Rättsfallssamlingen

TRIBUNALENS DOM (fjärde avdelningen)

den 17 januari 2018*

”EU-varumärke - Upphävandeförfarande - EU-figurmärke som återger ett kors på sidan av en sportsko - Positionsmärke - Verkligt bruk av varumärket - Artikel 15.1 och artikel 51.1 a i förordning (EG) nr 207/2009 (nu artikel 18.1 och artikel 58.1 a i förordning (EU) 2017/1001)”

I mål T-68/16,

Deichmann SE, Essen (Tyskland), företrätt av advokat C. Onken,

klagande,

mot

Europeiska unionens immaterialrättsmyndighet (**EUIPO**) (immaterialrättsmyndigheten) företrädd av D. Gája, i egenskap av ombud,

motpart,

varvid motparten i förfarandet vid immaterialrättsmyndighetens överklagandenämnd, som intervenerat vid tribunalen, är

München, SL, med säte i Capellades (Spanien), företrätt av advokaterna J. Güell Serra och M. del Mar Guix Vilanova,

angående ett överklagande av det beslut som fjärde överklagandenämnden vid immaterialrättsmyndigheten antog den 4 december 2015 (ärende R 2345/2014-4), om ett upphävandeförfarande mellan Deichmann och Munich,

meddelar

TRIBUNALEN (fjärde avdelningen),

sammansatt av ordföranden H. Kanninen samt domarna J. Schwarcz (referent) och C. Iliopoulos,

justitiesekreterare: handläggaren X. Lopez Bancalari,

med beaktande av ansökan som inkom till tribunalens kansli den 15 februari 2016,

med beaktande av immaterialrättsmyndighetens svarsskrivelse som inkom till tribunalens kansli den 11 april 2016,

med beaktande av intervenientens svarsskrivelse som inkom till tribunalens kansli den 29 juli 2016,

* Rättegångsspråk: engelska.

efter förhandlingen den 27 juni 2017,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

1 Den 6 november 2002 ansökte intervenienten Munich, SL, vid Europeiska unionens immaterialrättsmyndighet (EUIPO) (nedan kallad immaterialrättsmyndigheten), om registrering av ett EU-varumärke enligt rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken (EGT L 11, 1994, s. 1), i ändrad lydelse (vilken ersatts av rådets förordning (EG) nr 207/2009 av den 26 februari 2009 om EU-varumärken (EUT L 78, 2009, s. 1), i ändrad lydelse, vilken i sin tur ersatts av Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2017/1001 av den 14 juni 2017 om EU-varumärken (EUT L 154, 2017, s. 1)).

2 Det sökta figurmärket återgavs på följande sätt:



3 Registrering söktes för varor i klass 25 i Niceöverenskommelsen om internationell klassificering av varor och tjänster vid varumärkesregistrering av den 15 juni 1957, med ändringar och tillägg, och motsvarar följande beskrivning: ”Sportskor”.

4 Varumärket registrerades den 24 mars 2004 under nummer 2923852.

5 Till följd av en talan om varumärkesintrång som intervenienten väckt vid Landgericht Düsseldorf (regiondomstolen i Düsseldorf, Tyskland) riktad mot klaganden, Deichmann SE, väckte klaganden den 29 juni 2010 ett genkäromål enligt artikel 100.1, artikel 51.1 a och artikel 52.1 a i förordning (EG) nr 207/2009 (nu artiklarna 128.1, artikel 58.1 a och artikel 59.1 a i förordning (EG) nr 2017/1001). Landgericht Düsseldorf (regiondomstolen i Düsseldorf, Tyskland) underrättade vederbörligen immaterialrättsmyndigheten om genkäromålet. Detta fördes in i registret över EU-varumärken i enlighet med artikel 100.4 i förordning nr 207/2009 (nu artikel 128.4 i förordning 2017/1001). Den 26 oktober 2010 beslutade Landgericht Düsseldorf (regiondomstolen i Düsseldorf, Tyskland) att förklara målet om varuintrång vilande enligt artikel 100.7 i förordning nr 207/2009 (nu artikel 128.7 i förordning 2017/1001) och förelade svaranden att inom tre månader ansöka om upphävande eller ogiltighetsförklaring vid immaterialrättsmyndigheten.

6 Den 26 januari 2011 ansökte klaganden vid immaterialrättsmyndigheten om att det aktuella varumärket skulle upphävas med stöd av artikel 51.1 a i förordning nr 207/2009. Som grund för ansökan angavs att varumärket inte varit föremål för verkligt bruk inom Europeiska unionen, i synnerhet inte under de fem åren innan genkäromålet väcktes, för de varor som varumärket hade registrerats för (ärende 5141 C, som avses med den nu aktuella talan). Samma dag ansökte klaganden också om ogiltighetsförklaring av det aktuella varumärket vid immaterialrättsmyndigheten och anförde absoluta registreringshinder med stöd av artikel 52.1 a i samma förordning (ärende 5143 C).

7 Den 31 januari 2011 anmodade immaterialrättsmyndigheten intervenienten att lägga fram bevis för bruket av det aktuella varumärket. Den 28 april 2011 ingav intervenienten en rad bevismedel gällande bruk. I en första bilaga redovisades fakturor som var daterade från den 26 januari 2006 till den 26 januari 2011 och som ställts ut av Berneda SA, ett företag med anknytning till intervenienten som fått intervenientens tillstånd att använda det aktuella varumärket. Fakturorna var adresserade till kunder i olika medlemsstater och innehöll referenser till specifika skomodellnummer. Intervenienten hade bifogat tabeller för varje medlemsstat, i vilka numren på sålda skomodeller jämfördes med motsvarande uppgifter i kataloger, vilka hade bifogats en annan bilaga. I den bilagan fanns allmänna kataloger och säsongskataloger från perioden 2006–2011 med bilder på skor som hade samma modellnummer som numren i fakturorna i den första bilagan. Intervenienten uppgav sig ha förstått att den lämpliga perioden var de fem åren före dagen för ingivandet av ansökan om upphävande vid immaterialrättsmyndigheten. För det fall att immaterialrättsmyndigheten skulle anse att den lämpliga perioden motsvarade de fem åren före den dag då genkäromålet väcktes vid Landgericht Düsseldorf (regiondomstolen i Düsseldorf, Tyskland), anförde intervenienten emellertid att den kunde lägga fram ytterligare handlingar för att styrka bruket av det aktuella varumärket under perioden 29 juni 2005–26 januari 2006. Den 29 april 2011 lade intervenienten också fram en tabell på sex sidor med korsreferenser mellan varje faktura och såld skomodell i förhållande till modellnumret i katalogerna i den andra bilagan enligt ovan, med avseende på några ytterligare fakturor som ställts ut av företaget Berneda under perioden 25 augusti 2009–26 januari 2011.

8 Den 25 juni 2014 uppgav intervenienten, ”för säkerhets skull”, att den även grundade sig på handlingar som ingetts till immaterialrättsmyndigheten inom ramen för ett annat förfarande, som intervenienten hänvisade till.

9 Den 7 augusti 2014 beslutade annulleringsenheten att bevilja ansökan om upphävande, upphävde det aktuella varumärket från och med den 26 januari 2011 och förpliktade intervenienten att betala kostnaderna för förfarandet. Annulleringsenheten fann att den bevisning som hade lagts fram inte var tillräcklig för att styrka verkligt bruk av varumärket under den relevanta perioden, vilken annulleringsenheten, utan att förklara varför, ansåg var de fem åren omedelbart före dagen för ingivande av ansökan om upphävande vid immaterialrättsmyndigheten. Annulleringsenheten ansåg i synnerhet att de bevismedel som lagts fram avsåg användning av former som skiljde sig i detaljer vilka förändrade märkets särskiljande egenskaper såsom det registrerats, i den mening som avses i artikel 15.1 a i förordning nr 207/2009 (nu artikel 18.1 i förordning 2017/1001).

10 Intervenienten överklagade annulleringsenhetens beslut den 10 september 2014.

11 Immaterialrättsmyndighetens fjärde överklagandenämnd upphävde annulleringsenhetens beslut och avslog ansökan om upphävande genom beslut av den 4 december 2015 (nedan kallat det överklagade beslutet). Överklagandenämnden framhöll att bevisen för bruk visade att det aktuella varumärket hade använts på sportskor i klass 25 under den relevanta perioden, vilken nämnden definierade som fem år före dagen då genkäromålet väcktes, det vill säga perioden 29 juni 2005–28 juni 2010 (nedan kallad den relevanta perioden).

12 När det gällde arten av det aktuella varumärket fann överklagandenämnden, efter att ha påpekat att det bestod av den grafiska återgivning som anges ovan i punkt 2 och efter att ha beskrivit märket ingående, att ”frågan huruvida det [rörde sig] om ett positionsmärke eller ett figurmärke inte [var] relevant i och med att det [var] den grafiska återgivningen som [definierade] varumärket”. Överklagandenämnden menade att positionsmärken egentligen kan jämföras med kategorierna för figurmärken och tredimensionella varumärken, eftersom de avser anbringande av figurativa eller tredimensionella detaljer på ytan av en vara. Den avgörande faktorn med avseende på omfattningen av varumärkesskyddet är inte huruvida ett kännetecken kvalificeras som figurtecken, tredimensionellt kännetecken eller positionstecken, utan hur varumärket uppfattas av omsättningskretsen i förhållande till de berörda varorna. Hur varumärket uppfattas kan enbart påverkas av arten av kännetecknet, såsom det har registrerats. Enligt överklagandenämnden gällde det aktuella varumärket ”skydd för ett

specifikt motiv i form av ett särskilt kors som anbringas på en bestämd del av den berörda varan, en sportsko”. Överklagandenämnden ansåg att det aktuella varumärket inte kunde skiljas från formen på en del av denna vara, det vill säga den övre delen av en sportsko.

13 Därefter gjorde överklagandenämnden en bedömning av de bevismedel som intervenienten hade lagt fram, bland annat ett betydande antal fakturor och varukataloger. Överklagandenämnden fann att bevisningen sammantaget styrkte verkligt bruk av det aktuella varumärket, det vill säga att det faktiskt använts kommersiellt, med avseende på omfattning, varaktighet, geografisk räckvidd och art. I det sistnämnda avseendet konstaterade överklagandenämnden att annulleringsenhetens slutsats, att bilderna i de många kataloger som intervenienten presenterat visade olika typer av sportskor som var försedda med olika korsade linjer vilka ändrade det aktuella varumärkets särskiljningsförmåga, inte kunde godtas. Överklagandenämnden menade tvärtom att skillnaderna mellan varumärket såsom det använts och det aktuella varumärket var ”försumbara, knappt synliga eller osynliga”. Överklagandenämnden ansåg att den under de aktuella omständigheterna även kunde beakta detaljer i färg för att fastställa verkligt bruk av det aktuella varumärket, trots att varumärket hade registrerats i svartvitt.

14 Slutligen hänvisade överklagandenämnden till ytterligare några omständigheter som bekräftade dess slutsatser, till exempel en dom av Juzgado de marca comunitaria d’Alicante (domstol för gemenskapsvarumärken i Alicante, Spanien) av den 31 juli 2007, ”i vilken fastställts att [det aktuella] varumärket ansågs starkt och välkänt i fråga om sportskor i Spanien”, eller annan bevisning som avsåg en period efter den 28 juni 2010 och styrkte en ”allmän tendens till kontinuerligt och oavbrutet bruk”, såsom fastställts för den relevanta perioden.

Parternas yrkanden

15 Sökanden har yrkat att tribunalen ska

– ogiltigförklara det angripna beslutet, samt

– förplikta immaterialrättsmyndigheten och intervenienten att ersätta rättegångskostnaderna.

16 Immaterialrättsmyndigheten har yrkat att tribunalen ska

– ogilla talan, och

– förplikta klaganden att ersätta rättegångskostnaderna.

17 Intervenienten har yrkat att tribunalen ska

– ogilla talan,

– fastställa det överklagade beslutet, och

– förplikta klaganden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

18 Klaganden har anfört tre grunder till stöd för sin talan. Den första grunden avser ett åsidosättande av artikel 51.1 i förordning nr 207/2009, i den mån överklagandenämnden gjorde en oriktig bedömning av föremålet för det aktuella varumärket och fann att frågan huruvida det rörde sig om ett figurmärke eller ett positionsmärke inte var relevant. Den andra grunden avser ett åsidosättande av artiklarna 51.1

och 15.1 i samma förordning, i den mån överklagandenämnden för att avgöra huruvida det aktuella varumärket användes i den registrerade formen eller i en form som inte ändrade dess särskiljningsförmåga, endast jämförde en del av varumärket, nämligen två korsade band, med banden på sportskor som påstods ha saluförts av intervenienten. Den tredje grunden avser ett åsidosättande av artikel 51.1 i förordning nr 207/2009, i den mån det överklagade beslutet var grundat på skomodeller vars saluföring av intervenienten inte hade styrkts.

19 Tribunalen konstaterar att klaganden genom dessa grunder har anfört att överklagandenämnden misstog sig på själva föremålet för det aktuella varumärket och påstår att varumärket inte har använts i sin registrerade form, det vill säga, enligt klaganden, som ett återgivande av konturen av en sportsko utan sula, med två korsade band på sidan.

20 På grund av sökandens påståenden i den andra och den tredje grunden prövas dessa grunder tillsammans, efter prövningen av den första grunden.

21 Dessutom, i och med att intervenienten bland annat har yrkat att det överklagade beslutet ska fastställas, framhåller tribunalen att, eftersom ett fastställande av det angripna beslutet får samma innebörd som att ogilla överklagandet, avser intervenientens andra yrkande i sak ett ogillande av talan och sammanfaller med intervenientens första yrkande (se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 februari 2016, Kicktipp/harmoniseringsbyrån – Italiana Calzature (kicktipp), T-135/14, ej publicerad, EU:T:2016:69, punkt 19 och där angiven rättspraxis).

Den första grunden

22 Enligt klaganden har det aktuella varumärket inte registrerats i kategorin övriga varumärken. Det kan inte betraktas som ett positionsmärke utan endast som ett figurmärke. Varumärket definieras genom dess grafiska återgivning i enlighet med registreringsintyget, och allmänhetens uppfattning har inte någon avgörande betydelse i detta avseende. Enligt klaganden är det inte riktigt att det rörde sig om vilken sportsko som helst, inte heller om en sko med sula. Den omständigheten att skokonturen är gjord med streckade linjer på bilden av en sko, som utgör det aktuella varumärket, får inga särskilda följder. Inte heller har det enligt klaganden någon betydelse för avgörandet av den aktuella tvisten att intervenienten hänvisat till att immaterialrättsmyndigheten medgett att det spanska positionsmärket med registreringsnummer 1658216 äger företräde, när det gäller det aktuella varumärket. I sitt yrkande om muntlig förhandling av den 5 september 2016, hänvisade klaganden till ett beslut av immaterialrättsmyndighetens fjärde överklagandenämnd av den 6 juli 2016 (ärende R 408/2015-4). Klaganden anförde att det ärendet liknade det nu aktuella och att ett varumärke som bestod av ett återgivande av två parallella linjer som ändrade riktning flera gånger och var anbringat på sidan av en sportsko, hade betraktats som ett figurmärke och inte som ett positionsmärke. Vid förhandlingen gjorde klaganden gällande att hänvisningen till det ovan angivna beslutet kunde tas upp till prövning, i och med att det hade publicerats på rättegångsspråket, nämligen engelska, på immaterialrättsmyndighetens webbplats.

23 Immaterialrättsmyndigheten och intervenienten har bestritt klagandens påståenden. Vid förhandlingen anförde intervenienten dessutom att klagandens hänvisning till överklagandenämndens beslut av den 6 juli 2016 inte kunde tas upp till prövning, dels på grund av att beslutet inte hade översatts i sin helhet till rättegångsspråket, dels eftersom klaganden inte hade förklarat varför nämnda beslut skulle beaktas i det aktuella fallet.

24 I artikel 51.1 a i förordning nr 207/2009 föreskrivs att efter ansökan till immaterialrättsmyndigheten eller på grundval av ett genkäromål i mål om varumärkesintrång ska de rättigheter som en innehavare av ett EU-varumärke har förklaras upphävda om varumärket under en sammanhängande femårsperiod inte har varit i verkligt bruk i unionen för de varor eller tjänster för vilka det är registrerat och det inte finns skälig grund för att varumärket inte använts.

25 Enligt regel 22.3 och 22.4 i kommissionens förordning (EG) nr 2868/95 av den 13 december 1995 om genomförande av rådets förordning (EG) nr 40/94 om gemenskapsvarumärke (EGT L 303, 1995, s. 1) (nu artikel 10.3 och 10.4 i kommissionens delegerade förordning (EU) 2017/1430 av den 18 maj 2017 om komplettering av rådets förordning (EG) nr 207/2009 om EU-varumärken samt om upphävande av kommissionens förordningar (EG) nr 2868/95 och (EG) nr 216/96 (EUT L 205, 2017, s. 1)), vilken är tillämplig på upphävandeförfaranden enligt regel 40.5 i samma förordning (nu artikel 19.1 i förordning 2017/1430), ska bevismaterialet avse plats, tid, omfattning och typ av användning av varumärket och i princip begränsas till inlämnandet av stödjande dokument såsom förpackningar, etiketter, prislistor, kataloger, fakturor, fotografier, tidningsannonser och sådana skriftliga yttranden som avses i artikel 78.1 f i förordning nr 207/2009 (nu artikel 97.1 f i förordning 2017/1001).

26 Vid tolkningen av begreppet verkligt bruk ska hänsyn tas till den omständigheten att syftet med kravet på att varumärket ska ha varit föremål för verkligt bruk varken är att uppskatta hur framgångsrikt ett företag är eller att kontrollera dess ekonomiska strategi, eller ens att uteslutande ge varumärkesskydd åt kommersiellt utnyttjande som sker i stor omfattning (se dom av den 27 september 2007, La Mer Technology/harmoniseringsbyrån – Laboratoires Goëmar (LA MER), T-418/03, ej publicerad, EU:T:2007:299, punkt 53 och där angiven rättspraxis).

27 Såsom följer av rättspraxis är det fråga om verkligt bruk av ett varumärke när det används i enlighet med dess grundläggande funktion, vilken är att garantera ursprungsidentiteten hos de varor och tjänster för vilka det har registrerats, i syfte att skapa eller bibehålla avsättningsmöjligheter för dessa varor och tjänster. Detta gäller inte fiktiv användning som enbart har till syfte att bibehålla varumärkesrätten. Villkoret om verkligt bruk av varumärket förutsätter härvid att varumärket, såsom det är skyddat inom det relevanta området, används offentligt och utåt (se dom av den 6 oktober 2004, Vitakraft-Werke Wührmann/harmoniseringsbyrån – Krafft (VITAKRAFT), T-356/02, EU:T:2004:292, punkt 26 och där angiven rättspraxis).

28 Bedömningen av huruvida det föreligger verkligt bruk av ett varumärke ska baseras på samtliga fakta och omständigheter som kan styrka att varumärket har utnyttjats i näringsverksamhet. Sådana omständigheter är i synnerhet användning som anses motiverad i den berörda ekonomiska sektorn för att bibehålla eller skapa marknadsandelar för de varor och tjänster som avser med varumärket, dessa varors eller tjänsters art, marknadens egenskaper samt i vilken omfattning och hur ofta varumärket har använts (se dom av den 10 september 2008, Boston Scientific/harmoniseringsbyrån – Terumo (CAPIO), T-325/06, ej publicerad, EU:T:2008:338, punkt 30 och där angiven rättspraxis).

29 Verkligt bruk av ett varumärke kan inte visas genom antaganden eller presumtioner, utan det ska finnas konkreta och objektiva omständigheter som visar att varumärket faktiskt och i tillräcklig omfattning har använts på den berörda marknaden (se dom av den 23 september 2009, Cohausz/harmoniseringsbyrån – Izquierdo Faces (acopat), T-409/07, ej publicerad, EU:T:2009:354, punkt 36 och där angiven rättspraxis). En helhetsbedömning bör göras, med beaktande av samtliga relevanta faktorer i det enskilda fallet, vilket förutsätter ett visst samspel mellan de faktorer som beaktas (se dom av den 18 januari 2011, Advance Magazine Publishers/harmoniseringsbyrån – Capela & Irmãos (VOGUE), T-382/08, ej publicerad, EU:T:2011:9, punkt 30 och där angiven rättspraxis).

30 Det är inte möjligt att på förhand abstrakt fastställa vilken kvantitativ gräns som ska sättas vid prövningen av huruvida kravet på verkligt bruk är uppfyllt. Någon de minimis-regel, som skulle immaterialrättsmyndigheten eller, vid ett överklagande, tribunalen från att göra en helhetsbedömning av omständigheterna i målet, kan således inte fastställas. Till och med en mycket liten användning av varumärket kan således vara tillräcklig för att styrka att kravet på verkligt bruk är uppfyllt, när användningen svarar mot ett verkligt kommersiellt berättigande (dom av den 11 maj 2006, Sunrider/harmoniseringsbyrån, C-416/04 P, EU:C:2006:310, punkt 72).

31 Enligt bestämmelserna i artikel 15.1 andra stycket a i förordning nr 207/2009 (nu artikel 18.1 andra stycket a i förordning nr 2017/1001) kan bevis på verkligt bruk av ett äldre nationellt varumärke eller EU-varumärke även utgöras av bevis på att det äldre varumärket brukas i en form som skiljer sig i detaljer vilka inte förändrar märkets särskiljande egenskaper såsom det har registrerats.

32 När det gäller kvalificeringen av ett varumärke som ett positionsmärke, anges inte sådana varumärken som en särskild varumärkeskategori vare sig i förordning nr 207/2009 eller i förordning nr 2868/95. Eftersom artikel 4 i förordning nr 207/2009 (nu artikel 4 i förordning nr 2017/1001) inte innehåller någon uttömmande uppräkning av kännetecken som kan utgöra varumärken, saknar dock denna omständighet betydelse för frågan huruvida positionsmärken kan registreras (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 juni 2010, X Technology Swiss/harmoniseringsbyrån (orange färgning av spetsen på en strumpa), T-547/08, EU:T:2010:235, punkt 19).

33 Positionsmärkena tycks också likna kategorierna för figurmärken och tredimensionella varumärken eftersom de avser anbringande av figurativa eller tredimensionella beståndsdelar på ytan av en vara (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 juni 2010, orange färgning av spetsen på en strumpa, T-547/08, EU:T:2010:235, punkt 20). Av samma rättspraxis framgår att det är irrelevant för bedömningen av huruvida ett positionsmärke har särskiljningsförmåga om det kvalificeras som figurmärke, tredimensionellt varumärke eller som en särskild varumärkeskategori (tribunalens dom av den 15 juni 2010, orange färgning av spetsen på en strumpa, T-547/08, EU:T:2010:235, punkt 21).

34 Dessutom erkänns i rättspraxis den möjligheten att figurmärken egentligen kan vara positionsmärken (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 april 2013, Colloseum Holding, C-12/12, EU:C:2013:253, punkt 13, och dom av den 28 september 2010, Rosenruist/harmoniseringsbyrån (återgivande av två kurvor på en ficka), T-388/09, ej publicerad, EU:T:2010:410, punkterna 2 och 17).

35 I det nu aktuella fallet har intervenienten först och främst angett i formuläret för registreringsansökan att registrering söks för ett figurmärke genom att kryssa i den rutan och inte rutorna för ordmärke, tredimensionellt varumärke eller övriga varumärken. Det har inte heller anförts och det framgår inte av handlingarna att det i formulären för registreringsansökan för EU-varumärken, vid tidpunkten för ansökan om registrering av det aktuella varumärket, fanns någon särskild ruta för så kallade positionsmärken. Det är för övrigt utrett att ansökan om registrering av det aktuella varumärket enbart avsåg sportskor. Ett visst samband kan fastställas mellan det aktuella varumärket och utseendet på de produkter som omfattas av varumärket, eftersom nämnda varumärke återges genom specifik grafik, i form av ett kors på sidan av en sportsko. Varumärkesskyddet har inte sökts för skons exakta konturer, eftersom de illustreras med streckade linjer. Korset i fråga har en kontrasterande färg i förhållande till själva sportskon och är anbringat under snörningen.

36 I motsats till vad klaganden har anfört innebär inte den enda omständigheten att rutan för figurmärke kryssades i vid registreringen av det aktuella varumärket att det samtidigt kan betraktas som ett positionsmärke. Framför allt bör beaktas att det tydligt framgår av det grafiska återgivandet vilken detalj som det sökts skydd för, vilken anges med heldragna linjer. Konturerna på de aktuella varorna, på vilka varumärket ska anbringas, anges med streckade linjer. Tribunalen framhåller dessutom att det vid den relevanta tidpunkten i det nu aktuella fallet inte fanns något formellt krav på att formuläret för en ansökan om registrering av ett varumärke skulle åtföljas av en skriftlig beskrivning för att varumärket skulle kunna betraktas som ett positionsmärke. Tribunalen erinrar emellertid om att det aktuella varumärket fortfarande är ett figurmärke, samtidigt som det betraktas som ett positionsmärke.

37 Vid förhandlingen hänvisade klaganden också till immaterialrättsmyndighetens riktlinjer om praxis vid prövning av EU-varumärken och anförde att i fråga om positionsmärken skulle en beskrivning av varumärket ingå, av vilken dess position på den aktuella varan skulle framgå, och att det uttryckligen skulle anges att det rörde sig om ett positionsmärke. Tribunalen framhåller emellertid, utan att ens ta ställning till huruvida hänvisningen ovan avsåg den version av immaterialrättsmyndighetens riktlinjer som var tillämplig vid ingivandet av ansökan om registrering av det aktuella varumärket, att sådana

riktlinjer enligt rättspraxis inte är bindande vid tolkningen av unionsrättens bestämmelser (se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 december 2012, Leno Merken, C-149/11, EU:C:2012:816, punkt 48).

38 För fullständighetens skull understryker tribunalen, såsom immaterialrättsmyndigheten och intervenienten mycket riktigt anfört vid tribunalen, att ytterligare ett tecken på att det aktuella varumärket ska betraktas som ett positionsmärke är att intervenienten gjorde anspråk på företräde med stöd av det spanska varumärket med nummer 1658216, för vilket registreringsansökan ingavs den 27 september 1991 och vilket registrerades den 5 juni 1992. Det spanska varumärkets grafiska återgivande var identiskt med det aktuella varumärket, och det innehöll dessutom en beskrivning i vilken preciserades att varumärket utgjordes av återgivandet av ett kors på sidan av en sportsko.

39 Det finns även anledning att pröva klagandens påstående, att överklagandenämnden har tolkat det aktuella varumärket så, att det inbegrep detaljer som inte ingår i varumärket och som lagts till ”på någons egna bevåg”, som sulor, vilket skulle ha stridit mot kraven enligt bland annat punkterna 48–55 i dom av den 12 december 2002, Sieckmann (C-273/00, EU:C:2002:748) om grafiskt återgivande av ett varumärke.

40 Tribunalen konstaterar i detta avseende att det framgår tydligt av den grafiska återgivningen av det aktuella varumärket att det skydd som sökts endast avser ett kors, bestående av två svarta, heldragna och korsade linjer. De streckade linjerna, som föreställer konturen av en sportsko med snörning, ska däremot ses som ett sätt att ange var nämnda kors ska anbringas. Så är fallet oberoende av vilken typ av sulor som skorna förses med, normala eller räfflade, som överklagandenämnden mycket riktigt konstaterade i punkt 20 i det överklagade beslutet.

41 Det finns nämligen anledning att framhålla att det är med den innebörden som streckade linjer vanligtvis används i liknande situationer, det vill säga, med avseende på olika varor på vilka ett varumärke anbringas, utan att nödvändigtvis i detalj ange alla konturer eller andra egenskaper hos varorna (dom av den 7 februari 2007, Kustom Musical Amplification/harmoniseringsbyrån (formen av en gitarr), T-317/05, EU:T:2007:39, analogt, dom av den 14 juni 2011, Sphere Time/harmoniseringsbyrån – Punch (fickur fäst vid ett band), T-68/10, EU:T:2011:269, punkterna 62–64, dom av den 26 februari 2014, Sartorius Lab Instruments/harmoniseringsbyrån (gul båge i nederkanten av en skärm), T-331/12, EU:T:2014:87, och dom av den 14 mars 2014, Lardini/harmoniseringsbyrån (anbringandet av en blomma på en krage), T-131/13, ej publicerad, EU:T:2014:129; se även, för ett liknande resonemang, dom av den 4 december 2015, K-Swiss/harmoniseringsbyrån (återgivande av parallella band på en sko), T-3/15, ej publicerad, EU:T:2015:937, och, analogt, dom av den 21 maj 2015, adidas/harmoniseringsbyrån – Shoe Branding Europe (två parallella band på en sko), T-145/14, ej publicerad, EU:T:2015:303].

42 I det nu aktuella fallet stod det klart att syftet med de streckade linjerna var att göra det lättare att förstå att det aktuella varumärket endast avsåg skydd av ett kors, som återgavs med heldragna linjer, i en viss position på sportskor. Det framgår för övrigt av dom av den 12 november 2013, Gamesa Eólica/harmoniseringsbyrån – Enercon (skala av gröna nyanser) (T-245/12, ej publicerad, EU:T:2013:588, punkt 38), att det inte finns någon regel som föreskriver att konturer av ett kännetecken ska återges med streckade linjer för att vid behov ange att nämnda konturer inte ska skyddas. Att sådana streckade linjer använts i det nu aktuella fallet får tolkas som ett sätt att bättre kunna avgränsa vad som utgjorde det aktuella varumärket.

43 Även om varumärket avser skydd av återgivandet av ett kors, som utgörs av två svarta, heldragna och överkorsade linjer, rör det sig inte om ett abstrakt skydd, utan avser anbringandet av den aktuella grafiken på sidan av en sportsko, såsom framgår av formuläret för ansökan om registrering, med kontrasterande färg i förhållande till själva skon. Varumärket avser inte formen på skon som sådan, och inte heller någon viss typ av sula.

44 Under dessa omständigheter understryker tribunalen att överklagandenämnden, tvärtemot vad sökanden har anfört, hade fog för att anse att ”frågan huruvida det [rörde sig] om ett positionsmärke eller ett figurmärke inte [var] relevant i och med att det [var] den grafiska återgivningen som [definierade] varumärket” (se ovan punkt 12). Överklagandenämnden hade även fog för att utgå från att det aktuella varumärket inte kunde skiljas från formen på en del av varan som var skyddad, det vill säga den övre delen av en sportsko, och att den avgörande faktorn med avseende på omfattningen av skyddet var hur det uppfattades, enbart på grundval av det kännetecken som registrerats.

45 Tribunalen konstaterar också att denna slutsats inte kullkastas av klagandens hänvisning till beslutet av immaterialrättsmyndighetens fjärde överklagandenämnd av den 6 juli 2016 (mål R 408/2015–4), som avsåg andra faktiska och rättsliga omständigheter än de som är aktuella i detta mål.

46 Tribunalen anser i detta avseende att intervenienten inte har fog för sin kritik gällande att det saknas en översättning till rättegångsspråket av det ovan angivna beslutet, liksom påståendet att klagandens hänvisning till nämnda beslut inte kan tas upp till prövning. För det första har klaganden nämligen direkt översatt den relevanta delen till engelska i sin begäran om muntlig förhandling av den 5 september 2016. För det andra har beslutet i sin helhet publicerats på engelska på immaterialrättsmyndighetens webbplats. Vid förhandlingen bekräftade för övrigt intervenienten, som svar på en fråga från tribunalen, att den tagit del av innehållet i beslutet.

47 Tribunalen konstaterar dessutom att immaterialrättsmyndighetens fjärde överklagandenämnd fattade beslutet av den 6 juli 2016 i ett ärende där de varor som avsågs med varumärkesregistreringen, till skillnad mot i det nu aktuella fallet, inte var begränsade till sportskor utan även inbegrep andra varor i klass 25, till exempel ”kläder … huvudbonader, bälten eller handskar”. Frågan huruvida varumärket med ett slags grafisk figur som består av två parallella linjer som ändrar riktning flera gånger och som anbringas på sidan av en sportsko, hade anknytning till formen på de berörda varorna, var således ställd på ett annat sätt än i det nu aktuella fallet, där det är utrett att det aktuella varumärket inte kunde skiljas från formen på en del av varan, nämligen den övre delen av en sportsko (se ovan punkterna 12 och 44).

48 Under de omständigheterna kan tribunalen inte dra några paralleller till det nu aktuella fallet utifrån klagandens hänvisning till punkt 17 i beslutet i ärende R 408/2015–4, där det slogs fast att varumärket var ett figurmärke och inte ett positionsmärke. Dessutom angav immaterialrättsmyndighetens överklagandenämnd i varje fall, i punkt 18 i nämnda beslut, att frågan huruvida det sökta varumärket skulle betraktas som ett positionsmärke inte var relevant för bedömningen.

49 Mot bakgrund av det ovanstående finner tribunalen att överklagandenämnden i det nu aktuella fallet inte gjorde någon oriktig bedömning vid prövningen av frågan huruvida sportskor, vilkas försäljning hade styrkts med flera bevismedel för verkligt bruk av det aktuella varumärket, innehöll en grafisk detalj bestående av ett motiv i form av ett visst kors som anbringas på en bestämd del av ytan på den angivna varan, som kunde anses vara identisk med eller motsvara den grafiska detaljen i återgivningen av det aktuella varumärket i enlighet med artikel 15.1 a i förordning nr 207/2009.

50 Talan kan således inte vinna bifall såvitt avser den första grunden.

Den andra och den tredje grunden

51 Genom den andra grunden har klaganden anfört att överklagandenämnden borde ha prövat huruvida det aktuella varumärket, bestående av en helhetsbild av en sportsko med korsade band, användes på skor eller hade samband med skor. Klaganden menar att detta varumärke inte förekom på de skor som den framlagda bevisningen avsåg. Eftersom det aktuella varumärket är ett figurmärke har klaganden anfört att saluföring av skor som liknar varumärket inte kan styrka verkligt bruk av detta varumärke, eftersom genomsnittskonsumenten inte är van vid att göra antaganden om en varas

ursprung på grundval av dess form. Dessutom skiljde sig de skor som faktiskt såldes av intervenienten i varje fall avsevärt från den sko som det aktuella varumärket avsåg. Sökanden har också anfört att det aktuella varumärket saknar särskiljningsförmåga eller, åtminstone, har mycket låg särskiljningsförmåga, vilket innebär att varje skillnad vid användningen av varumärket skulle förändra denna särskiljningsförmåga.

52 Inom ramen för den tredje grunden har klaganden anfört att det inte är fastställt att skomodellerna Reagee, Tecno och Avant, till vilka överklagandenämnden hänvisade i det överklagade beslutet, faktiskt har sålts, även om de berörda modellerna återfanns i en eller flera av de kataloger som lagts fram av intervenienten. Enligt klaganden har någon sådan försäljning inte styrkts. Ett återgivande i en katalog, vars distribution inte har styrkts, är i sig inte tillräckligt för att fastställa verkligt bruk av ett varumärke. Modellen Marcelo förekom närmare bestämt endast i en enda katalog, från 2006, vilket på sin höjd styrker att denna modell senast såldes i januari 2007. Klaganden menar att detta är skäl att anse att överklagandenämndens slutsats, att de angivna bevismedlen är tillräckliga för att styrka verkligt bruk av varumärket, är oriktig.

53 Immaterialrättsmyndigheten och intervenienten har bestritt klagandens påståenden.

54 Tribunalen ska i detta sammanhang bedöma huruvida den bevisning som lagts fram av intervenienten vid immaterialrättsmyndigheten i sin helhet gjorde det möjligt att bekräfta verkligt bruk av det aktuella varumärket, i enlighet med den rättspraxis som det erinras om ovan i punkterna 24–30.

55 I första hand framhåller tribunalen att det var riktigt av överklagandenämnden att i punkterna 17 och 18 i det överklagade beslutet fastställa att den relevanta perioden var de fem åren som föregick dagen då genkäromålet väcktes, det vill säga perioden 29 juni 2005–28 juni 2010, med hänsyn till lydelsen i klagandens yrkanden, som först lades fram inom ramen för genkäromålet och sedan vid immaterialrättsmyndigheten.

56 I detta avseende hade överklagandenämnden fog för att konstatera, vilket för övrigt inte har bestritts i det nu aktuella fallet, att ansökan om upphävande vid immaterialrättsmyndigheten var en direkt följd av klagandens genkäromål inom ramen för intervenientens talan om varumärkesintrång vid Landgericht Düsseldorf (regiondomstolen i Düsseldorf) och att varje bruk av det aktuella varumärket efter det att intervenienten delgetts detta genkäromål skulle behandlas ”med största försiktighet”. Överklagandenämnden hade även fog för sitt konstaterande i punkt 18 i det överklagade beslutet, att de bevismedel som lagts fram för att styrka verkligt bruk av det aktuella varumärket efter den relevanta perioden kunde ha bevisvärde under vissa förutsättningar, bland annat om de innebar ett stöd för tidigare bevisning och kunde visa på en tendens och en i tid bestående användning.

57 I andra hand gjorde överklagandenämnden tvärtemot vad klaganden har påstått en riktig bedömning när den i punkterna 19–30 i det överklagade beslutet fann att den bevisning som lagts fram vid annulleringsenheten var tillräcklig för att styrka verkligt bruk av det aktuella varumärket.

58 Tribunalen konstaterar nämligen att de bevismedel som anges i de tre första strecksatserna i punkt 27 i det överklagade beslutet, vilka avsåg försäljning, som företagits av intervenienten eller av företag med anknytning till intervenienten som fått intervenientens tillåtelse att använda det aktuella varumärket, av sportskor av modellerna Marcelo, Mundial revolution och Gales, som visas på bilder i punkt 24 i nämnda beslut och som överklagandenämnden har angett konkreta referenser till i immaterialrättsmyndighetens ärendeakt, enligt vad som meddelats tribunalen, i sig är tillräckliga som stöd för slutsatsen att det aktuella varumärket verkligen använts i ett tillräckligt stort och diversifierat område, omfattande områden i flera av unionens medlemsstater, bland annat i Spanien (däribland flera städer, exempelvis Madrid, Barcelona, Cordoba, Grenada, Tarragona, Cadiz, Valencia, La Coruña och Girona), Italien, Portugal, Danmark, Slovakien, Frankrike och Ungern (det framgår av fakturorna att försäljningen även i dessa länder har ägt rum i flera olika städer).

59 Tribunalen framhåller dessutom att de fakturor som ingetts avseende dessa sportskomodeller avser flera år under den relevanta perioden, och till och med fler än så, vilket överklagandenämnden konstaterade i punkt 30 i det överklagade beslutet. Bevisningen för skomodellen Marcelo avser åren 2006/2007, medan den bevisning som lagts fram beträffande modellen Mundial revolution avser bruk av det aktuella varumärket under åren 2007–2011. På samma sätt avser katalogerna för modellerna Gales åren 2006–2011.

60 Av detta framgår att användningen varit tillräckligt kontinuerlig i tiden. Fakturorna visar nämligen, i motsats till vad klaganden har anfört, på ett verkligt, kontinuerligt och oavbrutet bruk. Klaganden utgick visserligen, som överklagandenämnden mycket riktigt har understrukit, från den 26 januari 2006 och inte den 29 juni 2005 (se ovan punkt 7) som början på den period som skulle beaktas, vilket innebar att det inte fanns någon bevisning för början av den relevanta perioden, det vill säga den 29 juni 2005–26 januari 2006, men detta saknar betydelse. Enligt fast rättspraxis är det nämligen tillräckligt att ett varumärke varit föremål för verkligt bruk under åtminstone en del av den relevanta perioden (se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 december 2008, Deichmann-Schuhe/harmoniseringsbyrån – Design for Woman (DEITECH), T-86/07, ej publicerad, EU:T:2008:577, punkt 52 och där angiven rättspraxis).

61 När det gäller omfattningen av bruket, konstaterade överklagandenämnden mycket riktigt i punkt 27 i det överklagade beslutet att de samlade bevismedlen styrkte att det aktuella varumärket faktiskt använts kommersiellt och att denna användning inte varit symbolisk, utan tillräckligt omfattande och kontinuerlig för att göra det möjligt att bibehålla eller skapa nya marknadsandelar för varor som skyddas genom varumärket.

62 De siffror som anges i punkt 27 i det överklagade beslutet, vars sanningshalt inte har bestritts av klaganden inför tribunalen, är hämtade från fakturor som jämförts med kataloger. Av dessa siffror framgår att intervenienten under perioden 2006–2011 kontinuerligt salufört ett betydande antal sportskor med kors på sidorna som inte skiljde sig, eller som endast obetydligt skiljde sig, från det aktuella varumärket, nämligen modellerna Marcelo, Mundial revolution och Gales. När det mer konkret gäller den första modellen, som förekommer i en katalog, uppgick försäljningen till flera tiotal skor, till ett sammanlagt belopp av flera tusen euro. Den andra modellen förekommer i flera kataloger och såldes i flera hundratal, till ett sammanlagt belopp av flera tusen euro. Den tredje modellen förekommer också i flera kataloger. Dessa sportskor, som visas på bild i punkt 24 i det överklagade beslutet, har ett kors på sidan, som står i tydlig kontrast till färgen på skon i övrigt. Utifrån korsets position och dessa andra egenskaper finner tribunalen att alla dessa tre modeller styrker bruk av det aktuella varumärket.

63 Siffrorna avseende ovan angiven försäljning kan visserligen tyckas blygsamma. Tillsammans med katalogerna styrker de emellertid ett verkligt bruk, såsom anges i punkt 28 i det överklagade beslutet, vilket är förenligt med den rättspraxis som det erinras om ovan i punkterna 26–30. Tribunalen erinrar i synnerhet om att det inte ankommer på immaterialrättsmyndigheten och tribunalen, i händelse av ett överklagande, att uppskatta hur framgångsrikt ett företag är eller att kontrollera dess ekonomiska strategi eller ens att uteslutande ge varumärkesskydd åt kommersiellt utnyttjande som sker i stor omfattning.

64 I tredje hand ska tribunalen pröva huruvida överklagandenämnden hade fog för att anse att de samlade bevismedel som intervenienten hade ingett gjorde det möjligt att styrka bruk av ett märke som var identiskt med eller tillräckligt liknade det registrerade varumärket, utan att dess särskiljningsförmåga förändrats. Det handlar inte om att undersöka huruvida en etikett med varumärket har anbringats på de aktuella varorna och inte heller om att jämföra de sålda skorna av detta varumärke med de detaljer som angetts med streckade linjer.

65 Tribunalen konstaterar att skillnaderna mellan det aktuella varumärket och de varianter som använts av intervenienten på sportskorna är försumbara. I motsats till vad klaganden har anfört, har korset nämligen återgetts med två korsade band på samma ställe och i samma position som i den grafiska återgivningen av det aktuella varumärket, det vill säga på den yttre sidan av skon, utgående från sulan eller underdelen och mot snörningen. Flera foton som lagts fram som bevis visar på en användning som motsvarar det aktuella varumärket, med en av korsets armar som är längre än den andra. Linjernas tjocklek och lutning motsvarar dessutom, för ett stort antal av de skor som åberopats som bevisning vid immaterialrättsmyndigheten, vad som framgår av den grafiska återgivningen av det aktuella varumärket.

66 På några andra skor som åberopats som bevisning är de använda grafiska figurerna i det närmaste identiska, även om proportionerna och korsets färg kan variera. Såsom överklagandenämnden mycket riktigt påpekat, förändrar dessa detaljer emellertid inte särskiljningsförmågan hos det aktuella varumärket, som registrerats i svartvitt, i den mån färgen inte kan betraktas som en av de huvudsakliga faktorer som ger varumärket dess särskiljningsförmåga. Användningen av olika färger kan beaktas i det nu aktuella fallet, i synnerhet i och med att kontrasten mellan bakgrundsfärgen och korsets linjer bibehålls. Den omständigheten att vissa av de aktuella skorna har utformats som ett ”negativ”, med korset i vitt, gult eller någon annan ljus färg, kullkastar därmed inte konstaterandet att ett sådant bruk fortfarande är relevant för den aktuella bedömningen, eftersom korset med sin position och sina dimensioner motsvarar det aktuella varumärket.

67 Den omständigheten att vissa skor även har andra grafiska beståndsdelar som konsumenter skulle kunna komma ihåg och som skulle kunna ha en självständig särskiljningsförmåga, till exempel en sula eller en bakre del av en sko som är färgad och skiljer sig från resten av skon, räfflor, ett hälparti som till sin färg skiljer sig från resten av skon, en krokodilskinnsprägling, en röd övertäckning över skosnörena eller, på vissa skor, ytterligare orddetaljer, innebär inte att konstaterandet om verkligt bruk av det aktuella varumärket kan ifrågasättas.

68 Tribunalen framhåller nämligen att villkoret om verkligt bruk, i den mening som avses i artikel 15.1 i förordning nr 207/2009, enligt rättspraxis kan vara uppfyllt även om ett EU-figurmärke endast används tillsammans med andra beståndsdelar som anbringats bredvid, eller till och med över det, såvitt nämnda varumärke fortfarande uppfattas som en angivelse av den aktuella varans ursprung (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 juli 2013, Specsavers International Healthcare m.fl., C-252/12, EU:C:2013:497, punkterna 19–27 och där angiven rättspraxis).

69 I det nu aktuella fallet framgår det dessutom av bevisningen att korset, som använts på olika skor och som består av två på varandra liggande band, är lätt att uppfatta, oavsett förekomsten av de övriga eventuella detaljer som angetts av klaganden. Överklagandenämnden hade fog för slutsatsen, i punkt 25 i det överklagade beslutet, att korset hade återgetts på ett sätt som i praktiken var identiskt med det aktuella varumärket, med undantag av försumbara, knappt märkbara skillnader, såsom den exakta längden på korsets armar, linjernas tjocklek eller den exakta vinkeln på lutningen. På samma sätt hade immaterialrättsmyndigheten fog för att vid tribunalen anföra att klaganden, förutom att räkna upp en rad andra detaljer på skorna på bilderna, inte har fört något resonemang för att förklara på vilket sätt dessa detaljer förändrar det aktuella varumärkets särskiljningsförmåga. Såsom immaterialrättsmyndigheten har anfört samspelar de andra nämnda detaljerna inte med det kors som utgör den särskiljande beståndsdel som skyddas genom det aktuella varumärket.

70 När det i fjärde hand gäller klagandens kritik inom ramen för den tredje grunden, avseende den påstådda otillräckligheten av bevisningen gällande vissa skomodeller, nämligen modellerna Reagee, Tecno och Avant, konstaterar tribunalen att klaganden inte har bestritt den omständigheten att dessa skomodeller, som överklagandenämnden också hänvisar till i punkt 27 i det angripna beslutet, har förekommit i en eller flera av de kataloger som lagts fram av intervenienten. Klagandens påstående avser enbart den omständigheten att det inte finns någonting som visar att försäljning verkligen har ägt rum.

71 I detta avseende konstaterar tribunalen emellertid att varornas förekomst i katalogerna kan beaktas som ytterligare ett tecken på verkligt bruk av ett varumärke, i den mån varumärket har använts offentligt och utåt eller, åtminstone, som förberedelse till en sådan användning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 oktober 2004, VITAKRAFT, T-356/02, EU:T:2004:292, punkt 26 och där angiven rättspraxis, och dom av den 4 juli 2014, Construcción, Promociones e Instalaciones/harmoniseringsbyrån – Copisa Proyectos y Mantenimientos Industriales (CPI COPISA INDUSTRIAL), T-345/13, ej publicerad, EU:T:2014:614, punkt 21). Bevisningen gällande modellerna Reagee, Tecno och Avant kan följaktligen beaktas som en bekräftelse på omständigheter som prövas ovan i punkterna 57–63, även om den inte kan betraktas som avgörande i sig.

72 När det gäller sportskomodellen Marcelo konstateras dessutom ovan att den omständigheten att bevisningen avsåg perioden 2006/2007, det vill säga en relativt kort period, inte innebar att bevismedlen var irrelevanta. Tvärtom, som överklagandenämnden mycket riktigt konstaterade, hör de till den helhetsbedömning som gör det möjligt att fastställa verkligt bruk av det aktuella varumärket, i enlighet med punkt 30 i dom av den 10 september 2008, Boston Scientific/harmoniseringsbyrån – Terumo (CAPIO) (T-325/06, ej publicerad, EU:T:2008:338), som anges ovan i punkt 28.

73 När det i femte hand gäller klagandens påstående att det aktuella varumärket har låg särskiljningsförmåga, konstaterar tribunalen endast att i motsats till vad som var fallet i det mål i vilket meddelades beslut av den 26 april 2012, Deichmann/harmoniseringsbyrån (C-307/11 P, ej publicerat, EU:C:2012:254, punkt 52), som klaganden hänvisade till vid förhandlingen och som avsåg en annan grafisk detalj, nämligen ett grafiskt återgivande av en ”vinkel med streckade kanter”, finns det i det nu aktuella fallet inga omständigheter som visar att det aktuella varumärket har låg särskiljningsförmåga. Till skillnad från det ovan angivna målet är det i synnerhet inte styrkt att det aktuella varumärket utgör en enkel och banal form som inte skiljer sig på något avgörande sätt från former som vanligen används inom skobranschen eller att det endast uppfattas som en dekoration eller en förstärkning av de utpekade varorna.

74 Det är dessutom redan fastställt att det aktuella varumärket har använts flera gånger i en identisk eller mycket liknande form som den registrerade, vilket gör att verkligt bruk av detta varumärke kan styrkas och till och med att dess särskiljningsförmåga kan anses vara ganska låg. Om klagandens påstående ska tolkas som ett bestridande av att det aktuella varumärket över huvud taget har särskiljningsförmåga, är det dessutom tillräckligt att konstatera att detta påstående inte påverkar bedömningen i ett upphävandeförfarande, i vilket själva giltigheten av ett varumärke inte kan bestridas.

75 Det aktuella varumärkets särskiljningsförmåga har för övrigt även fastställts av Juzgado de marca comunitaria d’Alicante (domstol för gemenskapsvarumärken i Alicante) i en dom av den 31 juli 2007, Munich SL, Berneda SL och Bernher SL/Umbro SL och Umbro Int. Ltd. I denna dom, som överklagandenämnden hänvisade till i punkt 29 i det överklagade beslutet och intervenienten i punkt 13 i interventionsinlagan, fastställdes till och med att det aktuella varumärket kunde anses vara starkt i Spanien, med hög särskiljningsförmåga i fråga om sportskor.

76 Följaktligen kan talan inte heller vinna bifall såvitt avser den andra och den tredje grunden. Därmed ska talan ogillas i sin helhet.

Rättegångskostnader

77 Enligt artikel 134.1 i tribunalens rättegångsregler ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats.

78 Immaterialrättsmyndigheten och intervenienten har yrkat att klaganden ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom klaganden har tappat målet, ska immaterialrättsmyndighetens och intervenientens yrkanden bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (fjärde avdelningen)

följande:

1) Talan ogillas.

2) Deichmann SE ska ersätta de rättegångskostnader som uppkommit för Europeiska unionens immaterialrättsmyndighet (EUIPO) och Munich, SL.

Kanninen Schwarcz Iliopoulos

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 17 januari 2018.

Underskrifter