jokia taisyklė neįpareigoja žymens kontūrų pavaizduoti brūkšnine linija siekiant nurodyti, kad minėti kontūrai nėra apsaugos dalykas. Tokios brūkšninės linijos naudojimas šiuo atveju gali būti aiškinamas kaip leidžiantis geriau atriboti tai, kas sudaro nagrinėjamą prekių ženklą.

43 Galima daryti išvadą, jog nors nagrinėjamas prekių ženklas skirtas kryžiaus, sudaryto iš dviejų juostelių, pavaizduotų ištisinėmis linijomis, vaizdui apsaugoti, šios apsaugos prašoma ne abstrakčiai, bet dėl nagrinėjamos grafikos naudojimo sportbačio šone, kaip matyti iš registracijos paraiškos anketos, esant spalviniam kontrastui su pačiu batu. Prekių ženklas neskirtas minėto bato formai ir naudojamų padų rūšiai.

44 Tokiomis aplinkybėmis, priešingai, nei tvirtina ieškovė, reikia pažymėti, kad Apeliacinė taryba galėjo teisingai nuspręsti, kad „kadangi grafinis vaizdas apibrėžia prekių ženklą, atsakymas į klausimą, ar tai yra pozicinis, ar vaizdinis prekių ženklas, nesvarbus“ (žr. šio sprendimo 12 punktą). Be to, Apeliacinė taryba teisingai rėmėsi prielaida, kad nagrinėjamas prekių ženklas negali būti atsietas nuo prekės, kuriai jis skirtas, dalies formos, t. y. nuo viršutinės sportbačio dalies, ir kad lemiamas veiksnys jo apsaugos apimties atžvilgiu yra tai, kaip jis suvokiamas remiantis tik tokiu žymeniu, koks buvo įregistruotas.

45 Be to, reikia konstatuoti, kad šios išvados nepaneigia ieškovės nuoroda į 2016 m. liepos 6 d. EUIPO ketvirtosios apeliacinės tarybos sprendimą (byla R 408/2015–4), nes tos bylos faktinės ir teisinės aplinkybės skiriasi nuo atitinkamų aplinkybių šioje byloje.

46 Šiuo klausimu reikia atmesti kaip nepagrįstą įstojusios į bylą šalies kritiką, susijusią su tuo, kad nėra minėto sprendimo vertimo į proceso kalbą, ir tvirtinimą, kad ieškovės nuoroda į minėtą sprendimą nepriimtina. Iš tikrųjų, pirma, 2016 m. rugsėjo 5 d. prašyme surengti posėdį ieškovė tiesiogiai pateikė svarbios sprendimo dalies vertimą į anglų kalbą. Antra, visas šis sprendimas anglų kalba paskelbtas EUIPO interneto svetainėje. Be to, atsakydama į per posėdį pateiktą Bendrojo Teismo klausimą, įstojusi į bylą šalis patvirtino, kad susipažino su minėto sprendimo tekstu.

47 Reikia konstatuoti, kad, kitaip nei šiuo atveju, byloje, kurioje buvo priimtas 2016 m. liepos 6 d. EUIPO ketvirtosios apeliacinės tarybos sprendimas, prekių ženklo paraiškoje buvo nurodyta ne tik „sportinė avalinė“, bet ir kitos 25 klasės prekės, kaip antai „drabužiai, <…> galvos apdangalai, diržai ar pirštinės“. Todėl klausimas, ar prekių ženklas, kurį sudaro grafinis dviejų lygiagrečių linijų, kelis kartus keičiančių kryptį, vaizdas, esantis ant sportbačio šono, yra susijęs su nurodytų prekių forma, kyla kitaip nei šiuo atveju, kai buvo konstatuota, jog nagrinėjamas prekių ženklas negali būti atsietas nuo prekės dalies formos, t. y. nuo viršutinės sportbačio dalies (žr. šio sprendimo 12 ir 44 punktus).

48 Tokiomis aplinkybėmis ieškovės nuoroda į sprendimo, priimto byloje R 408/2015–4, 17 punktą, kuriame buvo nuspręsta, jog prekių ženklas yra vaizdinis, o ne „pozicinis“ prekių ženklas, neleidžia remtis analogija šioje byloje. Reikia pridurti, kad bet kuriuo atveju minėto sprendimo 18 punkte EUIPO apeliacinė taryba nurodė, kad klausimas, ar prašomas įregistruoti prekių ženklas turi būti laikomas poziciniu prekių ženklu, analizei nėra svarbus.

49 Atsižvelgiant į tai, kas išdėstyta, reikia daryti išvadą, jog Apeliacinė taryba šiuo atveju nesuklydo, kai analizavo klausimą, ar sportbačiai, kurių pardavimas buvo patvirtintas įvairiais įrodymais dėl nagrinėjamo prekių ženklo naudojimo iš tikrųjų, turi grafinį elementą, kurį sudaro ypatingas kryžiaus formos motyvas konkrečioje žymimos prekės paviršiaus dalyje, kuris gali būti laikomas tapačiu arba atitinkančiu grafinį elementą, matomą nagrinėjamo prekių ženklo vaizde, pagal Reglamento Nr. 207/2009 15 straipsnio 1 dalies a punktą.

50 Reikia atmesti pirmąjį pagrindą.

Dėl antrojo ir trečiojo pagrindų

51 Remdamasi antruoju pagrindu ieškovė tvirtina, kad Apeliacinė taryba turėjo patikrinti, ar nagrinėjamas prekių ženklas, kurį sudaro viso sportbačio su susikertančiomis juostelėmis vaizdas, buvo naudojamas ant batų, o gal jo naudojimas buvo susietas su batais. Jos nuomone, šio prekių ženklo nėra ant batų, esančių pateiktuose įrodymuose. Ieškovė tvirtina, kad kadangi nagrinėjamas prekių ženklas yra vaizdinis prekių ženklas, prekyba į jį panašiais batais neįrodo šio prekių ženklo naudojimo, nes vidutiniai vartotojai neįpratę spręsti apie prekių kilmę pagal jų formą. Bet kuriuo atveju batai, kuriais realiai prekiavo įstojusi į bylą šalis, gerokai skiriasi nuo bato, kurį vaizduoja nagrinėjamas prekių ženklas. Ieškovė nurodo ir tai, kad nagrinėjamas prekių ženklas neturi skiriamojo požymio arba jis labai silpnas, todėl bet koks skirtingas jo naudojimas pakeistų tokį skiriamąjį požymį.

52 Remdamasi trečiuoju pagrindu ieškovė iš esmės tvirtina, kad nenustatyta, jog batų modeliais REAGEE, TECNO ir AVANT, kuriuos Apeliacinė taryba nurodė ginčijamame sprendime, buvo prekiaujama, net jei atitinkami modeliai yra viename ar keliuose įstojusios į bylą šalies pateiktuose kataloguose. Joks pardavimas nebuvo nustatytas. Paprasčiausio pateikimo kataloge, kurio platinimas nebuvo įrodytas, nepakanka prekių ženklo naudojimui iš tikrųjų įrodyti. Konkrečiai modelis MARCELO yra tik viename 2006 m. kataloge, o tai įrodo daugių daugiausia tai, kad paskutinį kartą šis modelis galėjo būti parduotas 2007 m. sausio mėn. Ieškovės nuomone, tai turėtų leisti manyti, kad Apeliacinės tarybos išvados, jog minėtų įrodymų pakanka prekių ženklo naudojimui iš tikrųjų nustatyti, yra klaidingos.

53 EUIPO ir įstojusi į bylą šalis ginčija ieškovės argumentus.

54 Šiomis aplinkybėmis reikia įvertinti, ar įrodymų, kuriuos įstojusi į bylą šalis pateikė EUIPO, visuma leidžia patvirtinti nagrinėjamo prekių ženklo naudojimą iš tikrųjų pagal šio sprendimo 24–30 punktuose nurodytą jurisprudenciją.

55 Pirmiausia reikia nurodyti, kad ginčijamo sprendimo 17 ir 18 punktuose Apeliacinė taryba, atsižvelgdama į ieškovės prašymų, pateiktų pirmiausia priešieškinio pateikimo procedūroje, o vėliau – EUIPO, tekstą, teisingai nustatė, jog atitinkamas laikotarpis yra penkerių metų laikotarpis iki priešieškinio pateikimo datos, t. y. laikotarpis nuo 2005 m. birželio 29 d. iki 2010 m. birželio 28 d.

56 Šiuo klausimu Apeliacinė taryba teisingai konstatavo, ir tai šiuo atveju neginčijama, kad EUIPO pateiktas prašymas panaikinti registraciją yra tiesioginė priešieškinio, kurį ieškovė pateikė dėl ieškinio, susijusio su teisių pažeidimu, kurį jai pareiškė įstojusi į bylą šalis *Landgericht Düsseldorf* (Diuseldorfo apygardos teismas), pasekmė ir kad bet koks nagrinėjamo prekių ženklo naudojimas po to, kai įstojusiai į bylą šaliai buvo pranešta apie tokį priešieškinį, turi būti vertinamas „itin apdairiai“. Be to, Apeliacinė taryba ginčijamo sprendimo 18 punkte teisingai konstatavo, kad įrodymai, pateikti siekiant patvirtinti nagrinėjamo prekių ženklo naudojimą po atitinkamo laikotarpio, gali tam tikromis sąlygomis turėti įrodomąją galią, jei jie paremia ankstesnius įrodymus ir patvirtina laiko atžvilgiu nuolatinius naudojimo tendenciją ir būdą.

57 Antra, priešingai, nei tvirtina ieškovė, ginčijamo sprendimo 19–30 punktuose Apeliacinė taryba teisingai nusprendė, kad Anuliavimo skyriui pateiktų įrodymų pakanka nagrinėjamo prekių ženklo naudojimui iš tikrųjų įrodyti.

58 Pirmiausia reikia konstatuoti, kad ginčijamo sprendimo 27 punkto trijose pirmose įtraukose nurodyti įrodymai, susiję su įstojusios į bylą šalies ir (arba) susijusių įmonių, kurioms ji leido naudoti prekių ženklą, vykdytu sportbačių modelių MARCELO, MUNDIAL REVOLUTION ir GALES, kurių paveikslėliai pateikti minėto sprendimo 24 punkte ir kurių konkrečias nuorodas Apeliacinė taryba patikslino EUIPO administracinėje byloje, kuri buvo pateikta Bendrajam Teismui, pardavimu, leidžia paremti išvadą, kad nagrinėjamas prekių ženklas buvo naudojamas pakankamai didelėje ir įvairioje teritorijoje, apimančioje kelių Sąjungos valstybių narių teritorijas, tarp jų Ispanijos (įskaitant tokius miestus kaip Madridas, Barselona, Kordoba, Grenada, Taragona, Kadisas, Valensija, Korunja ir Žirona), Italijos, Portugalijos, Danijos, Slovakijos, Prancūzijos ir Vengrijos (iš sąskaitų faktūrų matyti, kad, kalbant apie šias šalis, pardavimai buvo vykdomi keliuose skirtinguose miestuose).

59 Antra, Bendrasis Teismas nurodo, kad pateiktos sąskaitos faktūros, susijusios su šiais sportbačių modeliais, apima kelerius atitinkamo laikotarpio metus ir netgi metus pasibaigus atitinkamam laikotarpiui, kaip ginčijamo sprendimo 30 punkte konstatavo Apeliacinė taryba. Dėl batų modelio MARCELO pateikti įrodymai susiję su 2006–2007 m., o dėl batų modelio MUNDIA pateikti įrodymai susiję su nagrinėjamo prekių ženklo naudojimu 2007–2011 m. Katalogai, kuriuose nurodomi modeliai GALES, susiję su 2006–2011 m.

60 Iš to matyti, kad naudojimas buvo (pakankamai) nuolatinis. Priešingai, nei tvirtina ieškovė, minėtos sąskaitos faktūros įrodo realų, nuolatinį ir nenutrūkstamą naudojimą. Be to, kaip teisingai pažymi Apeliacinė taryba, nors ieškovė laikotarpio, į kurį reikia atsižvelgti, pradžia laiko 2006 m. sausio 26 d., o ne 2005 m. birželio 29 d. (žr. šio sprendimo 7 punktą), kadangi nė vienas įrodymas nesusijęs su atitinkamo laikotarpio, t. y. laikotarpio nuo 2005 m. birželio 29 d. iki 2006 m. sausio 26 d., pradžia, ši aplinkybė yra nesvarbi. Iš suformuotos jurisprudencijos matyti, jog pakanka, kad prekių ženklas būtų iš tikrųjų naudojamas bent dalį atitinkamo laikotarpio (šiuo klausimu žr. 2008 m. gruodžio 16 d. Sprendimo *Deichmann-Schuhe / VRDT – Design for Woman (DEITECH)*, T-86/07, nepaskelbtas Rink., EU:T:2008:577, 52 punktą ir nurodytą jurisprudenciją).

61 Trečia, dėl naudojimo svarbos ginčijamo sprendimo 27 punkte Apeliacinė taryba teisingai konstatavo, kad įrodymai, kaip visuma, patvirtina nagrinėjamo prekių ženklo realų komercinį naudojimą, kuris yra ne simbolinis, bet pakankamai platus ir nuolatinis, kad leistų išsaugoti arba sukurti rinkos dalis prekėms, kurioms taikoma prekių ženklo apsauga.

62 Ginčijamo sprendimo 27 punkte nurodyti skaičiai, kurių tikrumo ieškovė neginčijo Bendrajame Teisme, yra iš sąskaitų faktūrų, siejamų su katalogais. Iš to matyti, jog 2006–2011 m. įstojusi į bylą šalis nuolat parduodavo daug sportbačių, būtent MARCELO, MUNDIAL REVOLUTION ir GALES modelių, ant kurių šono yra kryžiai, kurie nesiskiria arba tik vos skiriasi nuo nagrinėjamo prekių ženklo. Konkrečiai dėl pirmojo modelio, esančio kataloge, pažymėtina, kad buvo parduoda kelios dešimtys batų porų, už kurias gauta bendra suma siekia tūkstančius eurų. Antrasis modelis yra keliuose kataloguose; buvo parduoda keli šimtai šio modelio sportbačių porų, o bendra gauta suma siekia kelis tūkstančius eurų. Pagaliau trečiasis modelis taip pat nurodytas keliuose kataloguose. Šiems sportbačiams, kurių paveikslėlis pateiktas ginčijamo sprendimo 24 punkte, būdingas šone esantis kryžius, sudarantis akivaizdų spalvinį kontrastą su likusios šio bato dalies spalva. Dėl kryžiaus pozicijos ir kitų savybių darytina išvada, jog visi šie trys modeliai patvirtina nagrinėjamo prekių ženklo naudojimą.

63 Žinoma, su nurodytais pardavimais susiję skaičiai nėra itin dideli. Tačiau kartu su katalogais jie patvirtina realų naudojimą, kaip nurodyta ginčijamo sprendimo 28 punkte, kuris atitinka šio sprendimo 26–30 punktuose nurodytą jurisprudenciją. Primintina, kad EUIPO ir, jei pateikiamas ieškinys, Bendrasis Teismas neturi įvertinti komercinės sėkmės ar kontroliuoti ekonominės įmonės strategijos, juo labiau – suteikti prekių ženklų apsaugos tik tais atvejais, kai komercinis jų panaudojimas kiekybiniu požiūriu yra didelio masto.

64 Trečia, reikia įvertinti, ar Apeliacinė taryba teisingai manė, kad visi kartu įstojusios į bylą šalies pateikti įrodymai įrodo, jog buvo naudojamas prekių ženklas, tapatus įregistruotajam arba pakankamai į jį panašus, nepakeičiant jo skiriamojo požymio. Reikia patikslinti, kad neanalizuojama, ar etiketė su nagrinėjamu prekių ženklu buvo ant nagrinėjamų prekių, ir nelyginami batai, parduoti pažymėti tuo pačiu prekių ženklu, kuriame yra brūkšnine linija pavaizduotų elementų.

65 Šiuo klausimu konstatuotina, kad nagrinėjamo prekių ženklo ir variantų, kuriuos įstojusi į bylą šalis naudojo ant sportbačių, skirtumai yra menki. Priešingai, nei tvirtina ieškovė, kryžius, kurį sudaro dvi susikertančios linijos, yra toje pačioje vietoje ir užima tokią pačią poziciją kaip ir nagrinėjamo prekių ženklo grafinis vaizdas, t. y. išorinėje bato pusėje, esančioje nuo pado arba apatinės dalies link raištelių. Kelios kaip įrodymai pateiktos nuotraukos įrodo nagrinėjamą prekių ženklą atitinkantį naudojimą, kai viena iš kryžiaus linijų yra ilgesnė už kitą. Be to, daugelio batų, kurie kaip įrodymai buvo pateikti EUIPO, atveju linijų storis ir pasvyrimas iš esmės atitinka tai, kas matyti nagrinėjamo prekių ženklo grafiniame vaizde.

66 Ant kai kurių kitų batų, kurie pateikti kaip įrodymai, naudota grafika yra beveik tapati, nors naudojamo kryžiaus proporcijos ir spalvos gali skirtis. Tačiau, kaip teisingai tvirtino Apeliacinė taryba, šie elementai nekeičia nagrinėjamo prekių ženklo, kuris įregistruotas juodos ir baltos spalvų, skiriamųjų požymių, jeigu spalva negali būti laikoma vienu iš pagrindinių veiksnių, suteikiančių šiam prekių ženklui skiriamąjį požymį. Konkrečiai šiuo atveju gali būti atsižvelgiama į skirtingų spalvų naudojimą, kadangi išlaikomas fono ir kryžių sudarančių juostelių kontrastas. Faktas, kad kai kurie nagrinėjami batai pavaizduoti kaip „negatyvo“ formos paveikslėliai su baltu, geltonu arba kitokios blyškios spalvos kryžiumi, nekeičia tvirtinimo, kad toks naudojimas vis dar svarbus analizei šioje byloje tiek, kiek kryžius, atsižvelgiant jo į poziciją ir matmenis, atitinka nagrinėjamą prekių ženklą.

67 Tai, kad kai kurie batai turi ir kitų grafinių elementų, kuriuos vartotojai galėtų įsiminti ir kurie galėtų turėti atskirą skiriamąjį požymį, kaip antai padą ar spalvotą užpakalinę bato dalį, kuri skiriasi nuo likusios bato dalies, grifus, kulną, kuris skiriasi savo spalva nuo likusios bato dalies, „krokodilo odos motyvą“, „raudoną liežuvį po raišteliais“, papildomus žodinius elementus, neleidžia paneigti tvirtinimo dėl nagrinėjamo prekių ženklo naudojimo iš tikrųjų.

68 Reikia nurodyti, kad iš jurisprudencijos matyti, jog „naudojimo iš tikrųjų“ sąlyga pagal Reglamento Nr. 207/2009 15 straipsnio 1 dalį gali būti įvykdyta net jeigu vaizdinis Europos Sąjungos prekių ženklas naudojamas tik su kitais elementais, esančiais šalia jo arba netgi ant jo, jeigu minėtas prekių ženklas ir tolia suvokiamas kaip nagrinėjamos prekės kilmės nuoroda (šiuo klausimu žr. 2013 m. liepos 18 d. Sprendimo *Specsavers International Healthcare ir kt.*, C-252/12, EU:C:2013:497, 19–27 punktus ir nurodytą jurisprudenciją).

69 Be to, reikia pridurti, kad šiuo atveju iš pateiktų įrodymų matyti, jog kryžius, naudojamas ant skirtingų batų ir sudarytas iš dviejų susikertančių juostelių, yra aiškiai suvokiamas, neatsižvelgiant į tai, kad gali būti kitų ieškovės nurodytų elementų. Ginčijamo sprendimo 25 punkte Apeliacinė taryba teisingai nusprendė, kad, išskyrus nežymius, vos pastebimus arba nepastebimus skirtumus, kaip antai konkretų kryžiaus juostelių ilgį, jų storį arba tikslų jų pasvyrimo kampą, šio motyvo vaizdas praktiškai tapatus nagrinėjamo prekių ženklo vaizdui. Be to, Bendrajame Teisme EUIPO teisingai tvirtina, kad išskyrus tai, jog ieškovė išvardijo tam tikrus papildomus elementus, esančius ant nuotraukose pavaizduotų batų, ji nepateikė argumentų, kurie paaiškintų, kaip šie elementai keičia nagrinėjamo prekių ženklo skiriamąjį požymį. Kaip tvirtina EUIPO, minėti papildomi elementai neturi nieko bendra su kryžiumi, kuris yra nagrinėjamo prekių ženklo saugomas skiriamasis elementas.

70 Ketvirta, dėl kritikos, kurią ieškovė pateikė remdamasi trečiuoju pagrindu ir kuri susijusi su tariamu įrodymų, pateiktų dėl kai kurių batų modelių, t. y. modelių REAGEE, TECNO ir AVANT, nepakankamumu, konstatuotina, jog ieškovė neginčija fakto, kad šie batų modeliai, kuriuos Apeliacinė taryba taip pat nurodė ginčijamo sprendimo 27 punkte, buvo viename arba keliuose įstojusios į bylą šalies pateiktuose kataloguose. Ieškovės tvirtinimas susijęs tik su tuo, jog niekas nenurodo, kad pardavimai tikrai vyko.

71 Šiuo klausimu konstatuotina, jog į prekių pateikimą kataloguose gali būti atsižvelgiama kaip į papildomą informaciją apie prekių ženklų naudojimą iš tikrųjų, jeigu kalbama apie nagrinėjamo prekių ženklo naudojimą viešai ir išorėje arba bent jau apie pasiruošimą tokiam naudojimui (šiuo klausimu žr. 2004 m. spalio 6 d. Sprendimo *VITAKRAFT*, T-356/02, EU:T:2004:292, 26 punktą ir nurodytą jurisprudenciją ir 2014 m. liepos 4 d. Sprendimo *Construcción, Promociones e Instalaciones / VRDT – Copisa Proyectos y Mantenimientos Industriales (CPI COPISA INDUSTRIAL)*, T-345/13, nepaskelbtas Rink., EU:T:2014:614, 21 punktą). Todėl įrodymai, susiję su modeliais REAGEE, TECNO ir AVANT, negali būti laikomi lemiančiais, tačiau į juos gali būti atsižvelgiama kaip į patvirtinančius faktus, jau analizuotus šio sprendimo 57–63 punktuose.

72 Dėl sportbačių modelio MARCELO jau buvo konstatuota, kad tai, jog įrodymai susiję su 2006–2007 m. laikotarpiu, t. y. santykinai trumpu laikotarpiu, nereiškia, jog tai yra nesvarbūs įrodymai. Priešingai, jie patenka, kaip teisingai konstatavo Apeliacinė taryba, į visumos, leidžiančios konstatuoti nagrinėjamo prekių ženklo naudojimą iš tikrųjų, vertinimą pagal 2008 m. rugsėjo 10 d. Sprendimo *Boston Scientific / VRDT – Terumo (CAPIO)* (T-325/06, nepaskelbtas Rink., EU:T:2008:338), minėto šio sprendimo 28 punkte, 30 punktą.

73 Penkta, dėl ieškovės tvirtinimo, kad nagrinėjamo prekių ženklo skiriamasis požymis yra silpnas, pakanka konstatuoti, jog, priešingai nei byloje, kurioje priimtas 2012 m. balandžio 26 d. Sprendimas *Deichmann / VRDT* (C-307/11 P, nepaskelbtas Rink., EU:C:2012:254, 52 punktas), ieškovės nurodytas per posėdį ir susijęs su kitu grafiniu elementu, t. y. vaizduojančiu sulenktą juostą su brūkšninėmis linijomis, šiuo atveju nėra įrodymų, kurie patvirtintų, jog nagrinėjamam prekių ženklui būdingas silpnas skiriamasis požymis. Kitaip nei nurodytoje byloje, neįrodyta, kad nagrinėjamas prekių ženklas yra paprasta ir banali forma, ryškiai nesiskirianti nuo bendrai batų sektoriuje naudojamų formų, arba kad ji suvokiama tik kaip šiuo prekių ženklu žymimoms prekėms skirtas dekoratyvinis arba sutvirtinimo elementas.

74 Be to, reikia pridurti, jog jau buvo konstatuota, kad nagrinėjamas prekių ženklas kelis kartus buvo naudotas tokia forma, kuri tapati įregistruotajai arba labai į ją panaši, o tai įrodo realų šio prekių ženklo naudojimą, net jeigu jo skiriamasis požymis veikiau silpnas. Be to, jeigu ieškovės tvirtinimą reikia suvokti kaip skirtą bet kokiam nagrinėjamo prekių ženklo skiriamajam požymiui užginčyti, pakanka konstatuoti, jog kalbama apie tvirtinimą, kuris nesvarbus per registracijos panaikinimo procedūras, kuriose prekių ženklo registracijos galiojimas negali būti ginčijamas.

75 Reikia pažymėti, kad nagrinėjamo prekių ženklo skiriamąjį požymį konstatavo ir *Juzgado de marca comunitaria d'Alicante* (Alikantės Bendrijos prekių ženklų teismas) 2007 m. liepos 31 d. Sprendime *Munich SL, Berneda SL ir Bernher SL / Umbro SL ir Umbro Int. Ltd.*), kurį nurodo tiek Apeliacinė taryba ginčijamo sprendimo 29 punkte, tiek ir įstojusi į bylą šalis savo įstojimo į bylą paaiškinimo 13 punkte; minėtame sprendime buvo netgi nuspręsta, kad Ispanijoje nagrinėjamas prekių ženklas gali būti laikomas stipriu arba turinčiu ryškų skiriamąjį požymį sportbačių sektoriuje.

76 Todėl reikia atmesti antrąjį ir trečiąjį pagrindus, taigi ir visą ieškinį.

Dėl bylinėjimosi išlaidų

77 Pagal Bendrojo Teismo procedūros reglamento 134 straipsnio 1 dalį iš pralaimėjusios šalies priteisiamos bylinėjimosi išlaidos, jei laimėjusi šalis to reikalavo.

78 Kadangi ieškovė pralaimėjo bylą, iš jos priteisiamos bylinėjimosi išlaidos pagal EUIPO ir įstojusios į bylą šalies pateiktus reikalavimus.

Remdamasis šiais motyvais,

BENDRASIS TEISMAS (ketvirtoji kolegija)

nusprendžia:

1. **Atmesti ieškinį.**

2. ***Deichmann SE*** **padengia Europos Sąjungos intelektinės nuosavybės tarnybos (EUIPO) ir** ***Munich, SL*** **patirtas bylinėjimosi išlaidas.**

Kanninen Schwarcz Iliopoulos

Paskelbta 2018 m. sausio 17 d. viešame teismo posėdyje Liuksemburge.

Parašai.