



# Oikeustapauskokoelma

UNIONIN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (kymmenes jaosto)

13 päivänä syyskuuta 2018\*

Muutoksenhaku – EU-tavaramerkki – Kansainvälinen rekisteröinti, jossa nimetään Euroopan unioni – Kuviomerkki, joka esittää risteileviä aaltoviivoja – Asetus (EY) N:o 207/2009 – 7 artiklan 1 kohdan b alakohta – Ehdoton hylkäysperuste – Erottamiskyky – Pinnan kuvio

Asiassa C-26/17 P,

jossa on kyse Euroopan unionin tuomioistuimen perussäännön 56 artiklaan perustuvasta valituksesta, joka on pantu vireille 18.1.2017,

**Birkenstock Sales GmbH**, kotipaikka Vettelschoß (Saksa), edustajinaan C. Menebröcker ja V. Töbelmann, Rechtsanwältin,

valittajana,

ja jossa muuna osapuolena on

**Euroopan unionin teollisoikeuksien virasto (EUIPO)**, asiamiehenään D. Walicka,

vastaajana ensimmäisessä oikeusasteessa,

UNIONIN TUOMIOISTUIN (kymmenes jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja E. Levits sekä tuomarit A. Borg Barthet (esittelevä tuomari) ja M. Berger,

julkisasiamies: M. Szpunar,

kirjaaja: hallintovirkamies C. Strömholm,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä ja 21.3.2018 pidetyssä istunnossa esitetyn,

kuultuaan julkisasiamiehen 6.6.2018 pidetyssä istunnossa esittämän ratkaisuehdotuksen,

on antanut seuraavan

## tuomion

- 1 Birkenstock Sales GmbH vaatii valituksessaan unionin tuomioistuinta kumoamaan unionin yleisen tuomioistuimen 9.11.2016 antaman tuomion Birkenstock Sales v. EUIPO (Risteileviä aaltoviivoja esittävä merkki) (T-579/14, EU:T:2016:650; jäljempänä valituksenalainen tuomio), jolla unionin yleinen

\* Oikeudenkäyntikieli: saksa.

tuomioistuin hylkäsi osittain Birkenstock Salesin kanteen, jolla tämä vaati kumottavaksi Euroopan unionin teollisoikeuksien viraston (EUIPO) ensimmäisen valituslautakunnan 15.5.2014 tekemän päätöksen (asia R 1952/2013-1), joka koski risteileviä aaltoviivoja esittävän kuviomerkin kansainvälistä rekisteröintiä, jossa nimetään Euroopan unioni (jäljempänä riidanalainen päätös).

### Asiaa koskevat oikeussäännöt

- 2 Euroopan unionin tavaramerkistä 26.2.2009 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 207/2009 (EUVL 2009, L 78, s. 1) 7 artiklan 1 kohdan b alakohdassa säädetään seuraavaa:

”1. Seuraavia merkkejä ei rekisteröidä:

--

b) tavaramerkit, joilta puuttuu erottamiskyky;

--”

### Riidan tausta

- 3 Valittajalle ovat siirtyneet oikeudet Birkenstock Orthopädie GmbH & Co. KG:ltä, joka on saanut Maailman henkisen omaisuuden järjestön (WIPO) kansainväliseltä toimistolta 27.6.2012 saksalaiseen tavaramerkkiin perustuvan kansainvälisen rekisteröinnin, jossa nimetään muun muassa Euroopan unioni, seuraavalle kuviomerkillle:



- 4 EUIPO sai 25.10.2012 ilmoituksen kyseisen merkin (jäljempänä riidanalainen merkki) kansainvälisestä rekisteröinnistä.

- 5 Suojan laajentamista haettiin tavaroiden ja palvelujen kansainvälistä luokitusta tavaramerkkien rekisteröimistä varten koskevaan 15.6.1957 tehtyyn Nizzan sopimukseen, sellaisena kuin se on tarkistettuna ja muutettuna (jäljempänä Nizzan sopimus), pohjautuvan luokituksen luokkiin 10, 18 ja 25 kuuluvia tavaroita varten, jotka vastaavat näiden luokkien osalta seuraavaa kuvausta:
- luokka 10: ”Kirurgiset, lääketieteelliset, hammaslääketieteelliset ja eläinlääketieteelliset laitteet ja välineet; tekojäsenet, -silmät ja -hampaat; ortopediset tuotteet; haavanompelutarvikkeet; haavanompelutarvikkeet leikkaustarkoituksiin; ortopediset jalkineet ja jalkineet sekä niiden osat kuntoutukseen, jalkavoimisteluun ja hoitoon sekä muuhun lääkinnälliseen käyttöön, mukaan lukien ortopediset kengät, myös sellaiset kengät, joissa on sisäpohjalliset tai ortopediset jalkatuet sekä pohjalliset ja irtopohjalliset, tämänkaltaiset jalkatuet sekä pohjalliset ja irtopohjalliset ja niiden osat, myös jäykkien lämpömuovautuvien pohjallisten muodossa; kenkien rakenneosat ja kiinto-osat ortopediseen kenkien oikaisuun, erityisesti soviteosat, kiilat, tyynyt, ulkopohjat, irtopohjalliset, vaahtopehmusteet, vaahtopelotit sekä jalanmuotoiset pohjat, myös sellaisten joustavien pohjallisten muodossa, joissa on ortopediset jalanmuotoiset pohjat luonnonkorkista, lämpömuovatusta keinokorkista, muovista, lateksista tai vaahtomuovimateriaaleista, myös joustavasta pakkausmassasta, joka koostuu korkin ja lateksin tai muovin ja korkin seoksista; ortopediset pohjalliset ja irtopohjalliset; ortopediset tuet jaloille ja kenkiin; ortopediset kengät, erityisesti ortopediset sandaalit ja avokengät; ortopediset kengänpohjalliset; pohjalliset myös muovista, lateksista tai vaahtomuovimateriaaleista, myös joustavasta pakkausmassasta, joka koostuu korkin ja lateksin tai muovin ja korkin seoksista”
  - luokka 18: ”Nahat ja nahkajäljitelmät ja niistä tehdyt tavarat tässä luokassa; eläinten nahat, vuodat; matka-arkut ja -laukut; sateenvarjot, päivävarjot ja kävelykepit; piiskat, valjaat ja satulavarusteet; kolikkokukkarot; laukut; käsilaukut; asiakirjakotelot; vyötärölaukut; pukupussit matkakäyttöön; avainkotelot (nahkatavara); meikkilaukut; meikkipussit, meikkilaukut; matkakassit; reput”
  - luokka 25: ”Vaatteet, päähineet, jalkineet, myös mukavuusjalkineet ja työ-, vapaa-ajan-, terveys- ja urheilujalkineet, mukaan lukien sandaalit, voimistelusandaalit, pistokkaat, tossut, puukengät, myös sellaiset, joissa on sisäpohjallinen, erityisesti anatomisesti muotoiltu syvä sisäpohjallinen, jalkatuet sekä pohjalliset ja irtopohjalliset, suojapohjalliset; tämänkaltaisten jalkineiden osat ja tarvikkeet, nimittäin jalkineiden päälliset; korot; kengänpohjat; jalkineiden sisäpohjat; sisäpohjalliset; jalkineiden pohjaosat; myös jalkapedit; jalkatuet; pohjalliset ja irtopohjalliset; erityisesti sellaiset, jotka sisältävät jalkapedin tai anatomisesti muotoillun syvän jalkapedin luonnonkorkista, lämpömuovatusta keinokorkista, muovista, lateksista tai vaahtomuovimateriaaleista, myös joustavasta pakkausmassasta, joka koostuu korkin ja lateksin tai muovin ja korkin seoksista; sisäpohjalliset; jalkineiden sisäpohjat; jalkineet, mukaan luettuna kengät ja sandaalit, saappaat sekä osat ja lisäosat kaikkia edellä mainittuja tavaroita varten tässä luokassa; vyöt; saalit; kaulahuivit”.
- 6 Tutkija ilmoitti 21.11.2012 valittajalle, että kansainvälisen tavaramerkin suoja unionissa evätään alustavasti kokonaisuudessaan viran puolesta. Epäämisen tueksi vedottiin riidanalaisen merkin erottamiskyvyn puuttumiseen kaikkien kyseisten tavaroiden osalta asetuksen N:o 207/2009 7 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitettulla tavalla.
- 7 Kun valittaja oli vastannut alustavaa epäämistä koskevassa ilmoituksessa esitettyihin perusteluihin, EUIPO:n tutkimusosasto vahvisti edellä esitetyllä perusteella 29.8.2013 tekemällään päätöksellä kansainvälisen tavaramerkin suojan epäämisen kokonaan unionissa.
- 8 Valittaja teki 4.10.2013 tästä päätöksestä EUIPO:n sisäisesti valituksen asetuksen N:o 207/2009 58–60 artiklan nojalla.
- 9 EUIPO:n ensimmäinen valituslautakunta (jäljempänä valituslautakunta) hylkäsi 15.5.2014 tekemällään päätöksellä valituksen ja totesi, että riidanalaiselta merkiltä puuttuu kyseisten tavaroiden osalta erottamiskyky.

- 10 Valituslautakunta katsoi muun muassa, että mainitussa merkissä on aaltoviivoja, jotka leikkaavat toisensa suorassa kulmassa ja esiintyvät toistuvana sarjana, jota voidaan laajentaa neliön neljään suuntaan ja näin ollen käyttää kaikilla kaksi- tai kolmiulotteisilla pinnoilla. Riidanalaisen merkin mielletäisiin siten välittömästi esittävän pinnan kuviota.
- 11 Valituslautakunta totesi lisäksi olevan yleisesti tiedossa, että tavaroiden tai niiden pakkausten pintoja koristellaan kuvioilla erilaisista syistä, muun muassa niiden esteettisen ulkoasun parantamiseksi ja/tai teknisten näkökohtien vuoksi.
- 12 Valituslautakunta korosti sitä, että oikeuskäytännön mukaan on niin, että koska keskivertokuluttajilla ei ole tapana olettaa tavaroiden kaupallista alkuperää sellaisista merkeistä, jotka muodostuvat itse tavaroiden ulkoasusta, nämä merkit ovat erottamiskykyisiä asetuksen N:o 207/2009 7 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitettulla tavalla vain silloin, kun ne eroavat huomattavasti alan yleisestä käytännöstä tai tavasta. Se totesi, että käsiteltävässä asiassa sovelletaan tätä oikeuskäytäntöä, koska riidanalainen merkki muodostuu kyseisten tavaroiden ulkoasusta.
- 13 Valituslautakunta katsoi, että riidanalaisen merkin luoma kokonaisvaikutelma on arkipäiväinen ja että tämä pinnan kuvio voi löytyä kaikista kyseisistä tavaroista, joissa sillä voi olla esteettinen ja/tai tekninen tehtävä. Sen mukaan mainitun merkin luoma kokonaisvaikutelma ei eroa huomattavasti tai lainkaan kyseisten alojen tavasta.
- 14 Valituslautakunta totesi, että kohdeyleisö todennäköisesti mieltää mainitun merkin pelkäksi pinnan kuvioksi eikä osoitukseksi tietystä kaupallisesta alkuperästä.

### **Kanne unionin yleisessä tuomioistuimessa ja valituksenalainen tuomio**

- 15 Valittaja nosti unionin yleisen tuomioistuimen kirjaamoon 1.8.2014 toimittamallaan kirjelmällä kanteen riidanalaisen päätöksen kumoamiseksi.
- 16 Valittaja vetosi kanteensa tueksi yhteen kanneperusteeseen, joka koski asetuksen N:o 207/2009 7 artiklan 1 kohdan b alakohdan rikkomista. Erityisesti se väitti, että valituslautakunta ei perustanut päätöstään merkkiin sen rekisteröidyssä muodossa eli kuvaan, jonka ala on selvästi rajoitettu ja joka ei muodostu tavaroiden muodosta, vaan että se oli laajentanut perusteettomasti mainittua merkkiä toteamalla, että sitä voidaan toistaa ja jatkaa.
- 17 Viitattuaan asiaa koskevaan oikeuskäytäntöön valituksenalaisen tuomion 23–27 kohdassa unionin yleinen tuomioistuin tutki, voidaanko käsiteltävässä asiassa soveltaa tavaroiden ulkoasusta muodostuviin merkkeihin liittyvää oikeuskäytäntöä. Tätä varten unionin yleinen tuomioistuin tarkasteli valituksenalaisen tuomion 50–68 kohdassa muun muassa kysymystä siitä, mikä on merkityksellinen arviointiperuste sille, että merkki, joka koostuu säännöllisesti toistuvien osatekijöiden sarjasta ja joka on nimetty kuviomerkitseksi, voidaan katsoa kyseisten tavaroiden pinnan kuvioksi.
- 18 Tältä osin unionin yleinen tuomioistuin totesi valituksenalaisen tuomion 54–57 kohdassa, että vain silloin, kun käyttö pinnan kuviona on kyseisten tavaroiden luonteen vuoksi epätodennäköistä, tällaista merkkiä ei voida katsoa kyseisten tavaroiden pinnan kuvioksi.
- 19 Unionin yleinen tuomioistuin totesi tämän arviointiperusteen nojalla, että valituslautakunta oli soveltanut tavaroiden ”tekojäsenet, -silmät ja -hampaat”, ”haavanompelutarvikkeet; haavanompelutarvikkeet leikkaustarkoituksiin” ja ”eläinten nahat, vuodat” osalta virheellisesti mainittua oikeuskäytäntöä, minkä vuoksi se oli nojautunut virheellisiin tutkintaperusteisiin, ja että riidanalainen päätös oli näin ollen kumottava kyseisten tavaroiden osalta. Sitä vastoin muiden tavaroiden, jotka

kuuluvat Nizzan sopimuksen mukaisiin luokkiin 10, 18 ja 25, osalta unionin yleinen tuomioistuin katsoi, että valituslautakunta oli soveltanut perustellusti tavaran ulkoasusta muodostuviin merkkeihin liittyvää oikeuskäytäntöä.

- 20 Kansainvälisen tavaramerkin, jolle suojaa on haettu, kattamien viimeksi mainittujen tavaroiden osalta unionin yleinen tuomioistuin tutki valituksenalaisen tuomion 129–153 kohdassa, oliko valituslautakunta katsonut perustellusti, ettei riidanalainen merkki poikkea huomattavasti kyseisten alojen yleisestä käytännöstä tai tavasta. Se vahvisti, että näin oli.
- 21 Näin ollen unionin yleinen tuomioistuin kumosi riidanalaisen päätöksen seuraavien tavaroiden osalta: ”tekojäsenet, -silmät ja -hampaat”, ”haavanompelutarvikkeet; haavanompelutarvikkeet leikkaustarkoituksiin” ja ”eläinten nahat, vuodat”, ja hylkäsi kanteen muilta osin.

### **Asianosaisten vaatimukset**

- 22 Valittaja vaatii valituksessaan, että unionin tuomioistuin
- kumoaa valituksenalaisen tuomion
  - hyväksyy sen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa esittämät vaatimukset ja
  - velvoittaa EUIPO:n korvaamaan oikeudenkäyntikulut unionin yleisen tuomioistuimen menettelyssä ja valituslautakunnan menettelyssä aiheutuneet kulut mukaan lukien.
- 23 EUIPO vaatii, että unionin tuomioistuin hylkää valituksen ja velvoittaa valittajan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

### **Valituksen tarkastelu**

- 24 Valittaja vetoaa valituksensa tueksi kolmeen valitusperusteeseen, joista ensimmäinen koskee asetuksen N:o 207/2009 7 artiklan 1 kohdan b alakohdan virheellistä tulkintaa, valituksenalaisen tuomion perustelujen ristiriitaisuutta ja tosiseikkojen ottamista huomioon vääristyneellä tavalla.

### ***Ensimmäinen valitusperuste***

#### *Ensimmäisen valitusperusteen ensimmäinen osa*

##### *– Asianosaisten lausumat*

- 25 Ensimmäisen valitusperusteensa ensimmäisessä osassa valittaja väittää, että unionin yleinen tuomioistuin katsoi virheellisesti valituksenalaisen tuomion 54 kohdassa ja sitä seuraavissa kohdissa, että merkityksellinen arviointiperuste, jotta käsiteltävässä asiassa voidaan soveltaa tavaran ulkoasusta muodostuvia merkkejä koskevaa oikeuskäytäntöä, on peruste, joka liittyy pelkkään ”mahdollisuuteen” käyttää riidanalaista merkkiä pinnan kuviona.
- 26 Unionin tuomioistuin totesi muun muassa 26.4.2012 antamassaan määräyksessä Deichmann v. SMHV (C-307/11 P, ei julkaistu, EU:C:2012:254), että kyseisen merkin käytön pinnan kuviona on oltava ”todennäköisin käytötapa”. Näin ollen pelkkä mahdollisuus käyttää kyseistä kansainvälistä tavaramerkkiä pinnan kuviona ei valittajan mukaan ole riittävää, jotta sovelletaan tavaran ulkoasusta muodostuviin merkkeihin liittyvää oikeuskäytäntöä.

- 27 Kun unionin yleinen tuomioistuin katsoi, että päätelmä, jonka mukaan merkkiä, joka koostuu säännöllisesti toistuvien osatekijöiden sarjasta, ei voida katsoa pinnan kuvioksi, on mahdollinen ainoastaan siinä tapauksessa, kun tällaisen kuvion käyttö on kyseisten tavaroiden luonne huomioon ottaen epätodennäköistä, se käytti ”todennäköisimmästä käytöstä” poikkeavaa kriteeriä. Tämä ensimmäinen arviointiperuste asettaa valittajan mukaan toistuvien osatekijöiden sarjasta koostuville kuviomerkeille tiukempia arviointiperusteita kuin ne, joita asetetaan muuntyyppisille tavaramerkeille niiden erottamiskyvyn arvioimiseksi.
- 28 EUIPO katsoo ensisijaisesti, että ensimmäisen valitusperusteen ensimmäinen osa on jätettävä tutkimatta, ja toissijaisesti, että se on perusteeton.

– *Unionin tuomioistuimen arviointi asiasta*

- 29 Ensimmäisen valitusperusteen ensimmäisen osan tutkittavaksi ottamisesta on muistutettava, että SEUT 256 artiklan ja Euroopan unionin tuomioistuimen perussäännön 58 artiklan ensimmäisen kohdan mukaan muutoksenhaku rajoittuu oikeuskysymyksiin. Unionin yleinen tuomioistuin on yksin toimivaltainen määrittämään merkityksellisen tosiseikaston ja arvioimaan sitä sekä todistusaineistoa. Tosiseikaston ja todistusaineiston arviointi ei näin ollen ole – lukuun ottamatta sitä tapausta, että ne on otettu huomioon vääristyneellä tavalla – sellainen oikeuskysymys, että se sinänsä kuuluisi unionin tuomioistuimen muutoksenhakuasteena harjoittaman valvonnan piiriin (tuomio 2.9.2010, Calvin Klein Trademark Trust v. SMHV, C-254/09 P, EU:C:2010:488, 49 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 30 Tältä osin on riittävää todeta, että valittaja väittää ensimmäisen valitusperusteensa ensimmäisessä osassa, että unionin yleinen tuomioistuin teki oikeudellisen virheen, kun se nojautui riidanalaisen merkin mahdolliseen käyttöön pinnan kuviona soveltaakseen tavaroiden ulkoasusta muodostuviin merkkeihin liittyvää oikeuskäytäntöä. Näin ollen tämä osa, joka koskee oikeudellista kysymystä, voidaan tutkia muutoksenhaun yhteydessä.
- 31 Mainitun osan asiasisällön ratkaisemiseksi unionin tuomioistuimen vakiintuneesta oikeuskäytännöstä ilmenee, että asetuksen N:o 207/2009 7 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitettu tavaramerkin erottamiskyky merkitsee sitä, että tavaramerkin perusteella voidaan tunnistaa tavaran, jolle rekisteröintiä on haettu, olevan peräisin tietystä yrityksestä ja näin ollen erottaa tämä tavara muiden yritysten tavaroista. Erottamiskykyä on arvioitava yhtäältä suhteessa niihin tavaroihin tai palveluihin, joita varten rekisteröintiä on haettu, ja toisaalta suhteessa siihen, miten kohdeyleisö mieltää merkin (tuomio 25.10.2007, Devey v. SMHV, C-238/06 P, EU:C:2007:635, 79 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen ja tuomio 21.1.2010, Audi v. SMHV, C-398/08 P, EU:C:2010:29, 33 ja 34 kohta).
- 32 Tässä yhteydessä unionin yleinen tuomioistuin totesi perustellusti valituksenalaisen tuomion 23 kohdassa, että itse tavaran ulkoasusta muodostuvien kolmiulotteisten tavaramerkkien erottamiskykyä koskevat arviointiperusteet eivät eroa muihin tavaramerkkiryhmiin sovellettavista arviointiperusteista. Se myös tarkensi, että näitä arviointiperusteita sovellettaessa keskivertokuluttaja ei välttämättä miellä itse tavaran ulkoasusta muodostuvaa kolmiulotteista tavaramerkkiä samalla tavoin kuin sana- tai kuviomerkkiä, joka muodostuu merkistä, joka ei liity sillä varustettujen tavaroiden ulkonäköön. Keskivertokuluttajat eivät nimittäin ole tottuneet olettamaan tavaroiden tai niiden pakkauksen muodon perusteella graafisen tai sanallisen osatekijän puuttuessa, että tavaroilla on tietty alkuperä, joten tällaisen kolmiulotteisen tavaramerkin erottamiskykyä voi olla vaikeampi osoittaa kuin sana- tai kuviomerkin erottamiskykyä (tuomio 7.10.2004, Mag Instrument v. SMHV, C-136/02 P, EU:C:2004:592, 30 kohta ja tuomio 22.6.2006, Storck v. SMHV, C-25/05 P, EU:C:2006:422, 26 ja 27 kohta).

- 33 Näin ollen on niin – kuten unionin yleinen tuomioistuin perustellusti muistutti valituksenalaisen tuomion 24 kohdassa –, että pelkästään sellaisella tavaramerkillä, joka poikkeaa huomattavasti alan yleisestä käytännöstä tai tavasta ja joka tästä syystä täyttää keskeisen tehtävänsä alkuperän osoittajana, on asetuksen N:o 207/2009 7 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitettu erottamiskyky (tuomio 12.1.2006, Deutsche SiSi-Werke v. SMHV, C-173/04 P, EU:C:2006:20, 31 kohta ja tuomio 22.6.2006, Storck v. SMHV, C-25/05 P, EU:C:2006:422, 28 kohta).
- 34 Tätä oikeuskäytäntöä, joka on kehitetty itse tavaran ulkoasusta muodostuville kolmiulotteisille tavaramerkeille, on sovellettava myös silloin, kun haettu tavaramerkki on kuviomerkki, joka esittää kyseessä olevan tuotteen kaksiulotteista kuvaa (tuomio 22.6.2006, Storck v. SMHV, C-25/05 P, EU:C:2006:422, 29 kohta), tai silloin, kun haettu tavaramerkki on tavaran pinnalla käytettävästä kuviosta muodostuva merkki (ks. vastaavasti määräys 28.6.2004, Glaverbel v. SMHV, C-445/02 P, EU:C:2004:393, 22–24 kohta). Näissä kahdessa tapauksessa tavaramerkki ei nimittäin myöskään muodostu merkistä, joka ei liity sillä varustettujen tavaroiden ulkonäköön.
- 35 Mainittua oikeuskäytäntöä sovelletaan myös silloin, kun tavaramerkki esittää vain osaa kyseisestä tavarasta (määräys 13.9.2011, Wilfer v. SMHV, C-546/10 P, ei julkaistu, EU:C:2011:574, 59 kohta ja tuomio 15.5.2014, Louis Vuitton Malletier v. SMHV, C-97/12 P, ei julkaistu, EU:C:2014:324, 54 kohta).
- 36 Tästä seuraa – kuten unionin yleinen tuomioistuin totesi perustellusti valituksenalaisen tuomion 28 kohdassa –, että ratkaiseva tekijä kolmiulotteisia, tavaran ulkoasusta muodostuvia tavaramerkkejä koskevan oikeuskäytännön soveltamisessa ei ole kyseisen merkin luokittelu ”kuviomerkiksi”, ”kolmiulotteiseksi merkiksi” tai muunlaiseksi merkiksi, vaan se, että se muodostuu kyseisen tavaran ulkoasusta.
- 37 Tämä määräävä seikka edellyttää – kuten julkisasiamies totesi ratkaisuehdotuksensa 52 ja 53 kohdassa – merkin ja kyseisten tavaroiden tai niiden osan samankaltaisuutta, jota on arvioitava ottamalla huomioon kyseisten tavaroiden luonne ja jonka on oltava kohdeyleisön havaittavissa.
- 38 Näiden toteamusten valossa on selvitettävä, olisiko – kuten valittaja väittää – unionin yleisen tuomioistuimen pitänyt käyttää merkityksellisenä arviointiperusteena tavaramerkkien ulkoasusta muodostuviin tavaramerkkeihin liittyvän oikeuskäytännön soveltamiselle perustetta, joka liittyy riidanalaisen merkin todennäköisimpään käyttöön pinnan kuviona.
- 39 Tässä yhteydessä unionin yleinen tuomioistuin totesi valituksenalaisen tuomion 36 ja 37 kohdassa, että riidanalainen merkki on kuviomerkki, joka koostuu säännöllisesti toistuvien osatekijöiden sarjasta, voi jatkaa loputtomiin neljässä suunnassa ja sopii erityisesti käytettäväksi pinnan kuviona. Tuomion 48 kohdassa unionin yleinen tuomioistuin totesi, että merkin kattamat tavarat ovat osaksi tavaroita, joissa on mitä ilmeisimmin usein pinnan kuvioita, kuten muotituotteita laajassa merkityksessä, ja osaksi tavaroita, joissa vähemmän ilmeisemmin on usein pinnan kuvioita. Se katsoi kyseisen tuomion 54 ja 55 kohdassa, että on näin ollen lähtökohtaisesti todennäköistä, että tällaista merkkiä käytetään sen ominaispiirteiden vuoksi pinnan kuviona, että vain silloin, kun käyttö pinnan kuviona on kyseisten tavaroiden luonteen vuoksi epätodennäköistä, tällaista merkkiä ei voida katsoa kyseisten tavaroiden pinnan kuvioksi ja että muissa tapauksissa voidaan katsoa, että kyseinen merkki on todella pinnan kuvio.
- 40 Unionin yleinen tuomioistuin ei tehnyt oikeudellista virhettä, kun se noudatti tavaran ulkoasusta muodostuviin kolmiulotteisiin tavaramerkkeihin liittyvän oikeuskäytännön soveltamiseksi arviointiperustetta, joka liittyy riidanalaisen merkin mahdolliseen käyttöön ja ei epätodennäköiseksi katsottavaan käyttöön pinnan kuviona, kun otetaan huomioon kyseisten tavaroiden luonne.

- 41 Kun nimittäin otetaan yhtäältä huomioon riidanalaisen merkin, joka koostuu säännöllisesti toistuvien osatekijöiden sarjasta, ominaispiirteet ja kyseisten tavaroiden luonne, merkki on lähtökohtaisesti tarkoitettu käytettäväksi mainittujen tavaroiden pinnalla, kuten julkisasiamies totesi ratkaisuehdotuksensa 77 kohdassa. Merkkiä, joka koostuu osatekijöiden toistuvasta sarjasta, käytetään sen luonteesta johtuen todennäköisesti pinnan kuviona, ja se muodostuu näin ollen kyseisten tavaroiden ulkoasusta.
- 42 Toisaalta on huomautettava, että todennäköisimmän käytön arviointiperuste, jota käytetään 26.4.2012 annetussa määräyksessä *Deichmann v. SMHV* (C-307/11 P, ei julkaistu, EU:C:2012:254, 55 kohta), ei ole merkityksellinen käsiteltävänä olevassa asiassa, koska asiassa, jossa tämä määräys annettiin, ei ollut kyse osatekijöiden toistuvasta sarjasta koostuvan merkin vaan kulman muotoisesta nauhasta, jonka reunoissa on katkoviivat, muodostuvan merkin rekisteröinnistä.
- 43 Lisäksi todennäköisintä käyttöä koskevan arviointiperusteen – sellaisena kuin valittaja on siihen vedonnut – noudattaminen johtaisi siihen, että merkit, joita voidaan erityisesti niiden luontaisten ominaispiirteiden vuoksi käyttää pinnan kuviona – kun otetaan huomioon kyseiset tavarat –, voisivat jäädä tavaran ulkoasusta muodostuvia tavaramerkkejä koskevan oikeuskäytännön soveltamisalan ulkopuolelle, vaikka tällaisten merkkien ominaispiirteiden vuoksi on todennäköistä, että niitä käytetään pinnan kuviona ja että ne tällä tavoin muodostuvat tavaroiden ulkoasusta.
- 44 Näin ollen ensimmäisen valitusperusteen ensimmäinen osa on hylättävä perusteettomana.

*Ensimmäisen valitusperusteen toinen osa*

*– Asianosaisten lausumat*

- 45 Valittaja väittää ensimmäisen valitusperusteensa toisessa osassa, että unionin yleinen tuomioistuin jätti virheellisesti määrittämättä kyseisten tavaroiden osalta alan yleisen käytännön ja tavan eikä arvioinut riidanalaisista merkkiä niiden pohjalta.
- 46 Tältä osin se huomauttaa 7.10.2004 annettuun tuomioon *Mag Instrument v. SMHV* (C-136/02 P, EU:C:2004:592, 31 kohta) ja 24.5.2012 annettuun tuomioon *Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli v. SMHV* (C-98/11 P, EU:C:2012:307, 42 kohta) viitaten, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan pelkästään sellaisella tavaramerkillä, joka poikkeaa huomattavasti alan yleisestä käytännöstä tai tavasta ja joka tästä syystä täyttää keskeisen tehtävänsä alkuperän osoittajana, on asetuksen N:o 207/2009 7 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitettu erottamiskyky.
- 47 Valittaja väittää, että valituksenalaisen tuomion 83–96 ja 113–123 kohdassa unionin yleinen tuomioistuin pelkästään tutki, voisiko kyseisissä tavaroissa lähtökohtaisesti olla pinnan kuvio, ja että se toisti kyseisen tuomion 133 kohdassa valituslautakunnan tekemän yleisen toteamuksen, jonka mukaan yleinen kokemus osoittaa, että pinnan kuvioille on ominaista ääretön määrä erilaisia malleja. Tämä toteamus ei kuitenkaan korvaa alan yleisen käytännön ja tavan määrittämistä kunkin kyseisen tavararyhmän osalta, etenkin kun sellaisia tavaroita kuin ”lääkinnälliset laitteet ja välineet”, ”satulavarusteet” tai ”jalkineet” ei voida yhdistää homogeeniseen tavararyhmään.
- 48 EUIPO väittää ensisijaisesti, että ensimmäisen valitusperusteen toinen osa on jätettävä tutkimatta, ja toissijaisesti, että se on perusteeton.



– Unionin tuomioistuimen arviointi asiasta

- 49 On todettava, että valittaja väittää ensimmäisen valitusperusteen toisessa osassa, että unionin yleinen tuomioistuin ei ole vahvistanut alan yleistä käytäntöä ja tapaa kullekin riidanalaisen merkin kattamalle tavararyhmälle tutkiakseen kansainvälisen tavaramerkin, jolle on haettu suojaa, erottamiskykyä. Tämä osa, jossa valittaja esittää oikeuskysymyksen, voidaan tutkia muutoksenhaun yhteydessä edellä 29 kohdassa mainitun oikeuskäytännön mukaisesti.
- 50 Tämän osan asiasisällön osalta on todettava, että se nojautuu valituksenalaisen tuomion virheelliseen tulkintaan.
- 51 Unionin yleinen tuomioistuin nimittäin tutki valituksenalaisen tuomion 70–128 kohdassa ensiksi, sovelletaanko käsiteltävässä asiassa tavarun ulkoasusta muodostuviin merkkeihin liittyvää oikeuskäytäntöä, kun otetaan huomioon kyseiset tavarat, mainitun tuomion 55 kohdassa määritellyn arviointiperusteen valossa eli niin, että vain silloin, kun käyttö pinnan kuviona on kyseisten tavaroiden luonteen vuoksi epätodennäköistä, tällaista merkkiä ei voida katsoa pinnan kuvioksi. Unionin yleinen tuomioistuin teki tällaisen analyysin kunkin kyseisen tavararyhmän osalta ja arvioi alan yleisen käytännön tai tavan mukaan, onko epätodennäköistä vai ei, että mainittujen tavaroiden pinnalla on kuvio.
- 52 Toiseksi valituksenalaisen tuomion 129–147 kohdassa unionin yleinen tuomioistuin arvioi sellaisten tavaroiden osalta, joihin valituslautakunta oli perustellusti soveltanut kolmiulotteisiin tavaramerkkeihin liittyvää oikeuskäytäntöä, oliko valituslautakunta katsonut myös perustellusti, ettei tämä merkki poikkea huomattavasti kyseisten alojen yleisestä käytännöstä tai tavasta, minkä vuoksi se ei ole erottamiskykyinen.
- 53 Tältä osin unionin yleinen tuomioistuin totesi valituksenalaisen tuomion 131 ja 132 kohdassa, että riidanalainen merkki on yksinkertainen kuvio, joka koostuu toistuvien, risteilevien aaltoviivojen yksinkertaisesta yhdistelmästä, ja hylkäsi valittajan väitteen, jonka mukaan merkin muodot ovat jo erikseen tarkasteltuina epätavallisia. Valituksenalaisen tuomion 133 kohdassa unionin yleinen tuomioistuin lisäsi, että – kuten valituslautakunta oli todennut – yleinen kokemus osoittaa, että pinnan kuvioille on luonteenomaista erilaisten mallien loputtomuus ja että pinnan kuvioiden osatekijät ovat usein yksinkertaisia geometrisia muotoja, kuten pisteitä, ympyröitä, suorakulmioita tai viivoja, jotka voivat olla suoria tai nousta ja laskea siksakkina tai aaltoina.
- 54 Unionin yleinen tuomioistuin muistutti valituksenalaisen tuomion 136 kohdassa, että asian kannalta merkityksellisen oikeuskäytännön mukaan valittajan, joka vetoaa haetun tavaramerkin erottamiskykyyn EUIPO:n analyysistä huolimatta, on esitettävä konkreettiset ja perustellut tiedot siitä, että kyseisellä tavaramerkillä on joko sen ominaispiirteisiin perustuva erottamiskyky tai käytössä hankittu erottamiskyky, ja tutki mainitun tuomion 137–147 kohdassa valittajan esittämät perustelut ja todisteet.
- 55 Tarkastellessaan valittajan väitettä, jonka mukaan valituslautakunnan ei olisi pitänyt tyytyä kaikkia tavaroita tai palveluja koskeviin yleisiin toteamuksiin, valituksenalaisen tuomion 138 kohdassa unionin yleinen tuomioistuin totesi, ettei valituslautakunnan toteamus, jonka mukaan pinnalla käytetyille kuvioille on luonteenomaista eri mallien loputtomuus, rajoitu tiettyyn alaan. Kyseisen tuomion 144 kohdassa unionin yleinen tuomioistuin totesi, että valittajan esittämät kenkien kuvat eivät voi osoittaa kyseisen merkin ja jalkinealan yleisen käytännön ja tavan välistä huomattavaa eroa. Kyseisen tuomion 145 kohdassa se katsoi, että valittajan jalkineiden sisäpohjista esittämät muutamat kuvat eivät voi missään tapauksessa osoittaa huomattavaa eroa riidanalaisen merkin ja kyseisen alan yleisen käytännön ja tavan välillä, sillä kaikissa kuvissa näytetään sisäpohjien yläpinta. Unionin yleinen tuomioistuin totesi, ettei valittaja ollut toimittanut muista kyseisistä tavaroista kuvia, joiden tarkoituksena olisi osoittaa kyseisten alojen yleinen käytäntö ja tapa. Näin ollen unionin yleinen

tuomioistuimien katsoi valituksenalaisen tuomion 147 kohdassa, että valittajan väitteet eivät riittäneet osoittamaan huomattavaa eroa riidanalaisen merkin ja kyseisten alojen yleisen käytännön ja tavan välillä.

- 56 Näillä perusteilla unionin yleistä tuomioistuinta ei voida moittia siitä, ettei se määritellyt kyseisten alojen yleistä käytäntöä ja tapaa, kun se arvioi riidanalaisen merkin erottamiskykyä.
- 57 Tästä seuraa, että ensimmäisen valitusperusteen toinen osa on hylättävä perusteettomana.

*Ensimmäisen valitusperusteen kolmas osa*

*– Asianosaisten lausumat*

- 58 Ensimmäisen valitusperusteensa kolmannessa osassa valittaja arvostelee unionin yleistä tuomioistuinta siitä, että se sovelsi asetuksen N:o 207/2009 7 artiklan 1 kohdan b alakohdassa säädettyjä perusteita tiukempia perusteita, kun se katsoi valituksenalaisen tuomion 130, 131 ja 133 kohdassa, että kyseisen kansainvälisen tavaramerkin luoma kokonaisvaikutelma on arkipäiväinen ja että pinnalla käytettävät kuviot ovat usein yksinkertaisia geometrisia muotoja, kuten pisteitä, ympyröitä, suorakulmioita tai viivoja.
- 59 Tältä osin valittaja viittaa 16.9.2004 annettuun tuomioon SAT.1 v. SMHV (C-329/02 P, EU:C:2004:532, 41 kohta), josta ilmenee, että merkin rekisteröinti EU-tavaramerkiksi ei edellytä sitä, että tavaramerkin haltijalla on todettu olevan tiettyä luovuutta tai mielikuvitusta, vaan se edellyttää ainoastaan kyseisen merkin kykyä erottaa tavarat tai palvelut muiden yritysten tavaroista tai palveluista. Sen sijaan punoutuvat, toisensa 90 asteen kulmassa leikkaavat linjat, joista riidanalainen merkki muodostuu, luovat tietyn erikoisen kokonaisvaikutelman ”luukuviosta”, minkä vuoksi kyseisen merkin luoma kokonaisvaikutelma voi osoittaa sen alkuperän.
- 60 EUIPO väittää ensisijaisesti, että ensimmäisen valitusperusteen kolmas osa on jätettävä tutkimatta, ja toissijaisesti, että se on perusteeton.

*– Unionin tuomioistuimen arviointi asiasta*

- 61 On huomattava, että vaikka valittaja väittää ensimmäisen valitusperusteen kolmannessa osassa lähinnä, että unionin yleinen tuomioistuin on soveltanut virheellisesti asetuksen N:o 207/2009 7 artiklan 1 kohdan b alakohtaa, se tosiasiallisesti riitauttaa unionin yleisen tuomioistuimen valituksenalaisen tuomion 130, 131 ja 133 kohdassa tekemät tosiseikkoja koskevat arvioinnit, joissa todetaan pääasiallisesti, että riidanalaisen merkin luoma kokonaisvaikutelma on arkipäiväinen. Tästä seuraa, että valittaja tavoittelee väitteillään sitä, että unionin tuomioistuin tekisi kyseisestä merkistä uuden arvioinnin.
- 62 Koska valittaja ei väitä, että tosiseikat on otettu huomioon vääristyneellä tavalla, on katsottava, että ensimmäisen valitusperusteen kolmas osa on jätettävä tutkimatta edellä 29 kohdassa mainitun oikeuskäytännön mukaisesti.
- 63 Kaikesta edellä esitetystä seuraa, että ensimmäinen valitusperuste on osittain hylättävä perusteettomana ja se on osittain jätettävä tutkimatta.

## ***Toinen valitusperuste***

### *Toisen valitusperusteen ensimmäinen osa*

#### *– Asianosaisten lausumat*

- 64 Toisen valitusperusteensa ensimmäisessä osassa valittaja väittää, että valituksenalaisen tuomion perusteluissa on ristiriita yhtäältä sen 77 kohdan ja toisaalta sen 76 ja 78 kohdan välillä.
- 65 Unionin yleinen tuomioistuin nimittäin totesi kyseisessä 77 kohdassa, että merkin ominaispiirteisiin perustuvan erottamiskyvyn on perustuttava sen ominaisuuksiin riippumatta sen konkreettisesta käytöstä. Unionin yleinen tuomioistuin kuitenkin viittasi saman tuomion 76 ja 78 kohdassa valittajan suullisessa käsittelyssä antamaan lausumaan riidanalaisen merkin aikaisemmasta käytöstä.
- 66 EUIPO väittää, että toisen valitusperusteen ensimmäinen osa on hylättävä perusteettomana.

#### *– Unionin tuomioistuimen arviointi asiasta*

- 67 On todettava, että toisen valitusperusteen ensimmäinen osa perustuu valituksenalaisen tuomion virheelliseen lukemiseen.
- 68 On nimittäin huomattava, että valituksenalaisen tuomion 76–78 kohdassa esitetyillä perusteilla pyritään vastaamaan valituksenalaisen tuomion 74 kohdassa toistettuun valittajan väitteeseen, jonka mukaan riidanalainen päätös on ristiriitainen, koska yksi ja sama tavaramerkki ei voi olla samanaikaisesti sekä kaksiulotteinen pinnan kuvio että kolmiulotteinen päällyste.
- 69 Unionin yleinen tuomioistuin totesi valituksenalaisen tuomion 75 kohdassa, että mikään ei estä yhtäältä merkin kaksiulotteisen ja toisaalta sen kolmiulotteisen käytön huomioon ottamista, minkä jälkeen se totesi valituksenalaisen tuomion 76 kohdassa, että valittaja oli suullisessa käsittelyssä myöntänyt, että riidanalaisista merkkiä on käytetty yli 40 vuoden ajan kenkien ulkopohjissa ja että tällainen käyttö vastaa kyseisen merkin käyttöä koholla olevana pinnan kuviona. Kyseisen tuomion 77 kohdassa unionin yleinen tuomioistuin lisäsi, että merkin ominaispiirteisiin perustuvan erottamiskyvyn on perustuttava sen ominaisuuksiin riippumatta sen konkreettisesta käytöstä. Se kuitenkin totesi valituksenalaisen tuomion 78 kohdassa, ettei valittajan väittäminen ole johdonmukainen sikäli kuin tämä väittää yhtäältä, että kansainvälinen tavaramerkki on ”tavanomainen” kaksiulotteinen kuviomerkki eikä pinnan kuvio, ja toisaalta, että käyttö jalkineiden ulkopohjissa eli koholla olevana pinnan kuviona on kyseisen tavaramerkin käyttöä.
- 70 Valituksenalaisen tuomion 76–78 kohdasta ilmenee näin ollen, että unionin yleinen tuomioistuin on rajoittanut painottamaan valittajan väitteiden epäjohdonmukaisuutta. Näin ollen ei voida katsoa, että näihin kohtiin sisältyvät valituksenalaisen tuomion perustelut olisivat ristiriitaisia.
- 71 Toisen valitusperusteen ensimmäinen osa on näin ollen hylättävä perusteettomana.

### *Toisen valitusperusteen toinen osa*

#### *– Asianosaisten lausumat*

- 72 Valittaja väittää toisen valitusperusteen toisessa osassa, että valituksenalaisen tuomion 75 kohtaan sisältyy ristiriita, joka koskee sitä, voidaanko tavaramerkin erottamiskykyä arvioida sen kaksiulotteisen ja kolmiulotteisen käytön perusteella. Unionin yleinen tuomioistuin nimittäin viittasi mainitussa

kohdassa erääseen aikaisempaan tuomioonsa, jossa se otti huomioon kyseisen tavaramerkin kahdentyyppisen käytön. Koska erottamiskyvyn arviointi on kuitenkin suoritettava tapauskohtaisesti, viittaaminen unionin yleisen tuomioistuimen aikaisempaan tuomioon ei voi riittää vahvistamaan, että tavaramerkin erottamiskykyä voidaan arvioida sen kaksiulotteisen ja kolmiulotteisen käytön kannalta.

73 EUIPO väittää, että toisen valitusperusteen toinen osa on perusteeton.

*– Unionin tuomioistuimen arviointi asiasta*

74 Unionin yleinen tuomioistuin vastasi valituksenalaisen tuomion 75 kohdassa valittajan väitteeseen, jonka mukaan riidanalainen päätös on ristiriitainen, koska yhtä ja samaa tavaramerkkiä ei voida käyttää samalla kaksiulotteisesti ja kolmiulotteisesti, ja totesi, ettei mikään estä ottamasta huomioon näitä tavaramerkin kahta käyttötapaa. Se viittasi tältä osin 10.9.2015 annettuun tuomioon EE v. SMHV (Valkoiset pisteet norsunluunvärisellä pohjalla) (T-144/14, ei julkaistu, EU:T:2015:615), jossa se otti huomioon nämä kaksi käyttötapaa sellaisen kuviomerkin osalta, jossa on valkoisia pisteitä norsunluunvärisellä pohjalla. Se päätteli tästä, ettei käsiteltävässä asiassa riidanalainen päätös sisällä tältä osin ristiriitaa.

75 Vaikka on totta, kuten valittaja huomauttaa, että merkin erottamiskykyä on arvioitava tapauskohtaisesti, on kuitenkin niin, että unionin yleinen tuomioistuin voi erottamiskyvystä tekemänsä arvioinnin perusteluissa viitata vastaaviin tapauksiin toimimatta kuitenkaan ristiriitaisesti.

76 Tästä seuraa, että toisen valitusperusteen toinen osa on hylättävä perusteettomana ja näin ollen toinen valitusperuste on hylättävä kokonaisuudessaan.

***Kolmas valitusperuste***

*Asianosainten lausumat*

77 Valittaja väittää kolmannessa valitusperusteessaan, että valituksenalaisen tuomion 134–139 kohdassa unionin yleinen tuomioistuin otti tosiseikat huomioon vääristyneellä tavalla, koska tosiseikat, joita se piti ”yleisesti tunnettuina”, eivät selvästikään olleet tällaisia Nizzan sopimuksen mukaisiin luokkiin 10, 18 ja 25 kuuluvien riidanalaisten tavaroiden pinnan kuviona käytön osalta. Valittaja huomauttaa tältä osin muun muassa, ettei pelkästään sitä, että osassa kyseisiä tavaroita voi olla pinnan kuvioita, voida pitää riittävänä, jotta voitaisiin katsoa yleisesti tunnetuksi, että kuvat ovat tosiasiallisesti pinnan kuvioita ja ettei kyseinen kansainvälinen tavaramerkki poikkea huomattavasti kyseisissä tavaroissa yleisesti käytettävistä pinnan kuvioista.

78 Näin ollen valittajan mukaan ei voida pitää yleisesti tunnettuna seikkana, että sellaisissa tavaroissa, kuten lääketieteelliset, kirurgiset, hammaslääketieteelliset ja eläinlääketieteelliset välineet, nahat ja nahkajäljitelmät, kävelykepit, ortopediset kengät, sisäpohjat, pohjalliset ja irtopohjalliset, kenkien rakenneosat ja kiinto-osat, erityisesti soviteosat, kiilat, tyynyt, valjaat, pukupussit matkakäyttöön, asiakirjakotelot ja matka-arkut, on yleensä pinnan kuvioita.

79 EUIPO väittää, että kolmas valitusperuste on jätettävä tutkimatta.

*Unionin tuomioistuimen arviointi asiasta*

80 On muistettava, että tosiseikkojen huomioon ottamiseen vääristyneellä tavalla liittyvän valitusperusteen poikkeuksellisuuden vuoksi SEUT 256 artiklassa, Euroopan unionin tuomioistuimen perussäännön 58 artiklan ensimmäisessä kohdassa ja unionin tuomioistuimen työjärjestyksen 168 artiklan 1 kohdan

d alakohdassa edellytetään erityisesti, että valittaja ilmoittaa täsmällisesti ne seikat, jotka unionin yleinen tuomioistuin on ottanut huomioon vääristyneellä tavalla, ja osoittaa analysointivirheitä, jotka sen mukaan ovat johtaneet tällaiseen vääristyneellä tavalla huomioon ottamiseen. Tällaisen vääristyneellä tavalla huomioon ottamisen on ilmentävä toimitetusta aineistosta selvästi ilman, että on tarpeen ryhtyä uudelleen arvioimaan tosiseikkoja ja todisteita (tuomio 17.3.2016, Naazneen Investments v. SMHV, C-252/15 P, ei julkaistu, EU:C:2016:178, 69 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen ja tuomio 6.6.2018, Apcoa Parking Holdings v. EUIPO, C-32/17 P, ei julkaistu, EU:C:2018:396, 47 ja 48 kohta).

- 81 Nyt käsiteltävässä asiassa on todettava, että valittaja tyytyy väittämään, että unionin yleisen tuomioistuimen ”yleisesti tunnetuiksi” toteamat tosiseikat eivät selvästikään ole tällaisia Nizzan sopimuksen mukaisiin luokkiin 10, 18 ja 25 kuuluvien riidanalaisten tavaroiden pinnan kuviona käytön osalta, eikä esitä tämän väitteen tueksi mitään todisteita osoittaakseen, että unionin yleinen tuomioistuin olisi tältä osin ottanut tosiseikat huomioon vääristyneellä tavalla.
- 82 Tästä seuraa, että kolmas valitusperuste on jätettävä tutkimatta.
- 83 Kaikkien edellä esitettyjen seikkojen perusteella valitus on hylättävä kokonaisuudessaan.

### **Oikeudenkäyntikulut**

- 84 Unionin tuomioistuimen työjärjestyksen 184 artiklan 2 kohdan nojalla on niin, että jos valitus on perusteeton, unionin tuomioistuin tekee ratkaisun oikeudenkäyntikuluista. Työjärjestyksen 138 artiklan 1 kohdan, jota sovelletaan valituksen käsittelyyn työjärjestyksen 184 artiklan 1 kohdan nojalla, mukaan asianosainen, joka häviää asian, veloitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on sitä vaatinut. Koska EUIPO on vaatinut, että Birkenstock Sales veloitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, ja koska Birkenstock Sales on hävinnyt asian, se on veloitettava korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

Näillä perusteilla unionin tuomioistuin (kymmenes jaosto) on ratkaissut asian seuraavasti:

- 1) Valitus hylätään.**
- 2) Birkenstock Sales GmbH veloitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.**

Allekirjoitukset