



Kohtulahendite kogumik

ÜLDKOHTU OTSUS (üheksas koda laiendatud koosseisus)

19. juuni 2019*

Euroopa Liidu kaubamärk – Kehtetuks tunnistamise menetlus – Euroopa Liidu kujutismärk, mis kujutab kolme paralleelset triipu – Absoluutne kehtetuks tunnistamise põhjus – Kasutamise käigus omandatud eristusvõime puudumine – Määruse (EÜ) nr 207/2009 artikli 7 lõige 3 ja artikli 52 lõige 2 (nüüd määruse (EL) 2017/1001 artikli 7 lõige 3 ja artikli 59 lõige 2) – Kasutuskuju, mida ei saa arvesse võtta – Kuju, mis erineb kaubamärgi registreeritud kujust märkimisväärselt –
Värvilahenduse überpööramine

Kohtuasjas T-307/17,

adidas AG, asukoht Herzogenaurach (Saksamaa), esindajad: *solicitor* I. Fowler ja *solicitor* I. Junkar,

hageja,

keda toetab

Marques, asukoht Leicester (Ühendkuningriik), esindaja: advokaat M. Treis,

menetlusse astuja,

versus

Euroopa Liidu Intellektuaalomandi Amet (EUIPO), esindajad: M. Rajh ja H. O'Neill,

kostja,

teine menetluspool EUIPO apellatsioonikojas, menetlusse astuja Üldkohtus oli,

Shoe Branding Europe BVBA, asukoht Oudenaarde (Belgia), esindaja: advokaat J. Løje,

mille ese on hagi EUIPO teise apellatsioonikoja 7. märtsi 2017. aasta otsuse (asi R 1515/2016-2) peale, mis käsitleb Shoe Branding Europe'i ja adidase vahelist kaubamärgi kehtetuks tunnistamise menetlust,

ÜLDKOHTU OTSUS (üheksas koda laiendatud koosseisus)

koosseisus: koja president S. Gervasoni, kohtunikud L. Madise, R. da Silva Passos, K. Kowalik-Bańczyk (ettekandja) ja C. Mac Eochaidh,

kohtusekretär: ametnik E. Hendrix,

arvestades hagiavaldust, mis saabus Üldkohtu kantseleisse 18. mail 2017,

* Kohtumenetluse keel: inglise.

arvestades EUIPO kostja vastust, mis saabus Üldkohtu kantseleisse 10. augustil 2017,
arvestades menetlusse astuja seisukohti, mis saabusid Üldkohtu kantseleisse 12. juulil 2017,
arvestades 5. detsembri 2017. aasta kohtumäärust, millega anti Marques'ile luba astuda hageja nõuete toetuseks menetlusse,
arvestades Marques'i menetlusse astuja seisukohti, mis saabusid Üldkohtu kantseleisse 22. jaanuaril 2018,
arvestades hageja seisukohti, mis saabusid Üldkohtu kantseleisse 19. veebruaril 2018,
arvestades EUIPO seisukohti, mis saabusid Üldkohtu kantseleisse 28. veebruaril 2018,
arvestades menetlusse astuja seisukohti, mis saabusid Üldkohtu kantseleisse 28. veebruaril 2018,
arvestades 24. jaanuaril 2019 toimunud kohtuistungil esitatut,
on teinud järgmise

otsuse

I. Vaidluse taust

- 1 Hageja adidas AG esitas 18. detsembril 2013 Euroopa Liidu Intellektuaalomandi Ametile (EUIPO) vastavalt nõukogu 26. veebruari 2009. aasta määrusele (EÜ) nr 207/2009 Euroopa Liidu kaubamärgi kohta (ELT 2009, L 78, lk 1), muudetud redaktsioonis (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 alljärgnev kujutis:



- 3 Registreerimistaotluses on taotletud kaubamärki nimetatud kujutismärgiks ja seda kirjeldatakse järgmiselt:

„Kaubamärk kujutab kolme paralleelset võrdse laiusega triipu, mis paigutatakse tootele mis tahes suunas.“

- 4 Kaubad, mille jaoks registreerimist taotleti, kuuluvad 15. juuni 1957. aasta märkide registreerimisel kasutatava kaupade ja teenuste rahvusvahelise klassifikatsiooni Nizza kokkuleppe (uuesti läbi vaadatud ja parandatud kujul) klassi 25 ning vastavad kirjeldustele: „rõivad, jalatsid, peakatted“.
- 5 Kaubamärk registreeriti 21. mail 2014 numbriga 12442166.
- 6 Menetlusse astuja Shoe Branding Europe BVBA esitas 16. detsembril 2014 nimetatud kaubamärgi kehtetuks tunnistamise taotluse määruse nr 207/2009 artikli 52 lõike 1 punkti a alusel (nüüd määruse 2017/1001 artikli 59 lõike 1 punkt a) koosmõjus määruse nr 207/2009 artikli 7 lõike 1 punktiga b (nüüd määruse 2017/1001 artikli 7 lõike 1 punkt b).
- 7 Tühistamisosakond rahuldab 30. juunil 2016 menetlusse astuja esitatud kehtetuks tunnistamise taotluse põhjendusel, et kõnealusel kaubamärgil puudub täielikult eristusvõime, nii olemusest tulenev kui ka kasutamise käigus omandatud.
- 8 Hageja esitas 18. augustil 2016 EUIPO-le määruse nr 207/2009 artiklite 58–64 alusel (nüüd määruse 2017/1001 artiklid 66–71) tühistamisosakonna otsuse peale kaebuse. Kaebuses ei vaidlustanud ta vaidlusaluse kaubamärgi olemusest tuleneva eristusvõime puudumist, vaid ta väitis hoopis, et see kaubamärk on omandanud eristusvõime kasutamise käigus määruse nr 207/2009 artikli 7 lõike 3 ja artikli 52 lõike 2 tähenduses (nüüd määruse 2017/1001 artikli 7 lõige 3 ja artikli 59 lõige 2).
- 9 EUIPO teine apellatsioonikoda jättis 7. märtsi 2017. aasta otsusega (edaspidi „vaidlustatud otsus“) kaebuse rahuldamata.
- 10 Kõigepealt märkis apellatsioonikoda, et vaidlusalune kaubamärk oli nõuetekohaselt registreeritud kujutismärgina (vaidlustatud otsuse punkt 20). Seejärel kinnitas ta tühistamisosakonna hinnangut, et kõnealusel kaubamärgil ei ole olemusest tulenevat eristusvõimet (vaidlustatud otsuse punkt 22). Lõpuks uuris ta hageja esitatud tõendeid ja asus seisukohale, et hageja ei ole tõendanud, et kõnealusel kaubamärgil on kogu Euroopa Liidus omandanud kasutamise käigus eristusvõime (vaidlustatud otsuse punkt 69). Seetõttu leidis apellatsioonikoda, et vaidlusalune kaubamärk oli registreeritud vastuolus määruse nr 207/2009 artikli 7 lõike 1 punktiga b ja et seetõttu tuleb see tunnistada kehtetuks (vaidlustatud otsuse punkt 72).

II. Poolte nõuded

- 11 Hageja, keda toetab ühing Marques („menetlusse astunud ühing“), palub Üldkohtul:
 - tühistada vaidlustatud otsus;
 - mõista kohtukulud välja EUIPO-lt ja menetlusse astujalt.
- 12 EUIPO palub Üldkohtul:
 - jätta hagi rahuldamata;
 - mõista kohtukulud välja hagejalt;
 - mõista kohtukulud välja menetlusse astunud ühingult.
- 13 Menetlusse astuja palub Üldkohtul:
 - jätta hagi rahuldamata;

– mõista kohtukulud välja hagejalt.

III. Õiguslik käsitlus

- 14 Hageja, keda toetab menetlusse astunud ühing, põhjendab oma hagi üheainsa väitega, mille kohaselt on rikutud määruse nr 207/2009 artikli 52 lõiget 2 koosmõjus sama määruse artikli 7 lõikega 3 ning õiguspärase ootuse kaitse ja proportsionaalsuse põhimõtteid.
- 15 Seda väidet võib käsitleda kahes osas, kuna hageja väidab sisuliselt esiteks, et apellatsioonikoda lükkas ekslikult tagasi palju tõendeid põhjendusel, et need puudutasid muid tähiseid kui vaidlusalune kaubamärk ja teiseks, et apellatsioonikoda tegi hindamisvea, kui ta leidis, et ei ole tõendatud, et asjaomane kaubamärk oli omandanud eristusvõime kasutamise käigus, mis on toimunud liidu territooriumil.

A. Sissejuhatavad kaalutlused

- 16 Esiteks olgu märgitud, et määruse nr 207/2009 artikli 7 lõike 1 punkti b kohaselt ei registreerita kaubamärke, millel puudub eristusvõime. Vastavalt sama määruse artikli 7 lõikele 2 (nüüd määruse 2017/1001 artikli 7 lõige 2) kohaldatakse seda absoluutset keeldumispõhjust olenemata sellest, et registreerimata jätmise põhjused esinevad ainult liidu teatud osas. Sellegipoolest ei takista määruse nr 207/2009 artikli 7 lõike 3 kohaselt nimetatud keeldumispõhus kaubamärgi registreerimist, kui kaubamärk on kasutamise käigus muutunud neid kaupu eristavaks, mille jaoks registreerimist taotleti.
- 17 Teiseks tuleb silmas pidada, et määruse nr 207/2009 artikli 52 lõike 1 punkti a sõnastuse kohaselt tunnistatakse ELi kaubamärk kehtetuks EUIPO-le esitatud taotluse põhjal, kui ELi kaubamärk on registreeritud sama määruse artikli 7 sätete vastaselt. Samuti sätestab määruse nr 207/2009 artikli 52 lõige 2, et kui ELi kaubamärgi registreerimisel on rikutud artikli 7 lõike 1 punkti b, ei või seda siiski kehtetuks tunnistada, kui see on pärast selle registreerimist kasutamise käigus muutunud eristusvõimeliseks seoses nende kaupade või teenustega, mille jaoks see on registreeritud.
- 18 Seega tuleneb määruse nr 207/2009 artikli 7 lõikest 3 ja artikli 52 lõikest 2, et kehtetuks tunnistamise menetluses ei too registreeritud kaubamärgi olemusest tuleneva eristusvõime puudumine kaasa selle kaubamärgi kehtetust, kui see on kasutamise käigus muutunud eristusvõimeliseks kas enne selle registreerimist või selle registreerimise ja kehtetuks tunnistamise taotluse esitamise vahele jäänud ajal (vt selle kohta 14. detsembri 2017. aasta kohtuotsus *bet365 Group vs. EUIPO – Hansen (BET 365)*, T-304/16, EU:T:2017:912, punkt 23 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 19 Samuti tuleb märkida, et kaubamärgi eristusvõime, sõltumata asjaolust, kas see tuleneb selle olemusest või on omandatud kasutamise käigus, tähendab seda, et kaubamärk võimaldab identifitseerida kauba, mille jaoks kaubamärgi registreerimist taotletakse, konkreetselt ettevõtjalt pärinevana ja seega eristada seda kaupa teiste ettevõtjate omadest (vt selle kohta analoogia alusel 4. mai 1999. aasta kohtuotsus *Windsurfing Chiemsee, C-108/97 ja C-109/97*, EU:C:1999:230, punkt 46, ja 18. juuni 2002. aasta kohtuotsus *Philips, C-299/99*, EU:C:2002:377, punkt 35).
- 20 Kaubamärgi olemusest tulenevat või kasutamise käigus omandatud eristusvõimet tuleb hinnata ühest küljest seoses kaupade ja teenustega, mille jaoks registreerimist taotletakse, ning teisest küljest seoses sellega, kuidas asjaomane avalikkus seda kaubamärki tajub (vt analoogia alusel 18. juuni 2002. aasta kohtuotsus *Philips, C-299/99*, EU:C:2002:377, punktid 59 ja 63, ja 12. veebruari 2004. aasta kohtuotsus *Koninklijke KPN Nederland, C-363/99*, EU:C:2004:86, punktid 34 ja 75).

- 21 Käesolevas asjas koosneb kaupade, mille jaoks vaidlusalune kaubamärk on registreeritud, nimelt rõivaste, jalatsite ja peakatete asjaomane avalikkus kõigist nende kaupade potentsiaalsetest tarbijatest liidus, see tähendab nii laiast avalikkusest kui ka erialateadmistega avalikkusest.
- 22 Eespool punktis 15 nimetatud ainsa väite kahte osa tuleb kontrollida neid kaalutlusi arvestades.

B. Esimene väiteosa, mis puudutab teatud tõendite põhjendamatu kõrvale jätmist

- 23 Hageja, keda toetab menetlusse astunud ühing, väite esimeses osas heidetakse apellatsioonikojale ette paljude tõendite tagasi lükkamist põhjendusel, et need puudutasid muid tähiseid kui vaidlusalune kaubamärk. Nimetatud põhjendus tuleneb hageja väitel esiteks vaidlusalusele kaubamärgile antud ekslikust tõlgendusest ja teiseks „lubatud erinevuste reegli“ väärast kohaldamisest. Neid kahte väidet tuleb uurida järgemööda.

1. Esimene etteheide, mille kohaselt on vaidlusalusele kaubamärgile antud ekslik tõlgendus

- 24 Hageja, keda toetab menetlusse astunud ühing, väidab oma väite esimeses osas, et apellatsioonikoda tõlgendas seda kaubamärki ekslikult, kui ta leidis, et vaidlusalusele kaubamärgile taotleti kaitset üksnes teatud mõõtmetes ja eelkõige selle kõrguse ja laiuse konkreetses suhtes. Nimelt seisneb kõnealune kaubamärk pinnamustris, mida võib kujutada erinevates mõõtmetes ja proportsioonides, mis varieeruvad vastavalt toodetele, millel seda kasutatakse. Nimelt võib kolme võrdse laiusega paralleelset triipu, milles vaidlusalune kaubamärk seisneb, pikendada või läbi lõigata erinevatel viisidel, sealhulgas diagonaalselt. Ta lisab, et tuginedes EUIPO kontrollimist käsitlevate suunistele ja nendest tulenevale õiguspärasele ootusele, võib ta tugineda asjaolule, et vaidlusalune kaubamärk kujutab endast mustrit, kuigi see kaubamärk on registreeritud kujutismärgina.
- 25 EUIPO ja menetlusse astuja vaidlevad hageja ja menetlusse astunud ühingu argumentidele vastu.
- 26 Hageja ja menetlusse astunud ühingu argumentidele vastamiseks tuleb esiteks meelde tuletada, et vastavalt määruse nr 207/2009 artiklile 4 (nüüd määruse 2017/1001 artikkel 4) võivad ELi kaubamärgi moodustada mis tahes tähised, kui selliste tähistega põhjal on võimalik eristada ühe ettevõtja kaupu või teenuseid teiste ettevõtjate omadest.
- 27 Teiseks on oluline märkida, et registreerimine saab toimuda üksnes EUIPO-le esitatud registreerimistaotluse alusel ja piires. Sellest tuleneb, et EUIPO ei saa võtta arvesse taotletud kaubamärgi selliseid tunnuseid, mida ei ole registreerimistaotluses või sellele lisatud dokumentides märgitud (vt 25. novembri 2015. aasta kohtuotsus Jaguar Land Rover vs. Siseturu Ühtlustamise Amet (auto kuju), T-629/14, ei avaldata, EU:T:2015:878, punkt 34 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 28 Sellega seoses olgu märgitud, et kaubamärgi tunnuste hindamisel tuleb arvesse võtta mitmeid tegureid.
- 29 Kõigepealt olgu märgitud, et komisjoni 13. detsembri 1995. aasta määruse (EÜ) nr 2868/95, millega rakendatakse nõukogu määrus (EÜ) nr 40/94 ühenduse kaubamärgi kohta (EÜT 1995, L 303, lk 1; ELT eriväljaanne 17/01, lk 189) eeskirja 1 lõike 1 punkti d ja eeskirja 3 lõigete 2 ja 5 (nüüd komisjoni 5. märtsi 2018. aasta rakendusmääruse (EL) 2018/626, millega nähakse ette Euroopa Parlamendi ja nõukogu määruse 2017/1001 (Euroopa Liidu kaubamärgi kohta) teatavate sätete üksikasjalikud rakenduseeskirjad ja tunnistatakse kehtetuks rakendusmäärus (EL) 2017/1431 (ELT 2018, L 104, lk 37) artikli 2 lõike 1 punkt d, artikli 3 lõiked 6–8 ning artikli 3 lõike 3 punktid b ja f) kohaselt peab juhul, kui taotletakse graafilise kujutise või konkreetse värvi registreerimist, ELi kaubamärgi taotlus sisaldama kaubamärgi graafilist kujutist, mis vajaduse korral on värviline.

- 30 Graafilist kujutamist nõutakse eelkõige selleks, et määrata kaubamärki ennast määratledes kindlaks kaubamärgiomanikule registreeritud kaubamärgiga antud kaitse täpne objekt (vt analoogia alusel 12. detsembri 2002. aasta kohtuotsus Sieckmann, C-273/00, EU:C:2002:748, punkt 48, ja 24. juuni 2004. aasta kohtuotsus Heidelberger Bauchemie, C-49/02, EU:C:2004:384, punkt 27). Seega peab kaubamärgitaotleja esitama kaubamärgi graafilise kujutise, mis vastab täpselt tema taotletud kaitse objektile. Kui kaubamärk on registreeritud, siis ei ole selle omanikul õigust ulatuslikumale kaitsele kui see, mis tuleneb nimetatud graafilisest kujutisest (vt selle kohta 30. novembri 2017. aasta kohtuotsus Red Bull vs. EUIPO – Optimum Mark (sinise ja hõbedase värvi kombinatsioon), T-101/15 ja T-102/15, edasi kaevatud, EU:T:2017:852, punkt 71).
- 31 Seejärel tuleb märkida, et määruse nr 2868/95 eeskirja 3 lõige 3 näeb ette, et registreerimistaotlus „võib sisaldada märgi kirjeldust“. Seega, kui kirjeldus on esitatud registreerimistaotluses, siis tuleb seda hinnata koos graafilise kujutisega (vt selle kohta analoogia alusel 30. novembri 2017. aasta kohtuotsus sinise ja hõbedase värvi kombinatsioon, T-101/15 ja T-102/15, edasi kaevatud, EU:T:2017:852, punkt 79).
- 32 Lõpuks olgu märgitud, et EUIPO peab uurima ka selle kaubamärgi eristusvõimet, mille registreerimist taotletakse, võttes arvesse kaubamärgitaotleja poolt registreerimistaotluses valitud kaubamärgiliiki (vt selle kohta 21. jaanuari 2016. aasta kohtumäärus Enercon vs. Siseturu Ühtlustamise Amet, C-170/15 P, ei avaldata, EU:C:2016:53, punktid 29, 30 ja 32).
- 33 Kolmandaks tuleb esile tuua, et erinevalt komisjoni 18. mai 2017. aasta rakendusmäärusest (EL) 2017/1431, millega nähakse ette nõukogu määruse nr 207/2009 teatavate sätete üksikasjalikud rakenduseeskirjad (ELT 2017, L 205, lk 39) (asendatud rakendusmäärusega 2018/626), ei ole ei määruses nr 207/2009 ega määruses nr 2868/95, mis kehtisid kehtetuks tunnistamise taotluse esitamise kuupäeval, viidatud „mustrimärkidele“ ega ka mitte „kujutismärkidele“ kui kaubamärkide eriliikidele.
- 34 Sellegipoolest tunnustas Üldkohus juba enne rakendusmääruse 2017/1431 jõustumist, et kujutismärgina määratletud tähis võib koosneda korrapäraselt korduvate elementide jadast (vt selle kohta 9. novembri 2016. aasta kohtuotsus Birkenstock Sales vs. EUIPO (laineliste ristuvate joontega mustri kujutis), T-579/14, EU:T:2016:650, punktid 43, 49, 53 ja 62). Seega võis kuni rakendusmääruse 2017/1431 jõustumiseni mustrimärki registreerida kujutismärgina, kui see kujutas endast pilti (vt selle kohta 19. septembri 2012. aasta kohtuotsus Fraas vs. Siseturu Ühtlustamise Amet (helehalli, tumehalli, beeži, tumepunast ja pruuni värvi ruudumuster), T-326/10, ei avaldata, EU:T:2012:436, punkt 56).
- 35 Käesoleval juhul registreeriti vaidlusalune kaubamärk vastavalt registreerimistaotlusele kujutismärgina selle graafilise kujutise ja eespool punktides 2 ja 3 toodud kirjelduse alusel.
- 36 Vaidlustatud otsuse punktis 38 tõlgendas apellatsioonikoda vaidlusalust kaubamärki järgmiselt:
„See seisneb kolmes kitsas vertikaalses ja paralleelses mustas triibus valgel taustal, mis on ligikaudu viis korda pikemad kui laiemad. Sellel on suhteliselt vähe tunnuseid: pikkuse ja laiuse suhe (ligikaudu 5:1), valge ala mustade triipude vahel ja asjaolu, et triibud on paralleelsed.“
- 37 Tuleb tõdeda, et selline tõlgendus vastab vaidlusaluse kaubamärgi graafilise kujutisele, mille alusel see kaubamärk on registreeritud. Muu hulgas märkis apellatsioonikoda põhjendatult, et vaidlusaluse kaubamärgi kogupikkuse ja kogulaiuse ligikaudne suhe on 5:1. Lisaks võttis apellatsioonikoda nõuetekohaselt arvesse kolme paralleelse musta triibu ja neid triipe lahutava kahe valge ala võrdset laiust.
- 38 Hageja vaidleb siiski vaidlusalusele kaubamärgile antud tõlgendusele vastu, väites esiteks, et kujutismärgi saab registreerida selle mõõtmeid ja proportsioone ära märkimata (vt selle kohta ja analoogia alusel 10. juuli 2014. aasta kohtuotsus Apple, C-421/13, EU:C:2014:2070, punktid 19 ja 27) ja

teiseks, et vaidlusalune kaubamärk kujutab endast mustrimärki. Neil asjaoludel on hageja väitel asjaomase kaubamärgi graafilise kujutise ainus otstarve näidata kolmest võrdse laiussega paralleelsest triibust koosnevat joonist, sõltumata nende triipude pikkusest või sellest, kuidas need on läbi lõigatud.

- 39 Selle argumendiga ei saa nõustuda.
- 40 Esiteks tuleb märkida, et kui apellatsioonikoda kirjeldas vaidlustatud otsuses vaidlusalust kaubamärki, lähtudes seda kaubamärgi moodustavate erinevate elementide proportsioonidest, nagu need olid kujutatud registreerimistaotluses, siis ei määratlenud ta vaidlusalust kaubamärki viitega selle mõõtmetele, milles seda kaubamärki kui tervikut saab asjaomastel toodetel kujutada. Sellest tuleneb, et vastupidi hageja väidetele ei sea apellatsioonikoja poolt vaidlusalusele kaubamärgile antud tõlgendus kahtluse alla asjaolu, et selle kaubamärgi registreerimist ei taotletud konkreetsetes mõõtmetes.
- 41 Teiseks möönis hageja, et vaidlusalune kaubamärk oli nõuetekohaselt registreeritud kujutismärgina. Samas nähtub eespool punktis 30 nimetatud kohtupraktikast, et kujutismärk registreeritakse selle graafilisel kujutisel näidatud proportsioonides. Seda järeldust ei sea kahtluse alla 10. juuli 2014. aasta kohtuotsus Apple (C-421/13, EU:C:2014:2070, punktid 19 ja 27), millele hageja viitab. Selles kohtuotsuses üksnes täpsustatakse, et disainilahendus võib olla registreeritud kaubamärgina, isegi kui sellel puuduvad andmed seda kujutava eseme suuruse ja proportsioonide kohta. Seevastu ei tähenda see kohtuotsus, et kaubamärki saab registreerida, ilma et oleks määratletud tähise enda proportsioonid.
- 42 Kolmandaks väidab hageja tulemuselt, et kõnealune kaubamärk ei kujuta endast mitte tavalist kujutismärki vaid mustrimärki, mille proportsioonid ei ole kindlaks määratud.
- 43 Selles osas olgu kõigepealt märgitud, et vaidlusaluse kaubamärgi graafilisest kujutisest ega kirjeldusest ei nähtu, et see koosneks elementide jadast, mis korduvad korrapäraselt.
- 44 Seejärel tuleb esile tuua, et ükski konkreetne tõend ei tõenda hageja väidet, et vaidlusalusele kaubamärgile antud kaitse eesmärk seisneb kolme võrdse laiussega paralleelse triibu kasutamises, olenemata nende pikkusest või sellest, kuidas need on läbi lõigatud. Esiteks on see väide vastuolus vaidlusaluse kaubamärgi graafilise kujutisega, millel on näha tähis, mida iseloomustab selle kogupikkuse ja kogulaiuse vaheline suhe, mis on ligikaudu 5:1, ning ristküliku kuju, kuna selle kaubamärgi moodustavad kolm triipu on läbi lõigatud täisnurga all. Teiseks ei toeta seda väidet vaidlusaluse kaubamärgi kirjeldus, milles on üksnes märgitud, et see kaubamärk koosneb „kolmest võrdse laiussega ja võrdsel kaugusel olevast paralleelsest triibust“ ning täpsustatud, et neid triipe võib „paigutada tootele mis tahes suunas“, ilma et oleks välja toodud, et nende triipude pikkust võib muuta või neid võib diagonaalselt lõigata.
- 45 Lõpuks olgu märgitud, et kuigi vastab tõele, et enne rakendusmääruse 2017/1431 jõustumist oli EUIPO kontrollimist käsitlevates suunistes märgitud, et „EUIPO praktika kohaselt on mustris seisnevad kaubamärgid „kujutavad“ tähised“, ei ole neis suunistes siiski antud mustrimärkide määratlust, mis erineks eespool punktis 34 nimetatud kohtupraktikast tulenevast. Nimelt on neis suunistes täpsustatud, et „kujutismärki võib pidada „mustrimärgiks“ üksnes juhul, kui see koosneb ainult elementide jadast, mis korduvad korrapäraselt“.
- 46 Neil asjaoludel tuleb asuda seisukohale, et vaidlusalune kaubamärk on kujutismärk ja mitte mustrimärk. Seega tuleb järeldada, et esiteks ei eksinud apellatsioonikoda vaidlusalust kaubamärki tõlgendades ja teiseks ei ole hagejal mingit alust tugineda selle tõlgenduse vaidlustamiseks õiguspärase ootuse kaitse põhimõttele.
- 47 Sellest järeldub, et esimene väiteosa tuleb tagasi lükata.

2. Teine väiteosa, mille kohaselt on vääralt kohaldatud „lubatud erinevuste reeglit“

- 48 Hageja, keda toetab menetlusse astunud ühing, toob oma teises väiteosas välja, et apellatsioonikoda kohaldas vääralt „lubatud erinevuste reeglit“. Ta määratleb selle reegli kui eeskirja, mille kohaselt käsitatakse kaubamärgi kasutamist kujul, mis erineb registreeritud kujust selliste elementide poolest, mis ei muuda selle kaubamärgi eristusvõimet, samuti selle kaubamärgi kasutamisenä. Ta väidab, et vastupidi apellatsioonikoja järeldustele puudutavad kõik tema esitatud dokumendid vaidlusaluse kaubamärgi kasutuskujusid, millega selle kaubamärgi eristusvõimet ei ole muudetud. Seega on tema arvates kõnealused kasutuskujud asjakohased hindamaks, kas vaidlusalune kaubamärk on omandanud eristusvõime.
- 49 Enne selle väiteosa uurimist tuleb määratleda mõiste kaubamärgi „kasutamine“ määruse nr 207/2009 artikli 7 lõike 3 ja artikli 52 lõike 2 tähenduses.

a) Mõiste kaubamärgi „kasutamine“ määruse nr 207/2009 artikli 7 lõike 3 ja artikli 52 lõike 2 tähenduses

- 50 Hageja, keda toetab menetlusse astunud ühing, on seisukohal, et mõistet kaubamärgi „kasutamine“ määruse nr 207/2009 artikli 7 lõike 3 ja artikli 52 lõike 2 tähenduses tuleb tõlgendada samamoodi kui mõistet kaubamärgi „tegelik kasutamine“, mis on esitatud sama määruse artikli 15 lõikes 1 (nüüd määruse 2017/1001 artikli 18 lõige 1), mis teatud juhtudel hõlmab kaubamärgi kasutamist kujul, mis erineb kaubamärgi registreeritud kujust.
- 51 EUIPO ja menetlusse astuja ei nõustu sellise tõlgendusega. Nad väidavad, et mõiste „kasutamine“ määruse nr 207/2009 artikli 7 lõikes 3 ja artikli 52 lõikes 2 on kitsam, kui sama määruse artikli 15 lõikes 1 esinev mõiste „tegelik kasutamine“. Nende arvates võib kaubamärgi omanik vaidlusaluse kaubamärgi eristusvõime omandamise tõendamiseks tugineda üksnes kaubamärgi kasutamisele registreeritud kujul. Lubatud võivad olla üksnes ebaolulised erinevused.
- 52 Seoses kaubamärgi kasutuskujudega, mida saab arvesse võtta, tuleb kindlaks teha, kas mõistet kaubamärgi „kasutamine“ määruse nr 207/2009 artikli 7 lõikes 3 ja artikli 52 lõikes 2 tuleb tõlgendada samamoodi, nagu sama määruse artikli 15 lõikes 1 esinevat mõistet „tegelik kasutamine“ või mitte.
- 53 Selles osas tuleb meelde tuletada, et määruse nr 207/2009 artikli 15 lõike 1 teise lõigu punkt a (nüüd määruse 2017/1001 artikli 18 lõike 1 teise lõigu punkt a) näeb ette, et registreeritud kaubamärgi tegelikult kasutamiseks on ka selle „kaubamärgi kasutamine kujul, mis erineb registreeritud kujust selliste elementide poolest, mis ei muuda [asjaomase] kaubamärgi eristusvõimet“. Viidatud sättest tuleneb, et registreeritud kaubamärki on tegelikult kasutatud, kui on esitatud tõendid selle kaubamärgi kasutamise kohta registreeritust veidi erineval kujul (13. septembri 2007. aasta kohtuotsus *Il Ponte Finanziaria vs. Siseturu Ühtlustamise Amet*, C-234/06 P, EU:C:2007:514, punkt 86).
- 54 Tuleb märkida, et määruse nr 207/2009 artikli 15 lõike 1 teise lõigu punkti a eesmärk on võimaldada kaubamärgiomanikul kaubanduses kasutatava kuju ja registreeritud kuju vahelist ranget vastavust nõudmata varieerida tähist kaubanduslikul kasutamisel viisil, mis võimaldab asjaomaste kaupade ja teenuste turustamisel ja reklaamimisel tekkivate vajadustega paremini kohanduda, muutmata seejuures kaubamärgi eristusvõimet (25. oktoobri 2012. aasta kohtuotsus *Rintisch*, C-553/11, EU:C:2012:671, punkt 21, ja 18. juuli 2013. aasta kohtuotsus *Specsavers International Healthcare jt*, C-252/12, EU:C:2013:497, punkt 29).
- 55 Samas tuleb märkida, et vastupidi määruse nr 207/2009 artikli 15 lõike 1 teise lõigu punktile a ei näe sama määruse artikli 7 lõige 3 ja artikli 52 lõige 2 otsesõnu ette kaubamärgi kasutamist kujul, mis erineb kujust, milles kaubamärk registreerimiseks esitati, ja olenevalt olukorrast ka registreeriti.

- 56 Sellist sõnastuse erinevust selgitab asjaolu, et eespool punktis 55 nimetatud sätetel on erinev loogika. Nimelt kohaldatakse määruse nr 207/2009 artikli 15 lõike 1 teise lõigu punkti a ainult juba registreeritud kaubamärgile, mille eristusvõimet ei ole vaidlustatud. See artikkel võimaldab niisiis säilitada selle kaubamärgi kaitse, tõendades selle kasutamist, olenevalt olukorrast teatud kujul, mis erineb selle kaubamärgi registreeritud kujust. Seevastu sama määruse artikli 7 lõige 3 ja artikli 52 lõige 2 lähtuvad eeldusest, et esimesel juhul võib olemuslikult mitteeristava tähise ja teisel juhul eristusvõime puudumisest hoolimata ekslikult registreeritud kaubamärgi kasutamine teatud juhtudel muuta võimalikuks sellise tähise või kaubamärgi registreerimise või registreeringu säilitamise. Teisisõnu on määruse nr 207/2009 artikli 15 lõike 1 teise lõigu punkti a lähtekohaks kaubamärgi registreerimine ja see eeldab seejärel kaubamärgi kasutamise uurimist, samas kui sama määruse artikli 7 lõike 3 ja artikli 52 lõike 2 lähtepunktiks on tähise kasutamine, et olenevalt olukorrast jõuda kas selle registreerimiseni või registreeringu säilitamiseni.
- 57 Sellegipoolest tuleb arvestada, et eespool punktis 54 nimetatud vajadus varieerida kaubamärki kaubanduslikul kasutamisel on olemas ka ajavahemikul, mil kaubamärk omandab asjaomasel juhul eristusvõime määruse nr 207/2009 artikli 7 lõike 3 ja artikli 52 lõike 2 tähenduses kasutamise käigus.
- 58 Seetõttu ei ole võimalik otsustada kasutamise tingimuse üle erinevate elementide alusel sõltuvalt sellest, kas selle tingimuse alusel otsustatakse kaubamärgiga kaasnevate õiguste tekkimise või selliste õiguste säilitamise tagamise üle. Kui tähis võib omandada kaubamärgile antava kaitse tähise teatud moel kasutamise käigus, siis peab samasugune kasutamine võimaldama ka sellist kaitset säilitada. Seetõttu tuleb asuda seisukohale, et nõuded, mis esitatakse kaubamärgi kasutuskujudele, on analoogsed nõuetega, mis puudutavad tähise registreerimiseks vajaliku eristusvõime omandamist kasutamise käigus (18. aprilli 2013. aasta kohtuotsus Colloseum Holding, C-12/12, EU:C:2013:253, punktid 33 ja 34; vt selle kohta ja analoogia alusel ka kohtujurist Kokott'i ettepanek Nestlé, C-353/03, EU:C:2005:61, punkt 24).
- 59 Sellest tuleneb, et määruse nr 207/2009 artikli 15 lõike 1 kohased kasutamise kujud, sealhulgas need, mis „[erinevad] registreeritud kujust [üksnes] selliste elementide poolest, mis ei muuda märgi eristusvõimet“ tuleb arvesse võtta mitte ainuüksi kontrollimisel, kas asjaomast kaubamärki on tegelikult kasutatud nimetatud sätte tähenduses, vaid ka selle kindlaks määramisel, kas see kaubamärk on omandanud eristusvõime kasutamise käigus määruse nr 207/2009 artikli 7 lõike 3 ja artikli 52 lõike 2 tähenduses.
- 60 Vastab tõele, et määruse nr 207/2009 artikli 7 lõike 3 ja artikli 52 lõike 2 kontekstis oleks vale rääkida eristusvõime muutumisest enne, kui määratakse kindlaks, kas asjaomane kaubamärk on omandanud selle võime või mitte.
- 61 Samas on kohtupraktikas otsustatud, et määruse nr 207/2009 artikli 15 lõike 1 teise lõigu punkt a käsitleb olukordi, kus kaubanduses kasutatav tähis erineb kaubamärgi registreeritud kujust üksnes tühiste elementide poolest, nii et mõlemat tähist võib pidada üldjoontes samaväärseteks (vt selle kohta 15. detsembri 2015. aasta kohtuotsus LTJ Diffusion vs. Siseturu Ühtlustamise Amet – Arthur et Aston (ARTHUR & ASTON), T-83/14, EU:T:2015:974, punkt 18 ja seal viidatud kohtupraktika, ning 13. septembri 2016. aasta kohtuotsus hyphen vs. EUIPO – Skylotec (hulknurga kujutis), T-146/15, EU:T:2016:469, punkt 27).
- 62 Neil kaalutlustel tuleb asuda seisukohale, mida põhjendatult toetab hageja, et mõistet kaubamärgi „kasutamine“ määruse nr 207/2009 artikli 7 lõike 3 ja artikli 52 lõike 2 tähenduses tuleb tõlgendada nii, et see mõiste ei viita mitte üksnes kaubamärgi kasutamisele kujul, milles kaubamärk registreerimiseks esitati ja olenevalt olukorrast ka registreeriti, vaid ka kaubamärgi kasutamisele üksnes tühiste elementide poolest erineval kujul, mida seetõttu võib pidada üldjoontes samaväärseteks asjaomase kujuga.

63 Käesoleval juhul tuleb märkida, et apellatsioonikoda kohaldas põhimõtteliselt eespool punktis 61 nimetatud tingimust. Nimelt mainis apellatsioonikoda määruse nr 207/2009 artikli 15 lõike 1 teise lõigu punkti a (vaidlustatud otsuse punkt 30) ja täpsustas, et see säte lubab võtta arvesse tähise kasutamist kujul, mis erineb registreeritud kujust üksnes tühiste elementide poolest, nii et neid tähiseid võib pidada üldjoontes samaväärseteks (vaidlustatud otsuse punkt 32). Ta tõi ka esile, et selle määruse artikli 7 lõike 3 kontekstis ei ole põhimõtteliselt oluline, et kaubamärk oleks tõendites reprodutseeritud täpselt niimoodi, nagu see oli registreeritud (vaidlustatud otsuse punkt 69).

b) „Lubatud erinevuste reegli“ kohaldamine

64 Hageja heidab apellatsioonikojale ette, et viimane rikkus „lubatud erinevuste reeglit“, kui ta asus ekslikult esiteks seisukohale, et kuna kaubamärk on väga lihtne, võib väikseimgi erinevus oluliselt muuta neid tunnuseid, mille alusel kaubamärk oli registreeritud, ning teiseks seisukohale, et vaidlusaluse kaubamärgi kasutamine ümberpööratud värvilahenduse kujul muudab tingimata selle kaubamärgi eristusvõimet; kolmandaks väidab hageja, et teatud tõenditel oli näha kolme triibu asemel kahe triibuga tähist ning neljandaks, et kaldus triibud muudavad nimetatud kaubamärgi eristusvõimet.

65 EUIPO ja menetlusse astuja vaidlevad hageja argumentidele vastu.

66 Kõigepealt tuleb märkida, et hageja argumentide eesmärk on peamiselt seada kahtluse alla vaidlustatud otsuse osa, milles apellatsioonikoda hindas, kas vaidlusalust kaubamärki oli hageja esitatud tõendites kujutatud või mitte (vaidlustatud otsuse punktid 29–45). Need tõendid koosnevad peamiselt piltidest, kataloogide või muu reklaammaterjali väljavõtetest, millel on näha erinevate tähistega tooteid.

67 Oma hindamise tulemusel leidis apellatsioonikoda, nagu enne seda oli teinud tühistamisosakond, et enamik hageja esitatud dokumente ei puudutanud vaidlusalust kaubamärki ennast, vaid muid tähiseid, mis erinesid oluliselt asjaomasest kaubamärgist (vt eelkõige vaidlustatud otsuse punktid 33, 42 ja 69).

68 Muu hulgas kordas apellatsioonikoda vaidlustatud otsuse punktides 39, 40 ja 43 näiteid järgmistest tõenditest, mis tema arvetes ei sobi vaidlusaluse kaubamärgi kasutamise tõendamiseks:





69 Neist tõenditest lähtudes tuleb hinnata hageja nelja etteheidet vaidlustatud otsuse suhtes (eespool punkt 64) ja seejärel välja selgitada, kas apellatsioonikojal oli tõepoolest alust jätta hageja esitatud tõendid kõrvale.

1) Vaidlusaluse kaubamärgi äärmise lihtsuse arvesse võtmine

70 Apellatsioonikoda nimetas vaidlusalust kaubamärk „väga lihtsaks“, sest sellel kaubamärgil on suhteliselt vähe tunnuseid ja see seisneb ristküliku-kujuliselt paigutatud kolmes paralleelses mustas triibus valgel taustal (vaidlustatud otsuse punktid 37, 38 ja 69). Ta leidis, et silmas pidades vaidlusaluse kaubamärgi äärmist lihtsust, võib väiksemgi erinevus oluliselt muuta neid tunnuseid, mille alusel kaubamärk oli registreeritud (vaidlustatud otsuse punkt 69).

71 Selles osas tuleb esiteks märkida, et hageja ei ole väitnud vastu, et vaidlusalune kaubamärk on väga lihtne.

72 Teiseks tuleb välja tuua, et vastupidi sellele, mida väidab hageja, tuleb asuda seisukohale, et kui kaubamärk on väga lihtne, võivad isegi väikesed muudatused selles kaubamärgis endast kujutada märkimisväärseid erinevusi, nii et selle muudetud kuju ei saa pidada üldjoontes registreeritud kaubamärgiga samaväärseks. Nimelt, mida lihtsam on kaubamärk, seda väiksem saab olla selle eristusvõime ja seda enam võivad selles kaubamärgis tehtud muudatused mõjutada üht selle peamistest tunnustest ja mõjutada seda, kuidas asjaomane avalikkus kaubamärki tajub (vt selle kohta analoogia alusel 13. septembri 2016. aasta kohtuotsus hulknurga kujutis, T-146/15, EU:T:2016:469, punktid 33 ja 52 ja seal viidatud kohtupraktika).

73 Järelikult ei rikkunud apellatsioonikoda õigusnormi, kui ta võttis arvesse vaidlusaluse kaubamärgi äärmist lihtsust.

2) Värvilahenduse ümberpööramise tagajärg

74 Apellatsioonikoda täpsustas, et kuigi vaidlusalune kaubamärk seisneb kolmes mustas triibus valgel taustal, võib siiski möönda, et see vastab põhimõtteliselt „kolmele värvilisele triibule heledamal taustal“ (vaidlustatud otsuse punkt 38). Samas leidis apellatsioonikoda, et sellegipoolest tuleb kõrvale jätta tõendid, millel värvilahendus on ümber pööratud, see tähendab need, millel on näha valged (või heledad) triibud mustal (või tumedal) taustal (vaidlustatud otsuse punktid 38 ja 42).

75 Hageja, keda toetab menetlusse astunud ühing, väidab, et vastupidi apellatsioonikoja seisukohale ei muuda vaidlusaluse kaubamärgi kasutamine ümberpööratud värvilahenduse kujul selle kaubamärgi eristusvõimet. Nimelt on vaidlusalune kaubamärk registreeritud mustvalgena ja ilma viiteta

konkreetsse värvusele. Sellest tuleneb, et selle kaubamärgi kasutamine erinevates värvilahendustes, mis lähtuvad kolme triibu ja tausta esialgsest värvuskontrastist, kujutavad endast selle kaubamärgi kasutamist määruse nr 207/2009 artikli 7 lõike 3 ja artikli 52 lõike 2 tähenduses.

- 76 Seoses sellega tuleb tõdeda, et vaidlusalune kaubamärk on kujutismärk, mis ei sisalda ühtegi sõnalist osa ja millel on vähe tunnuseid (eespool punkt 36). Üks sellistest tunnustest on kolme musta triibu kasutamine valgel taustal. See tunnus loob erilise kontrasti ühelt poolt kolme musta triibu ja teiselt poolt valge tausta vahel ning nende triipude vaheliste valgete alade vahel.
- 77 Neil asjaoludel ja arvestades eelkõige vaidlusaluse kaubamärgi äärmist lihtsust ning eespool punktis 76 kirjeldatud tunnuse olulisust, ei saa värvilahenduse ümberpöörämist, isegi kui säilib tugev kontrast kolme triibu ja tasusta vahel, pidada tähtsusetuks erinevuseks, võrreldes registreeritud kaubamärgi kujuga.
- 78 Sellest järeldub, et apellatsioonikoda lükkas põhjendatult tagasi tõendid, millel ei olnud vaidlusalune kaubamärk, vaid muud tähised, mis seisnesid kolmes valges (või heledas) triibus mustal (või tumedal) taustal.
- 79 Seda järeldust, mis puudutab muu hulgas kõiki eespool punktis 68 esitatud pilte, välja arvatud kaks pilti, millel on kujutatud kolm paralleelset musta triipu, mis on paigutatud sõnas „adidas“ seisnevale logole väga lähedale, ei sea kahtluse alla hageja ja menetlusse astunud ühingu muud argumentid.
- 80 Esiteks väidab hageja, et apellatsioonikoja lähenemisviis on vastuolus teatavate liikmesriigi kohtute seisukohaga, täpsemalt kahe Saksamaa ja ühe Prantsusmaa kohtu omaga. Nende kohtute arvates ei tulenenud värvilahenduse ümberpööramisest mingeid tagajärgi.
- 81 Selles osas tuleb meelde tuletada, et ELi kaubamärgikord on sõltumatu, koosnedes õigusnormide tervikust ja järgides temale ainuomaseid eesmärke ning selle kohaldamine on sõltumatu mis tahes riigisisese süsteemist (25. oktoobri 2007. aasta kohtuotsus *Develey vs. Siseturu Ühtlustamise Amet*, C-238/06 P, EU:C:2007:635, punkt 65). Seega tuleb vaidlusalust kaubamärki hinnata üksnes asjaomaste liidu õigusnormide alusel ja liikmesriigi kohtute otsused ei saa ühelgi juhul seada kahtluse alla vaidlustatud otsuse õiguspärasust (22. oktoobri 2014. aasta kohtumäärus *Repsol YPF vs. Siseturu Ühtlustamise Amet*, C-466/13 P, ei avaldata, EU:C:2014:2331, punkt 90; vt selle kohta samuti 12. novembri 2008. aasta kohtuotsus *Lego Juris vs. Siseturu Ühtlustamise Amet – Mega Brands* (punane legoklots), T-270/06, EU:T:2008:483, punkt 91).
- 82 Teiseks väidab hageja, et apellatsioonikoja lähenemisviis paneb ta „väljapääsmatusse olukorda“ teise apellatsioonikoja 28. novembri 2013. aasta otsuses (*adidas vs. Shoe Branding Europe BBVA*, asi R 1208/2012-2, punkt 78) võetud seisukoha tõttu. Selles otsuses leidis teine apellatsioonikoda, et hageja üks teine kaubamärk, mis kujutas valgeid triipe mustal taustal, tuleb tootele paigutada just nimelt sellisel kujul, see tähendab musta ristkülikuna, millel on valged triibud. Hageja väidab, et viidatud otsuse ja vaidlustatud otsuse koosmõjust tuleneb, et praktikas ta ei või kasutada kaubamärki ei valgel taustal kolme musta triibu kujul ega ka mustal taustal kolme valge triibu kujul.
- 83 Sellele väitele tuleb vastata, et õiguskindluse ja hea halduse tagamiseks peab iga kehtetuks tunnistamise taotluse kontrollimine olema range ja täielik, et kaubamärkide registreeringud ei säiliks alusetult. Selline kontroll tuleb läbi viia igal konkreetset juhul. Tähtise registreerimine kaubamärgina sõltub nimelt konkreetsetest kriteeriumidest, mis on kohaldatavad asjaomastele faktilistele asjaoludele ning mis on mõeldud selle kontrollimiseks, ega asjaomane tähis ei kuulu mõne keeldumispõhjuse kohaldamisalasse (vt analoogia alusel 10. märtsi 2011. aasta kohtuotsus *Agencja Wydawnicza Technopol vs. Siseturu Ühtlustamise Amet*, C-51/10 P, EU:C:2011:139, punkt 77). Sellest järeldub, et käesolevas vaidluses ei saa hageja tulemuslikult tugineda tagajärgedele, mis võivad olla EUIPO mõnel teisel otsusel mõne muu tähtise kohta kui vaidlusalune kaubamärk. Pealegi tuleb meelde tuletada, et

28. novembri 2013. aasta otsus, isegi kui eeldada, et selle ulatus ja tagajärjed on sellised, nagu väidab hageja, tühistati 21. mai 2015. aasta kohtuotsusega adidas vs. Siseturu Ühtlustamise Amet – Shoe Branding Europe (kaks paralleelset triipu jalatsil) (T-145/14, ei avaldata, EU:T:2015:303).
- 84 Kolmandaks viitab hageja mitmele kohtuotsusele, milles Üldkohus leidis, et teatud kaubamärkide kasutamine erinevates värvilahendustes, sealhulgas ümberpööratud värvilahenduses, ei muutnud nende kaubamärkide eristusvõimet. Samas ei saa seoses käesoleva juhtumi lahendustega ja silmas pidades eespool punktis 83 nimetatud kohtupraktikat, selline argument käesoleval juhul olla tulemuslik. Seda enam on see nii eraldiseisva küsimuse puhul, kuna siis ei saa hageja enamgi veel tugineda muudele otsustele, milles Üldkohus on otsustanud, et värvilahenduse ümberpööramine ei takista teatud juhtudel seda, et vastandatud kaubamärke tuleb määruse nr 207/2009 artikli 8 lõike 1 punkti b (nüüd määruse 2017/1001 artikli 8 lõike 1 punkt b) kohaldamisel pidada sarnasteks.
- 85 Neljandaks väidavad hageja ja menetlusse astunud ühing, et apellatsioonikoja lähenemisviis, mis seisneb kaubamärgi lihtsus- või keerukusastme arvesse võtmises ja kasutatud tähise samavääruse puudumise tuvastamises, kui värvilahendus on ümber pööratud, on vastuolus määruse nr 207/2009 artiklis 4 nimetatud põhimõttega, et ELi kaubamärgi võivad moodustada mis tahes tähised, mida on võimalik graafiliselt esitada. Nende väitel on sellise lähenemisviisi tagajärjeks, et teatud tähised nagu need, mis kujutavad endast motiivi, või tähised, mis on registreeritud mustvalgena ja mida hiljem kasutatakse erinevatel kujudel ja värvides, jäävad automaatselt ELi kaubamärkidele antava kaitse alt välja.
- 86 Selles osas tuleb meelde tuletada, et isegi määruse nr 207/2009 artikli 4 sõnastuse kohaselt võivad selles nimetatud tähised moodustada ELi kaubamärgi üksnes tingimusel, et nende põhjal on võimalik eristada ühe ettevõtja kaupu või teenuseid teiste ettevõtjate omadest. Lisaks olgu märgitud, et apellatsioonikoja lähenemisviis, mille kohaselt kontrollitakse vaidlusalusele kaubamärgile iseloomulikest tunnustest lähtudes, kas see kaubamärk on eristusvõime kasutamise käigus omandanud, ei takista põhimõtteliselt teatud tähiste ELi kaubamärkidena registreerimist. Järelikult ei ole see lähenemisviis määruse nr 207/2009 artikliga 4 vastuolus.
- 87 Viiendaks viitavad hageja ja menetlusse astunud ühing sellele, et apellatsioonikoja lähenemisviis võib tuua kaubamärgiomanikele kaasa ebaproportsionaalsed tagajärjed. Nad selgitavad, et kui selline lähenemisviis kiidetakse heaks, siis oleks kaubamärgiomanikel raske tõendada, et nende kaubamärgid, ja eelkõige need, mida kinnitatakse rõivastele, on kasutamise käigus omandanud eristusvõime, mistõttu neil oleks praktikas süstemaatiliselt takistatud kõigi selliste kaubamärkide registreerimine, mille värvilahendus on ümber pööratud või mida kujutatakse erinevates värvikombinatsioonides.
- 88 Siiski tuleb esiteks meelde tuletada, et apellatsioonikojad on kohustatud kohaldama määruse nr 207/2009 sätteid ning eelkõige keelduma registreerimast või tunnistama kehtetuks kaubamärke, millel puudub eristusvõime, ja seda olenemata kaubamärgiomanikele sellest tekkivatest ebamugavustest. Teiseks kajastab määruse artikli 7 lõike 1 punkt b üldise huvi eesmärki, mis endastmõistetavalt on vastavuses kaubamärgi peamise ülesandega tagada lõpptarbijale või -kasutajale, et kaubamärgiga tähistatud kaupadel või teenustel on teatud päritolu, mis lubaks ilma võimaliku segiajamiseta eristada kaupu või teenuseid nendest, millel on teine päritolu (16. septembri 2004. aasta kohtuotsus SAT.1 vs. Siseturu Ühtlustamise Amet, C-329/02 P, EU:C:2004:532, punkt 27, ja 8. mai 2008. aasta kohtuotsus Eurohypo vs. Siseturu Ühtlustamise Amet, C-304/06 P, EU:C:2008:261, punkt 56). Silmas pidades nimetatud üldise huvi eesmärki, ei saa kaubamärgiomanikele määruse nr 207/2009 kohaldamisest tekkivaid tagajärgi pidada ebaproportsionaalseteks. Seega ei ole apellatsioonikoja lähenemisviis proportsionaalsuse põhimõttega vastuolus.

3) Pildid kahest mustast triibust valgel taustal

- 89 Apellatsioonikoda märkis, et mõnel hageja esitatud pildil on näha tähised, mis tegelikult seisnevad mitte kolmes, vaid ainult kahe paralleelses mustas (või tumedas) triibus, mis on kontrastsed valge (või heleda) taustaga (vaidlustatud otsuse punktid 39, 41 ja 42). See järeldus puudutab eelkõige eespool punktis 68 kujutatud üheksat esimest pilti.
- 90 Hageja vaidleb sellele apellatsioonikoja seisukohale vastu. Esiteks on apellatsioonikoja seletus vasturääkiv osas, milles ta väidab, et ta tegi sellise järelduse üksnes osade esitatud piltide suhtes. Teiseks kujutavad kõnealused pildid tähiseid, millel pole mitte kaks musta (või tumedat) triipu valgel taustal, vaid kolm valget (või heledat) triipu mustal (või tumedal) taustal.
- 91 Sellega seoses tuleb märkida, et isegi kui oletada, nagu väidab hageja, et kõnealused pildid kujutavad tegelikult tähiseid, mis seisnevad kolmes valges (või heledas) triibus mustal (või tumedal) taustal, tuleb sellest järeldada, et need pildid näitavad vaidlusaluse kaubamärgi kasutamist kujul, milles värvilahendus on ümber pööratud. Neil asjaoludel tuleb kõnealused dokumendid igal juhul eespool punktides 77 ja 78 nimetatud põhjustel kõrvale jätta.
- 92 Seega ei ole asjaolul, et apellatsioonikoda märkis ekslikult, et mõned pildid kujutavad tähiseid, mis seisnevad kahe mustas (või tumedas) triibus valgel (või heledal) taustal, vaidlustatud otsuse õiguspärasuse seisukohast tähtsust.

4) Pildid kaldus triipudest

- 93 Seoses eespool punktis 68 kujutatud kümnenda pildiga märkis apellatsioonikoda, et see pilt kujutab sportlast, kes kannab kolme triibuga kaubamärgiga tähistatud rõivaid, kuid need triibud on siiski kaldus sellise nurga all, mis erineb vaidlusaluse kaubamärgi sellest tunnusest registreeritud kujul (vaidlustatud otsuse punkt 41). Ta leidis, et sellise olukorra puhul ei ole enam järgitud vaidlusaluse kaubamärgi „mõõtmeid“ (vaidlustatud otsuse punkt 42).
- 94 Hageja ei nõustu sellega, et need pildid võib kõrvale jätta üksnes põhjusel, et kujutatud triibud on kaldus. Ta väidab, et need triibud on paigutatud sportlaste kantavatele toodetele, mistõttu sõltub nende kalle ja suund nende sportlaste liikumisest ning sellest, kuidas need tooted on kokku volditud ja kuidas neid esitletakse. Oma argumentide näitlikustamiseks esitab ta oma hagiavalduses neli pilti, mis kujutavad kolme paralleelse triibuga kaubamärgiga rõivaid kandvaid sportlasi liikumises ning millel need triibud ei paista mitte püsti, vaid kaldu.
- 95 Selles osas tuleb esiteks märkida, et eespool punktis 93 nimetatud pilt, mille apellatsioonikoda kõrvale jättis, kujutab tähist, mille värvilahendus on ümberpööratud. Sama käib eespool punktis 94 nimetatud nelja pildi kohta, millele hageja viitab. Neil asjaoludel tuleb kõnealused viis pilti igal juhul eespool punktides 77 ja 78 nimetatud põhjustel kõrvale jätta.
- 96 Teiseks ei ole hageja esile toonud ühtegi pilti, mis kujutaks kolme triibuga kaubamärki, mis vastaks asjaomasele värvilahendusele ja mis oleks samuti apellatsioonikoja poolt tagasi lükatud või tähelepanuta jäetud üksnes põhjusel, et kujutatud triibud on kaldus.
- 97 Seetõttu ei saa hageja apellatsioonikojale tulemuslikult ette heita selle tuvastamist, et teatud pildidel olid kujutatud kaldus triibud.

5) Järeldus „lubatud erinevuste reegli“ kohaldamise kohta

- 98 Hageja ei ole mingil moel kritiseerinud apellatsioonikoja analüüsi hageja esitatud erinevate piltide kohta, muu hulgas nende kohta, mis on esitatud eespool punktis 68.

- 99 Täpsemalt ei ole hageja kahtluse alla seadnud seda, et apellatsioonikoda jättis kõrvale eespool punktis 68 kujutatud neli viimast pilti. Neil piltidel on esitatud mitmeosalised tähised, mis seisnevad kas logos, mis koosneb nimest „adidas“ ja kolmnurga sees olevat kolme triipu kujutavast osast, kolmelehelises ristikulehes või ümmarguses kujutises. Pealegi möönis hageja kohtuistungil sõnaselgelt, et sellised kujutised ei ole asjakohased.
- 100 Teiseks ei vaidlusta hageja asjaolu, et mõned pildid kujutavad endast fotosid jalatsitest, millele on paigutatud tähis, mis seisneb kolmes paralleelses triibus, mis on heledat värvi, tunduvalt jämedamad ja palju lühemad kui need, millest koosneb vaidlusalune kaubamärk registreeritud kujul, ning et need on läbi lõigatud diagonaalselt. Sama kehtib muu hulgas eespool punktis 68 kujutatud kolme jalatsikujutise kohta, mis jäeti kõrvale vaidlustatud otsuse punktides 41 ja 42. Kuid lisaks asjaolule, et kõnealuses olukorras ei olnud värvilahendust järgitud, mõjutab korraga triipude jämedus, pikkus ja viis, kuidas need on läbi lõigatud, oluliselt mitut vaidlusaluse kaubamärgi tunnust, mida on kirjeldatud eespool punktis 36.
- 101 Niisiis puudutavad eespool punktides 99 ja 100 nimetatud pildid kaubamärgi kasutuskujusid, mis erinevad kaubamärgi registreeritud kujust. Tuvastatud erinevused kujutavad endast märkimisväärseid muutusi, mistõttu selliseid kasutuskujusid ei saa pidada kaubamärgiga registreeritud kujuga üldjoontes samaväärseks.
- 102 Lisaks olgu märgitud, et kuigi hageja tugines muu hulgas ka kohtuistungil võimalusele kasutada vaidlusalust kaubamärki kujul, mis ei vasta pikkuse-laiuse ligikaudsele suhtele 5:1, mida on nimetatud eespool punktides 36 ja 37, ei nähtu vaidlustatud otsuse põhjendustest, et apellatsioonikoda oleks kõrvale jätnud kaubamärgi mõned kasutuskujud üksnes seetõttu, et need ei vastanud sellisele suhtele.
- 103 Neil kaalutlustel ei näi olevat vale apellatsioonikoja järeldus, et enamikul esitatud piltidest paistvad tähised märkimisväärselt erinevad vaidlusaluse kaubamärgi registreeritud kujust. Seega jättis apellatsioonikoda põhjendatult kõrvale kõnealused pildid põhjendusel, et need puudutavad muid tähiseid kui vaidlusalune kaubamärk. Seetõttu ei ole hagejal alust tugineda „lubatud erinevuste reeglile“.
- 104 Sellest tuleneb, et teine etteheide ja ainsa väite esimene osa tuleb tervikuna tagasi lükata.

C. Teine väiteosa, mille kohaselt on tehtud viga kasutamise käigus omandatud eristusvõime hindamisel

- 105 Teise väiteosa raames väidab hageja sisuliselt, et apellatsioonikoda tegi hindamisvea, kui ta otsustas, et hageja ei ole tõendanud, et vaidlusalune kaubamärk oli liidus kasutamise käigus omandanud eristusvõime.
- 106 Hageja märgib, et ta esitas väga suure hulga tõendeid, mida tuleb hinnata tervikuna ja sõltumata neil kujutatud triipude värvusest, pikkusest ja kaldest. Need tõendid annavad tunnistust „kolme võrdsel kaugusel oleva paralleelse triibuga“ kaubamärgi intensiivsest kasutamisest; sellest, et kaubamärk on omandanud asjaomase avalikkuse seas tuntuse ja et asjaomane avalikkus teab, et see tähistab hageja kaupu. Kõnealune tõend on esitatud kogu liidu territooriumi kohta ja seda ka tõendite põhjal, millest nähtub vaidlusaluse kaubamärgi kasutamine registreeritud kujul.
- 107 Kõigepealt tuleb märkida, et vaidlusaluse kaubamärgi eristusvõime omandamise tõendamiseks ei saa hageja tugineda mis tahes tõenditele, millel on esitatud kolmel võrdsel kaugusel olevas paralleelses triibus seisnev kaubamärk. Nimelt tuleneb esimesele väiteosale antud vastusest, et asjakohased on vaid tõendid, millest nähtub vaidlusalune kaubamärk registreeritud kujul või, kui see ei ole nii, siis sisuliselt samaväärsel kujul, mis välistab kasutuskujud, millele on iseloomulik ümberpööratud värvilahendus või mille muud olulised tunnuseid ei vasta vaidlusalusele kaubamärgile.

108 Nimetatud tingimustest lähtudes tuleb esmalt kindlaks teha, kas apellatsioonikoda on õigesti hinnanud nende erinevate tõendite asjakohasust, mille hageja esitas tõendamaks, et vaidlusalust kaubamärki on kasutatud ja et see on omandanud eristusvõime. Teiseks tuleb kõiki esitatud andmeid arvestades uurida, kas apellatsioonikoda leidis põhjendatult, et asjaomast tõendit ei olnud esitatud asjaomase geograafilise territooriumi, see tähendab liidu kohta.

1. Esitatud tõendite asjakohasus

109 Järjepidevast kohtupraktikast tuleneb, et selle hindamiseks, kas kaubamärk on kasutamise käigus omandanud eristusvõime, tuleb arvestada eelkõige kaubamärgi turuosa, selle kaubamärgi kasutamise intensiivsust, geograafilist ulatust ja kestust, ettevõtja poolt kaubamärgi tutvustamiseks tehtud investeeringute mahtu, seda, millises ulatuses asjaomases sihtrühmas tuntakse selle kaubamärgi alusel kõnealused kaubad või teenused ära konkreetse ettevõtja kaupade või teenustena, ning kaubandus- ja tööstuskoja või teiste erialaliitude avaldatud seisukohti (4. mai 1999. aasta kohtuotsus Windsurfing Chiemsee, C-108/97 ja C-109/97, EU:C:1999:230, punkt 51, ning 18. juuni 2002. aasta kohtuotsus Philips, C-299/99, EU:C:2002:377, punkt 60).

110 Kõnealuse kaubamärgi turuosa, samuti nagu kaubamärgi reklaamimiseks kulutatud ressursside osakaal vastavate kaupade turul võivad osutada asjakohasteks näitajateks selle hindamisel, kas vastav kaubamärk on kasutamise käigus omandanud eristusvõime (22. juuni 2006. aasta kohtuotsus Storck vs. Siseturu Ühtlustamise Amet, C-25/05 P, EU:C:2006:422, punktid 76 ja 77).

111 Eespool punktides 109 ja 110 nimetatud andmeid tuleb hinnata tervikuna (4. mai 1999. aasta kohtuotsus Windsurfing Chiemsee, C-108/97 ja C-109/97, EU:C:1999:230, punkt 49, ning 7. juuli 2005. aasta kohtuotsus Nestlé, C-353/03, EU:C:2005:432, punkt 31).

112 Kui sihtrühm või vähemalt oluline osa sellest identifitseerib nende tegurite alusel kaubamärgi kauba konkreetselt ettevõtjalt pärinevana, on määruse nr 207/2009 artikli 7 lõikes 3 nõutav tingimus täidetud (vt analoogia alusel 4. mai 1999. aasta kohtuotsus Windsurfing Chiemsee, C-108/97 ja C-109/97, EU:C:1999:230, punkt 52).

113 Käesoleval juhul võib hageja esitatud tõendid rühmitada mitmesse liiki: see tähendab esiteks: pildid, millele viidati juba esimese väiteosa hindamise käigus; teiseks: andmed käibe, turustamise ja reklaami kohta; kolmandaks: turu-uuringud ja neljandaks: muud tõendid.

a) Pildid

114 Hageja esitatud piltide analüüs seab nende dokumentide asjakohasuse suure kahtluse alla.

115 Esiteks ilmneb hinnangust esimesele väiteosale nimelt, et apellatsioonikoda jättis põhjendatult kõrvale enamiku hageja poolt EUIPO-le esitatud piltidest põhjendusega, et need pildid ja eelkõige vaidlustatud otsuses esitatud pildid kujutasid tähiseid, mida ei saa pidada üldjoontes samaväärseteks vaidlusaluse kaubamärgi registreeritud kujuga.

116 Vastab tõele, nagu on märgitud eespool punktis 106, et hageja väitel esitas ta muu hulgas Üldkohtule „väga suure hulga“ tõendeid, mis näitavad vaidlusalust kaubamärki „täpselt“ või „peaaegu täpselt“ samades „mõõtmetes“, nagu on vaidlusalune kaubamärk registreeritud kujul.

117 Siiski ei ilmne hagiavaldusele lisatud dokumentidest, et need sisaldaksid märkimisväärset hulka tõendeid, millel on kujutatud tähised, mis on üldjoontes samaväärsed vaidlusaluse kaubamärgi registreeritud kujuga. Samas tuleb meelde tuletada, et ühelt poolt esitas hageja EUIPO-le tõendeid ligikaudu 12 000 leheküljel, kuid teiselt poolt heitsid nii tühistamisosakond kui ka apellatsioonikoda talle ette, et ta ei ole esitanud tõendeid vaidlusaluse kaubamärgi enda kasutamise kohta. Sellegipoolest

olgu märgitud, et Üldkohtus ei toonud hageja EUIPO menetluses esitatud piltide hulgast esile neid, mis võimaldaksid tõendada taotletud kaubamärgi kasutamist registreeritud kujul või sellega üldjoontes samaväärsel kujul.

- 118 Teiseks tuleb märkida, et mõnel apellatsioonikoja poolt kõrvale jäetud pildil – mille hulgas on kolm esimest eespool punktis 68 kujutatud pilti – on näha kolme triibuga kaubamärk, mis on paigutatud spordikotile, mis ei kuulu käesoleval juhul asjaomaste kaupade hulka. Niisiis ei ole, silmas pidades eespool punktis 20 nimetatud kohtupraktikat, niisugused tõendid mingil juhul asjakohased.
- 119 Kolmandaks, kuigi on tõsi, et mõned hageja esitatud pildid vastavad vaidlusalusele kaubamärgile ja võivad seega tõendada kaubamärgi teatud kasutamist, ei anna need pildid, kuna puuduvad kõik muud andmed, siiski mingit teavet kaubamärgi kasutamise ulatuse ja kestuse kohta, ega ka selle kohta, millist mõju asjaomane kasutamine on avaldanud sellele, kuidas asjaomane avalikkus seda kaubamärki tajub. Järelikult ei võimalda need pildid tõendada, et sellisest kasutamisest piisas, et oluline osa asjaomasest avalikkusest identifitseeriks vaidlusalust kaubamärki konkreetselt ettevõtjalt pärinevana.

b) Käibeandmed ning turundus- ja reklaamikulud

- 120 Hageja esitas EUIPO-le muu hulgas vande all antud kinnituse, mis puudutab „adidase tootemarki“ või „kolme triibuga kaubamärki“, mis sisaldab kõigi 28 liidu liikmesriigi kohta andmeid hageja juhitud ettevõtte käibe ja selle ettevõtte tehtud turundus- ja reklaamikulude kohta. Selles vande all antud kinnituses täpsustati, et peaaegu kõik kõnealuse ettevõtte poolt müüdatavad tooted kannavad „kolme triibuga kaubamärki“ ja enamikul tema reklaammaterjalil on kujutatud see kaubamärk. Nimetatud kinnituses on esitatud ka teave „adidase tootemärgi“ turuosa kohta teatud liikmesriikides, näiteks Saksamaal, Prantsusmaal, Poolas ja Ühendkuningriigis. Lisaks tehti selles kokkuvõtte hageja tegevusest sponsorina spordisündmuste ja -võistluste raames.
- 121 Nii nagu tühistamisosakond, märkis ka apellatsioonikoda, et vande all antud kinnituses esitatud arvandmed on „muljetavaldavad“ (vaidlustatud otsuse punkt 46). Selles osas ei ole kahtlust, et hageja on liidus oma teatud kaubamärke kasutanud laialdaselt ja kesvalt ning teinud olulisi investeeringuid viimatinimetatute reklaamimiseks.
- 122 Sellegipoolest märkis apellatsioonikoda põhjendatult, et ei ole võimalik seostada hageja esitatud arvandmeid ja vaidlusalust kaubamärki ning käesoleval juhul esitatud andmeid omavahel (vaidlustatud otsuse punktid 46 ja 70).
- 123 Hageja esitatud arvandmed puudutavad tegelikult ettevõtja kogu äritegevust, kõiki tooteid ja kaubamärke kokku. Need hõlmavad niisiis ühelt poolt selliste toodete müüki ja reklaami, mis ei ole käesoleval juhul asjakohased, nagu näiteks spordikotid (vt eespool punkt 118), ja teiselt poolt selliste toodete müüki ja reklaami, mis kannavad muid tähiseid kui vaidlusalune kaubamärk.
- 124 Lisaks on enamikul hageja poolt EUIPO-le ja hagiavalduses esitatud näidetel spordi turundus- ja reklaammaterjalide kohta kolme triibuga tähiseid, mis eelkõige ümberpööratud värvilahenduse tõttu ei ole üldiselt samaväärsed vaidlusaluse kaubamärgiga registreeritud kujul.
- 125 Neil kaalutlustel ei võimalda andmed käibe, turundus- ja reklaamikulude kohta tõendada, et vaidlusalust kaubamärki on kasutatud ja see on omandanud kasutamise käigus eristusvõime.

c) Turu-uuringud

- 126 Hageja esitas EUIPO-le 23 turu-uuringut, mis olid aastatel 1983–2011 läbi viidud Saksamaal, Eestis, Hispaanias, Prantsusmaal, Itaalias, Madalmaades, Rumeenias, Soomes, Rootsis ja Ühendkuningriigis.

- 127 Apellatsioonikoda leidis sisuliselt, et kuna osa hageja esitatud turu-uuringutest ei puudutanud vaidlusalust kaubamärki registreeritud kujul, siis ei ole need uuringud asjakohased tõendamaks, et vaidlusalune kaubamärk on omandanud nimetatud liikmesriikide territooriumil kasutamise käigus eristusvõime (vaidlustatud otsuse punktid 48–50).
- 128 Seoses sellega tuleb vahet teha kahte liiki turu-uuringutel, mille hageja EUIPO-le esitas.
- 129 Esiteks olgu märgitud, et hageja märkis Üldkohtus otsesõnu ära ja esitas viis uut turu-uuringut, mis olid läbi viidud 2009 ja 2011. aasta vahel Saksamaal, Eestis, Hispaanias, Prantsusmaal ja Rumeenias. Need turu-uuringud olid läbi viidud, lähtudes ühest ja samast meetodist ja eespool punktis 2 kujutatud graafilise kujutise alusel. Need aitasid tegelikult ühe küsimustiku alusel kindlaks teha vaidlusaluse kaubamärgi „eristusvõime määra“, mis on määratletud nende küsitletud inimeste osakaaluna, kes tajusid kõnealust kaubamärki kui üheltainsalt ettevõtjalt pärinevat, kui seda kasutatakse seoses spordirõivaste või -varustusega. Nimetatud turu-uuringute kokkuvõtte kohaselt on eristusvõime määr kõrge laia avalikkuse jaoks, milleks on Saksamaal 57%, Eestis 48,3% Hispaanias 47,1%, Prantsusmaal 52,0% ja Rumeenias 30,6%. Erialateadmistega avalikkuse jaoks, kes tõenäoliselt ostab või kasutab spordirõivaid või -varustust, oli eristusvõime määr veel kõrgem ja see oli Saksamaal 63,5%, Eestis 52,4%, Hispaanias 62,7%, Prantsusmaal 62,7% ja Rumeenias 43,2%.
- 130 Niisiis ilmneb viiest eespool punktis 129 nimetatud turu-uuringust esiteks, et need on seotud vaidlusaluse kaubamärgiga registreeritud kujul ja teiseks, et nendega mõõdeti konkreetselt seda, kuidas asjaomane avalikkus seda kaubamärki tajub. Samuti ei ole ei apellatsioonikoda, EUIPO ega menetlusse astuja vaidlustanud nende turu-uuringute läbiviimiseks kasutatud meetodit. Sellest tuleneb, et need turu-uuringud kujutavad põhimõtteliselt endast asjakohaseid tõendeid näitamaks, et vaidlusalune kaubamärk on omandanud selle kasutamise käigus eristusvõime.
- 131 Sellegipoolest tuleb märkida, et eespool punktis 129 nimetatud viie turu-uuringu läbiviimise käigus oli selles osalejatele eelnevalt esitatud küsimus, kas nad on juba selle kaubamärgiga kokku puutunud seoses spordirõivaste või -varustusega. Arvestades, et hageja on rõhutanud vaidlusaluse kaubamärgi kasutamist sporditegevuses ja -võistlustes, ei saa välistada, et sellise eelneva küsimuse sõnastamine hõlbustas küsitletud inimeste jaoks selle kaubamärgi seostamist kindla ettevõtjaga. Neil asjaoludel tuleb täpsustada eespool punktis 129 nimetatud turu-uuringute asjakohasust kõnealuste toodete suhtes.
- 132 Teiseks olgu märgitud, et hageja piirdus oma dokumentides viitamisega 18-le muule turu-uuringule, mille ta oli esitanud EUIPO-le, ja märkimisega, et apellatsioonikoda lükkas kõik need turu-uuringud koos tagasi.
- 133 Tuleb aga märkida, et need 18 turu-uuringut olid läbi viidud tähiste kohta, mis ei olnud üldiselt samaväärsed vaidlusaluse kaubamärgiga registreeritud kujul, muu hulgas ümberpööratud värvilahenduse tõttu või muude vaidlusaluse kaubamärgi oluliste tunnuste, nagu näiteks triipude arv, muutmise tõttu.
- 134 Niisiis on teatud uuringud, mis olid läbi viidud 1983. aastal Saksamaal, 1986., 1991., 2008. ja 2009. aastal Hispaanias, 2011. aastal Prantsusmaal, 2009. aastal Itaalias, 2005. aastal Soomes, 2003. aastal Rootsis ja 1995. aastal Ühendkuningriigis, seotud tähistega, mis seisnesid kahes, kolmes või neljas paralleelses triibus, mis olid paigutatud jalatsile. Need erineva pikkuse, laiuse või värvusega triibud olid alati paigutatud jalatsile konkreetsel viisil ja diagonaalselt (vt näiteks eespool punktis 68 kujutatud ja eespool punktis 100 nimetatud kolm pilti).
- 135 Ülejäänud 2001. ja 2004. aastal Saksamaal, 1995. aastal Hispaanias, 2004 ja 2009. aastal Itaalias ning 2004. aastal Madalmaades läbi viidud turu-uuringud puudutasid tähiseid, mis seisnesid kahes või kolmes triibus, mis olid paigutatud musta värvi rõivastele. Madalmaades 2004. aastal läbi viidud turu-uuring puudutas samuti kaubamärki, mis seisnes kahes või kolmes mustas triibus, mis olid

paigutatud valget värvi rõivastele. Lisaks uuriti mitmes neist uuringutest seda, kas esineb segiajamise tõenäosus kujutatud tähiste kasutamise tõttu ja mitte seda, kas need tähised on omandaud kasutamise käigus eristusvõime.

- 136 Lõpuks olgu märgitud, et teatud 1984. aastal Saksamaal ja 1991. aastal Hispaanias läbi viidud turu-uuringute ese ei olnud kujutismärgi graafiline kujutis, vaid üksnes sõnad „kolm triipu“ saksa ja hispaania keeles.
- 137 Neil kaalutlustel tuleb asuda seisukohale, et hagejal ei ole alust vaidlustada seda, et apellatsioonikoda jättis kõrvale eespool punktides 132–136 nimetatud 18 turu-uuringut.

d) Muud tõendid

- 138 Hageja esitas veel arvukalt muid tõendeid EUIPO-le ja seejärel Üldkohtule, mille hulgas on liikmesriikide kohtute otsused ja väljavõtted ajakirjandusest, milles tõstetakse esile tema „kolme triibuga kaubamärgi“ maine.
- 139 Sellegipoolest ei ole hageja teises väiteosas nendele tõenditele sõnaselgelt ja täpselt viidanud. Eelkõige ei ole ta esile toonud, millised liikmesriikide kohtute otsused ja ajakirjanduse väljavõtted on asjakohased, et seada kahtluse alla apellatsioonikoja hinnang kaubamärgi omandatud eristusvõime kohta.
- 140 On tõsi, et esimeses väiteosas viitas hageja esiteks Saksa kohtute kahele otsusele ja teiseks Prantsuse kohtu ühele otsusele, mis jäeti apellatsiooniasemes jõusse. Nendes otsustes, millele viidati juba eespool punktis 80 ja mis on esitatud hagiavalduse lisas A.8, oli tunnustatud hageja kaubamärkide mainet ja seega ka eristusvõimet ning nende tegelikku kasutamist.
- 141 Siiski tuleb esiteks märkida, et Saksa kohtute kõnealused kaks otsust viitavad üldiselt hageja „kolme triibuga“ kaubamärgile ja teiseks, et Prantsuse kohtu otsus tehti kolmes valges triibus seisneva kaubamärgi kohta, mis on paigutatud jalatsile ja mis on kontrastne musta taustaga. Seega ei ole need otsused asjakohased tõendamaks, et asjaomane kaubamärk on kasutamise käigus omandanud eristusvõime, kuna need ei puuduta kaubamärgi kasutuskujusid, mida võiks pidada samaväärseks varasema kaubamärgi registreeritud kujuga.

2. Vaidlusaluse kaubamärgi kasutamise tõendamine ja selle poolt eristusvõime omandamine kogu liidus

- 142 Tuleb meelde tuletada, et määruse nr 207/2009 artikli 1 lõike 2 (nüüd määruse 2017/1001 artikli 1 lõige 2) sõnastuste kohaselt on ELi kaubamärk ühtne ja selle mõju on kogu liidus ühetaoline.
- 143 ELi kaubamärgi ühtsusest tuleneb, et kaubamärgina saab registreerida tähise siis, kui sellel on olemusest tulenev või kasutamise käigus omandatud eristusvõime kogu liidus (25. juuli 2018. aasta kohtuotsus Société des produits Nestlé jt vs. Mondelez UK Holdings & Services, C-84/17 P, C-85/17 P ja C-95/17 P, EU:C:2018:596, punkt 68).
- 144 Sellest tuleneb, et kaubamärki, millel olemusest tulenev eristusvõime kõigis liikmesriikides puudus, saab nimetatud sätte alusel registreerida üksnes siis, kui on tõendatud, et see on kasutamise käigus omandanud eristusvõime kogu liidu territooriumil (vt 25. juuli 2018. aasta kohtuotsus Société des produits Nestlé jt vs. Mondelez UK Holdings & Services, C-84/17 P, C-85/17 P ja C-95/17 P, EU:C:2018:596, punkt 76 ja seal viidatud kohtupraktika).

- 145 Kuigi vastab tõele, et kaubamärgi kasutamise käigus eristusvõime omandamine peab olema tõendatud liidu sellises osas, kus sellel kaubamärgil olemuslikult niisugust võimet ei olnud, oleks liigne nõuda, et eristusvõime omandamist tõendataks iga liikmesriigi suhtes eraldi (vt 25. juuli 2018. aasta kohtuotsus *Société des produits Nestlé jt vs. Mondelez UK Holdings & Services*, C-84/17 P, C-85/17 P ja C-95/17 P, EU:C:2018:596, punkt 77 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 146 Nimelt ei ole üheski määruse nr 207/2009 sättes nõutud, et eraldi tõenditega on vaja tõendada kasutamise käigus eristusvõime omandamist igas liikmesriigis eraldi. Seega ei saa välistada, et tõendid teatava tähise kasutamise käigus omandatud eristusvõime kohta on asjakohased seoses mitme liikmesriigi või lausa kogu liiduga (25. juuli 2018. aasta kohtuotsus *Société des produits Nestlé jt vs. Mondelez UK Holdings & Services*, C-84/17 P, C-85/17 P ja C-95/17 P, EU:C:2018:596, punkt 80).
- 147 Nimelt on võimalik, et ettevõtjad on teatud kaupu või teenuseid puudutavas osas rühmitanud mitu liikmesriiki samasse turustusvõrku ja käsitlevad neid liikmesriike eelkõige seoses oma turundusstrateegiaga kui ühe ja sama riigi turgu. Sellisel juhul võivad tõendid tähise kasutamine kohta nimetatud piiriülesel turul olla asjakohased seoses kõigi asjaomaste liikmesriikidega (25. juuli 2018. aasta kohtuotsus *Société des produits Nestlé jt vs. Mondelez UK Holdings & Services*, C-84/17 P, C-85/17 P ja C-95/17 P, EU:C:2018:596, punkt 81).
- 148 See kehtib ka siis, kui kahe liikmesriigi geograafilise, kultuurilise või keelilise läheduse tõttu on ühe riigi asjaomane avalikkus piisavalt teadlik teise liikmesriigi turul pakutavatest kaupadest ja teenustest (25. juuli 2018. aasta kohtuotsus *Société des produits Nestlé jt vs. Mondelez UK Holdings & Services*, C-84/17 P, C-85/17 P ja C-95/17 P, EU:C:2018:596, punkt 82).
- 149 Nendest kaalutlustest tuleneb, et kuigi määruse nr 207/2009 artikli 7 lõike 3 alusel registreerimiseks puudub vajadus, et kõikides liidu liikmesriikides esitataks olemusest tuleneva eristusvõimeta kaubamärgi kohta tõendid eristusvõime omandamise kohta seoses iga liikmesriigiga eraldi, peavad esitatud tõendid tõendama eristusvõime omandamist kogu liidu liikmesriikides (25. juuli 2018. aasta kohtuotsus *Société des produits Nestlé jt vs. Mondelez UK Holdings & Services*, C-84/17 P, C-85/17 P ja C-95/17 P, EU:C:2018:596, punkt 83). Samuti kehtib see kaubamärgi registreeringu säilitamise kohta sama määruse artikli 52 lõike 2 alusel.
- 150 Käesoleval juhul ei ole vaidlust küsimuses, et vaidlusalusel kaubamärgil puudub olemusest tulenev eristusvõime kogu liidus. Seega uuris apellatsioonikoda põhjendatult, kas see kaubamärk oli omandanud eristusvõime asjaomase avalikkusse silmis kogu liidu territooriumil (vt vaidlustatud otsuse punkt 22).
- 151 Olgu märgitud, et hageja esitatud tõendite hulgas, mida on hinnatud eespool punktides 114–141, on ainsad mingil määral asjakohased viis turu-uuringut, mida on analüüsitud eespool punktides 129–131.
- 152 Kõnealused uuringud on aga läbi viidud üksnes viies liikmesriigis ja seega hõlmavad vaid üht osa liidu territooriumist.
- 153 Sellegipoolest on hageja, keda toetab menetlusse astunud ühing, viidanud kohtupraktikale, mille kohaselt ei ole kuskil nõutud, et sama liiki tõendeid tuleb esitada iga liikmesriigi kohta (28. oktoobri 2009. aasta kohtuotsus *BCS vs. Siseturu Ühtlustamise Amet – Deere* (roheline ja kollase värvi kombinatsioon), T-137/08, EU:T:2009:417, punkt 39, ja 15. detsembri 2016. aasta kohtuotsus *Mondelez UK Holdings & Services vs. EUIPO – Société des produits Nestlé* (šokolaaditahvli kuju), T-112/13, ei avaldata, EU:T:2016:735, punkt 126). Ta väidab, et ta on esitanud iga liikmesriigi kohta muid dokumente, mis puudutavad muu hulgas käibeandmeid ja vaidlusaluse kaubamärgi reklaamimiseks tehtud investeeringuid. Nendest dokumentidest ilmneb, et vaidlusalust kaubamärki kasutatakse samamoodi ka teistes liikmesriikides ja seega on kõigi liikmesriikide turud sarnased. Seega kokkuvõttes võimaldavad hageja väitel tema esitatud erinevad tõendid näidata, et vaidlusalune kaubamärk on kasutamise käigus omandanud eristusvõime kogu liidu territooriumil.

- 154 Selle argumendiga ei saa nõustuda.
- 155 Esiteks ei ole hageja nimelt määratlenud ühtegi asjakohast tõendavat dokumenti, välja arvatud eespool punktides 129 ja 151 nimetatud viis turu-uuringut. Seega ei ole ta suutnud tõendada, et ta esitas asjakohased tõendid 23 liikmesriigi kohta, mida viidatud turu-uuringutes ei käsitletud.
- 156 Teiseks ei piisa vaid tema käivet ning iga liikmesriigi kohta eraldi kogutud turustus- ja reklaamikulusid puudutavate andmete esitamisest, et tõendada ühe või mitme eri liikmesriikidest koosneva riikidevahelise turu olemasolu. Täpsemalt ei ole hageja tõendanud, et turustusvõrgu ülesehituse ja ettevõtjate müügistrateegia ülesehituse tõttu või asjaomase avalikkuse teadmiste tõttu on nende 23 liikmesriigi turud, mida eespool punktides 129 ja 151 nimetatud turu-uuringutes ei käsitletud, samasugused nende viie liikmesriigi turgudega, mille suhtes need uuringud läbi viidi. Lisaks olgu märgitud, et kuigi hageja viitab vaidlusaluse kaubamärgi kasutamise tõendamiseks asjaolule, et ta sponsib Euroopa ja rahvusvahelisi spordivõistlusi, ei ole ta väitnud ega ka tõendanud oma sponsorstust puudutava argumendi toetuseks, et eri liikmesriikide turud on sarnased.
- 157 Seega tuleb asuda seisukohale, et isegi kui mõõnda, et need uuringud on täiesti asjakohased, ei saa eespool punktides 129 ja 151 nimetatud viie turu-uuringu tulemusi üle kanda kõigile liikmesriikidele, ega ka täiendada või kinnitada muude hageja esitatud tõenditega liikmesriikide suhtes, mida ei olnud kõnealustes uuringutes käsitletud.
- 158 Neil asjaoludel ei võimalda hageja esitatud erinevad tõendid, isegi kui neid hinnata kogumis, tõendada esiteks vaidlusaluse kaubamärgi kasutamist kogu liidu territooriumil, ja teiseks ei piisa nendest mingil juhul, et tõendada, et selle kasutamise tulemusel on vaidlusalune kaubamärk kogu nimetatud territooriumil muutunud neid kaupu asjaomases registreeringus nimetatud kaupu identifitseerivaks, ning on seega võimeline neid kaupu teiste ettevõtjate omadest eristama.
- 159 Sellest tuleneb, et apellatsioonikoda ei teinud hindamisviga, otsustades, et hageja ei ole tõendanud, et vaidlusalune kaubamärk on omandanud kogu liidu territooriumil kasutamise käigus eristusvõime.
- 160 Seega tuleb teine väiteosa ja järelikult hageja ainus väide tervikuna tagasi lükata.
- 161 Eespool toodust ilmneb, et hagi tuleb jätta rahuldamata.

IV. Kohtukulud

- 162 Üldkohtu kodukorra artikli 134 lõike 1 kohaselt on kohtuvaidluse kaotanud pool kohustatud hüvitama kohtukulud, kui vastaspool on seda nõudnud.
- 163 Kuna hageja on kohtuvaidluse kaotanud, tuleb EUIPO ja menetlusse astuja kohtukulud vastavalt viimaste nõudele välja mõista hagejalt ning jätta hageja kohtukulud tema enda kanda.
- 164 Kodukorra artikli 138 lõike 3 alusel võib Üldkohus pealegi otsustada, et menetlusse astuja kannab ise oma kohtukulud. Käesolevas kohtuasjas tuleb jätta menetlusse astunud ühingu kohtukulud tema enda kanda.

Esitatud põhjendustest lähtudes

ÜLDKOHUS (üheskas laiendatud koda)

otsustab:

1. Jätta hagi rahuldamata.

2. Jätta adidas AG kohtukulud tema enda kanda ja mõista temalt välja Euroopa Liidu Intellektuaalomandi Ameti (EUIPO) ja Shoe Branding Europe BVBA kohtukulud.

3. Jätta Marques'i kohtukulud tema enda kanda.

Gervasoni

Madise

da Silva Passos

Kowalik-Bańczyk

Mac Eochaidh

Kuulutatud avalikul kohtuistungil 19. juunil 2019 Luxembourgis.

Allkirjad

Sisukord

I. Vaidluse taust	2
II. Poolte nõuded.....	3
III. Õiguslik käsitlus	4
A. Sissejuhatavad kaalutlused	4
B. Esimene väiteosa, mis puudutab teatud tõendite põhjendamatu kõrvale jätmist.....	5
1. Esimene etteheide, mille kohaselt on vaidlusalusele kaubamärgile antud ekslik tõlgendus	5
2. Teine väiteosa, mille kohaselt on vääralt kohaldatud „lubatud erinevuste reeglit“	8
a) Mõiste kaubamärgi „kasutamine“ määruse nr 207/2009 artikli 7 lõike 3 ja artikli 52 lõike 2 tähenduses	8
b) „Lubatud erinevuste reegli“ kohaldamine	10
1) Vaidlusaluse kaubamärgi äärmise lihtsuse arvesse võtmine	12
2) Värvilahenduse ümberpööramise tagajärg	12
3) Pildid kahest mustast triibust valgel taustal	15
4) Pildid kaldus triipudest	15
5) Järeldus „lubatud erinevuste reegli“ kohaldamise kohta	15
C. Teine väiteosa, mille kohaselt on tehtud viga kasutamise käigus omandatud eristusvõime hindamisel	16
1. Esitatud tõendite asjakohasus	17
a) Pildid.....	17
b) Käibeandmed ning turundus- ja reklaamikulud	18
c) Turu-uuringud.....	18
d) Muud tõendid	20
2. Vaidlusaluse kaubamärgi kasutamise tõendamine ja selle poolt eristusvõime omandamine kogu liidus	20
IV. Kohtukulud	22