



Kohtulahendite kogumik

ÜLDKOHTU OTSUS (viies koda)

4. aprill 2019*

Euroopa Liidu kaubamärk – Tühistamismenetlus – Euroopa Liidu kujutismärk TESTA ROSSA – Osaliselt tühistatuks tunnistamine – Määruse (EÜ) nr 207/2009 artikli 51 lõike 1 punkt a (nüüd määruse (EL) 2017/1001 artikli 58 lõike 1 punkt a) – Tõendid kasutamise kohta – Vaidlusaluse kaubamärgi väljapoole suunatud kasutamine – Võrdne kohtlemine

Kohtuasjades T-910/16 ja T-911/16,

Kurt Hesse, elukoht Nürnberg (Saksamaa), esindaja: advokaat M. Krogmann,

hageja kohtuasjas T-910/16,

Wedl & Hofmann GmbH, asukoht Mils (Austria), esindaja: advokaat T. Raubal,

hageja kohtuasjas T-911/16,

versus

Euroopa Liidu Intellektuaalomandi Amet (EUIPO), esindaja: M. Fischer,

kostja,

teised menetluspooled EUIPO apellatsioonikojas, menetlusse astujad Üldkohtus vastavalt kohtuasjas T-910/16 ja kohtuasjas T-911/16,

Hofmann & Wedl GmbH

ja

Kurt Hesse,

mille ese on hagi EUIPO esimese apellatsioonikoja 5. oktoobri 2016. aasta otsuse (asi R 68/2016–1) peale, mis käsitleb K. Hesse ja Wedl & Hofmanni vahelist tühistamismenetlust,

ÜLDKOHUS (viies koda),

koosseisus: koja president D. Gratsias, kohtunikud I. Labucka ja I. Ulloa Rubio (ettekandja),

kohtusekretär: E. Coulon,

arvestades 23. detsembril 2016 Üldkohtu kantseleisse saabunud hagiavaldusi,

* Kohtumenetluse keel: saksa.

arvestades 15. märtsil 2017 Üldkohtu kantseleisse saabunud EUIPO vastust,

arvestades menetlusse astujate seisukohti, mis saabusid Üldkohtu kantseleisse 9. märtsil (kohtuasi T-910/16) ja 23. märtsil 2017 (kohtuasi T-911/16),

arvestades asjaolu, et kolme nädala jooksul alates menetluse kirjaliku osa lõpetamisest teatamisest ei olnud pooled esitanud taotlust kohtuistungi määramiseks, ning olles Üldkohtu kodukorra artikli 106 lõike 3 alusel otsustanud teha otsuse ilma menetluse suulise osata,

on teinud järgmise

otsuse

Vaidluse taust

- 1 Wedl & Hofmann GmbH, kes on hageja kohtuasjas T-911/16 ja menetlusse astuja kohtuasjas T-910/16, esitas 8. juulil 2008 Euroopa Liidu Intellektuaalomandi Ametile (EUIPO) vastavalt nõukogu 20. detsembri 1993. aasta määrusele (EÜ) nr 40/94 ühenduse kaubamärgi kohta (EÜT 1994, L 11, lk 1; ELT eriväljaanne 17/01, lk 146), muudetud redaktsioonis (asendatud nõukogu 26. veebruari 2009. aasta määrusega (EÜ) nr 207/2009 Euroopa Liidu kaubamärgi kohta (ELT 2009, L 78, lk 1), muudetud redaktsioonis (omakorda asendatud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 14. juuni 2017. aasta määrusega (EL) 2017/1001 Euroopa Liidu kaubamärgi kohta (ELT 2017, L 154, lk 1)) ELi kaubamärgi registreerimise taotluse.
- 2 Kaubamärk, mille registreerimist taotleti, on järgmine kujutismärk, mille jaoks taotletakse musta ja punast (Pantone 186 C) värvi:



- 3 Kaubad ja teenused, mille jaoks kaubamärgi registreerimist taotleti, kuuluvad 15. juuni 1957. aasta märkide registreerimisel kasutatavate kaupade ja teenuste rahvusvahelise klassifikatsiooni Nizza kokkuleppe (uuesti läbi vaadatud ja parandatud kujul) klassidesse 7, 11, 20, 21, 25, 28, 30, 34 ja 38 ning vastavad neis klassides järgmisele kirjeldusele:
 - klass 7: „kohviveskid, v.a käsitsi käitatavad“;
 - klass 11: elektrilised kohviaparaadid; elektrilised kuumutatavad toiduvalmistamisnõud eeskätt kuumade ja külmade jookide valmistamiseks; jäämasinad ja -aparaadid“;

- klass 20: „mööbel“
 - klass 21: „majapidamis- ja köögitarbed ja -mahutid; mitteelektrilised filtriga seadmed kohvi valmistamiseks; kohvikannud (mitteelektrilised); kohviveskid; klaasist, portselanist lauanõud; joogiklaasid“;
 - klass 25: „rõivad, eeskätt võimlemis- ja spordirõivad, põlled, särgid, spordisärgid ja T-särgid; tennisesärgid; peakatted“;
 - klass 28: „mängud, mänguasjad; võimlemisriistad ja sporditarbed, eeskätt golfikepid, golfikotid, golfipallid, jalgpallid, tennisereketid, tennisekotid, tennisepallid, mis ei kuulu teistesse klassidesse“;
 - klass 30: „kohv, tee, kakao, suhkur; pagari- ja kondiitritooted, toidujää; šokolaad; šokolaadijoogid; kompvekid“;
 - klass 34: „suitsetamistarbed; tikud“;
 - klass 38: „side, eeskätt üleilmse arvutivõrgus sideühenduse pakkumine“.
- 4 Kaubamärgitaotlus avaldati 27. oktoobri 2008. aasta väljaandes *Bulletin des marques communautaires* nr 43/2008. Kaubamärk registreeriti 11. mail 2009 numbriga 007070519 eespool punktis 3 nimetatud kaupade ja teenuste jaoks.
 - 5 Hageja kohtuasjades T-910/16 ja T-911/16 Kurt Hesse esitas 15. oktoobril 2014 taotluse tunnistada määruse nr 207/2009 artikli 51 lõike 1 punkti a (nüüd määruse 2017/1001 artikli 58 lõike 1 punkt a) alusel vaidlusalune kaubamärk osaliselt tühistatuks kaupade ja teenuste osas, mis kuuluvad klassidesse 7, 11, 20, 21, 25, 28, 30, 34 ja 38, välja arvatud klassi 30 kuuluvad kaubad „kohv, tee, kakao, suhkur; šokolaad; šokolaadijoogid; kompvekid“.
 - 6 Wedl & Hofmann esitas ette nähtud tähtaja jooksul 17. veebruaril 2015 märkused vaidlusaluse kaubamärgi kasutamise kohta ja palus jätta tühistamisaotluse rahuldamata, kuid ei esitanud siiski kõiki tõendeid kaubamärgi kasutamise kohta. Wedl & Hofmann saatis postiga tõendid kaubamärgi kasutamise kohta, mille EUIPO sai kätte 23. veebruaril 2015 pärast tähtaja möödumist. Wedl & Hofmann esitas 10. mail 2015 täiendavad dokumendid, et tõendada vaidlusaluse kaubamärgi tegelikku kasutamist.
 - 7 Tühistamisosakond tunnistas 17. novembril 2015 Wedl & Hofmanni õigused kõigi taotlusega hõlmatud kaupade ja teenuste osas tühistatuks alates 15. oktoobrist 2014.
 - 8 Wedl & Hofmann esitas 13. jaanuaril 2016 EUIPO-le määruse nr 207/2009 artiklite 58–64 (nüüd määruse 2017/1001 artiklid 66–71) alusel tühistamisosakonna otsuse peale kaebuse.
 - 9 EUIPO esimene apellatsioonikoda rahuldab 5. oktoobri 2016. aasta otsusega (edaspidi „vaidlustatud otsus“) Wedl & Hofmanni kaebuse osaliselt ja tühistas tühistamisosakonna otsuse osas, milles jäeti kehtima vaidlusaluse kaubamärgi registreering klassi 21 kuuluvate kaupade „majapidamis- ja köögitarbed ja -mahutid; klaasist, portselanist lauanõud; joogiklaasid“ ja klassi 25 kuuluvate kaupade „rõivad, eeskätt võimlemis- ja spordirõivad, põlled, särgid, spordisärgid ja T-särgid; tennisesärgid; peakatted“ (edaspidi „klassidesse 21 ja 25 kuuluvad vaidlusalused kaubad“) osas. Konkreetselt leidis apellatsioonikoda kõigepealt, et Wedl & Hofmanni poolt hilinenuks esitatud tõendid on määruse nr 207/2009 artikli 76 lõikest 2 (nüüd määruse 2017/1001 artikli 95 lõige 2) tulenevalt vastuvõetavad. Sellega seoses märkis ta vaidlustatud otsuse punktis 22, et määruse nr 207/2009 artikli 76 põhjal on EUIPO kaalutusõigus otsustada, kas võtta arvesse hilinenuks esitatud fakte ja tõendeid, ning lisas, et Euroopa Kohus on otsustanud, et üldjuhul – ja kui ei ole sätestatud teisiti – on määruse nr 207/2009 sätete alusel lubatud esitada faktilisi asjaolusid ja tõendeid pärast selleks ette nähtud tähtaja

möödumist ning EUIPO-l ei ole keelatud arvestada hilinenult esitatud faktide ja tõenditega. Järgmiseks märkis apellatsioonikoda, et kaubamärgi väljapoole suunatud kasutamine ei tähenda tingimata lõpptarbijatele suunatud kasutamist ning et tegelikku kasutamist, millele Wedl & Hofmann tugineb, ei saa välistada pelgalt seetõttu, et hageja osundatud äritegevus ei ole suunatud lõpptarbijaile, vaid tööstustarbijatele nagu litsentsiaadid või frantsiisivõtjad. Seega otsustas apellatsioonikoda, et esitatud tõendeid arvestades on Wedl & Hofmann tõendanud, et vaidlustatud kaubamärki on klassidesse 21 ja 25 kuuluvate vaidlusaluste kaupade jaoks tegelikult kasutatud. Lõpetuseks tões apellatsioonikoda, et tühistamisaotlusega hõlmatud ülejäänud kaupade ja teenuste puhul esitatud tõenditest tegeliku kasutamise tõendamiseks ei piisa.

Poolte nõuded

Kohtuasi T-910/16

- 10 K. Hesse palub Üldkohtul:
- tühistada vaidlustatud otsus ja tunnistada Wedl & Hofmanni õigused tühistatuks klassidesse 21 ja 25 kuuluvate vaidlusaluste kaupade osas;
 - mõista kohtukulud välja EUIPO-lt.
- 11 EUIPO ja Wedl & Hofmann paluvad Üldkohtul:
- jätta hagi rahuldamata;
 - mõista kohtukulud välja K. Hesselt.

Kohtuasi T-911/16

- 12 Wedl & Hofmann palub Üldkohtul:
- tühistada vaidlustatud otsus või muuta seda;
 - mõista kohtukulud välja EUIPO-lt.
- 13 EUIPO ja K. Hesse paluvad Üldkohtul:
- jätta hagi rahuldamata;
 - mõista kohtukulud välja Wedl & Hofmannilt.

Õiguslik käsitus

- 14 Olles kuulunud ära poolte seisukohad selles küsimuses, otsustas Üldkohus kodukorra artikli 19 lõike 2 ja artikli 68 lõike 1 alusel käesolevad kohtuasjad kohtuotsuse huvides liita.
- 15 Kõigepealt tuleb märkida, et apellatsioonikoja seisukoht on, et kasutamise kohta esitatud tõendite põhjal on vaidlusalust kaubamärki klassidesse 21 ja 25 kuuluvate vaidlusaluste kaupade jaoks tegelikult kasutatud. Seevastu otsustas apellatsioonikoda, et tühistamisaotluses nimetatud muude kaupade ja

teenuste jaoks ei ole vaidlusalust kaubamärki tegelikult kasutatud. Oma hagis palub K. Hesse tühistamisaotluse rahuldada kõigi taotluses nimetatud kaupade ja teenuste osas ja oma hagis palub Wedl & Hofmann selle taotluse tervikuna rahuldamata jätta.

- 16 Kohtuasjas T-910/16 esitatud hagi põhjendamiseks tugineb K. Hesse ainsa väitena sisuliselt määruse nr 207/2009 artikli 51 lõike 1 punkti a rikkumisele.
- 17 Kohtuasjas T-911/16 esitab Wedl & Hofmann kaks väidet, millest esimese kohaselt on rikutud määruse nr 207/2009 artikli 51 lõike 1 punkti a ja artikli 15 lõike 1 punkti a (nüüd määruse 2017/1001 artikli 18 lõike 1 punkt a) ja komisjoni 13. detsembri 1995. aasta määruse (EÜ) nr 2868/95, millega rakendatakse määruse nr 40/94 (ELT 1995, L 303, lk 1) eeskirja 40 lõiget 5 (nüüd 18. mai 2017. aasta delegeeritud määruse (EL) 2017/1430, millega täiendatakse määrust nr 207/2009 ning tunnistatakse kehtetuks määrused (EÜ) nr 2868/95 ja (EÜ) nr 216/96 (ELT 2017, L 205, lk 1) artikli 19 lõige 1), tõlgendatuna koostoimes määruse nr 2868/95 eeskirja 22 lõigetega 3 ja 4 (nüüd määruse 2017/1430 artikli 10 lõiked 3 ja 4) ja teise kohaselt võrdse kohtlemise põhimõtet.
- 18 Üldkohus leiab, et kõigepealt tuleb käsitleda kohtuasja T-910/16 ainsat väidet ja kohtuasja T-911/16 esimest väidet, kuna sisuliselt tuginevad mõlemad väited määruse nr 207/2009 artikli 51 lõike 1 punkti a rikkumisele, ja seejärel analüüsida kohtuasjas T-911/16 teist väidet.
- 19 Sissejuhatuseks tuleb märkida, et pooled ei ole Üldkohtu menetluses vaidlustanud nende tõendite vastuvõetavust, mille Wedl & Hofmann esitas tühistamisosakonnas.
- 20 Peab paika, et kohtuasjas T-911/16 esitatud seisukohtade punktis 5 märkis K. Hesse enne oma argumente Wedl & Hofmanni nõuete sisu kohta, et „hagi on põhjendatu juba seetõttu, et hageja on esitanud [...] tõendid kasutamise kohta [...] pärast [EUIPO] määratud tähtpäeva 17. detsembri 2015 möödumist“. Oma argumentatsiooni toetuseks viitab K. Hesse muu hulgas 18. juuli 2013. aasta kohtuotsusele *New Yorker SHK Jeans vs. Siseturu Ühtlustamise Amet* (C-621/11 P, EU:C:2013:484).
- 21 Kuid kuna K. Hesse palus oma vastuses jätta Wedl & Hofmanni esitatud hagi rahuldamata, mitte ei esitanud nõuet tühistada vaidlustatud otsus põhjusel, et apellatsioonikoda rikkus neid tõendeid arvesse võttes õigusnormi, siis tuleb tema argumentatsioon tulemusetuna tagasi lükata.
- 22 Lõpetuseks tuleb tõdeda, et isegi kui käsitada K. Hesse argumentatsiooni nii, et selle eesmärk on, et Üldkohus jäta Wedl & Hofmanni hagi rahuldamata ja jäta vaidlustatud otsuse jõusse muul kui apellatsioonikoja poolt selles otsuses esitatud põhjusel, tuleb see argumentatsioon tagasi lükata. Selles küsimuses piisab, kui meenutada, et Üldkohus teostab EUIPO üksuste otsuste õiguspärasuse kontrolli. Kui ta tuvastab, et otsus, mille peale on talle hagi esitatud, on õigusvastane, tuleb tal see otsus tühistada. Üldkohus ei või hagi rahuldamata jätta, asendades vaidlusaluse akti vastu võtnud EUIPO pädeva üksuse otsuse põhjenduse enda omaga (9. septembri 2010. aasta kohtuotsus *Axis vs. Siseturu Ühtlustamise Amet – Etra Investigación y Desarrollo (ETRAX)*, T-70/08, EU:T:2010:375, punkt 29 ja seal viidatud kohtupraktika).

Ainus väide kohtuasjas T-910/16 ja esimene väide kohtuasjas T-911/16, mille kohaselt on rikutud sisuliselt määruse nr 207/2009 artikli 51 lõike 1 punkti a

- 23 Kohtuasjas T-910/16 esitatud ainsas väites leiab K. Hesse, et apellatsioonikoda oleks pidanud nõustuma vaidlustatud kaubamärgi täielikult tühistatuse tunnistamisega.
- 24 Kohtuasjas T-911/16 esitatud esimeses väites leiab Wedl & Hofmann sisuliselt, et ta on esitanud tõendid kaubamärgi tegeliku kasutamise kohta kõigi nende kaupade ja teenuste osas, mille jaoks see kaubamärk on registreeritud, ja mitte ainult klassidesse 21 ja 25 kuuluvate vaidlusaluste kaupade osas.

- 25 Määruse nr 207/2009 artikli 51 lõike 1 punkti a kohaselt kuulutatakse ELi kaubamärgi omaniku õigused tühistatuks EUIPO-le esitatud taotluse või rikkumise suhtes algatatud menetluses esitatud vastuhagi põhjal, kui kaubamärki ei ole Euroopa Liidus viie järjestikuse aasta jooksul tegelikult kasutatud kaupade või teenuste puhul, mille jaoks see on registreeritud, ja kasutamata jätmisel ei ole mõistlikke põhjendusi.
- 26 Vastavalt määruse nr 207/2009 artikli 15 lõike 1 punktile a hõlmavad tõendid ELi kaubamärgi tegeliku kasutamise kohta ka tõendeid selle kohta, et ELi kaubamärki kasutatakse kujul, mis erineb registreeritud kujust selliste elementide poolest, mis ei muuda kaubamärgi eristusvõimet.
- 27 Vastavalt määruse nr 2868/95 eeskirjale 22, mida kohaldatakse tühistamismenetlustes selle sama määruse eeskirja 40 lõike 5 kohaselt, tuleb esitada tõendid kaubamärgi kasutamise koha, aja, ulatuse ja olemuse kohta ning üldjuhul tuleb piirduda selliste tõendite nagu pakendite, etikettide, hinnakirjade, kataloogide, arvete, fotode, ajalehereklaamide ning määruse nr 207/2009 artikli 76 lõike 1 punkti f (nüüd määruse 2017/1001 artikli 97 lõike 1 punkt f) kohaste kirjalike kinnituste esitamisega (8. juuli 2004. aasta kohtuotsus *Sunrider vs. Siseturu Ühtlustamise Amet – Espadafor Caba (VITAFRUIT)*, T-203/02, EU:T:2004:225, punkt 37, ja 10. septembri 2008. aasta kohtuotsus *Boston Scientific vs. Siseturu Ühtlustamise Amet – Terumo (CAPIO)*, T-325/06, ei avaldata, EU:T:2008:338, punkt 27).
- 28 Tegeliku kasutamise mõiste tõlgendamisel tuleb arvesse võtta asjaolu, et kaubamärgi tegelikult kasutusele võtmise nõude *ratio legis*'e eesmärk ei ole ettevõtte majandusliku edu hindamine ega majandusstrateegia kontrollimine ega ka piirdumine kaubamärkide kaitsmisega ainult nende suuremahulise kaubandusliku kasutamise korral (vt 8. juuli 2004. aasta kohtuotsus *MFE Marienfelde vs. Siseturu Ühtlustamise Amet – Vétoquinol (HIPOVITON)*, T-334/01, EU:T:2004:223, punkt 32 ja seal viidatud kohtupraktika, ning 27. septembri 2007. aasta kohtuotsus *La Mer Technology vs. Siseturu Ühtlustamise Amet – Laboratoires Goëmar (LA MER)*, T-418/03, ei avaldata, EU:T:2007:299, punkt 53 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 29 Kohtupraktikast tuleneb, et kaubamärgi tegeliku kasutamise on tegemist juhul, kui kaubamärki kasutatakse selle peamise ülesande kohaselt, mis on nende kaupade ja teenuste päritolu tagamine, mille jaoks kaubamärk on registreeritud, eesmärgiga luua või säilitada nõudlus nende kaupade ja teenuste järele, ning tegelikult kasutamiseks ei loeta sümboolset laadi kasutamist, mille ainus eesmärk on kaubamärgist tulenevate õiguste säilitamine (vt analoogia alusel 11. märtsi 2003. aasta kohtuotsus *Ansul, C-40/01*, EU:C:2003:145, punkt 43). Lisaks nõuab kaubamärgi tegelikku kasutamist puudutav tingimus, et asjaomasel territooriumil kaitstud kaubamärki kasutatakse avalikult ja väljapoole suunatult (vt 6. oktoobri 2004. aasta kohtuotsus *Vitakraft-Werke Wührmann vs. Siseturu Ühtlustamise Amet – Krafft (VITAKRAFT)*, T-356/02, EU:T:2004:292, punkt 26 ja seal viidatud kohtupraktika, ning 4. juuli 2014. aasta kohtuotsus *Construcción, Promociones e Instalaciones vs. Siseturu Ühtlustamise Amet – Copisa Proyectos y Mantenimientos Industriales (CPI COPISA INDUSTRIAL)*, T-345/13, ei avaldata, EU:T:2014:614, punkt 21 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 30 Hinnates seda, kas tegemist on kaubamärgi tegeliku kasutamise, tuleb tugineda nende faktide ja asjaolude kogumile, mille abil on võimalik kindlaks teha, kas kaubamärgi kaubanduslik kasutamine on tegelik, ja milleks eeskätt on vastavas majandussektoris kaubamärgiga kaitstud kaupade või teenuste jaoks turuosa säilitamise või loomisega põhjendatud kasutamine, kaupade või teenuste olemus, turu omadused, kaubamärgi kasutamise ulatus ja sagedus (vt 10. septembri 2008. aasta kohtuotsus *CAPIO*, T-325/06, ei avaldata, EU:T:2008:338, punkt 30 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 31 Peale selle ei saa kaubamärgi tegelikku kasutamist tõendada tõenäolisuse või eeldustega, vaid see peab põhinema konkreetsetel ja objektiivsetel tõenditel kaubamärgi tõhusa ja piisava kasutamise kohta asjaomasel turul (vt 23. septembri 2009. aasta kohtuotsus *Cohausz vs. Siseturu Ühtlustamise Amet – Izquierdo Faces (acopat)*, T-409/07, ei avaldata, EU:T:2009:354, punkt 36 ja seal viidatud kohtupraktika). Seetõttu tuleb läbi viia igakülgne hindamine, mis võtaks arvesse kõiki asjakohaseid

tegureid ja mis eeldab teatud arvessevõetavate tegurite vastastikust sõltuvust (vt 18. jaanuari 2011. aasta kohtuotsus *Advance Magazine Publishers vs. Siseturu Ühtlustamise Amet – Capela & Irmãos (VOGUE)*, T-382/08, ei avaldata, EU:T:2011:9, punkt 30 ja seal viidatud kohtupraktika).

- 32 Eeltoodud kaalutlustest lähtudes tuleb uurida apellatsioonikoja analüüsi esiteks seoses vaidlusaluse kaubamärgi tegeliku kasutamisega klassidesse 21 ja 25 kuuluvate vaidlusaluste kaupade jaoks ja teiseks seoses vaidlusaluse kaubamärgi tegeliku kasutamise puudumisega tühistamistaotlusega hõlmatud ülejäänud kaupade ja teenuste jaoks.
- 33 Kõigepealt tuleb märkida, et taotlus tühistada vaidlusalune kaubamärk esitati 15. oktoobril 2014, mistõttu ulatub määruse nr 207/2009 artikli 51 lõike 1 punkti a kohane viieaastane ajavahemik 15. oktoobrist 2009 kuni 14. oktoobrini 2014, nagu apellatsioonikoda vaidlustatud otsuse punktis 43 õigesti märkis.
- 34 Selleks et uurida vaidlustatud kaubamärgi tegelikku kasutamist, tugines apellatsioonikoda järgmistele Wedl & Hofmanni esitatud tõenditele, nii nagu need on esitatud vaidlustatud otsuses:
- veebisaidi www.testarossacafe.com kuvatõmmised, milles sisaldub teave Wedl & Hofmanni kui Euroopas, Aasias, Lähis-Idas ja Egiptuses „kohvibaaride“ võrgustiku käitaja tegevuskohtade kohta;
 - kaks fotot jalgpallisärgist, mille esiküljel on vaidlusaluse kaubamärgi pisut muudetud kujutis;
 - kaks reklaamlehte ja fotot vaidlusaluse kaubamärgi „kohvibaaridest“ Saksamaal, Ungaris ja Ühendkuningriigis;
 - e-kiri 2014. aasta veebruarist, mis sisaldab vaidlusaluse kaubamärgi „kohv“ reklaami ajakirjas *Body & Soul* avaldamise tellimuskinnitust summas 30 000 eurot;
 - nimekiri vaidlusaluse kaubamärgi „kohvibaaride“ tegevuskohtadest Saksamaal, Itaalias, Ungaris, Austrias ja Rumeenias alates 2009. aastast;
 - kaubandusketi Müller neli erinevat reklaamlehte vaidlusaluse kaubamärgi „kohvi“ kohta;
 - vaidlusaluse kaubamärgi omanikult saadud mitmesugused tabelid, milles on kajastatud vaidlusaluse kaubamärgiga hõlmatud toodete, eeskätt papptopside, pabersalvrätikute, kohvi, joogiklaaside, kapslite, pastapliiatsite, söögiriistade, tuhatoside, tulemasinate, kellade, võtmehoidjate ja päevavarjude müügi ülevaade aastate 2009–2015 kohta, milles on näidatud toodete ning ostjate lõikes müügi maht ja väärtus;
 - vaidlusaluse kaubamärgi omanikult saadud mitmesugused tabelid, milles on kajastatud vaidlusaluse kaubamärgiga tekstiiltoodete tellimused ja tärned aastatel 2010–2012 koos hinna ja kaubasaajatega;
 - fotod vaidlusaluse kaubamärgi „kohvibaaridest“;
 - Rumeenia kohta käiv nimekiri frantsiisi alusel tegutsevates eri müügikohtades müüdavatest vaidlusaluse kaubamärgiga hõlmatud erinevatest toodetest nagu kompekid, lauanõud, portselantooted, reklaamtõed, kotid, päikesevarjud, rinnamärgid ning rõivaesemed nagu põlled, nokkmütsid või spordisärgid koos hinna ja vastava kogusega;
 - foto kahest tulemasinast, millel on vaidlusalune kaubamärk;
 - e-kirjavahetus W ja F-i vahel, milles viimane teatas W-le, et alates 1998. aastast on Wedl & Hofmannil telefoninumber, millele on võimalik helistada Saksamaalt, Prantsusmaalt, Itaaliast ja Šveitsist;

- vaidlusaluse kaubamärgi reklaambrošüür, milles esitletakse muu hulgas vaidlusaluse kaubamärgi päritolu ning vaidlusaluse kaubamärgi kohvi valmistus- ja tootmisprotsessi. Selles brošüüris tutvustatakse samuti kohvikapsleid ja muid vaidlusaluse kaubamärgiga hõlmatud tooteid nagu kohvitassid ja -klaasid, kohvimasinad, suhkru annuspakendid, lusikad, põlled, spordisärgid, ettekandjapaunad ja pabersalvrätid, mis kõik on tähistatud vaidlusaluse kaubamärgiga;
 - brošüür, mis käsitleb vaidlusaluse kaubamärgi frantsiisimist, kirjeldades frantsiisipõhimõtteid ning vaidlusalust kaubamärki kandvaid eri tooteid.
- 35 K. Hesse väidab esiteks, et Wedl & Hofmanni esitatud tõenditega ei saa tõendada vaidlusaluse kaubamärgi tegelikku kasutamist klassidesse 21 ja 25 kuuluvate vaidlusaluste kaupade jaoks, kuna need tõendid ei puuduta müüki lõpptarbijatele. K. Hesse leiab, et Wedl & Hofmanni poolt tõendina esitatud tabelid müügi kohta on suunatud litsentsiaatidele ja frantsiisivõtjatele, kuid ei tõenda, et tooted on müüdnud lõpptarbijatele.
- 36 EUIPO ja Wedl & Hofmann K. Hesse argumentidega ei nõustu.
- 37 Käesolevas asjas tuleb märkida, et kohtupraktika kohaselt on tõsi, et kaubamärgi tegelik kasutamine eeldab, et kaubamärki kasutatakse avalikult ja väljapoole suunatult (8. juuli 2004. aasta kohtuotsus VITAFRUIT, T-203/02, EU:T:2004:225, punkt 39; vt selle kohta ka 11. märtsi 2003. aasta kohtuotsus Ansul, C-40/01, EU:C:2003:145, punkt 37). Samuti peab paika, et hinnates seda, kas tegemist on kaubamärgi tegeliku kasutamisega, tuleb tugineda nende faktide ja asjaolude kogumile, mille abil on võimalik kindlaks teha, kas kaubamärgi kaubanduslik kasutamine on tegelik, ja milleks on eriti vastavas majandussektoris kaubamärgiga kaitstud kaupade või teenuste jaoks turuosa säilitamise või loomisega põhjendatud kasutamine, kaupade või teenuste olemus, turu omadused, kaubamärgi kasutamise ulatus ja sagedus (vt 8. juuli 2004. aasta kohtuotsus VITAFRUIT, T-203/02, EU:T:2004:225, punkt 40 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 38 Siiski on apellatsioonikoda vaidlustatud otsuse punktides 58 ja 59 põhjendatult tõdenud, et kõnealune väljapoole suunatud kasutamine ei pea tingimata olema lõpptarbijatele suunatud kasutamine. Nimelt on kaubamärgi tegelik kasutamine seotud turuga, kus leiab aset ELi kaubamärgi omaniku äritegevus ja kus ta loodab kasutada oma kaubamärki. Seega tähendaks see, kui kaubamärgi väljapoole suunatud kasutamiseks kohtupraktika tähenduses peetakse tingimata ainult selle lõpptarbijatele suunatud kasutamist, et määruse nr 207/2009 kohaldamisalast oleks välistatud kaubamärgid, mida kasutatakse üksnes äriühingute vahelistes suhetes. Nimelt koosneb asjaomane avalikkus, kellele kaubamärgid võivad olla suunatud, lisaks lõpptarbijatele ka erialaasjatundjatest, tööstustarbijatest ja teistest professionaalsetest kasutajatest (vt 7. juuli 2016. aasta kohtuotsus Fruit of the Loom vs. EUIPO – Takko (FRUIT), T-431/15, ei avaldata, EU:T:2016:395, punkt 49 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 39 Nagu nähtub paljudest dokumentidest, mille esitas Wedl & Hofmann tõenditena vaidlusaluse kaubamärgi kasutamise kohta, on vaieldamatu, et Wedl & Hofmann käitab frantsiisivõtjate ja litsentsiaatide vahendusel „kohvibaaride“ ketti ning et viimati nimetatud müüvad frantsiisi- või litsentsilepingu alusel turul lõpptarbijatele klassidesse 21 ja 25 kuuluvaid vaidlusaluseid kaupu. Seega vastavalt eespool punktis 38 viidatud kohtupraktikale saab selle müügi alusel tuvastada vaidlusaluse kaubamärgi avaliku ja väljapoole suunatud kasutamise. Neil tingimustel ei ole tähtsust asjaolul, et Wedl & Hofmannil ei ole olnudsuhteid vahetult lõpptarbijatega.
- 40 Seda hinnangut ei sea kahtluse alla K. Hesse argument, et kuivõrd Wedl & Hofmann on sõlminud frantsiisi- ja litsentsilepinguid, millest litsentsiaatidele ja frantsiisivõtjatele tuleneb reklaami-, müügiesitamis- ja turustusvaldkonna kohustusi, siis on tulemuseks selle frantsiisi- või litsentsilepingu samastumine nimetatud äriühingu suhtega tema töötajate või esindajatega, mida ei saa liigitada tegelikuks kasutamiseks määruse nr 207/2009 artikli 15 tähenduses. Frantsiisi- või litsentsileping on kaubandustegevuses tavapärast kasutatav korraldusvahend, mida ei saa käsitada puhtalt sisemise kasutamisenä. Tuleb tõdeda, et sellisel turul, nagu seda on liidu turg, on käesolevas asjas kõne alla

olevate kaupade järele nõudluse loomisel või säilitamisel tavaline, et äritegevus on suunatud sektori professionaalidele, st eelkõige edasimüüjatele. Seega ei saa põhimõtteliselt välistada, et kaubamärgi kasutamist, mida tõendab sektori professionaalidele suunatud äritegevus, võib käsitada kasutamisenä, mis on kooskõlas kaubamärgi peamise ülesandega eespool punktis 30 viidatud kohtupraktika tähenduses (vt 7. juuli 2016. aasta kohtuotsus FRUIT, T-431/15, ei avaldata, EU:T:2016:395, punkt 50).

- 41 Igal juhul tuleb märkida, et tõenditest, ja eeskätt tabelitest andmetega aastatel 2009–2015 müüdü kaupade hulga ja väärtuse kohta nähtub, et tellimusi toimetati kätte ka muudele äriühingutele kui frantsiisivõtjad ja litsentsiaadid. See annab tunnistust vaidlusaluse kaubamärgi kasutamisest avalikult ja väljapoole ning mitte ainult kaubamärgi omanikuks oleva ettevõtja siseselt või frantsiisivõtjate ja litsentsiaatide võrgustikus.
- 42 Seega järeltas apellatsioonikoda põhjendatult, et käesoleval juhul on kaubamärgi avalikult ja väljapoole suunatult kasutamise tingimus täidetud.
- 43 Teiseks väidab K. Hesse, et Wedl & Hofmann tarnis klassidesse 21 ja 25 kuuluvaid vaidlusaluseid kaupu üksnes vaidlusaluse kaubamärgiga tähistatud muude kaupade või teenuste nagu „kohv“ või „kohvibaari“ teenused, edendamise kaubanduslikul eesmärgil. Niisuguses olukorras ei aita nende kaupade vaidlusaluse kaubamärgiga tähistamine kaasa nende järele nõudluse loomisele ega nende eristamisele teistelt ettevõtjatelt pärinevatest kaupadest, võttes arvesse, et need kaubad ei konkureeri turul teiste kaupade või teenustega.
- 44 EUIPO ja Wedl & Hofmann K. Hesse argumentidega ei nõustu.
- 45 Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt tuleb tegeliku kasutamise mõistet käsitada kui reaalselt kasutamist, mis vastab kaubamärgi peamisele ülesandele, milleks on tagada lõpptarbijale või -kasutajale kauba või teenuse päritolu, võimaldades tal ilma võimaliku segiajamiseta eristada asjaomast kaupa või teenust sellest, millel on muu päritolu (11. märtsi 2003. aasta kohtuotsus Ansul, C-40/01, EU:C:2003:145, punktid 35 ja 36, ning 9. detsembri 2008. aasta kohtuotsus Verein Radetzky-Orden, C-442/07, EU:C:2008:696, punkt 13).
- 46 Tegeliku kasutamise mõistest tuleneb, et kaubamärgi kaitse ning mõju, millele kaubamärgi registreerimise tõttu saab kolmandate isikute suhtes tugineda, ei saa enam kesta pärast seda, kui kaubamärk kaotab oma kaubandusliku eesmärgi, milleks on selle kaubamärgi moodustavat tähist kandvate kaupade või teenuste järele nõudluse loomine või säilitamine teiste ettevõtjate kaupade või teenuste kõrval (11. märtsi 2003. aasta kohtuotsus Ansul, C-40/01, EU:C:2003:145, punkt 37, ja 9. detsembri 2008. aasta kohtuotsus Verein Radetzky-Orden, C-442/07, EU:C:2008:696, punkt 14).
- 47 Selleks et teha kindlaks, kas kaubamärgi tegelik kasutamine on tõendatud või mitte, on vaja kontrollida, kas ettevõtja eesmärk on kaubamärgi kasutamise abil säilitada või tekitada liidus nõudlus oma kaupade või teenuste järele teiste ettevõtjate kaupade ja teenuste kiuste. See ei ole nii juhul, kui need kaubad või teenused ei konkureeri – ega ole mõeldudki konkureerima – teiste ettevõtjate poolt turul pakutavate kaupade või teenustega (9. septembri 2011. aasta kohtuotsus Omnicare vs. Siseturu Ühtlustamise Amet – Astellas Pharma (OMNICARE CLINICAL RESEARCH), T-289/09, ei avaldata, EU:T:2011:452, punkt 68).
- 48 Isegi kui ei saa välistada, et klassidesse 21 ja 25 kuuluvaid vaidlusaluseid kaupu võidakse pakkuda lõppeesmärgiga ajendada asjaomast avalikkust ostma Wedl & Hofmanni müüdüvat „kohvi“, ei jagata neid siiski tasuna teiste kaupade nagu „kohvi“ ostmise eest ega viimati nimetatud kaupade müügi edendamiseks, kuivõrd Wedl & Hofmanni esitatud tõenditest ja eeskätt reklaammaterjalist, frantsiisimist käsitlevast brošüürist ja müügiloeteludest nähtub, et klassidesse 21 ja 25 kuuluvate vaidlusaluste kaupade kohta peetakse tellimusnumbrite ning müüdü kaupade hulga ja väärtuse lõikes eraldi raamatupidamisarvestust, mis ei sõltu „kohvi“ omast, kuigi viimati nimetatud kaup on Wedl & Hofmanni peamine müügiartikkel. Mainitud müük kujutab endast kaubamärgi kasutamise toiminguid,

mis on objektiivselt sobivad kõnealuste kaupade järele nõudluse tekitamiseks või säilitamiseks ja mille kaubanduslik kogus, arvestades kasutamise kestust ja sagedust, ei ole nii väike, et võiks järeldada, et tegemist on puhtalt sümboolse, minimaalse või fiktiivse kasutamisega, mille ainus eesmärk on säilitada kaubamärgist tulenev õiguskaitse. Seetõttu tuleb asuda seisukohale, et tegemist on iseseisvate kaupadega, mille järele on eraldi nõudlus.

- 49 Lisaks tuleb märkida, et klassidesse 21 ja 25 kuuluvad vaidlusalused kaubad konkureerivad turul saadaolevate samalaadsete kaupadega ja seda eelkõige siis, kui neid pakuvad kohviturul tegutsevad ettevõtjad, kes võivad samuti pakkuda selliseid kaupu nagu „papptopsides“, „kohvitassid“, „joogiklaasid“ või „suhkru annuspakendid“, et edendada nõudlust oma peamise kauba, nimelt kohvi järele.
- 50 Seega tuleb tõdeda, et oma kaubamärki nii kasutades oli Wedl & Hofmanni eesmärk tekitada või säilitada nõudlus klassidesse 21 ja 25 kuuluvate vaidlusaluste kaupade järele turul, kus tegutseb teisi ettevõtjaid.
- 51 Seega järeldas apellatsioonikoda põhjendatult, et Wedl & Hofmanni esitatud dokumendid vaidlusaluse kaubamärgi kasutamise kohta tõendavad, et vaidlustatud kaubamärki ei kasutatud klassidesse 21 ja 25 kuuluvate vaidlusaluste kaupade jaoks üksnes ettevõtja siseselt ja üksnes eesmärgiga edendada Wedl & Hofmanni teiste kaupade müüki.
- 52 Kolmandaks väidab Wedl & Hofmann sisuliselt, et ta on esitanud tõendid kaubamärgi tegeliku kasutamise kohta kõigi nende kaupade ja teenuste puhul, mille jaoks see kaubamärk on registreeritud, ja mitte ainult klassidesse 21 ja 25 kuuluvate vaidlusaluste kaupade osas. Ta väidab, et kui apellatsioonikoda oleks kasutamise tõendamiseks esitatud dokumente õigesti hinnanud, oleks ta pidanud järeldama, et esitatud on piisavad tõendid kasutamise kohta kõigi eespool punktis 3 loetletud kaupade ja teenuste osas.
- 53 EUIPO ja K. Hesse Wedl & Hofmanni argumentidega ei nõustu.
- 54 Käesoleval juhul tuleb tõdeda, et Wedl & Hofmanni esitatud dokumendid ei võimalda järeldada, et apellatsioonikoda tegi vea, leides, et muude kaupade ja teenuste puhul kui klassidesse 21 ja 25 kuuluvad vaidlusalused kaubad ei olnud tegemist vaidlusaluse kaubamärgi tegeliku kasutamisega.
- 55 Apellatsioonikoja põhjendatud järelduse eeskujul tuleb märkida, et Wedl & Hofmann esitas piisavad andmed üksnes vaidlusaluse kaubamärgi sellise kasutamise kohta, aja ja ulatuse kohta, mis seonduvad klassidesse 21 ja 25 kuuluvate vaidlusaluste kaupadega, ja milleks on eeskätt tabelleid mitmesuguste eri andmetega müügikuupäeva ja -riigi ning müüdü kaupade ja müügihinna ja -väärtuse kohta. Lisaks kinnitavad tabelites esitatud andmeid muud tõendid, näiteks fotod, reklaamlehed, reklaambrošüür ja frantsiisimist käsitlev brošüür. Ülejäänud kaupade ja teenuste osas ei ole Wedl & Hofmann esitanud ühtegi tõendit, mis võimaldaks tuvastada, et nimetatud kaupu müüdi liidus asjasse puutuva ajavahemiku jooksul. Ent just Wedl & Hofmann peab tõendama vaidlusaluse kaubamärgi tegelikku kasutamist, st esitama kõik konkreetsetel ja objektiivsetel asjaoludel, mitte tõenäosusel või oletustel põhinevad tõendid, mille abil tal on võimalik tõendada, et seda kaubamärki on asjaomasel turul tegelikult ja piisavalt kasutatud (vt selle kohta analoogia alusel 23. septembri 2009. aasta kohtuotsus *acopat*, T-409/07, ei avaldata, EU:T:2009:354, punktid 69 ja 70).
- 56 Täpsemalt tuleb esiteks märkida, et nendest dokumentidest ei saa tuletada mis tahes vihjet või tõendit vaidlusaluse kaubamärgi tegeliku kasutamise kohta seoses kaupadega, mis kuuluvad klassidesse 7, 11, 20 ja 28. Tuleb rõhutada, et Wedl & Hofmann ei ole esitanud ühtki arvet, tellimuslehte ega müügi- või reklaamikäivet näitavat dokumenti ning andmeid, millest selguks turuosa selliste kaupade puhul, nagu klassi 7 kuuluvad „kohviveskid“, klassi 20 kuuluv „mööbel“, klassi 28 kuuluvad „mängud“ ja „mänguasjad“, klassi 11 kuuluvad „seadmed kohvi valmistamiseks“ ja „elektrilised kuumutatavad toiduvalmistamisnõud“ ning klassi 25 kuuluvad „sporditarbed“, mida turustatakse vaidlustatud kaubamärgi all. Mis lisaks puutub klassi 25 kuuluvatesse „võimlemis- ja spordirõivastesse“, siis märkis

apellatsioonikoda vaidlustatud otsuse punktis 66 põhjendatult, et nende kaupade jaoks tegeliku kasutamise mõõnmiseks ei piisa ainult vaidlusaluse kaubamärgiga spordisärgi fotost, kui puuduvad mis tahes täiendavad tõendid.

- 57 Teiseks tuleb märkida seoses klassi 34 kuuluvate kaupadega, milleks on nimelt „suitsetamistarbed“ ja „tikud“, et kuigi Wedl & Hofmanni esitatud müüki käsitlevates tabelites on tegelikult andmeid „tulemasinade“ ja „tuhatooside“ müügi kohta, on nende müügimaht väga väike või lausa olematu võrreldes teiste selliste kaupadega nagu „kohv“, „papptopsid“ või „tassid“ või „klaasid“ kohvi jaoks. Seega ei selgu tõenditest, kas tegemist on juhusliku kasutamisega, mis ei ole sümboolsest kasutamisest ulatuslikum, või kasutamisega, mis on piisavalt oluline, et seda arvesse võtta.
- 58 Mis kolmandaks puutub klassi 38 kuuluvatesse teenustesse, siis tuleb tõdeda, et ka selle kohta ei ole tõendeid esitatud. Nimelt ei anna ükski tõend tunnistust sellest, et Wedl & Hofmann osutas sideteenust. Nagu apellatsioonikoda vaidlustatud otsuse punktis 67 põhjendatult märkis, ei tõenda ainuüksi see asjaolu, et Wedl & Hofmann seadis sisse nõustamistelefoninumbri, et Wedl & Hofmann osutas vaidlusaluse kaubamärgi all sideteenust. Nimelt ei kujuta klientide jaoks nõustamistelefoninumbri või -otseliini loomine endast iseseisvat teenust, mida osutatakse kolmas isik tasu eest ja seda ei saa käsitada nii, et selle abil saaks luua või säilitada nõudlust, vaid tegemist on pelgalt kasutajatoe teenusega, mis on seotud kaubamärgi omaniku poolt tegelikult turustatavate kaupade müügiga. Kuna puuduvad arved või objektiivsed andmed selle teenuse pakkumisest tuleneva käibe kohta ning täpsustused teenuse osutamise kuupäeva, mahu ja laadi kohta, siis ei saa eespool punktis 34 mainitud e-kirjavahetuse põhjal tuvastada vaidlusaluse kaubamärgi tegelikku kasutamist.
- 59 Mis puutub taotlusesse kuulata ära W, siis piisab märkimisest, et see taotlus tuleb igal juhul tagasi lükata, kuna kõiki eespool kirjeldatud kaalutlusi arvestades oli Üldkohtul esitatud väidetele ja argumentidele tuginedes tegelikult võimalik selles küsimuses otsus teha.
- 60 Seetõttu leidis apellatsioonikoda põhjendatult, et vaidlustatud kaubamärki ei ole tegelikult kasutatud muude kaupade ja teenuste puhul kui klassidesse 21 ja 25 kuuluvad vaidlusalused kaubad.
- 61 Eeltoodust järeldub, et kohtuasjas T-910/16 tuleb tagasi lükata K. Hesse esitatud ainus väide, mille kohaselt sisuliselt on rikutud määruse nr 207/2009 artikli 51 lõike 1 punkti a. Järelikult tuleb selles kohtuasjas esitatud hagi rahuldamata jätta.
- 62 Eeltoodust järeldub ühtlasi, et kohtuasjas T-911/16 tuleb samuti tagasi lükata Wedl & Hofmanni esimene väide, mille kohaselt on sisuliselt rikutud määruse nr 207/2009 artikli 51 lõike 1 punkti a.

Kohtuasjas T-911/16 esitatud teine väide, mille kohaselt on rikutud võrdse kohtlemise põhimõtet

- 63 Oma teises väites leiab Wedl & Hofmann, et temataolisel väikeettevõtjal on palju raskem tõendada kaubamärgi tegelikku kasutamist. Wedl & Hofmanni väitel rikub vaidlustatud otsus talle tõendite esitamisel rangeid nõudeid kehtestades võrdse kohtlemise põhimõtet.
- 64 EUIPO ja K. Hesse Wedl & Hofmanni argumentidega ei nõustu.
- 65 Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt nõuab võrdse kohtlemise põhimõte, et sarnaseid olukordi ei käsitletaks erinevalt ja erinevaid olukordi ei käsitletaks ühtemoodi, välja arvatud juhul, kui selline kohtlemine on objektiivselt põhjendatud (17. juuli 1997. aasta kohtuotsus National Farmers' Union jt, C-354/95, EU:C:1997:379, punkt 61, ja 16. septembri 2004. aasta kohtuotsus Merida, C-400/02, EU:C:2004:537, punkt 22).

- 66 Lisaks tuleb tõdeda, et kuigi tegelikku kasutamist hinnatakse juhtumipõhiselt, ei võeta hindamisel peamiselt arvesse asjaomases ajavahemikus saavutatud käivet või müügimahtu. Tegelikult ei ole määruse nr 207/2009 artikli 51 lõike 1 punkti a ja määruse nr 2868/95 eeskirja 22 lõike 3 eesmärk ettevõtte majandusliku edu hindamine ega majandusstrateegia kontrollimine ega ka piirdumine kaubamärkide kaitsmisega ainult nende suuremahulise kaubandusliku kasutamise korral (vt analoogia alusel 8. juuli 2004. aasta kohtuotsus VITAFRUIT, T-203/02, EU:T:2004:225, punktid 36–38).
- 67 Olles viinud läbi igakülgse hindamise, leidis apellatsioonikoda kõiki juhtumi olulisi asjaolusid arvesse võttes, et Wedl & Hofmanni esitatud tõendid ei olnud piisavad, et tõendada vaidlustatud kaubamärgi tegelikku kasutamist nende kaupade ja teenuste jaoks, mis kuuluvad klassidesse 7, 11, 20, 21, 25, 28, 30, 34 ja 38, välja arvatud klassidesse 21 ja 25 kuuluvad vaidlusalused kaubad.
- 68 Hinnates seda, kas tegemist on kaubamärgi tegeliku kasutamisega, ei tohi lisaks erinevalt kohelda suuri ja väikesi ettevõtjaid, kuivõrd sellise hinnangu andmisel tuleb tugineda nende faktide ja asjaolude kogumile, mille abil on võimalik kindlaks teha, kas selle kaubamärgi kaubanduslik kasutamine on tegelik, ja milleks on eriti vastavas majandussektoris kaubamärgiga kaitstud kaupade või teenuste järele nõudluse säilitamise või tekitamisega põhjendatud kasutamine, kaupade või teenuste olemus, turu omadused, kaubamärgi kasutamise ulatus ja sagedus (vt 8. juuli 2004. aasta kohtuotsus VITAFRUIT, T-203/02, EU:T:2004:225, punkt 40 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 69 Järelikult ei saa tuvastada, et kaubamärgi tegeliku kasutamise hindamisel esines erinev kohtlemine vastavalt omanikust ettevõtja suurusele, kuna seda, kas kaubamärki tegelikult kasutati, hinnatakse vastavalt neile samadele objektiivsetele kriteeriumidele, mis on esitatud eespool punktis 68, olenemata ettevõtte suurusest.
- 70 Eeltoodust järeldub, et kohtuasjas T-911/16 esitatud väide võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumise kohta tuleb tagasi lükata. Kuna see väide ja samuti see väide, mille kohaselt sisuliselt on rikutud määruse nr 207/2009 artikli 51 lõike 1 punkti a, on tagasi lükatud, siis järelikult tuleb hagi selles kohtuasjas tervikuna rahuldamata jätta.

Kohtukulud

- 71 Kodukorra artikli 134 lõike 1 alusel on kohtuvaidluse kaotanud pool kohustatud hüvitama kohtukulud, kui vastaspool on seda nõudnud.
- 72 Kuna kohtuasjas T-910/16 on K. Hesse kohtuvaidluse kaotanud, tuleb kohtukulud vastavalt EUIPO ja Wedl & Hofmanni nõuetele temalt välja mõista.
- 73 Kuna kohtuasjas T-911/16 on Wedl Hofmann kohtuvaidluse kaotanud, tuleb kohtukulud vastavalt EUIPO ja K. Hesse nõuetele temalt välja mõista.

Esitatud põhjendustest lähtudes

ÜLDKOHUS (viies koda)

otsustab:

- 1. Liita kohtuasjad T-910/16 ja T-911/16 kohtuotsuse huvides.**
- 2. Jätta hagid rahuldamata.**
- 3. Mõista kohtuasjas T-910/16 kohtukulud välja K. Hesselt.**
- 4. Mõista kohtuasjas T-911/16 kohtukulud välja Wedl & Hofmann GmbH-lt.**

Gratsias

Labucka

Ulloa Rubio

Kuulutatud avalikul kohtuistungil Luxembourgis 4. aprillil 2019.

Allkirjad