



Oikeustapauskokoelma

UNIONIN YLEISEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (viides jaosto)

4 päivänä huhtikuuta 2019*

EU-tavaramerkki – Menettämismenettely – EU-tavaramerkiksi rekisteröity kuviomerkki TESTA ROSSA – Osittainen menettäminen – Asetuksen (EY) N:o 207/2009 51 artiklan 1 kohdan a alakohta (josta on tullut asetuksen (EU) 2017/1001 58 artiklan 1 kohdan a alakohta) – Käyttönäyttö – Riidanalaisen tavaramerkin ulkoinen käyttö – Yhdenvertainen kohtelu

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

Kurt Hesse, kotipaikka Nürnberg (Saksa), edustajanaan asianajaja M. Krogmann,

kantajana asiassa T-910/16,

Wedl & Hofmann GmbH, kotipaikka Mils (Itävalta), edustajanaan asianajaja T. Raubal,

kantajana asiassa T-911/16,

vastaan

Euroopan unionin teollisoikeuksien virasto (EUIPO), asiamiehenään M. Fischer,

vastaajana,

muina osapuolina EUIPO:n valituslautakunnassa ja väliintulijana unionin yleisessä tuomioistuimessa yhtäältä asiassa T-910/16 ja toisaalta asiassa T-911/16

Wedl & Hofmann GmbH

ja

Kurt Hesse,

ja jossa on kyse kanteesta EUIPO:n ensimmäisen valituslautakunnan 5.10.2016 tekemästä päätöksestä (asia R 68/2016-1), joka liittyy Hessen ja Wedl & Hofmannin väliseen menettämismenettelyyn,

UNIONIN YLEINEN TUOMIOISTUIN (viides jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja D. Gratsias sekä tuomarit I. Labucka ja I. Ulloa Rubio (esittelevä tuomari),

kirjaaja: E. Coulon,

ottaen huomioon unionin yleisen tuomioistuimen kirjaamoon 23.12.2016 jätetyt kannekirjelmät,

* Oikeudenkäyntikieli: saksa.

ottaen huomioon unionin yleisen tuomioistuimen kirjaamoon 15.3.2017 jätetyt EUIPO:n vastineet,

ottaen huomioon väliintulijoiden unionin yleisen tuomioistuimen kirjaamoon 9.3.2017 (asia T-910/16) ja 23.3.2017 (asia T-911/16) jättämät vastauskirjelmät,

ottaen huomioon, etteivät asianosaiset ole esittäneet istunnon järjestämistä koskevaa pyyntöä kolmen viikon kuluessa siitä, kun asian käsittelyn kirjallisen vaiheen päättymisestä ilmoitettiin, ja päätettyään unionin yleisen tuomioistuimen työjärjestyksen 106 artiklan 3 kohdan mukaisesti ratkaista kanteen ilman asian käsittelyn suullista vaihetta,

on antanut seuraavan

tuomion

Asian tausta

- 1 Kantaja asiassa T-911/16 ja väliintulija asiassa T-910/16, Wedl & Hofmann GmbH, teki 8.7.2008 Euroopan unionin teollisoikeuksien virastolle (EUIPO) EU-tavaramerkin rekisteröintihakemuksen yhteisön tavaramerkistä 20.12.1993 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 40/94 (EYVL 1994, L 11, s. 1), sellaisena kuin se on muutettuna (korvattuna Euroopan unionin tavaramerkistä 26.2.2009 annetulla neuvoston asetuksella (EY) N:o 207/2009 (EUVL 2009, L 78, s. 1), sellaisena kuin tämä asetus on korvattuna Euroopan unionin tavaramerkistä 14.6.2017 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksella (EU) 2017/1001 (EUVL 2017, L 154, s. 1)), nojalla.
- 2 Tavaramerkki, jonka rekisteröintiä haettiin, on seuraava kuviomerkki, jolle on nimetty värit musta ja punainen (Pantone 186 C):



- 3 Tavarat ja palvelut, joita varten rekisteröintiä haettiin, kuuluvat tavaroiden ja palvelujen kansainvälistä luokitusta tavaramerkkien rekisteröimistä varten koskevaan 15.6.1957 tehtyyn Nizzan sopimukseen, sellaisena kuin se on tarkistettuna ja muutettuna, pohjautuvan luokituksen luokkiin 7, 11, 20, 21, 25, 28, 30, 34 ja 38, ja ne vastaavat kunkin luokan osalta seuraavaa kuvausta:
 - luokka 7: ”Muut kuin käsikäyttöiset (sähkökäyttöiset) kahvimyllyt”
 - luokka 11: ”Kahvinkeitinimet (sähköiset); sähkökäyttöiset keittolaitteet, erityisesti laitteet kuumien ja kylmien juomien valmistukseen; jääkoneet ja -laitteet”

- luokka 20: ”Huonekalut”
 - luokka 21: ”Talous-, keittiövälineet ja -astiat; kahvinsuodattimet (muut kuin sähkökäyttöiset); kahvinkeitinimet (muut kuin sähkökäyttöiset); kahvimyllyt (käsikäyttöiset); lasitavarat, posliini, erityisesti astiat; lasiset juoma-astiat”
 - luokka 25: ”Vaatteet, erityisesti voimistelu- ja urheiluvaatteet, esiliinat, paidat, poolopuserot ja T-paidat; päähineet”
 - luokka 28: ”Pelit ja leikkikalut; voimistelu- ja urheiluvälineet, erityisesti golfmailat, golfkassit, golfpallot, jalkapallot, tennismailat, tenniskassit, tennispallot, jotka eivät sisälly muihin luokkiin”
 - luokka 30: ”Kahvi, tee, kaakao, sokeri; leivonnaiset ja makeiset, jäätelöt; suklaa; suklaapohjaiset juomat; makeiset”
 - luokka 34: ”Tupakointivälineet; tulitikut”
 - luokka 38: ”Tietoliikenne, erityisesti tietoliikenneyhteyksien tarjoaminen maailmanlaajuiseen tietokoneverkkoon”.
- 4 Tavaramerkkihakemus julkaistiin 27.10.2008 Yhteisön tavaramerkkilehdessä nro 43/2008. Riidanalainen tavaramerkki rekisteröitiin 11.5.2009 numerolla 007070519 edellä 3 kohdassa mainittuja tavaroita varten.
- 5 Kantaja asiassa T-910/16 ja väliintulija asiassa T-911/16, Kurt Hesse, vaati 15.10.2014 riidanalaisen tavaramerkin osittaista menettämistä asetuksen N:o 207/2009 51 artiklan 1 kohdan a alakohdan (josta on tullut asetuksen 2017/1001 58 artiklan 1 kohdan a alakohta) perusteella luokkiin 7, 11, 20, 21, 25, 28, 30, 34 ja 38 kuuluvien tavaroiden ja palvelujen osalta lukuun ottamatta luokkaan 30 kuuluvia seuraavia tavaroita: ”kahvi, tee, kaakao, sokeri; suklaa; suklaapohjaiset juomat; makeiset”.
- 6 Wedl & Hofmann esitti asetetussa määräajassa 17.2.2015 huomautuksia riidanalaisen tavaramerkin käytöstä ja vaati menettamisvaatimuksen hylkäämistä esittämättä kuitenkaan kaikkia käyttöä koskevia todisteita. Wedl & Hofmann lähetti postitse käyttöä koskevia todisteita, jotka saapuivat EUIPO:lle 23.2.2015 eli määräajan päättymisen jälkeen. Wedl & Hofmann toimitti 10.5.2015 täydentäviä asiakirjoja, joilla pyritään osoittamaan riidanalaisen tavaramerkin tosiasiallinen käyttö.
- 7 Mitättömyysostasto julisti 17.11.2015 Wedl & Hofmannin oikeudet menetetyiksi kaikkien menettamisvaatimuksessa mainittujen tavaroiden ja palvelujen osalta 15.10.2014 alkaen.
- 8 Wedl & Hofmann valitti 13.1.2016 EUIPO:n sisällä asetuksen N:o 207/2009 58–64 artiklan (joista on tullut asetuksen 2017/1001 66–71 artikla) nojalla mitättömyysostaston päätöksestä.
- 9 EUIPO:n ensimmäinen valituslautakunta hyväksyi osittain Wedl & Hofmannin valituksen 5.10.2016 tekemällään päätöksellä (jäljempänä riidanalainen päätös) ja kumosi osittain mitättömyysostaston päätöksen siltä osin kuin tämä piti voimassa riidanalaisen tavaramerkin rekisteröinnin luokkaan 21 kuuluville tavaroille ”talous-, keittiövälineet ja -astiat; lasitavarat, posliini, erityisesti astiat; lasiset juoma-astiat” ja luokkaan 25 kuuluvien tavaroiden ”vaatteet, erityisesti esiliinat, paidat, poolopuserot ja T-paidat; päähineet” (jäljempänä luokkiin 21 ja 25 kuuluvat riidanalaiset tavarat). Aluksi valituslautakunta totesi erityisesti, että Hofmann & Wedlin liian myöhään toimittamat todisteet voitiin tutkia asetuksen N:o 207/2009 76 artiklan 2 kohdan (josta on tullut asetuksen 2017/1001 95 artiklan 2 kohta) nojalla. Tältä osin se muistutti riidanalaisen päätöksen 22 kohdassa, että asetuksen N:o 207/2009 76 artiklassa EUIPO:lle on annettu harkintavalta päättää, onko liian myöhään esitettyjä tosiseikkoja ja todisteita otettava huomioon, ja lisäsi, että unionin tuomioistuin oli jo todennut, että pääsäännön mukaan ja ellei erikseen ole toisin säädetty, asian osapuolet voivat esittää

tosiseikkoja ja todisteita niiden esittämiselle kyseisen asetuksen säännöksissä asetettujen määräaikojen päättymisen jälkeen, eikä EUIPO:ta ole millään tavoin kielletty ottamasta huomioon tosiseikkoja tai todisteita, joihin on vedottu tai jotka on esitetty liian myöhään. Seuraavaksi valituslautakunta totesi, että tavaramerkin ulkoinen käyttö ei välttämättä tarkoita loppukuluttajille suunnattua käyttöä ja että Wedl & Hofmannin väittämää tosiasiallista käyttöä ei voida sulkea pois ainoastaan siitä syystä, ettei tämän mainitsemia kaupallisia toimia ole suunnattu loppukuluttajille vaan teollisuusasiakkaille lisenssinhaltijoina tai franchise-yrittäjinä. Näin ollen valituslautakunta totesi, että Wedl & Hofmann on toimitettujen todisteiden perusteella näyttänyt toteen riidanalaisen tavaramerkin tosiasiallisen käytön luokkiin 21 ja 25 kuuluville riidanalaisille tavaroille. Lopuksi valituslautakunta totesi, että todisteet eivät riitä osoittamaan riidanalaisen tavaramerkin käyttöä muille menettämiskaavimukseen mainituille tavaroille ja palveluille.

Asianosaisten vaatimukset

Asia T-910/16

- 10 Hesse vaatii, että unionin yleinen tuomioistuin
- kumoaa riidanalaisen päätöksen ja julistaa Wedl & Hofmannin menettäneen oikeutensa myös luokkiin 21 ja 25 kuuluvien riidanalaisien tavaroiden osalta
 - velvoittaa EUIPO:n korvaamaan oikeudenkäyntikulut.
- 11 EUIPO ja Wedl & Hofmann vaativat, että unionin yleinen tuomioistuin
- hylkää kanteen
 - velvoittaa Hessen korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

Asia T-911/16

- 12 Wedl & Hofmann vaatii, että unionin yleinen tuomioistuin
- kumoaa riidanalaisen päätöksen tai muuttaa sitä
 - velvoittaa EUIPO:n korvaamaan oikeudenkäyntikulut.
- 13 EUIPO ja Hesse vaativat, että unionin yleinen tuomioistuin
- hylkää kanteen
 - velvoittaa Wedl & Hofmannin korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

Oikeudellinen arviointi

- 14 Unionin yleinen tuomioistuin katsoo asianosaisia kuultuaan, että käsiteltävät asiat on yhdistettävä tuomion antamista varten unionin yleisen tuomioistuimen työjärjestyksen 19 artiklan 2 kohdan ja 68 artiklan 1 kohdan mukaisesti.

- 15 Aluksi on todettava, että valituslautakunnan mukaan käyttöä koskevat todisteet osoittavat riidanalaisen tavaramerkin tosiasiallisen käytön luokkiin 21 ja 25 kuuluville riidanalaisille tavaroille. Se totesi sitä vastoin, ettei riidanalaista tavaramerkkiä ole käytetty tosiasiallisesti muille menettämiskaavimuksessa mainituille tavaroille ja palveluille. Hesse vaatii kanteessaan, että menettämiskaavimus hyväksytään kaikkien mainittujen tavaroiden ja palvelujen osalta, ja Wedl & Hofmann vaatii kanteessaan, että menettämiskaavimus hylätään kokonaisuudessaan.
- 16 Hesse vetoaa asiassa T-910/16 kanteensa tueksi yhteen ainoaan kanneperusteeseen, joka liittyy pääasiallisesti asetuksen N:o 207/2009 51 artiklan 1 kohdan a alakohdan rikkomiseen.
- 17 Wedl & Hofmann vetoaa asiassa T-911/16 kahteen kanneperusteeseen, joista ensimmäinen koskee asetuksen N:o 207/2009 51 artiklan 1 kohdan a alakohdan, asetuksen N:o 207/2009 15 artiklan 1 kohdan a alakohdan (josta on tullut asetuksen 2017/1001 18 artiklan 1 kohdan a alakohta) ja asetuksen N:o 40/94 täytäntöönpanosta 13.12.1995 annetun komission asetuksen (EY) N:o 2868/95 (EYVL 1995, L 303, s. 1) 40 säännön 5 kohdan (josta on tullut asetuksen N:o 207/2009 täydentämisestä ja asetusten (EY) N:o 2868/95 ja (EY) N:o 216/96 kumoamisesta annetun delegoidun asetuksen (EU) 2017/1430 (EUVL 2017, L 205, s. 1) 19 artiklan 1 kohta), luettuna yhdessä asetuksen N:o 2868/95 22 säännön 3 ja 4 kohdan (joista on tullut delegoidun asetuksen 2017/1430 10 artiklan 3 ja 4 kohta) kanssa, rikkomista ja toinen yhdenvertaisen kohtelun periaatteen loukkaamista.
- 18 Unionin yleisen tuomioistuimen mukaan ensiksi on käsiteltävä yhdessä ainoaa kanneperustetta asiassa T-910/16 ja ensimmäistä kanneperustetta asiassa T-911/16, koska molemmat perustuvat lähinnä asetuksen N:o 207/2009 51 artiklan 1 kohdan a alakohdan rikkomiseen, ja toiseksi on käsiteltävä toista kanneperustetta asiassa T-911/16.
- 19 Ensiksi on todettava, että asianosaiset eivät riitautta unionin yleisessä tuomioistuimessa käydyssä menettelyssä Wedl & Hofmannin mitättömyysoasastossa esittämien todisteiden tutkittavaksi ottamista.
- 20 Hesse tosin toteaa asiassa T-911/16 jättämänsä kirjelmän 5 kohdassa ja ennen sellaisten perusteiden esittämistä, joiden tarkoituksena on riitauttaa Wedl & Hofmannin tosiseikkoja koskevat huomautukset, että ”kanne on perusteeton jo sen vuoksi, että kantaja on toimittanut – – todisteet käytöstä – – [EUIPO:n] asettaman määräajan eli 17.2.2015 jälkeen”. Lisäksi Hesse viittaa väitteensä tueksi 18.7.2013 annettuun tuomioon New Yorker SHK Jeans v. SMHV (C-621/11 P, EU:C:2013:484).
- 21 Tämä väite on kuitenkin hylättävä tehottomana, koska Hesse ei vaadi vastauskirjelmässään riidanalaisen päätöksen kumoamista valituslautakunnan nämä todisteet huomioon ottamalla väitetysti tekemän oikeudellisen virheen vuoksi vaan Wedl & Hofmannin kanteen hylkäämistä.
- 22 On vielä todettava, ettei tällainen väite voi menestyä, vaikka Hessen katsottaisiin tavoittelevan väitteellä todellisuudessa sitä, että unionin yleinen tuomioistuin hylkäisi Wedl & Hofmannin kanteen ja vahvistaisi riidanalaisen päätöksen muulla perusteella kuin valituslautakunnan mainitussa päätöksessä esittämällä perusteella. Tältä osin on riittävää todeta, että unionin yleinen tuomioistuin suorittaa EUIPO:n eri yksiköiden päätösten laillisuusvalvontaa. Jos se toteaa, että tällaista päätöstä, joka on kyseenalaistettu tässä tuomioistuimessa nostetulla kanteella, rasittaa lainvastaisuus, sen on kumottava kyseinen päätös. Se ei voi hylätä kannetta ja korvata riidanalaisen toimen toteuttaneen EUIPO:n toimivaltaisen yksikön perusteluja omillaan (ks. tuomio 9.9.2010, Axis v. SMHV – Etra Investigación y Desarrollo (ETRAX), T-70/08, EU:T:2010:375, 29 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

Ainoa kanneperuste asiassa T-910/16 ja ensimmäinen kanneperuste asiassa T-911/16, jotka koskevat pääasiallisesti asetuksen N:o 207/2009 51 artiklan 1 kohdan a alakohdan rikkomista

- 23 Hesse väittää asiassa T-910/16 esittämässään ainoassa kanneperusteessa, että valituslautakunnan olisi pitänyt vahvistaa riidanalaisen tavaramerkin menetetyksi julistaminen kokonaisuudessaan.
- 24 Wedl & Hofmann väittää asiassa T-911/16 esittämässään ensimmäisessä kanneperusteessa, että se on toimittanut näytön tosiasiallisesta käytöstä kaikkien niiden tavaroiden ja palvelujen osalta, joita varten tavaramerkki on rekisteröity, eikä pelkästään luokkiin 21 ja 25 kuuluvien riidanalaisen tavaroiden osalta.
- 25 Asetuksen N:o 207/2009 51 artiklan 1 kohdan a alakohdan mukaan EU-tavaramerkin haltijan julistetaan menettäneen oikeutensa EUIPO:lle tehdyn vaatimuksen perusteella tai loukkauksanteeseen kohdistuvan vastakanteen perusteella, jos viiden vuoden yhtäjaksoisen jakson kuluessa tavaramerkkiä ei ole unionissa otettu tosiasialliseen käyttöön tavaroille tai palveluille, joita varten se on rekisteröity, eikä käyttämättä jättämiselle ole pätevää syytä.
- 26 Asetuksen N:o 207/2009 15 artiklan 1 kohdan a alakohdan mukaan näyttö EU-tavaramerkin tosiasiallisesta käytöstä sisältää myös näytön tavaramerkin käytöstä muodossa, joka poikkeaa sen rekisteröidystä muodosta ainoastaan sellaisilta osin, että poikkeaminen ei vaikuta tavaramerkin erottamiskykyyn.
- 27 Asetuksen N:o 2868/95 22 säännön, jota sovelletaan menettämismenettelyihin saman asetuksen 40 säännön 5 kohdan mukaisesti, mukaan tavaramerkin käyttönäytöstä on ilmentävä tavaramerkin käytön paikka, aika, laajuus ja laji, ja se on periaatteessa rajoitettava väitettä tukeviin asiakirjoihin ja todistuskappaleisiin, kuten pakkauksiin, etiketteihin, hinnastoihin, luetteloihin, laskuihin, valokuviiin ja lehtimainoksiin sekä asetuksen N:o 207/2009 76 artiklan 1 kohdan f alakohdassa (josta on tullut asetuksen 2017/1001 97 artiklan 1 kohdan f alakohta) tarkoitettuihin kirjallisiin vakuutuksiin (tuomio 8.7.2004, Sunrider v. SMHV – Espadafor Caba (VITAFRUIT), T-203/02, EU:T:2004:225, 37 kohta, ja tuomio 10.9.2008, Boston Scientific v. SMHV – Terumo (CAPIO), T-325/06, ei julkaistu, EU:T:2008:338, 27 kohta).
- 28 Tosiasiallisen käytön käsitettä tulkittaessa on otettava huomioon se, että sen vaatimuksen tarkoituksena, joka koskee aikaisemman tavaramerkin tosiasiallista käyttöä, ei ole kaupallisen menestyksen arvioiminen eikä yrityksen taloudellisen strategian valvominen eikä myöskään tavaramerkkisuojan varaaminen ainoastaan niitä tilanteita varten, joissa kaupallinen hyödyntäminen on määrältään huomattavaa (ks. tuomio 8.7.2004, MFE Marienfelde v. SMHV – Vétoquinol (HIPOVITON), T-334/01, EU:T:2004:223, 32 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen ja tuomio 27.9.2007, La Mer Technology v. SMHV – Laboratoires Goëmar (LA MER), T-418/03, ei julkaistu, EU:T:2007:299, 53 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 29 Kuten oikeuskäytännöstä ilmenee, tavaramerkin käyttö on tosiasiallista silloin, kun sitä käytetään sen keskeisen tehtävän – joka on sen takaaminen, että niillä tavaroilla tai palveluilla, joita varten tavaramerkki on rekisteröity, on tietty alkuperä – mukaisesti luomaan tai säilyttämään näiden tavaroiden ja palvelujen markkinat ja kun käyttö ei ole pelkästään näennäistä käyttöä, jolla ainoastaan pyritään säilyttämään tavaramerkin tuottamat oikeudet (ks. analogisesti tuomio 11.3.2003, Ansul, C-40/01, EU:C:2003:145, 43 kohta). Lisäksi tavaramerkin tosiasiallista käyttöä koskeva ehto edellyttää, että tavaramerkkiä, sellaisena kuin se on asianomaisella alueella suojattuna, käytetään julkisesti ja ulospäin (ks. tuomio 6.10.2004, Vitakraft-Werke Wührmann v. SMHV – Krafft (VITAKRAFT), T-356/02, EU:T:2004:292, 26 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen, ja tuomio 4.7.2014, Construcción, Promociones e Instalaciones v. SMHV – Copisa Proyectos y Mantenimientos Industriales (CPI COPISA INDUSTRIAL), T-345/13, ei julkaistu, EU:T:2014:614, 21 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

- 30 Tavaramerkin käytön tosiasiallisuuden arvioinnin on perustuttava kaikkiin tosiseikkoihin ja olosuhteisiin, joiden avulla voidaan osoittaa, että tavaramerkkiä todella hyödynnetään kaupallisesti; tällaisia ovat erityisesti sellaiset käyttötavat, joita voidaan pitää kyseisellä talouden alalla perusteltuina markkinaosuuksien säilyttämiseksi tai luomiseksi tavaroille tai palveluille, joita tavaramerkillä suojataan, sekä näiden tavaroiden tai palvelujen luonne, kyseisten markkinoiden ominaispiirteet ja tavaramerkin käytön laajuus ja taajuus (ks. tuomio 10.9.2008, CAPIO, T-325/06, ei julkaistu, EU:T:2008:338, 30 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 31 Lisäksi tavaramerkin tosiasiallista käyttöä ei voida näyttää toteen todennäköisyyksillä tai olettamilla, vaan näytön on perustuttava konkreettisiin ja objektiivisiin seikkoihin, jotka todistavat tavaramerkin todellisesta ja riittävästä käytöstä asianomaisilla markkinoilla (ks. tuomio 23.9.2009, Cohausz v. SMHV – Izquierdo Faces (acopat), T-409/07, ei julkaistu, EU:T:2009:354, 36 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). On siis suoritettava kokonaisarviointi, jossa otetaan huomioon kaikki yksittäistapauksessa merkitykselliset tekijät ja joka merkitsee huomioon otettavien tekijöiden tiettyä keskinäistä riippuvuutta (ks. tuomio 18.1.2011, Advance Magazine Publishers v. SMHV – Capela & Irmãos (VOGUE), T-382/08, ei julkaistu, EU:T:2011:9, 30 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 32 Edellä esitetyn valossa on syytä tarkastella valituslautakunnan analyysiä yhtäältä riidanalaisen tavaramerkin käytön tosiasiallisuudesta luokkiin 21 ja 25 kuuluvien riidanalaisten tavaroiden osalta ja toisaalta riidanalaisen tavaramerkin käytön tosiasiallisuuden puuttumisesta muiden menettämisaatimuksessa mainittujen tavaroiden ja palvelujen osalta.
- 33 Aluksi on todettava, että koska riidanalaisen tavaramerkin menettämisaatimus jätettiin 15.10.2014, asetuksen N:o 207/2009 51 artiklan 1 kohdan a alakohdassa tarkoitettu viiden vuoden ajanjakso on 15.10.2009–14.10.2014, kuten valituslautakunta on aivan oikein todennut riidanalaisen päätöksen 43 kohdassa.
- 34 Tutkiessaan riidanalaisen tavaramerkin käytön tosiasiallisuutta valituslautakunta nojautui seuraaviin Wedl & Hofmann esittämiin todisteisiin, sellaisina kuin niitä on kuvattu riidanalaisessa päätöksessä:
- internetsivustolta www.testarossacafe.com peräisin olevat ruutukaappaukset, jotka sisältävät tietoja Wedl & Hofmannin sijaintipaikoista kahvila-baariketjun harjoittajana Euroopassa, Aasiassa, Lähi-idässä ja Egyptissä
 - kaksi kuvaa jalkapallopaidasta, jonka etupuolella näkyy riidanalainen tavaramerkki hieman muutetussa muodossa
 - paperitulosteita riidanalaisella tavaramerkillä varustettujen kahvila-baarien mainoksista ja valokuvista Saksassa, Unkarissa ja Yhdistyneessä kuningaskunnassa
 - helmikuussa 2014 päivätty sähköpostiviesti, joka sisältää vahvistuksen riidanalaista tavaramerkkiä käyttävän kahvilan mainostilauksesta, jonka arvo on 30 000 euroa ja joka on tehty aikakauslehdelle Body & Soul
 - luettelo riidanalaista tavaramerkkiä käyttävien kahvila-baarien sijaintipaikoista Saksassa, Italiassa, Unkarissa, Itävallassa ja Romaniassa vuodesta 2009 lähtien
 - neljä paperitulistetta Müller-kauppaketjun mainoksesta, joka koskee riidanalaisella tavaramerkillä myytävää kahvia

- erilaisia taulukoita, jotka ovat peräisin riidanalaisen tavaramerkin haltijalta ja joissa esitetään riidanalaisen tavaramerkin kattamien tavaroiden, kuten pahvimukien, paperipyyhkeiden, kahvin, lasien, kapseleiden, täytekynien, ruokailuvälineiden, tuhkakuppien, sytytinten, seinäkellojen, avaimenperien ja aurinkovarjojen, vuosia 2009–2015 koskevia myyntikatsauksia, jotka sisältävät tiedot jaeltujen tavaroiden myynnin määrästä ja arvosta ja myyntien vastaanottajat
 - erilaisia taulukoita, jotka ovat peräisin riidanalaisen tavaramerkin haltijalta ja joissa esitetään riidanalaisella tavaramerkillä myytävien kankaiden tilauksia ja toimituksia vuosilta 2010–2012, sisältäen tiedot hinnoista ja vastaanottajista
 - erilaisia valokuvia riidanalaisista tavaramerkkiä käyttävistä kahvila-baareista
 - Romaniaa koskeva luettelo riidanalaisen tavaramerkin kattamista tavaroista, joita on myyty eri franchise-yrittäjille ja joita ovat muun muassa makeiset, astiat, posliini, mainosmateriaali, laukut, aurinkovarjot, rintaneulat ja vaatteet, kuten esiliinat, lakit tai poolopuserot, sisältäen tiedot hinnoista ja määristä
 - valokuva kahdesta sytyttimestä, joissa on riidanalainen tavaramerkki
 - W:n ja F:n välisiä sähköpostiviestejä, joissa F ilmoittaa W:lle, että Wedl & Hofmannilla on ollut vuodesta 1998 alkaen puhelinnumero, johon voidaan soittaa Saksasta, Ranskasta, Italiasta ja Sveitsistä
 - riidanalaisesta tavaramerkkiä koskeva mainoslehtinen, jossa esitellään muun muassa riidanalaisella tavaramerkillä myytävän kahvin alkuperä ja valmistus- ja tuotantomenetelmä. Tässä esitteessä esitellään myös kahvikapseleita ja muita riidanalaisen tavaramerkin kattamia tavaroita, kuten kahvikuppeja ja -laseja, kahvinkeitinlaitteita, sokeriastioita, lusikoita, esiliinoja, poolopuseroita, tarjoilijoiden laukkuja ja paperipyyhkeitä, jotka on kaikki varustettu riidanalaisella tavaramerkillä
 - riidanalaisen tavaramerkin franchise-esitys, jossa kuvataan franchise-konseptia ja erilaisia riidanalaisen tavaramerkin kattamia tavaroita.
- 35 Hesse väittää ensiksi, että Wedl & Hofmannin esittämät todisteet eivät voi osoittaa riidanalaisen tavaramerkin tosiasiallista käyttöä luokkiin 21 ja 25 kuuluville tavaroille, koska nämä todisteet käytöstä eivät liity myynteihin loppukuluttajille. Tältä osin Hesse väittää, että Wedl & Hofmannin käyttönäyttönä toimittamat myyntitaulukot on osoitettu lisenssinhaltijoille ja franchise-yrittäjille, mutta ne eivät osoita, että tuotteita on jaeltu loppukuluttajille.
- 36 EUIPO ja Wedl & Hofmann riitauttavat Hessen väitteet.
- 37 Nyt käsiteltävässä asiassa on huomattava, että oikeuskäytännön mukaan tavaramerkin tosiasiallinen käyttö edellyttää, että sitä käytetään julkisesti ja ulospäin (tuomio 8.7.2004, VITAFRUIT, T-203/02, EU:T:2004:225, 39 kohta; ks. myös vastaavasti tuomio 11.3.2003, Ansul, C-40/01, EU:C:2003:145, 37 kohta). On myös niin, että tavaramerkin käytön tosiasiallisuuden arvioinnin on perustuttava kaikkiin niihin tosiseikkoihin ja olosuhteisiin, joiden avulla voidaan osoittaa tavaramerkkiä todella kaupallisesti hyödynnettävän; tällaisia ovat eritoten sellaiset käyttötavat, joita voidaan pitää kyseisellä talouden alalla perusteltuina markkinaosuuksien säilyttämiseksi tai luomiseksi tavaroille tai palveluille, joita tavaramerkki suojaa, näiden tavaroiden tai palvelujen luonne, kyseessä olevien markkinoiden ominaispiirteet sekä tavaramerkin käytön laajuus ja taajuus (ks. tuomio 8.7.2004, VITAFRUIT, T-203/02, EU:T:2004:225, 40 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 38 Valituslautakunta kuitenkin tarkensi riidanalaisen päätöksen 58 ja 59 kohdassa perustellusti, ettei tämä ulkoinen käyttö välttämättä tarkoita loppukuluttajille suunnattua käyttöä. Tavaramerkin tosiasiallinen käyttö liittyy nimittäin markkinoihin, joilla EU-tavaramerkin haltija harjoittaa kaupallista toimintaansa

ja joilla se aikoo hyödyntää tavaramerkkiään. Näin ollen toteamus, että oikeuskäytännössä tarkoitettu tavaramerkin ulkoinen käyttö tarkoittaa välttämättä loppukuluttajille suunnattua käyttöä, merkitsisi sitä, että yksinomaan yhtiöiden välisissä suhteissa käytetyt tavamerkit eivät kuuluisi asetuksen N:o 207/2009 soveltamisalaan. Kohdeyleisö, jolle tavamerkit voivat olla suunnattuja, ei nimittäin käsitä ainoastaan loppukuluttajia, vaan myös asiantuntijat, teollisuuden asiakkaat ja muut ammattimaiset käyttäjät (ks. tuomio 7.7.2016, *Fruit of the Loom v. EUIPO – Takko (FRUIT)*, T-431/15, ei julkaistu, EU:T:2016:395, 49 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

- 39 Tältä osin on todettava, että kuten *Wedl & Hofmannin* riidanalaisen tavaramerkin käytönäyttönä toimittamista asiakirjoista ilmenee, on selvää, että *Wedl & Hofmann* harjoittaa kahvila-baariketjun toimintaa franchise-yrittäjiensä ja lisenssinhaltijoidensa välityksellä ja että nämä tarjoavat luokkiin 21 ja 25 kuuluvia riidanalaisia tavaroita markkinoilla loppukuluttajille franchise- tai lisenssisopimuksen mukaisesti. Edellä 38 kohdassa mainitun oikeuskäytännön mukaisesti nämä myynnit voivat näin ollen osoittaa riidanalaisen tavaramerkin julkisen ja ulospäin suuntautuvan käytön. Tällaisessa tilanteessa sillä seikalla, että *Wedl & Hofmannilla* ei ole ollut suoria suhteita loppukuluttajiin, ei ole merkitystä.
- 40 Tätä arviointia ei voida horjuttaa Hessen väitteellä, jonka mukaan se, että *Wedl & Hofmann* on allekirjoittanut franchise- ja lisenssisopimuksia, joissa asetetaan lisenssinhaltijoille ja franchise-yrittäjille useita mainontaa, myynninedistämistä ja markkinointia koskevia velvoitteita, rinnastaisi franchise- tai lisenssisopimuksen pelkkiin *Wedl & Hofmannin* suhteisiin työntekijöihinsä ja edustajiinsa nähden, joita ei voitaisi luokitella asetuksen N:o 207/2009 15 artiklassa tarkoitetuksi tosiasialliseksi käytöksi. Tältä osin on todettava, että franchise- tai lisenssisopimus on elinkeinoelämässä yleinen järjestely, jota ei pitäisi katsoa puhtaasti sisäiseksi käytöksi. On todettava, että unionin markkinoiden kaltaisilla markkinoilla on markkinoiden luomiseksi tai säilyttämiseksi pääasiassa kyseessä olevan kaltaisille tavaroille tavanomaista kääntyä kaupallisissa toimissa alan ammattilaisten eli nimenomaan jälleenmyyjien puoleen. Näin ollen ei voitaisi lähtökohtaisesti sulkea pois sitä, että tavaramerkin käyttö, joka on näytetty toteen alan ammattilaisille suunnatuilla kaupallisilla toimenpiteillä, voitaisiin katsoa edellä 30 kohdassa mainitun oikeuskäytännön mukaiseksi tavaramerkin keskeisen tehtävän mukaiseksi käytöksi (tuomio 7.7.2016, *FRUIT*, T-431/15, ei julkaistu, EU:T:2016:395, 50 kohta).
- 41 On joka tapauksessa huomattava, että todisteista – erityisesti taulukoista, joissa esitetään vuosina 2009–2015 jaeltujen tavaroiden määrät ja arvot – ilmenee, että tilauksia on suunnattu myös muille yhtiöille kuin franchise-yrittäjille ja lisenssinhaltijoille. Tämä osoittaa, että riidanalaisista tavaramerkkiä on käytetty julkisesti ja ulospäin eikä pelkästään riidanalaisen tavaramerkin haltijana olevan yrityksen sisällä tai franchise-yritysten ja lisenssinhaltijoiden verkostossa.
- 42 Valituslautakunta katsoi siis perustellusti, että edellytys tavaramerkin käyttämisestä julkisesti ja ulospäin vaikuttaa täyttyvän käsiteltävässä asiassa.
- 43 Toiseksi Hesse väittää, ettei *Wedl & Hofmannin* luokkiin 21 ja 25 kuuluvien riidanalaisen tavaroiden toimittamisella ole muuta kaupallista tarkoitusta kuin muiden riidanalaisen tavaramerkin kattamien tavaroiden tai palvelujen, kuten kahvin tai kahvila-baaripalvelun, myynnin edistäminen. Tällaisessa tilanteessa riidanalaisen tavaramerkin asettaminen näihin tavaroihin ei edistä markkinoiden luomista niille eikä niiden erottamista muista yrityksistä peräisin olevista tavaroista kuluttajien eduksi, koska kyseiset tavarat eivät kilpaile markkinoilla muiden tavaroiden tai palvelujen kanssa.
- 44 EUIPO ja *Wedl & Hofmann* kiistävät Hessen väitteet.
- 45 Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan tosiasiallisen käytön käsite merkitsee sitä, että käyttö on tosiasiallista ja tavaramerkin keskeisen tehtävän mukaista, eli sillä voidaan taata kuluttajalle tai loppukäyttäjälle se, että tavaralla tai palvelulla on tietty alkuperä, jolloin kuluttaja tai loppukäyttäjä voi tavaramerkin perusteella erottaa ilman sekaannusvaaraa tämän tavaroiden tai palvelun muualta peräisin olevista tavaroista ja palveluista (tuomio 11.3.2003, *Ansul*, C-40/01, EU:C:2003:145, 35 ja 36 kohta ja tuomio 9.12.2008, *Verein Radetzky-Orden*, C-442/07, EU:C:2008:696, 13 kohta).

- 46 Tältä osin tosiasiallisen käytön käsitteestä seuraa, että tavaramerkin suoja ja oikeusvaikutukset, joihin sen rekisteröinnin perusteella voidaan vedota kolmatta vastaan, eivät voi jatkua, jos tavaramerkki menettää olemassaolonsa kaupallisen perusteen eli sen, että sen avulla luodaan tai säilytetään markkinat tavaroille tai palveluille, jotka on varustettu tavaramerkin muodostavalla merkillä, muista yrityksistä peräisin olevien tavaroiden tai palvelujen rinnalle (tuomio 11.3.2003, Ansul, C-40/01, EU:C:2003:145, 37 kohta ja tuomio 9.12.2008, Verein Radetzky-Orden, C-442/07, EU:C:2008:696, 14 kohta).
- 47 Sen määrittämiseksi, onko tosiasiallinen käyttö näytetty toteen vai ei, on tarkastettava, tavoitteleeko yritys tavaramerkin käytöllä markkinoiden luomista tai säilyttämistä tavaroilleen tai palveluilleen unionissa muiden yritysten tavaroihin tai palveluihin nähden. Näin ei ole, jos nämä tavarat tai palvelut eivät kilpaile muiden yritysten markkinoilla tarjoamien tavaroiden tai palvelujen kanssa eli jos niitä ei jaella – eikä niitä ole tarkoitus jaella – kaupallisesti (tuomio 9.9.2011, Omnicare v. SMHV – Astellas Pharma (OMNICARE CLINICAL RESEARCH), T-289/09, ei julkaistu, EU:T:2011:452, 68 kohta).
- 48 Vaikka käsiteltävässä asiassa ei voida sulkea pois sitä, että luokkiin 21 ja 25 kuuluvia riidanalaisia tavaroita voidaan tarjota viime kädessä tarkoituksena saada kohdeyleisö ostamaan Wedl & Hofmannin myymää kahvia, niitä ei kuitenkaan jaella muiden tavaroiden, kuten kahvin, oston palkitsemiseksi eikä niiden myynnin edistämiseksi, koska Wedl & Hofmannin esittämistä todisteista, erityisesti mainosmateriaalista, franchise-esitteistä ja myyntiluetteloista ilmenee, että luokkiin 21 ja 25 kuuluvat riidanalaiset tavarat merkitään kirjanpitoon erikseen ja niitä tarjotaan erikseen omilla tilausnumeroilla ja niiden myynnin määrät ja arvot merkitään riippumatta kahvista, vaikka tämä tuote onkin Wedl & Hofmannin ensisijaisesti kaupan pitämä tuote. Nämä myynnit ovat sellaisia käyttöä merkitseviä toimia, jotka ovat objektiivisesti tarkasteltuina omiaan luomaan tai säilyttämään markkinat kyseessä oleville tavaroille, eikä niiden kaupallinen määrä ole käytön aikaan ja taajuuteen nähden niin vähäinen, että sen perusteella voitaisiin päätellä kyseen olevan pelkästään sellaisesta näennäisestä, mitättömän pienestä tai fiktiivisestä käytöstä, jolla pyritään ainoastaan säilyttämään tavaramerkin tuottamat oikeudet. Näin ollen on todettava, että on kyse toisistaan riippumattomista tavaroista, joilla on omat markkinat.
- 49 Lisäksi on todettava, että luokkiin 21 ja 25 kuuluvat riidanalaiset tavarat kilpailevat markkinoilla muiden samankaltaisten tavaroiden kanssa erityisesti silloin, kun niitä toimittavat kahvimarkkinoilla toimivat yritykset, jotka voivat myös tarjota sellaisia tuotteita, kuten pahvimukit, kahvikupit, lasit tai sokeriastiat, edistääkseen päätuotteensa eli kahvin myyntiä.
- 50 Näin ollen on todettava, että Wedl & Hofmannin tarkoituksena on tällaisella tavaramerkin käytöllä luoda tai säilyttää markkinat luokkiin 21 ja 25 kuuluville riidanalaisille tavaroille markkinoilla, joilla toimii myös muita yrityksiä.
- 51 Näin ollen valituslautakunta katsoi perustellusti, että Wedl & Hofmannin riidanalaisen tavaramerkin käytöstä esittämät asiakirjat osoittavat, ettei riidanalaisista tavaramerkkiä ole käytetty pelkästään sisäisesti luokkiin 21 ja 25 kuuluville riidanalaisille tavaroille tavoitteena yksinomaan edistää Wedl & Hofmannin muiden tavaroiden myyntiä.
- 52 Kolmanneksi Wedl & Hofmann väittää lähinnä, että se on toimittanut näytön tosiasiallisesta käytöstä kaikkien tavaroiden ja palvelujen osalta, joita varten tavaramerkki on rekisteröity, eikä pelkästään luokkiin 21 ja 25 kuuluvien riidanalaisien tavaroiden osalta. Tältä osin se väittää, että vaikka valituslautakunta on arvioinut toimitettuja asiakirjoja asianmukaisesti käyttönäyttönä, sen olisi pitänyt todeta, että käytöstä on esitetty riittävä näyttö kaikkien edellä 3 kohdassa mainittujen tavaroiden ja palvelujen osalta.
- 53 EUIPO ja Hesse kiistävät Wedl & Hofmannin väitteet.

- 54 Käsiteltävässä asiassa on todettava, että Wedl & Hofmannin esittämien asiakirjojen perusteella ei voida päätellä, että valituslautakunta teki virheen, kun se ei todennut riidanalaisen tavaramerkin tosiasiallista käyttöä muille tavaroille ja palveluille kuin luokkiin 21 ja 25 kuuluville riidanalaisille tavaroille.
- 55 Tältä osin on huomattava, että kuten valituslautakunta on perustellusti todennut, Wedl & Hofmann on toimittanut riittävät tiedot riidanalaisen tavaramerkin käytön paikasta, ajasta ja laajuudesta ainoastaan luokkiin 21 ja 25 kuuluvien riidanalaisien tavaroiden osalta erityisesti sellaisten taulukoiden muodossa, joissa on useita erillisiä tietoja myyntien ajankohdasta, maasta, tavaroista, hinnoista ja arvosta. Lisäksi taulukoihin sisältyviä merkintöjä tukevat muut todisteet, kuten valokuvat, mainokset, mainosesite ja franchise-esite. Muiden tavaroiden ja palvelujen osalta Wedl & Hofmann ei ole esittänyt minkäänlaista näyttöä, jonka perusteella voitaisiin todeta, että tällaisia tavaroita olisi myyty unionissa kyseisen ajanjakson aikana. Wedl & Hofmannin on osoitettava riidanalaisen tavaramerkin tosiasiallinen käyttö eli toimitettava sellaisten todisteiden kokonaisuus, jotka eivät perustu todennäköisyyksiin tai oletamiin vaan konkreettisiin ja objektiivisiin seikkoihin, jotka todistavat tavaramerkin todellisesta ja riittävästä käytöstä asianomaisilla markkinoilla (ks. vastaavasti ja analogisesti tuomio 23.9.2009, acopat, T-409/07, ei julkaistu, EU:T:2009:354, 69 ja 70 kohta).
- 56 Erityisesti on todettava ensiksi, ettei näistä asiakirjoista voida päätellä seikkoja tai todisteita, jotka osoittaisivat riidanalaisen tavaramerkin tosiasiallisen käytön luokkiin 7, 11, 20 ja 28 kuuluville tavaroille. Tässä yhteydessä on huomattava, että Wedl & Hofmann ei ole toimittanut laskuja, tilaustositteita, myyntilukuja, mainoslukuja tai tietoja, joka osoittaisivat sellaisten tuotteiden markkinaosuuden, kuten luokkaan 7 kuuluvat ”kahvimyllyt”, luokkaan 20 kuuluvat ”huonekalut”, luokkaan 28 kuuluvat ”pelit” ja ”lelut”, luokkaan 11 kuuluvat ”kahvinkeitinimet” ja ”sähkökäyttöiset keittolaitteet” tai muun muassa luokkaan 28 kuuluvat ”urheiluvälineet”, joita myydään riidanalaisella tavaramerkillä. Lisäksi valituslautakunta totesi riidanalaisen päätöksen 66 kohdassa perustellusti luokkaan 25 kuuluvista ”voimistelu- ja urheiluvälineistä”, ettei näiden tavaroiden tosiasiallisen käytön toteamiseksi riitä pelkän kuvan toimittaminen riidanalaisella tavaramerkillä varustetusta jalkapallopaidasta ilman lisätodisteita.
- 57 Toiseksi on todettava luokkaan 34 kuuluvista tavaroista ”tupakointivälineet” ja ”tulitikut”, että vaikka Wedl & Hofmannin toimittamissa myyntitaulukoissa mainitaankin ”sytyntien” ja ”tuhkakuppien” myynti, sen määrä on hyvin pieni tai lähes olematon verrattuna muiden tavaroiden, kuten ”kahvin” tai kahville tarkoitettujen ”pahvimukien”, ”kuppien” tai ”lasien”, myyntiin. Todisteiden nojalla ei siis voida tietää, onko käyttö ollut kertaluonteista käyttöä, joka ei ylitä näennäistä käyttöä, vai riittävän merkittävää, jotta se voidaan ottaa huomioon.
- 58 Kolmanneksi on todettava, ettei myöskään luokkaan 38 kuuluvien palvelujen käytöstä ole toimitettu näyttöä. Mikään seikka ei nimittäin osoita, että Wedl & Hofmann olisi toimittanut televiestintäpalveluja. Kuten valituslautakunta totesi perustellusti riidanalaisen päätöksen 67 kohdassa, pelkästään se seikka, että Wedl & Hofmann on ottanut käyttöön palvelunumeron, ei näytä toteen sitä, että Wedl & Hofmann olisi suorittanut televiestintäpalveluja riidanalaisella tavaramerkillä. Pelkkä palvelunumeron tai suoran asiakaslinjan käyttöönotto ei ole itsenäinen palvelu, jota tarjotaan korvausta vastaan kolmannelle, eikä sitä voida katsoa markkinoita luovaksi palveluksi vaan ainoastaan tavaramerkin haltijan todella kaupan pitämien tavaroiden myyntiin liittyväksi tukipalveluksi. Kun tällaisten palvelujen tarjoamisesta kertyneestä liikevaihdosta ei ole laskuja tai puolueetonta tietoa ja kun suoritettujen palvelujen ajankohtaa, määrää tai laatua ei ole tarkennettu, pelkän edellä 34 kohdassa mainitun sähköpostinvaihdon nojalla ei voida todeta riidanalaisen tavaramerkin tosiasiallista käyttöä.
- 59 W:n pyynnöstä tulla kuulluksi on riittävää todeta, että se on joka tapauksessa hylättävä, koska kaiken edellä esitetyn perusteella unionin yleinen tuomioistuim on voinut ratkaista asian esitettyjen vaatimusten, kanneperusteiden ja väitteiden perusteella.

- 60 Valituslautakunta totesi siis perustellusti, ettei riidanalaista tavaramerkkiä ole käytetty tosiasiallisesti muille tavaroille ja palveluille kuin luokkiin 21 ja 25 kuuluville riidanalaisille tavaroille.
- 61 Edellä esitetystä seuraa, että Hessen asiassa T-910/16 esittämä ainoa kanneperuste, joka liittyy pääasiallisesti asetuksen N:o 207/2009 51 artiklan 1 kohdan a alakohdan rikkomiseen, on hylättävä. Kyseisessä asiassa esitetty kanne on näin ollen hylättävä.
- 62 Edellä esitetystä seuraa lisäksi, että Wedl & Hofmannin asiassa T-911/16 esittämä ensimmäinen kanneperuste, joka liittyy pääasiallisesti asetuksen N:o 207/2009 51 artiklan 1 kohdan a alakohdan rikkomiseen, on myös hylättävä.

Asiassa T-911/16 esitetty toinen kanneperuste, joka koskee yhdenvertaisen kohtelun periaatteen loukkaamista

- 63 Wedl & Hofmann väittää toisessa kanneperusteessaan, että on huomattavan vaikeaa näyttää toteen sen kaltaisen pienen yrityksen hallussa olevan tavaramerkin tosiasiallinen käyttö. Wedl & Hofmannin mukaan riidanalaisella päätöksellä loukataan yhdenvertaisen kohtelun periaatetta asettamalla sille kohtuuttomat vaatimukset käyttönäytön toimittamisesta.
- 64 EUIPO ja Hesse riitauttavat Wedl & Hofmannin väitteet.
- 65 Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan yhdenvertaisen kohtelun periaate edellyttää paitsi, että toisiinsa rinnastettavia tapauksia ei kohdella eri tavoin, myös ettei erilaisia tilanteita kohdella samalla tavoin, ellei tällainen kohtelu ole objektiivisesti perusteltua (tuomio 17.7.1997, National Farmers' Union ym., C-354/95, EU:C:1997:379, 61 kohta ja tuomio 16.9.2004, Merida, C-400/02, EU:C:2004:537, 22 kohta).
- 66 On lisäksi todettava, että vaikka tosiasiallista käyttöä arvioidaan tapauskohtaisesti, sen arvioinnissa ei ensisijaisesti oteta huomioon liikevaihtoa tai myynnin määrää tarkastelujakson aikana. Asetuksen N:o 207/2009 51 artiklan 1 kohdan a alakohdan ja asetuksen N:o 2868/95 22 säännön 3 kohdan tarkoituksena ei nimittäin ole kaupallisen menestyksen arvioiminen eikä yrityksen taloudellisen strategian valvominen eikä myöskään tavaramerkkisuojan varaaminen ainoastaan niitä tilanteita varten, joissa kaupallinen hyödyntäminen on määrältään huomattavaa (ks. vastaavasti tuomio 8.7.2004, VITAFRUIT, T-203/02, EU:T:2004:225, 36–38 kohta).
- 67 Valituslautakunta katsoi, tehtyään kaikki yksittäistapauksessa merkitykselliset tekijät huomioon ottavan kokonaisarvioinnin, etteivät Wedl & Hofmannin esittämät todisteet ole riittäviä osoittamaan riidanalaisen tavaramerkin tosiasiallista käyttöä luokkiin 7, 11, 20, 21, 25, 28, 30, 34 ja 38 kuuluville tavaroille ja palveluille lukuun ottamatta luokkiin 21 ja 25 kuuluvia riidanalaisia tavaroita.
- 68 Tavaramerkin käytön tosiasiallisuuden arvioinnin ei siis pitäisi olla erilaista pienten ja suurten yritysten välillä, koska tällainen arviointi perustuu kaikkiin niihin tosiseikkoihin ja olosuhteisiin, joiden avulla voidaan osoittaa tavaramerkkiä todella kaupallisesti hyödynnettävän; tällaisia ovat eritoten sellaiset käyttötavat, joita voidaan pitää kyseisellä talouden alalla perusteltuina markkinaosuuksien säilyttämiseksi tai luomiseksi tavaroille tai palveluille, joita tavaramerkki suojaa, näiden tavaroiden tai palvelujen luonne, kyseessä olevien markkinoiden ominaispiirteet sekä tavaramerkin käytön laajuus ja taajuus (tuomio 8.7.2004, VITAFRUIT, T-203/02, EU:T:2004:225, 40 kohta).
- 69 Tästä seuraa, että ei voida päätellä, että olisi kyse haltijayrityksen kokoon perustuvasta erilaisesta kohtelusta tavaramerkin tosiasiallisen käytön arvioinnissa, koska tavaramerkin käytön tosiasiallisuutta arvioidaan edellä 68 kohdassa mainittujen samojen objektiivisten perusteiden nojalla yrityksen koosta riippumatta.

70 Edellä esitetystä seuraa, että asiassa T-911/16 esitetty kanneperuste, joka koskee yhdenvertaisen kohtelun periaatteen loukkaamista, on hylättävä. Koska tämä kanneperuste ja kanneperuste, joka koskee pääasiallisesti asetuksen N:o 207/2009 51 artiklan 1 kohdan a alakohdan rikkomista, on hylätty, kyseisessä asiassa nostettu kanne on näin ollen hylättävä kokonaisuudessaan.

Oikeudenkäyntikulut

71 Unionin yleisen tuomioistuimen työjärjestyksen 134 artiklan 1 kohdan mukaan asianosainen, joka häviää asian, veloitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on sitä vaatinut.

72 Koska Hesse on hävinnyt asian T-910/16, hänet on veloitettava korvaamaan oikeudenkäyntikulut EUIPO:n ja Wedl & Hofmannin vaatimusten mukaisesti.

73 Koska Wedl & Hofmann on hävinnyt asian T-911/16, se on veloitettava korvaamaan oikeudenkäyntikulut EUIPO:n ja Hessen vaatimusten mukaisesti.

Näillä perusteilla

UNIONIN YLEINEN TUOMIOISTUIN (viides jaosto),

on ratkaissut asian seuraavasti:

- 1) Asiat T-910/16 ja T-911/16 yhdistetään tuomion antamista varten.**
- 2) Kanteet hylätään.**
- 3) Kurt Hesse veloitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut asiassa T-910/16.**
- 4) Wedl & Hofmann GmbH veloitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut asiassa T-911/16.**

Gratsias

Labucka

Ulloa Rubio

Julistettiin Luxemburgissa 4 päivänä huhtikuuta 2019.

Allekirjoitukset