YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN
TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (viides jaosto)

7 päivänä kesäkuuta 2005 *

Asiassa T-303/03,

Lidl Stiftung & Co. KG, kotipaikka Neckarsulm (Saksa), edustajanaan asianajaja P. Gross,

kantajana,

vastaan

sisämarkkinoiden harmonisointivirasto (tavaramerkit ja mallit) (SMHV), asiamiehinään U. Pfleghar ja G. Schneider,

vastaajana,

* Oikeudenkäyntikieli: saksa.

jossa toisena asianosaisena SMHV:n valituslautakunnassa oli ja väliintulijana ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa on

REWE-Zentral AG, kotipaikka Köln (Saksa), edustajanaan aluksi M. Kinkeldey, sittemmin asianajajat M. Kinkeldey ja C. Schmitt,

ja jossa kantaja on nostanut kanteen SMHV:n ensimmäisen valituslautakunnan 30.6.2003 tekemästä päätöksestä (asia R 408/2002-1), joka koskee kansallisen tavaramerkin SOLEVITA haltijan väitettä, joka kohdistuu sanamerkin Salvita rekisteröintiä yhteisön tavaramerkiksi vastaan,

EUROOPAN YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEENTUOMIOISTUIN (viides jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja M. Vilaras sekä tuomarit F. Dehousse ja D. Šváby,

kirjaaja: H. Jung,

ottaen huomioon ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjaamoon 4.9.2003 toimitetun kannekirjelmän,

ottaen huomioon ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimeen 16.1.2004 jätetyn SMHV:n vastineen,

ottaen huomioon ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimeen 16.1.2004 toimitetun väliintulijan vastineen,

ottaen huomioon 30.11.2004 pidetyssä istunnossa esitetyn,

on antanut seuraavan

tuomion

Asian tausta

1 REWE-Central AG teki 14.8.1997 sisämarkkinoiden harmonisointivirastolle (tavaramerkit ja mallit) (SMHV) yhteisön tavaramerkkiä koskevan hakemuksen yhteisön tavaramerkistä 20 päivänä joulukuuta 1993 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 40/94 (EYVL 1994, L 11, s. 1) perusteella.

2 Tavaramerkki, jonka rekisteröintiä haettiin, oli sanamerkki Salvita.

3 Tuotteet, joita varten rekisteröintiä haettiin, kuuluvat tavaroiden ja palvelujen kansainvälistä luokitusta tavaramerkkien rekisteröimistä varten koskevan 15.6.1957 tehtyyn ja sittemmin tarkistettuun Nizzan sopimukseen pohjautuvan luokituksen

luokkiin 5, 29, 30 ja 32 sekä vastaavat kunkin mainitun luokan osalta seuraavaa kuvausta:

— Luokka 5: Lääkinnälliset haudukkeet, lääkinnälliset purukumit; lastenruoat; kaikki yksinomaan elintarvikeliikkeissä myytävät edellä mainitut tuotteet.

— Luokka 29: Liha, kala, siipikarja, riista, nilviäiset ja äyriäiset (ei elävinä), edellä mainitut tuotteet myös käsiteltyinä; makkara-, liha-, siipikarja- ja kalatuotteet, kaviaari; liha-, kala-, siipikarja- ja riistasalaatit; liha-, siipikarja-, riista- ja kalapasteijat, lihauutteet; hedelmät, vihannekset ja kuivatut hedelmät (käsiteltyinä); hedelmä- ja vihannesmassa; vihannes- tai lehtisalaattiateriat; kaikenlaiset perunatuotteet, nimittäin ranskanperunat, kroketit, paistetut perunat, esikypsytetyt perunat, paistokkaat ja pyörykät, röstiperunat, pannukakut, lastut ja puikot; semmelknödel (leipäpyörykät); puolivalmiit ruuat ja valmisruuat, nimittäin keitot (mukaan lukien pikakeitot), muhennokset, kuivat ja kosteat valmisruuat, jotka koostuvat pääasiassa yhdestä tai useammasta seuraavista tuotteista: liha, kala, vihannekset, käsitellyt hedelmät, juustot, pasta, riisi; liha-, hedelmä- ja vihanneshyytelöt, hillot, munat, maito ja maitotuotteet, erityisesti maito, piimä, kirnupiimä, jogurtti, hedelmäjogurtti, jogurtti, johon on käytetty suklaata tai kaakaota, alkoholittomat maitojuomasekoitukset, kefiiri, kerma, rahka, hedelmä- ja yrttirahkavalmisteet, jälkiruokatuotteet, jotka koostuvat pääasiassa maidosta ja makuaineista ja joissa sideaineena on liivate ja/tai tärkkelys, voi, voisula, juustot, juustovalmisteet; hedelmävanukkaat; salaattikastikkeet; ravintoöljyt ja -rasvat; suolakeksit, viljalastut, suolatut ja suolaamattomat pähkinät sekä muut pikkusyötävät, luokassa 29; kaikki edellä mainitut tuotteet (mahdollisesti) myös erityisruokavalioon kuuluvina elintarvikkeina muuhun kuin lääketieteelliseen käyttöön; kaikki edellä mainitut tuotteet (mahdollisesti myös) pakastettuina tai säilöttyinä, sterilisoituina tai homogenisoituina.

— Luokka 30: Kastikkeet, hillokkeet, kastikejauheet, ketsuppi, piparjuuri, kapris; kahvi, tee, kaakao; suklaa, suklaatuotteet, kaakaopitoiset juomajauheet; marsipaani, nougat, marsipaani- ja nougatvalmisteet; levitteet, jotka koostuvat pääasiassa sokerista, kaakaosta, nugaasta, maidosta ja/tai rasvoista; konvehdit, myös täytetyt; sokeri, sokerituotteet, makeiset, erityisesti kinuskikaramellit, piparminttu-, hedelmä- ja kumimakeiset, tikkukaramellit, purukumit (ei lääkinnälliset); riisi, tapioka, kahvinkorvikkeet; pizzat; jauhot ja viljavalmisteet, kourittu täysjyvävilja, nimittäin riisi, vehnä, kaura, ohra, ruis, hirssi, maissi ja tattari, edellä mainitut tuotteet myös sekoituksina ja muina valmisteina, erityisesti vehnäleseet, vehnäalkiot, maissijauho, maissisuurimot, pellavansiemenet, mysli ja myslipatukat (jotka koostuvat pääasiassa viljahiutaleista, kuivatuista hedelmistä, pähkinöistä), murot ja hiutaleet, popcorn; leipä, sämpylät, leivonnaiset ja makeiset; pasta ja täysjyväpasta, erityisesti nuudelit; valmispasta, aromiaineet, piiraiden päällysteet, jäätelöt ja jäädykkeet; hunaja, siirappi; hiiva, leivinjauhe; vanukasjauhe; suola; sinappi; etikka; mausteet, maustesekoitukset, kokonaiset pippurit; suolakeksit, viljalastut, suolatut ja suolaamattomat pähkinät sekä muut pikkusyötävät, luokassa 30; kaikki edellä mainitut tuotteet (mahdollisesti) myös erityisruokavalioon kuuluvina elintarvikkeina muuhun kuin lääketieteelliseen käyttöön; kaikki edellä mainitut tuotteet (mahdollisesti myös) pakastettuina tai säilöttyinä, sterilisoituina tai homogenisoituina.

— Luokka 32: Oluet; kivennäis- ja hiilihappovedet sekä muut alkoholittomat juomat; hedelmäjuomat ja hedelmämehut, vihannesmehut; mehutiivisteet ja muut juomien valmistusaineet; pikajuomajauheet.

4 Tavaramerkkiä koskeva hakemus julkaistiin *yhteisön tavaramerkkilehden* 13.7.1998 ilmestyneessä numerossa 50/98.

5 Lidl Stiftung & Co. KG teki 13.10.1998 väitteen asetuksen N:o 40/94 8 artiklan 1 kohdan b alakohdan mukaisesta sekaannusvaarasta hakemuksen kohteena olevan tavaramerkin rekisteröintiä vastaan. Väite perustui siihen, että Saksassa on aiempi 27.6.1983 rekisteröity tavaramerkki SOLEVITA Nizzan luokituksen luokkaan 32 kuuluville tuotteille. Väitteen kohteena ovat luokkiin 29, 30 ja 32 kuuluvat tuotteet, jotka on yksilöity yhteisön tavaramerkkiä koskevassa hakemuksessa.

6 Väliintulija vaati 27.10.1999 päivätyssä kirjeessään kantajaa esittämään asetuksen N:o 40/94 43 artiklan 2 kohdan mukaisesti todisteet tavaramerkkinsä käytöstä.

7 SMHV:n väiteosasto kehotti 18.1.2000 kantajaa esittämään kyseiset todisteet kahdessa kuukaudessa.

8 Kantaja toimitti 14.2.2000

— kansainvälisistä ostoista vastaavan johtajan allekirjoittaman 27.1.2000 päivätyn juhlallisen vakuutuksen tavaramerkillä SOLEVITA varustetuista tuotteista Saksan liittotasavallassa vuosina 1993–1999 saadusta liikevaihdosta

— luettelon tavaramerkillä SOLEVITA vuosina 1993–1999 markkinoiduista tuotteista; luettelon otsikkona oli "Solevita bis 10-1999" (Solevita lokakuuhun 1999 asti) ja siinä oli maininta "Stand: 23. März 1998 — 27.01.00" (tilanne 23.3.1998–27.01.00)

— päiväämättömiä kopioita tavaramerkillä SOLEVITA markkinoitujen erilaisten hedelmämehujen pakkausmalleista.

9 Väiteosasto hylkäsi kantajan väitteen 28.3.2002. Se perusteli päätöstään sillä, että kantajan esittämät asiakirjat eivät riittäneet osoittamaan, että aiempaa kansallista tavaramerkkiä oli todella käytetty tosiasiallisesti. Väiteosasto totesi, ettei pakkausmalleja ollut päivätty ja että juhlallisella vakuutuksella oli vain suhteellinen todistusarvo, koska sen oli antanut kantajana olevan yhtiön henkilökuntaan kuuluva johtaja, sekä että juhlallinen vakuutus oli pelkkä aihetodiste tavaramerkin käytöstä. Väiteosaston mukaan kantaja ei ollut toimittanut laskuja eikä selvityksiä ulkopuolisilta esittämiensä liikevaihtolukujen tueksi tai vahvistukseksi, minkä vuoksi todisteiden tutkimisen seurauksena päädyttiin siihen, ettei tosiasiallista käyttöä ollut näytetty toteen. Osasto katsoi, että väite oli hylättävä sillä perusteella, etteivät merkit olleet samanlaisia.

10 Kantaja valitti 10.5.2002 väiteosaston päätöksestä. Se katsoi, että tapauksessa oli kyseisen tavaramerkin käyttö näytetty toteen. Kantajan mielestä väiteosasto oli niin ikään loukannut sen oikeutta tulla kuulluksi, koska kantaja ei ollut voinut esittää huomautuksiaan tavaramerkin tosiasiallisen käytön osoittamiseksi esitetyn näytön arvioinnin osalta. Väiteosasto oli lisäksi loukannut määräämisperiaatetta, koska väliintulija ei ollut kiistänyt tavaramerkin käyttöä.

11 SMHV:n ensimmäinen valituslautakunta hylkäsi valituksen 30.6.2003 tekemällään päätöksellä (jäljempänä riidanalainen päätös).

12 Tavaramerkin käyttöä koskevan näytön osalta valituslautakunta totesi kunnian kautta annetun juhlallisen vakuutuksen olevan yksipuolinen vakuutus, jonka oli laatinut kyseinen osapuoli tai sen yritysjohtoon kuuluva, ja tällaisen vakuutuksen olevan riittämätön objektiivisesti osoittamaan tosiseikkoja ilman lisätodisteita — kuten laskuja — joita ei tässä tapauksessa esitetty. Koska pakkausmallien kopiot eivät sisältäneet tietoja markkinoinnin kestosta, valituslautakunta oli sitä mieltä, ettei niillä voi osoittaa esitettyä liikevaihtoa, kuten ei muillakaan esitetyillä todisteilla. Lautakunta katsoikin väiteosaston täysin perustellusti päätyneen siihen, etteivät esitetyt asiakirjat riittäneet todistamaan tavaramerkin käyttöä huomioon otettavana ajanjaksona.

13 Asetuksen N:o 40/94 73 artiklan toisessa virkkeessä tarkoitetun oikeuden tulla kuulluksi osalta valituslautakunta huomautti, että asiakirjoja tutkiessaan SMHV on oikeutettu käyttämään kaikkia jonkin osapuolen esittämiä seikkoja antamatta tälle ennakolta mahdollisuutta ottaa kantaa niihin, mikä johtuu siitä, että asianomaisen osapuolen oletetaan tuntevan kyseiset seikat. Mitä taas tulee määräämisperiaatteeseen, valituslautakunta katsoi tavaramerkin käytön taipuvan periaatteen alle vain sikäli, että hakija voi peruuttaa hakemuksensa milloin tahansa. Väiteosasto ei siis ollut toiminut asetuksen N:o 40/94 74 artiklan 1 kohdan vastaisesti.

Asianosaisten vaatimukset

14 Kantaja vaatii ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta

— kumoamaan riidanalaisen päätöksen ja

— velvoittamaan SMHV:n korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

15 SMHV ja väliintulija vaativat ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta

— hylkäämään kanteen ja

— velvoittamaan kantajan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

Oikeudellinen arviointi

16 Kantaja vetoaa kanteensa tueksi kolmeen kanneperusteeseen. Ensimmäisessä kanneperusteessa kiistetään valituslautakunnan näkemys, jonka mukaan tavaramerkin käyttöä ei ole näytetty tässä tapauksessa. Toisen kanneperusteen mukaan oikeutta tulla kuulluksi on loukattu, ja kolmannen kanneperusteen mukaan määräämisperiaatetta.

Tavaramerkin tosiasiallisen käytön osoittaminen

Asianosaisten lausumat

17 Kantajan ensimmäinen kanneperuste on viisiosainen.

18 Ensinnäkin kantaja viitaten asetuksen N:o 40/94 43 artiklan 2 ja 3 kohtaan sekä SMHV:n valituslautakuntien useisiin päätöksiin huomauttaa, että aikaisemman tavaramerkin "tosiasiallisella" käytöllä on ymmärrettävä tarkoitettavan aikaisemman tavaramerkin todellista käyttöä markkinoilla tarkoituksena kiinnittää mahdollisten asiakkaiden huomio kyseisellä merkillä tarjottuihin tavaroihin ja palveluihin. Asetuksen N:o 40/94 43 artiklan 3 kohdassa ei siis edellytetä laajaa näyttöä merkin käytöstä, toisin kuin muissa säännöksissä, kuten saman asetuksen 7 artiklan 3 kohdassa. On riittävää osoittaa, että aiempaa tavaramerkkiä todella on käytetty ja että sitä ei ole käytetty markkinoilla ainoastaan "fiktiivisenä oikeutena".

19 Toiseksi kantaja toteaa valituslautakunnan viitanneen päätöksessään yhteisöjen tuomioistuimen asiassa C-40/01, Ansul, 11.3.2003 antamaan tuomioon (Kok. 2003, s. I-2439) sekä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen asiassa T-174/01, Goulbourn vastaan SMHV — Redcats (Silk Cocoon), 12.3.2003 antamaan tuomioon (Kok. 2003, s. II-789). Kantajan mukaan valituslautakunta näyttää ajatelleen, että nämä kaksi tuomiota koskevat sitä, mitkä asiakirjat riittävät osoittamaan tavaramerkin tosiasiallisen käytön. Näin ei kuitenkaan kantajan mielestä ole asian laita, koska mainitut tuomiot eivät mitenkään liity nyt esillä olevan kanteen kohteeseen.

20 Kolmanneksi kantaja asetuksen N:o 40/94 43 artiklan 2 kohtaan ja yhteisön tavaramerkistä annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 40/94 täytäntöönpanosta 13 päivänä joulukuuta 1995 annetun komission asetuksen (EY) N:o 2868/95 (EYVL L 303, s. 1) 22 säännön 2 ja 3 kohtaan viitaten on eri mieltä valituslautakunnan kannasta, jonka mukaan tietyt asiakirjat saattavat riittää merkitsemään uskottavaa käyttöä Saksan lain mukaan mutta eivät aina riitä osoittamaan asetuksessa N:o 40/94 tarkoitettua käyttöä. Tämä huomautus koskee erityisesti sitä seikkaa, että kyseiselle juhlalliselle vakuutukselle on annettu huonompi arvo todisteena kuin mitä sille tavallisesti annetaan Saksan lain mukaan.

21 Neljänneksi kantaja korostaa riidanalaisen päätöksen olevan ristiriidassa SMHV:n kolmannen valituslautakunnan asiassa R 759/2000-3, Grafenwälder/Grafenwalder,

11.7.2001 tekemän päätöksen kanssa. Tuossa asiassa väitteentekijä oli esittänyt juhlallisen vakuutuksen, otteen kuukausittaisesta liikevaihdosta asianomaiselta ajalta, kaksi kopiota tavaramerkillä varustetuista tuotteista ja mainoslehtisen. Kantaja huomauttaa, että valituslautakunta kumotessaan väiteosaston päätöksen totesi päätöksensä 22 kohdassa, että "väitteentekijän esittämät todisteet riittävät tässä tapauksessa täyttämään vaatimukset, varsinkin kun sääntö [22 asetuksessa N:o 2868/95] ei edellytä, että kaikki sen sanamuodossa mainitut todisteet esitetään yhdessä". Kantajan mukaan tämä oikeudellinen näkemys on myös toisen valituslautakunnan asiassa R 756/1999-2, DOCTORS/DOC & TORS, 8.11.2000 tekemän päätöksen mukainen.

22 Viidenneksi kantaja katsoo, että asiakirja-aineisto kokonaisuudessaan huomioon ottaen on selvää, että aiempaa tavaramerkkiä on käytetty hyvin merkittävässä määrin tosiasiallisesti kyseisessä tuotteessa huomioon otettavana aikana Saksassa, jossa jäsenvaltiossa merkki oli rekisteröity. Näkemyksensä tueksi kantaja viittaa SMHV:n ensimmäisen valituslautakunnan asiassa R 129/2000-1, VISIO/VISION, 6.4.2001 tekemään päätökseen. Kantaja päättelee tämän perusteella, että tässä tapauksessa näyttö tavaramerkin tosiasiallisesta käytöstä asetuksen N:o 40/94 43 artiklan 2 kohdassa tarkoitetulla tavalla on esitetty.

23 SMHV puolestaan katsoo, että vaikka väitemenettelyssä ei edellytetäkään väitteentekijän osoittavan tavaramerkkinsä tulleen käytössä erottamiskykyiseksi, kuten asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 3 kohdassa säädetään, tämä ei vapauta väitteentekijää todistustaakasta.

24 Päinvastoin asetuksen N:o 40/94 43 artiklan 2 kohdan mukaan väitteentekijän on esitettävä todisteet siitä, että tunnusta on tosiasiallisesti käytetty kyseessä olevana aikana.

25 Asetuksen N:o 2868/95 22 säännön 3 kohdassa ei edellytetä kaikkien siinä mainittujen todisteiden esittämistä yhdessä, mutta väitteentekijän esittämien todisteiden perusteella on voitava kuitenkin päätellä selkeästi aiemman tavaramerkin käytön paikka, aika, laajuus ja luonne saman säännön 2 kohdan mukaisesti.

26 Tässä tapauksessa SMHV myönsi asiakirja-aineiston asiakirjojen olevan asetuksen N:o 40/94 76 artiklan 1 kohdan ja asetuksen N:o 2868/95 22 säännön 2 ja 3 kohdan mukaisia hyväksyttäviä todisteita. Se totesi erikseen, että väitteentekijän "juhlallinen vakuutus" on hyväksyttävä todiste.

27 SMHV katsoo kuitenkin, että tällaisen juhlallisen vakuutuksen arvoa todisteena on arvioitava yhdessä kaikkien muiden esitettyjen asiakirjojen kanssa ottaen huomioon näiden sisältö ja tapauksen asianhaarat. Tämän tutkimisen seurauksena päädytään siihen, että juhlallinen vakuutus sellaisenaan tarkasteltuna, tai ottaen huomioon liitteenä olevat tuotteet, ei riitä osoittamaan aiemman oikeuden tosiasiallista käyttöä.

28 SMHV katsoo tältä osin, että juhlallisen vakuutuksen liitteenä olevassa luettelossa vain toistetaan juhlallisessa vakuutuksessa mainitut luvut näyttämättä niitä toteen. Nämä seikat eivät riitä osoittamaan tosiasiallista käyttöä, koska niitä ei ole vahvistettu esimerkiksi laskuin, myyntiluetteloin tai mainoksin. Päiväämättömien tuotepakkauskopioidenkaan perusteella ei voida tehdä kuin oletuksia, eikä niiden avulla voida vahvistaa muita todisteita eikä juhlallisia vakuutuksia.

29 Väliintulijakin myöntää juhlallisen vakuutuksen asetuksen N:o 40/94 76 artiklan 1 kohdan f alakohdassa nimenomaisesti tarkoitetuksi hyväksyttäväksi todisteeksi. Sen mielestä on kuitenkin SMHV:n ja tarkemmin sanoen sen valituslautakuntien asiana arvioida vapaasti ja käsityksensä mukaan juhlallisen vakuutuksen arvoa todisteena.

30 Esillä olevassa tapauksessa seikat, jotka koskevat myytyjä yksiköitä ja väitettyä tuotteiden myyntiaikaa, käyvät ilmi ainoastaan kantajan itsensä kansainvälisistä ostoista vastaavan johtajan juhlallisesta vakuutuksesta. Tuotteetkin ovat kantajan itsensä esittämiä, eivätkä niitä tue objektiiviset seikat. Niinpä niiden esittäminen ei vahvista juhlallisen vakuutuksen arvoa todisteena. Kyseessä on tosiasiassa pelkkä asianosaisen kirjallinen väite vailla todistusvoimaa. Väliintulija pitää mallipakkauksia ainoina objektiivisina kantajan esittäminä todisteina. Niistä ei kuitenkaan ilmene pienintäkään tietoa niiden käyttöajankohdasta eikä viiteajanjaksosta.

31 Väliintulija tarkentaa myös, että Saksankin oikeudessa juhlallinen vakuutus riittää osoittamaan todellisen käytön vain yhdessä muiden todisteiden antaman tuen kanssa. Tältä osin väliintulija viittaa SMHV:n ensimmäisen valituslautakunnan päätökseen, joka on mainittu kirjelmässä.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

32 Asetuksen N:o 40/94 43 artiklan 2 ja 3 kohdassa säädetään, että yhteisön tavaramerkin hakija voi pyytää todisteet siitä, että sitä tavaramerkkiä, jonka osalta on esitetty väite, koskevan hakemuksen julkaisemista edeltäneiden viiden vuoden aikana aikaisempaa yhteisön tavaramerkkiä on tosiasiallisesti käytetty alueella, jolla se on suojattu.

33 Asetuksen N:o 2868/95 22 säännön 2 kohdan mukaan tavaramerkin käytön todistamiseksi tarvittavista tiedoista ja todisteista on ilmettävä aiemman tavaramerkin käytön paikka, aika, laajuus ja luonne niiden tuotteiden osalta, joita varten se on rekisteröity ja joihin väite perustuu. Saman säännön mukaisesti näiden tietojen "tueksi" on toimitettava "todisteet".

34 Tältä osin asetuksen N:o 2868/95 22 säännön 3 kohdassa täsmennetään, että tavaramerkin käyttöä koskeva todistusaineisto on "periaatteessa" rajoitettava todistuskappaleisiin, "kuten" pakkauksiin, etiketteihin, hinnastoihin, luetteloihin, laskuihin, valokuviin ja lehtimainoksiin sekä asetuksen N:o 40/94 76 artiklan 1 kohdan f alakohdassa tarkoitettuihin kirjallisiin juhlallisiin vakuutuksiin, joilla tarkoitetaan muun muassa juhlallisesti annettuja kirjallisia vakuutuksia.

35 Lisäksi tosiasiallisen käytön käsitteen tulkinnassa on otettava huomioon se, että sen vaatimuksen tarkoituksena, joka koskee aiemman tavaramerkin tosiasiallista käyttöä, jotta sen johdosta voidaan esittää väite yhteisön tavaramerkkiä koskevaa hakemusta kohtaan, on rajoittaa ristiriitoja kahden merkin välillä, sikäli kuin ei ole hyväksyttävää taloudellista syytä, joka johtuu tavaramerkin todellisesta tehtävästä markkinoilla (edellä 19 kohdassa mainittu asia Silk Cocoon, tuomion 38 kohta). Säännöksen tarkoituksena ei sitä vastoin ole kaupallisen menestyksen arvioiminen eikä yrityksen taloudellisen strategian valvominen eikä myöskään tavaramerkkisuojan varaaminen ainoastaan niitä tilanteita varten, joissa kaupallinen hyödyntäminen on määrältään huomattavaa (asia T-334/01, MFE Marienfelde v. SMHV — Vétoquinol (HIPOVITON), tuomio 8.7.2004, Kok. 2004, s. II-2787, 32 kohtaa).

36 Kuten edellä 19 kohdassa mainitussa asiassa Ansul annetusta tuomiosta, joka koskee jäsenvaltioiden tavaramerkkilainsäädännön lähentämisestä 21 päivänä joulukuuta 1988 annetun ensimmäisen neuvoston direktiivin 89/104/ETY (EYVL 1989, L 40, s. 1) 12 artiklan 1 kohdan — joka asiallisesti vastaa normatiiviselta sisällöltään

asetuksen N:o 40/94 43 artiklaa — tulkintaa, käy ilmi, tavaramerkin käyttö on tosiasiallista silloin kun tavaramerkkiä käytetään sen keskeisen tehtävän mukaisesti eli sen takaamiseksi, että niillä tavaroilla tai palveluilla, joita varten tavaramerkki on rekisteröity, on tietty alkuperä, siinä tarkoituksessa, että näin voitaisiin luoda tai säilyttää markkinat näille tavaroille ja palveluille, ja kun käyttö ei ole pelkästään symbolista käyttöä, jolla pyritään ainoastaan säilyttämään tavaramerkin tuottamat oikeudet (43 kohta). Tavaramerkin tosiasiallista käyttöä koskeva ehto edellyttää, että merkkiä — sellaisena kuin se on asianomaisella alueella suojattuna — käytetään julkisesti ja ulospäin (edellä 19 kohdassa mainittu asia Silk Cocoon, tuomion 39 kohta; ks. vastaavasti ex analogia edellä 19 kohdassa mainittu asia Ansul, tuomion 37 kohta).

37 Tavaramerkin käytön tosiasiallisuuden arvioinnin on perustuttava kaikkiin niihin tosiseikkoihin ja asianhaaroihin, joiden avulla voidaan osoittaa tavaramerkkiä todella kaupallisesti hyödynnettävän; tällaisia ovat eritoten sellaiset käyttötavat, joita voidaan pitää kyseisellä talouden alalla perusteltuina markkinaosuuksien säilyttämiseksi tai luomiseksi tavaroille tai palveluille, joita tavaramerkki suojaa, näiden tavaroiden tai palvelujen luonne, kyseessä olevien markkinoiden ominaispiirteet sekä tavaramerkin käytön laajuus ja taajuus (edellä 35 kohdassa mainittu asia HIPOVITON, tuomion 34 kohta; ks. vastaavasti ja ex analogia edellä 19 kohdassa mainittu asia Ansul, tuomion 43 kohta).

38 Aikaisemman tavaramerkin tosiasiallista käyttöä tutkittaessa on tehtävä kokonaisarvio ottaen huomioon kaikki asian kannalta merkitykselliset seikat (edellä 35 kohdassa mainittu asia HIPOVITON, tuomion 36 kohta). Tavaramerkin tosiasiallista käyttöä ei voida näyttää toteen todennäköisyyksillä tai olettamuksilla, vaan näytön on perustuttava konkreettisiin ja objektiivisiin seikkoihin, jotka todistavat tavaramerkin todellisen ja riittävän käytön asianomaisilla markkinoilla (asia T-39/01, Kabushiki Kaisha Fernandes v. SMHV — Harrison (HIWATT), tuomio 12.12.2002, Kok. 2002, s. II-5233, 47 kohta).

39 Esillä olevassa tapauksessa kantajan kansainvälisistä ostoista vastaavan johtajan kirjallinen vakuutus sekä taulukon muodossa oleva luettelo markkinoitavista tuotteista sisälsivät paikkaa (Saksa), aikaa (1993–1999), laajuutta (vuosittainen tuotekohtainen liikevaihto) ja tavaramerkin kattamien tuotteiden lajia (erityisesti hedelmämehut) koskevia tietoja tavaramerkin käytöstä.

40 Kantajan kansainvälisistä ostoista vastaavan johtajan kirjallisen vakuutuksen osalta on muistettava, että asetuksen N:o 40/94 76 artiklan 1 kohdan f alakohdassa tarkoitetaan tavaramerkin käyttöä koskevilla todisteilla asetuksen N:o 2868/95 22 sääntöön viitaten "valaehtoisia tai juhlallisia kirjallisia vakuutuksia taikka sen valtion lainsäädännön, jossa ne on tehty, mukaan vaikutukseltaan vastaavia kirjallisia vakuutuksia". Tästä seuraa, että asianomaisen jäsenvaltion lainsäädännön mukaisia kirjallisen vakuutuksen vaikutuksia on tutkittava vain siinä tapauksessa, ettei tällaista vakuutusta ole annettu valaehtoisesti tai juhlallisesti. Nyt vireillä olevassa tapauksessa on riidatonta, että kantajan kansainvälisistä ostoista vastaavan johtajan kirjallinen vakuutus on juhlallinen vakuutus ja että valituslautakunta on hyväksynyt sen sellaisenaan. Tämän vuoksi ja ilman, että on tarpeen tutkia sen vaikutuksia Saksan lain mukaan, tuo vakuutus kuuluu asetuksen N:o 40/94 76 artiklan 1 kohdan f alakohdassa — jossa viitataan asetuksen N:o 2868/95 22 sääntöön — tarkoitettuihin todisteisiin.

41 Vaikka juhlallinen vakuutus ja taulukon muodossa oleva luettelo kantajan markkinoimista tuotteista voidaan katsoa hyväksyttäviksi todisteiksi, on suoritettava asiakirja-aineiston kokonaisarviointi ottaen huomioon kaikki asian kannalta merkitykselliset seikat, jotta voidaan määrittää, onko tavaramerkin tosiasiallisesta käytöstä esitetty näyttö. Tältä osin on painotettava, että asetuksen N:o 2868/95 22 säännön 3 kohdan mukaan asianosaisten käytettävissä näytön esittämiseksi tavaramerkin käytöstä on useita eri todistuskeinoja. Asetuksen N:o 40/94 tai asetuksen N:o 2868/95 perusteella ei voida katsoa, että tavaramerkin käytön todistuskeinojen yhdessä tai erikseen olisi väistämättä johdettava SMHV katsomaan, että näyttö tosiasiallisesta käytöstä on esitetty.

42 Tässä tapauksessa on huomattava ensinnäkin, että juhlallinen vakuutus ja taulukon muodossa oleva luettelo markkinoitavista tuotteista ovat kantajan itsensä laatimia. Tältä osin on korostettava, että asiakirjan todistusarvoa arvioitaessa on ensiksi tutkittava sen sisältämän tiedon todennäköisyys. On otettava huomioon erityisesti asiakirjan alkuperä, sen laatimisolosuhteet ja vastaanottaja sekä pohdittava, vaikuttaako se sisällöltään järkeenkäyvältä ja luotettavalta (ks. vastaavasti ja ex analogia yhdistetyt asiat T-25/95, T-26/95, T-30/95–T-32/95, T-34/95–T-39/95, T-42/95–T-46/95, T-48/95, T-50/95–T-65/95, T-68/95–T-71/95, T-87/95, T-88/95,

T-103/95 ja T-104/95, Cimenteries CBR ym. v. komissio, tuomio 15.3.2000, Kok. 2000, s. II-491, 1838 kohta; ks. myös julkisasiamies Léger'n ratkaisuehdotus asiassa C-57/02 P, Acerinox v. komissio, 202 kohta, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa). Mikään asetuksessa N:o 40/94 tai asetuksessa N:o 2868/95 ei saa katsomaan, että tavaramerkin käyttöä koskevien todisteiden – juhlalliset vakuutukset mukaan luettuna — todistusvoimaa olisi arvioitava jäsenvaltion kansallisen lainsäädännön valossa.

43 Toiseksi kantaja ei ole missään vaiheessa SMHV:n käsittelyssä esittänyt muita todisteita, jotka vahvistaisivat juhlallisessa vakuutuksessa ja markkinoitavien tuotteiden luettelossa esitetyt luvut.

44 Ainoat asiakirja-aineiston lisäselvitykset olivat kyseisten tuotteiden mallipakkaukset, joita ei ole päivätty. Vaikka näillä malleilla olisikin mahdollista vahvistaa tavaramerkin käytön "laji" (hedelmämehut) ja mahdollisesti "paikka" (pakkaukset olivat saksankielisiä), niiden perusteella ei voida vahvistaa käytön aikaa ja laajuutta.

45 On vielä muistettava, että lisäselvitykset, jotka olisivat voineet vahvistaa juhlallisen vakuutuksen sisältämät tiedot, kuten laskut, myyntiluettelot tai lehti-ilmoitukset, eivät ole sellaisia, että kantajan olisi ollut niitä vaikea saada. Nämä selvitykset olisi voitu esittää valituslautakunnassa varsinkin, kun väiteosaston päätöksessä jo todettiin tavaramerkin käyttöä koskeva näyttö riittämättömäksi.

46 Edellä todetun perusteella ja kaikki merkitykselliset seikat huomioon ottaen on päädyttävä siihen, ettei valituslautakunta ole menetellyt virheellisesti katsoessaan, ettei näyttöä aiemman kansallisen tavaramerkin käytöstä ole tässä tapauksessa esitetty.

47 Kantajan muut väitteet eivät tätä arviota muuksi muuta.

48 Sen osalta, että valituslautakunta on riidanalaisessa päätöksessä viitannut edellä 19 kohdassa mainituissa asioissa Ansul ja Silk Cocoon annettuihin tuomioihin, jotka ovat tämän tapauksen kannalta merkityksettömiä, on vastoin kantajan väitteitä todettava, ettei valituslautakunta ole ilmaissut näiden tuomioiden koskevan sitä, mitkä asiakirjat riittävät osoittamaan tavaramerkin tosiasiallisen käytön. Valituslautakunta on, kuten riidanalaisen päätöksen 15 kohdasta selkeästi ilmenee, pelkästään viitannut näihin kahteen tuomioon sen vuoksi, että niissä määritellään yhteisön säännöksissä tarkoitettava "tosiasiallisen käytön" käsite. Mainituilla väitteillä ei siten ole pohjaa.

49 Sen väitteen osalta, että SMHV:n valituslautakuntien aiemmat päätökset ovat ristiriidassa riidanalaisen päätöksen kanssa, on riittävää todeta, että valituslautakuntien päätösten lainmukaisuutta on arvioitava yksinomaan asetuksen N:o 40/94 perusteella, sellaisena kuin yhteisöjen tuomioistuimet ovat sitä tulkinneet, eikä näiden lautakuntien aiemman ratkaisukäytännön pohjalta (ks. asia T-36/01, Glaverbel v. SMHV (lasilevyn pinta), tuomio 9.10.2002, Kok. 2002, s. II-3887, 35 kohta ja yhdistetyt asiat T-79/01 ja T-86/01, Bosch v. SMHV (Kit Pro ja Kit Super Pro), tuomio 20.11.2002, Kok. 2002, s. II-4881, 32 kohta). Väite on näin ollen tehoton.

50 Kaikista näistä syistä ensimmäinen kanneperuste on hylättävä.

Oikeuden tulla kuulluksi loukkaaminen

Asianosaisten lausumat

51 Kantaja katsoo, että koska valituslautakunta ei ole kuullut, että kantajalla oli epäilyjä juhlallisen vakuutuksen luotettavuuden suhteen ja että kantaja piti sitä vain rajoitetusti todistusvoimaisena, sen olisi pitänyt antaa kantajalle ennakkoon tilaisuus esittää huomautuksensa asetuksen N:o 40/94 73 artiklan toisen virkkeen mukaisesti. Kantaja täsmentää, että kun otetaan huomioon erään toisen valituslautakunnan päätös eräässä toisessa asiassa (edellä 21 kohdassa mainittu asia Grafenwälder/Grafenwalder), se saattoi odottaa SMHV:lle esitettyjen asiakirjojen olevan riittäviä antamaan tietoja tavaramerkin käytön paikasta, ajasta, laajuudesta ja lajista. Kantajan mukaan sillä ei ollut syytä ajatella, että valituslautakunta tulee antamaan juhlalliselle vakuutukselle rajoitetun todistusvoiman. Kantaja katsookin, että kyseisen "lainkäyttöelimen" olisi tullut antaa oikeudellinen lausunto, jonka se sivuutti ja joka tuli olemaan pohjana kyseisen "lainkäyttöelimen" päätökselle. Näin ollen nyt esillä oleva asia eroaa asiasta T-198/00, Hershey Foods vastaan SMHV (Kiss Device with plume), jossa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin antoi 5.6.2002 tuomion (Kok. 2002, s. II-2567), johon riidanalaisessa päätöksessä viitataan.

52 SMHV puolestaan katsoo, että oikeus tulla kuulluksi ulottuu kaikkiin tosiseikkoihin ja oikeudellisiin seikkoihin, jotka muodostavat päätösluonteisen toimen perustan, mutta ei siihen hallintoelimen lopulliseen kantaan, jonka se aikoo omaksua. SMHV onkin sitä mieltä, ettei väiteosasto ole loukannut oikeutta tulla kuulluksi ja ettei tämän tekemän päätöksen johdosta missään tapauksessa voida nostaa kannetta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa.

53 Jos kantajan esittämä kanneperuste kuitenkin tarkoittaa valituslautakunnan päätöstä, SMHV pitää argumenttia, joka koskee loukattua oikeutta tulla kuulluksi,

käsittämättömänä sen vuoksi, että valituslautakunta hylkäsi väitteen samasta syystä kuin väiteosasto.

54 Väliintulija taas katsoo, että SMHV voi perustaa päätöksensä pelkästään seikkoihin, joista kummallakin osapuolella on ollut tieto ja joihin ne ovat voineet ottaa kantaa. Sen arvioiminen, missä määrin jotkin esitetyt seikat riittävät osoittamaan tavaramerkin tosiasiallisen käytön, on oikeuskysymys. Kyse ei ole tosiseikkojen toteamisesta, vaan esitettyjen asiakirjojen oikeudellisesta arvioinnista, josta SMHV ei ole ennakolta ilmoittanut osapuolille. Väliintulija toteaa myös, että on SMHV:n puolueettomuusvelvollisuuden vastaista kehottaa osapuolta toimittamaan enemmän todisteita tavaramerkin käytöstä.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

55 Aluksi on todettava, että kuulluksi tulemista koskevan oikeuden loukkaamista koskevalla kanneperusteellaan kantaja tosiasiallisesti väittää asetuksen N:o 40/94 73 artiklan toista virkettä rikotun. Tuon virkkeen mukaan SMHV:n päätökset voivat pohjautua ainoastaan perusteisiin, joihin osapuolet ovat voineet ottaa kantaa.

56 Lisäksi on muistettava kantajan ilmaisseen istunnossa, että esillä oleva kanneperuste kohdistuu niin väiteosaston päätökseen johtaneeseen menettelyyn kuin riidanalaiseen päätökseen johtaneeseen menettelyynkin.

57 Väiteosaston päätökseen johtaneen menettelyn osalta on todettava, että esillä oleva kanneperuste on tältä osin esitetty ensi kerran suullisessa käsittelyssä.

58 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 48 artiklan 2 kohdan ensimmäisen alakohdan mukaan asian käsittelyn kuluessa ei kuitenkaan saa vedota uuteen perusteeseen, ellei se perustu kirjallisen käsittelyn aikana esille tulleisiin tosiseikkoihin tai oikeudelliseen perusteeseen.

59 Joka tapauksessa asetuksen N:o 40/94 63 artiklan 1 kohdan mukaan kanne yhteisöjen tuomioistuimessa voidaan nostaa yksinomaan valituslautakunnan päätöksen johdosta. Tämän vuoksi on katsottava, että tällaisen kanteen yhteydessä tutkittavaksi voidaan ottaa ainoastaan kanneperusteet, jotka kohdistuvat valituslautakunnan päätökseen itseensä.

60 Asetuksen N:o 40/94 73 artiklan toisen virkkeen rikkomista koskeva kanneperuste on sen vuoksi jätettävä tutkimatta väiteosaston päätöstä koskevin osin.

61 Vaikka katsottaisiinkin kantajan tosiasiassa moittivan valituslautakuntaa siitä, että tämä ei kumonnut väiteosaston päätöstä huolimatta siihen sisältyväksi väitetystä menettelyvirheestä, riidanalaisen päätöksen osalta on todettava, että sen 26 kohdassa on aivan oikein lausuttu, että asiakirja-aineistoa tutkittaessa SMHV:lla on oikeus käyttää kaikkia osapuolen toimittamia tietoja antamatta tälle ennakolta mahdollisuutta ottaa kantaa niihin. Valituslautakunta ei missään tapauksessa olisi ollut velvollinen kumoamaan väiteosaston päätöstä pelkästään tästä syystä, kun asiakysymyksen osalta ei ollut kyse lainvastaisuudesta. On myös painotettava, että kantaja valitti valituslautakuntaan tuodakseen esiin oman näkemyksensä niiden seikkojen merkityksellisyydestä, jotka oli esitetty tavaramerkin tosiasiallisen käytön osoittamiseksi tässä tapauksessa, ja että kantajaa on siten tältä osin kuultu.

62 Mitä tulee oikeuteen tulla kuulluksi itse valituslautakunnassa, on huomattava, että tosiseikkojen arviointi kuuluu päätösluonteiseen toimeen. Oikeus tulla kuulluksi ulottuu kaikkiin tosiseikkoihin ja oikeudellisiin seikkoihin, jotka muodostavat päätösluonteisen toimen perustan, mutta ei siihen hallintoelimen lopulliseen kantaan, jonka se aikoo omaksua (ks. ex analogia yhdistetyt asiat T-129/95, T-2/96 ja T-97/96, Neue Maxhütte Stahlwerke ja Lech-Stahlwerke v. komissio, tuomio 21.1.1999, Kok. 1999, s. II-17, 231 kohta). Lisäksi — kuten jo on todettu — koska kantaja on itse toimittanut kyseiset asiakirjat SMHV:lle, se on aivan ilmeisesti voinut ottaa kantaa niihin ja niiden merkitykseen. Näin ollen valituslautakunta ei ollut velvollinen kuulemaan kantajaa niiden tosiseikkojen arvioinnin osalta, jotka se on ottanut päätöksensä perustaksi.

63 Näillä perusteilla asetuksen N:o 40/94 73 artiklan toisen virkkeen rikkomista koskeva kanneperuste on hylättävä.

Määräämisperiaatteen loukkaaminen

Asianosaisten lausumat

64 Kantajan mukaan määräämisperiaatteesta, jonka asetuksen N:o 40/94 74 artiklan 1 kohta sisältää, seuraa, että niin kauan kuin valituslautakunta ei ole väliintulijan huomautuksen tai asiakirjoissa olevien ristiriitaisten tietojen johdosta epäillyt juhlallisen vakuutuksen kautta saatujen tietojen luotettavuutta, sillä ei ole oikeutta kyseenalaistaa näitä tietoja viran puolesta ja antaa juhlalliselle vakuutukselle vain alhaista todistusarvoa.

65 Tässä tapauksessa valituslautakunta on kantajan mielestä arvioinut virheellisesti, ettei asetuksen N:o 40/94 74 artiklan 1 kohtaa ole rikottu. Valituslautakunta ei nimittäin ole tehnyt minkäänlaista päätelmää siitä, ettei väliintulija ole kyseenalaistanut tavaramerkin käytöstä esitettyjä todisteita. Valituslautakunta ei myöskään ole ottanut huomioon sitä, että näiden todisteiden luonne ja sisältö oli hiljaisesti hyväksytty todistusvoimaisiksi, sillä väliintulija rajasi tuotteiden luetteloa ja tämän seurauksena se myös valituksen käsittelyn aikana teki toteamuksia ainoastaan sekaannusvaarasta. Näin ollen sillä ei ollut mitään syytä epäillä esitettyjen todistuskappaleiden täsmällisyyttä ja totuudenmukaisuutta. Kantajan mukaan väiteosastolla ei siten ollut oikeusperustaa ensinnäkään pitää niitä viran puolesta riitautettuina, toiseksi kyseenalaistaa juhlallisen vakuutuksen sisältämien tietojen luotettavuutta ja kolmanneksi antaa niille alhaista todistusarvoa. Riidanalaista päätöstä rasittaa kantajan mielestä jo tästä syystä olennainen menettelyvirhe.

66 Sen kysymyksen osalta, oliko näyttö käytöstä olemassa, koska väliintulija ei enää kiistänyt tätä käyttöä sen jälkeen, kun kantaja oli toimittanut siihen liittyvät todisteet, SMHV toteaa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen jo antaneen ratkaisun tällaisen väitteen johdosta asiassa T-232/00, Chef Revival USA vastaan SMHV — Massagué Marín (Chef), 13.6.2002 antamassaan tuomiossa (Kok. 2002, s. II-2749). Kyseisen tuomion mukaan asetuksen N:o 40/94 74 artiklan 1 kohdasta johtuu, että asianosaisten asiana on esittää todisteet vaatimustensa tueksi. Tuomiossa ei puhuta tästä periaatteesta tehtävästä poikkeuksesta siinä tapauksessa, että kiistämistä ei tapahdu.

67 Mitä tulee siihen, voidaanko reagoimattomuutta pitää tosiseikkojen myöntämisenä, SMHV korostaa, ettei asetuksessa N:o 40/94 eikä asetuksessa N:o 2868/95 nimenomaisesti viitata tällaiseen periaatteeseen. Ellei hakija esitä huomautuksia, SMHV voi ratkaista väitteen käytettävissä olevan näytön pohjalta. SMHV toteaa vielä, että vaikka väitteen kohteena olevan tavaramerkin hakija ei reagoikaan, virastolla on käytettävissä hakemus ja yhdessä väitteen kanssa tarvittava perusta päätöksentekoa varten.

68 SMHV lisää, että asetuksen N:o 40/94 43 artiklan 2 kohdan mukaan silloin, kun tavaramerkin hakija on vaatinut todisteita väitteentekijän tavaramerkin käytöstä, väite on hylättävä, ellei niitä esitetä.

69 Nämä seikat huomioon ottaen SMHV toteaa lopuksi, ettei kantajan väite siitä, että hakemuksen rajaaminen merkitsee implisiittistä myöntämistä, ole johdonmukainen. SMHV:n käsityksen mukaan tällainen rajaus on mahdollista tehdä koska tahansa, eikä se ole miltään osin kytköksissä väitemenettelyyn. Kantajan tätä koskeva päätelmä ei ole vakuuttava.

70 Väliintulija puolestaan huomauttaa, että asetuksen N:o 40/94 74 artiklan 1 kohdan mukaan SMHV:n suorittama tutkinta rajoittuu esitettyihin kanneperusteisiin ja asianosaisten vaatimuksiin. Väitettä ei siis voida hylätä pelkästään sillä perusteella, ettei väitteentekijä ole osoittanut tosiasiallista käyttöä, jos hakija ei ole kiistänyt väitteen perustana olevan tavaramerkin käyttöä. Väliintulija toteaa myös, että vaikka väitteen perustana olevan tavaramerkin käyttö kiistetään menettelyn jossakin vaiheessa, kiistäminen koskee koko menettelyä mahdollinen valitusmenettely mukaan lukien. Niinpä ei ole tarpeen toistaa kiistämistä, sillä tämä lakkaa olemasta tehokas vasta, jos tavaramerkin hakija peruuttaa sen nimenomaisesti tai jos se nimenomaisesti myöntää aiemman tavaramerkin tosiasiallisen käytön, miten asian laita ei nyt esillä olevassa asiassa ollut.

71 Väliintulija huomauttaa vielä esittäneensä valituslautakunnan käsittelyssä huomautuksia siitä, ettei tavaramerkkiä ole käytetty. Se, että se on ainoastaan väitemenettelyssä esittänyt väitteen sekaannusvaarasta tavaramerkkien välillä, ei merkitse sitä, että se on toistanut kanneperusteensa, joka koskee tosiasiallista käyttöä. Tällainen peruuttaminen on mahdollista tehdä vain nimenomaisesti, mitä ei nyt esillä olevassa tapauksessa ole tehty.

72 Rekisteröintihakemuksen sisältämien tuotteiden luettelon rajaamisen väliintulija ei katso merkitsevän implisiittistä tavaramerkin käytön kiistämisestä luopumista. Kiistäminen voidaan peruuttaa yksinomaan nimenomaisella ilmoituksella SMHV:lle. Väliintulija lisää vielä tavaroiden ja palvelujen luettelon rajaamisen koskeneen muita seikkoja ja johtaneen muihin väitemenettelyihin.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

73 Määräämisperiaatteen loukkaamista koskevalla kanneperusteellaan kantaja tosiasiassa väittää asetuksen N:o 40/94 74 artiklan 1 kohtaa rikotun.

74 Säännöksen mukaan "rekisteröinnin hylkäämisen suhteellisia perusteita koskevassa menettelyssä tutkimus rajataan seikkoihin, joihin osapuolet ovat vedonneet ja osapuolten esittämiin vaatimuksiin". "Vaatimukset" kattavat tässä tapauksessa tavaramerkin rekisteröintiä koskevan hakemuksen sekä tältä osin muotoillun väitteen tarkoittaman vaatimuksen. "Seikat" taas käsittävät ne oikeudelliset seikat ja tosiseikat, jotka osapuolet ovat esittäneet vaatimustensa tueksi.

75 Esillä olevassa tapauksessa SMHV:lla oli siis käsiteltävänään kaksi asetuksen N:o 40/94 74 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua vaatimusta. Ensimmäinen, väliintulijan esittämä vaatimus koski tavaramerkin Salvita rekisteröintiä. Toinen, kantajan esittämä vaatimus tarkoitti väitettä rekisteröintiä vastaan sillä perusteella, että oli olemassa aikaisempi tavaramerkki SOLEVITA. Vaatimuksia tukivat osapuolten esittämät perusteet.

76 Vaikka asetuksen N:o 40/94 74 artiklan 1 kohdan ranskankielisessä sanamuodossa ei nimenomaisesti mainitakaan asianosaisten toimittamia todisteita, säännöksestä kuitenkin seuraa, että on asianosaisten asiana esittää vaatimuksiaan tukevat todisteet. Tämä tulkinta saa tukea samaisen säännöksen muista kieliversioista, erityisesti englanninkielisestä versiosta, jossa mainitaan "the facts, evidence and arguments provided by the parties", saksankielisestä versiosta, jossa mainitaan "das Vorbringen — — der Beteiligten", ja italiankielisestä versiosta, jossa mainitaan "[ai] fatti, prove ed argomenti addotti — — dalle parti" (edellä 66 kohdassa mainittu asia Chef, tuomion 45 kohta).

77 Väitteen tehneen aiemman tavaramerkin haltijan on asetuksen N:o 40/94 43 artiklan 2 ja 3 kohdan mukaisesti hakijan vaatimuksesta esitettävä todisteet siitä, että merkkiä on tosiasiallisesti käytetty tai että sen käyttämättömyydelle on oikeuttavat perusteet. Kantajan tällä tavoin esittämästä vaatimuksesta seuraa, että todistustaakka tosiasiallisesta käytöstä (käyttämättömyyden oikeuttavista perusteista) on väitteentekijällä uhalla, että muutoin väite hylätään. Jotta tällainen vaikutus syntyisi, vaatimus on nimenomaisesti muotoiltuna toimitettava ajoissa SMHV:lle. Tästä seuraa, että tosiasiallisen käytön osoittavien todisteiden puuttuminen voi johtaa siihen seuraamukseen, että väite hylätään, vain siinä tapauksessa, että hakija on tällaisia todisteita nimenomaisesti SMHV:n käsittelyssä ajoissa vaatinut (tuomio 17.3.2004, yhdistetyt asiat T-183/02 ja T-184/02, El Corte Inglés v. SMHV — González Cabello et Iberia Líneas Aéreas de España (MUNDICOR), Kok. 2004, s. II-965, 38 ja 39 kohta).

78 Nyt esillä olevassa tapauksessa väliintulija on 27.10.1999 vaatinut kantajaa esittämään asetuksen N:o 40/94 43 artiklan 2 kohdan mukaisesti todisteet tavaramerkkinsä tosiasiallisesta käytöstä. On riidatonta, että tämä vaatimus on esitetty nimenomaisesti ja ajoissa. Sen johdosta todistustaakka tavaramerkin tosiasiallisesta käytöstä on siirtynyt kantajalle.

79 Näin ollen ja kun otetaan huomioon, että väliintulija ei ole peruuttanut tavaramerkkiä Salvita koskevaa rekisteröintihakemusta ja että kantajan asiana on esittää näyttö tavaramerkkinsä tosiasiallisesta käytöstä sekä että tätä näyttöä ei ole

tässä tapauksessa esitetty, on katsottava SMHV:n täysin perustellusti hylänneen väitteen, vaikka väliintulija ei olekaan kiistänyt kantajan väitteensä tueksi esittämiä seikkoja.

80 Kantajan sen väitteen osalta, jonka mukaan väliintulija on rajannut rekisteröintihakemuksensa tuoteluetteloa ja näin implisiittisesti katsonut tavaramerkin tosiasiallisen käytön tulleen toteen näytetyksi, on huomattava, että väliintulija vaati rajaamaan ainoastaan tavaramerkkihakemuksen luokkaan 5 kuuluvien tuotteiden luetteloa. Lisäksi on riidatonta, että kantajan tekemä väite koskee yksinomaan tavaramerkkihakemuksen luokkiin 29, 30 ja 32 kuuluvien tuotteiden luetteloa. Tästä seuraa, ettei rekisteröitäväksi haettujen tuotteiden luettelon rajaamisella tässä tapauksessa ole vaikutusta kantajan tekemään väitteeseen. Joka tapauksessa on muistettava, että kantajan asiana oli esittää todisteet siitä, että kyseistä tavaramerkkiä oli tosiasiallisesti käytetty. Koska todisteet puuttuvat ja koska väliintulijan jättämää tavaramerkkihakemusta ei ole peruutettu, SMHV:lla oli oikeus hylätä kantajan tekemä väite.

81 Edellä todetun perusteella asetuksen N:o 40/94 74 artiklan 1 kohdan toisen virkkeen rikkomista koskeva kanneperuste on hylättävä, ja niin muodoin koko kanne on hylättävä.

Oikeudenkäyntikulut

82 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 87 artiklan 2 kohdan mukaan asian hävinnyt osapuoli on velvoitettava korvaamaan oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on tätä vaatinut. Koska kantaja on hävinnyt asian, se velvoitetaan SMHV:n ja väliintulijan vaatimusten mukaisesti korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

Näillä perusteilla

YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIN
(viides jaosto)

on ratkaissut asian seuraavasti:

1) Kanne hylätään.

2) Kantaja velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

Vilaras Dehousse Šváby

Julistettiin Luxemburgissa 7 päivänä kesäkuuta 2005.

H. Jung
kirjaaja

M. Vilaras
jaoston puheenjohtaja