



Oikeustapauskokoelma

UNIONIN YLEISEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (laajennettu yhdeksäs jaosto)

19 päivänä kesäkuuta 2019*

EU-tavaramerkki – Mitättömyysmenettely – Kolmea samansuuntaista raitaa esittävä EU-kuviomerkki – Ehdoton mitättömyysperuste – Käytön perusteella syntyneen erottamiskyvyn puuttuminen – Asetuksen (EY) N:o 207/2009 7 artiklan 3 kohta ja 52 artiklan 2 kohta (joista on tullut asetuksen (EU) 2017/1001 7 artiklan 3 kohta ja 59 artiklan 2 kohta) – Käyttömuoto, jota ei voida ottaa huomioon – Muoto, joka poikkeaa tavaramerkin rekisteröidystä muodosta tavalla, jota ei voida pitää vähäisenä muutoksena – Väriyhdistelmän muuttaminen käänteiseksi

Asiassa T-307/17,

adidas AG, kotipaikka Herzogenaurach (Saksa), edustajinaan I. Fowler ja I. Junkar, solicitors,

kantajana,

jota tukevat

Marques, kotipaikka Leicester (Yhdistynyt kuningaskunta), edustajanaan asianajaja M. Treis,

väliintulijana,

vastaan

Euroopan unionin teollisoikeuksien virasto (EUIPO), asiamiehinnään M. Rajh ja H. O'Neill,

vastaajana,

jossa toisena osapuolena asian käsittelyssä EUIPO:n valituslautakunnassa oli ja väliintulijana unionin yleisessä tuomioistuimessa on

Shoe Branding Europe BVBA, kotipaikka Oudenaarde (Belgia), edustajanaan asianajaja J. Løje,

ja jossa on kyse kanteesta, joka on nostettu EUIPO:n toisen valituslautakunnan 7.3.2017 tekemästä päätöksestä (asia R 1515/2016-2), joka koskee Shoe Brading European ja adidaksen välistä mitättömyysmenettelyä,

UNIONIN YLEINEN TUOMIOISTUIN (laajennettu yhdeksäs jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja S. Gervasoni sekä tuomarit L. Madise, R. da Silva Passos, K. Kowalik-Bańczyk (esittelevä tuomari) ja C. Mac Eochaidh,

kirjaaja: hallintovirkamies E. Hendrix,

* Oikeudenkäyntikieli: englanti.

ottaen huomioon unionin yleisen tuomioistuimen kirjaamoon 18.5.2017 jätetyn kannekirjelmän,
ottaen huomioon unionin yleisen tuomioistuimen kirjaamoon 10.8.2017 jätetyn EUIPO:n vastineen,
ottaen huomioon unionin yleisen tuomioistuimen kirjaamoon 12.7.2017 jätetyn väliintulijan vastineen,
ottaen huomioon 5.12.2017 annetun määräyksen, jolla Marques hyväksyttiin väliintulijaksi tukemaan kantajan vaatimuksia,
ottaen huomioon unionin yleisen tuomioistuimen kirjaamoon 22.1.2018 jätetyn Marquesin väliintulokirjelmän,
ottaen huomioon unionin yleisen tuomioistuimen kirjaamoon 19.2.2018 toimitetut kantajan huomautukset,
ottaen huomioon unionin yleisen tuomioistuimen kirjaamoon 28.2.2018 toimitetut EUIPO:n huomautukset,
ottaen huomioon unionin yleisen tuomioistuimen kirjaamoon 28.2.2018 toimitetut väliintulijan huomautukset,
ottaen huomioon 24.1.2019 pidetyssä istunnossa esitetyn,
on antanut seuraavan

tuomion

I Asian tausta

- 1 Kantaja adidas AG jätti 18.12.2013 Euroopan unionin teollisoikeuksien virastoon (EUIPO) EU-tavaramerkin rekisteröintihakemuksen Euroopan unionin tavaramerkistä 26.2.2009 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 207/2009 (EUVL 2009, L 78, s. 1), sellaisena kuin se on muutettuna (korvattu 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:



3 Rekisteröintihakemuksessa rekisteröitäväksi haettu tavaramerkki on kuviomerkki, ja se on kuvattu seuraavasti:

”Tavaramerkki muodostuu kolmesta tasavälein olevasta samansuuntaisesta ja samanleveyisestä raidasta, jotka voidaan sijoittaa tuotteeseen minkä suuntaisesti tahansa.”

4 Tavarat, 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 luokkaan 25, ja ne vastaavat seuraavaa kuvausta: ”Vaatteet, jalkineet, päähineet”.

5 Tavaramerkki rekisteröitiin 21.5.2014 numerolla 12442166.

6 Väliintulija Shoe Branding Europe BVBA esitti 16.12.2014 kyseessä olevan tavaramerkin mitättömäksi julistamista koskevan vaatimuksen asetuksen N:o 207/2009 52 artiklan 1 kohdan a alakohdan (josta on tullut asetuksen 2017/1001 59 artiklan 1 kohdan a alakohta), luettuna yhdessä asetuksen N:o 207/2009 7 artiklan 1 kohdan b alakohdan (josta on tullut asetuksen 2017/1001 7 artiklan 1 kohdan b alakohta) kanssa, nojalla.

7 Mitättömyysosasto hyväksyi 30.6.2016 väliintulijan esittämän mitättömyysvaatimuksen sillä perusteella, että kyseessä olevalta tavaramerkiltä puuttui sekä ominaispiirteisiin että käyttöön perustuva erottamiskyky.

8 Kantaja teki 18.8.2016 EUIPO:lle valituksen mitättömyysosaston päätöksestä asetuksen N:o 207/2009 58–64 artiklan (joista on tullut asetuksen 2017/1001 66–71 artikla) nojalla. Valituksessa se ei kiistänyt sitä, että kyseessä olevalta tavaramerkiltä puuttui ominaispiirteisiin perustuva erottamiskyky, vaan väitti sitä vastoin, että kyseinen tavaramerkki oli käytössä tullut erottamiskykyiseksi asetuksen N:o 207/2009 7 artiklan 3 kohdan ja 52 artiklan 2 kohdan (joista on tullut asetuksen 2017/1001 7 artiklan 3 kohta ja 59 artiklan 2 kohta) mukaisesti.

9 EUIPO:n toinen valituslautakunta hylkäsi valituksen 7.3.2017 tekemällään päätöksellä (jäljempänä riidanalainen päätös).

10 Ensin valituslautakunta totesi, että kyseessä oleva tavaramerkki oli pätevästi rekisteröity kuviomerkiksi (riidanalaisen päätöksen 20 kohta). Sen jälkeen se vahvisti mitättömyysosaston arvioinnin, jonka mukaan tavaramerkiltä puuttui ominaispiirteisiin perustuva erottamiskyky (riidanalaisen päätöksen 22 kohta). Lopuksi se tutki kantajan esittämät todisteet ja katsoi, ettei tämä ollut osoittanut, että

mainittu tavaramerkki oli käytössä tullut erottamiskykyiseksi koko Euroopan unionissa (riidanalaisen päätöksen 69 kohta). Näin ollen valituslautakunta katsoi, että riidanalainen tavaramerkki oli rekisteröity asetuksen N:o 207/2009 7 artiklan 1 kohdan b alakohdan vastaisesti ja oli siis julistettava mitättömäksi (riidanalaisen päätöksen 72 kohta).

II Asianosaisten ja väliintulijan vaatimukset

- 11 Kantaja, jota yhdistys Marques (jäljempänä väliintulijana oleva yhdistys) tukee, vaatii, että unionin yleinen tuomioistuin
- kumoaa riidanalaisen päätöksen
 - velvoittaa EUIPO:n ja väliintulijan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.
- 12 EUIPO vaatii, että unionin yleinen tuomioistuin
- hylkää kanteen
 - velvoittaa kantajan korvaamaan oikeudenkäyntikulut
 - velvoittaa väliintulijana olevan yhdistyksen vastaamaan omista oikeudenkäyntikuluistaan.
- 13 Väliintulija vaatii, että unionin yleinen tuomioistuin
- hylkää kanteen
 - velvoittaa kantajan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

III Oikeudellinen arviointi

- 14 Kanteensa tueksi kantaja, jota väliintulijana oleva yhdistys tukee, vetoaa yhteen ainoaan kanneperusteeseen, joka koskee asetuksen N:o 207/2009 52 artiklan 2 kohdan, luettuna yhdessä saman asetuksen 7 artiklan 3 kohdan sekä luottamuksensuojan periaatteen ja suhteellisuusperiaatteen kanssa, rikkomista.
- 15 Tämän kanneperusteen voidaan katsoa käsittävän kaksi osaa, siltä osin kuin kantaja väittää lähinnä ensinnäkin, että valituslautakunta teki virheen hylätessään lukuisia todisteita sillä perusteella, että ne koskivat muita merkkejä kuin kyseessä olevaa tavaramerkkiä, ja toiseksi, että valituslautakunta teki arviointivirheen katsoessaan, ettei osoitettu, että kyseessä oleva tavaramerkki oli käytön seurauksena tullut erottamiskykyiseksi Euroopan unionin alueella.

A Alustavat toteamukset

- 16 Yhtäältä on todettava, että asetuksen N:o 207/2009 7 artiklan 1 kohdan b alakohdan mukaisesti tavaramerkkejä, joilta puuttuu erottamiskyky, ei rekisteröidä. Saman asetuksen 7 artiklan 2 kohdan (josta on tullut asetuksen 2017/1001 7 artiklan 2 kohta) nojalla tätä ehdotonta hylkäysperustetta sovelletaan, vaikka se olisi olemassa ainoastaan osassa Euroopan unionia. Mainittu peruste ei kuitenkaan asetuksen N:o 207/2009 7 artiklan 3 kohdan nojalla estä tavaramerkin rekisteröimistä, jos tavaramerkki on käytössä tullut erottamiskykyiseksi niiden tavaroiden osalta, joille rekisteröintiä haetaan.

- 17 Toisaalta asetuksen N:o 207/2009 52 artiklan 1 kohdan a alakohdan mukaisesti EU-tavaramerkki julistetaan mitättömäksi EUIPO:lle tehdyllä vaatimuksella, jos EU-tavaramerkki on rekisteröity saman asetuksen 7 artiklan säännösten vastaisesti. Asetuksen N:o 207/2009 52 artiklan 2 kohdan nojalla on joka tapauksessa niin, että jos EU-tavaramerkki on rekisteröity mainitun asetuksen 7 artiklan 1 kohdan b alakohdan vastaisesti, sitä ei kuitenkaan voida julistaa mitättömäksi, jos se on rekisteröinnin jälkeen käytön seurauksena tullut erottamiskykyiseksi niiden tavaroiden ja palvelujen osalta, joita varten se on rekisteröity.
- 18 Näin ollen asetuksen N:o 207/2009 7 artiklan 3 kohdasta ja 52 artiklan 2 kohdasta ilmenee, että mitättömyysmenettelyssä rekisteröidyn tavaramerkin ominaispiirteisiin perustuvan erottamiskyvyn puuttuminen ei tee kyseistä tavaramerkkiä mitättömäksi, jos kyseinen tavaramerkki on tullut käytössä erottamiskykyiseksi joko ennen sen rekisteröintiä tai rekisteröinnin ja mitättömyysvaatimuksen tekemispäivän välillä (ks. vastaavasti tuomio 14.12.2017, bet365 Group v. EUIPO – Hansen (BET 365), T-304/16, EU:T:2017:912, 23 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 19 On myös muistettava, että tavaramerkin ominaispiirteisiin tai käyttöön perustuva erottamiskyky merkitsee, että kyseisen tavaramerkin perusteella pystytään tunnistamaan rekisteröintihakemuksen kohteena oleva tavara tietyn yrityksen tavaraksi ja erottamaan näin tämä tavara muiden yritysten tavaroista (ks. vastaavasti ja analogisesti tuomio 4.5.1999, Windsurfing Chiemsee, C-108/97 ja C-109/97, EU:C:1999:230, 46 kohta ja tuomio 18.6.2002, Philips, C-299/99, EU:C:2002:377, 35 kohta).
- 20 Ominaispiirteisiin tai käyttöön perustuvaa erottamiskykyä on arvioitava yhtäältä suhteessa niihin tavaroihin ja palveluihin, joita varten tavaramerkin rekisteröintiä on haettu, ja toisaalta suhteessa siihen, miten kohdeyleisö mieltää tavaramerkin (ks. analogisesti tuomio 18.6.2002, Philips, C-299/99, EU:C:2002:377, 59 ja 63 kohta ja tuomio 12.2.2004, Koninklijke KPN Nederland, C-363/99, EU:C:2004:86, 34 ja 75 kohta).
- 21 Käsiteltävässä asiassa niiden tavaroiden, joita varten kyseessä oleva tavaramerkki on rekisteröity, eli vaatteiden, jalkineiden ja päähineiden, kohdeyleisö koostuu kaikista kyseisten tavaroiden potentiaalisista kuluttajista unionissa eli sekä suuresta yleisöstä että erikoistuneesta yleisöstä.
- 22 Ainoan kanneperusteen kahta osaa, jotka on mainittu edellä 15 kohdassa, on tutkittava juuri näiden seikkojen valossa.

B Ensimmäinen osa, joka koskee tiettyjen todisteiden perusteetonta hylkäämistä

- 23 Kanneperusteen ensimmäisessä osassa kantaja, jota väliintulijana oleva yhdistys tukee, moittii valituslautakuntaa siitä, että se hylkäsi useita todisteita sillä perusteella, että ne koskivat muita merkkejä kuin kyseessä olevaa tavaramerkkiä. Kantajan mukaan tämä peruste perustuu ensinnäkin kyseessä olevan tavaramerkin virheelliseen tulkintaan ja toiseksi sallittujen muutosten periaatteen virheelliseen soveltamiseen. Nämä kaksi väitettä on tutkittava peräkkäin.

1. Ensimmäinen väite, joka koskee kyseessä olevan tavaramerkin virheellistä tulkintaa

- 24 Ensimmäisessä väitteessään kantaja, jota väliintulijana oleva yhdistys tukee, väittää, että valituslautakunta tulkitsi haettua tavaramerkkiä virheellisesti katsoessaan, että kyseinen tavaramerkki oli vain tietyn kokoinen ja erityisesti, että sen korkeus ja leveys olivat tiettyssä suhteessa toisiinsa. Kantajan mukaan mainittu tavaramerkki esittää nimittäin pintakuviota, joka voidaan toistaa erikokoisena ja eri mittasuhteissa niiden tavaroiden mukaan, joissa sitä käytetään. Erityisesti tasavälein olevaa kolmea samansuuntaista raitaa, joista kyseessä oleva tavaramerkki muodostuu, voidaan sen mukaan pidentää tai ne voidaan katkaista eri tavoin, myös viistoon. Se lisää EUIPO:n tutkintaohjeiden

ja niistä syntyvän perustellun luottamuksen perusteella voivansa vedota siihen, että riidanalainen tavaramerkki muodostaa kuviosarjamerkin, vaikka kyseinen tavaramerkki on rekisteröity kuviomeriksi.

- 25 EUIPO ja väliintulija kiistävät kantajan ja väliintulijana olevan yhdistyksen väitteet.
- 26 Kantajan ja väliintulijana olevan yhdistyksen väitteisiin vastaamiseksi on ensinnäkin muistettava, että asetuksen N:o 207/2009 4 artiklan (josta on tullut asetuksen 2017/1001 4 artikla) nojalla EU-tavaramerkkinä voi olla mikä tahansa merkki, joka voidaan esittää graafisesti, jos sellaisilla merkeillä voidaan erottaa yrityksen tavarat tai palvelut muiden yritysten tavaroista tai palveluista.
- 27 Toiseksi on tärkeää huomata, että tavaramerkki voidaan rekisteröidä vain hakijan EUIPO:lle esittämän rekisteröintihakemuksen perusteella ja sen puitteissa. Tästä seuraa, että EUIPO ei voi ottaa huomioon sellaisia haetun tavaramerkin ominaispiirteitä, joita ei ole mainittu rekisteröintihakemuksessa tai sen liiteasiakirjoissa (ks. tuomio 25.11.2015, Jaguar Land Rover v. SMHV (Auton muoto), T-629/14, ei julkaistu, EU:T:2015:878, 34 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 28 Tältä osin tavaramerkin ominaispiirteiden arvioinnissa on otettava huomioon useita seikkoja.
- 29 Yhteisön tavaramerkistä annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 40/94 täytäntöönpanosta 13.12.1995 annetun komission asetuksen (EY) N:o 2868/95 (EYVL 1995, L 303, s. 1) 1 säännön 1 kohdan d alakohdan ja 3 säännön 2 ja 5 kohdan (joista on tullut Euroopan unionin tavaramerkistä annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksen (EU) 2017/1001 tiettyjen säännösten täytäntöönpanoa koskevista yksityiskohtaisista säännöistä ja täytäntöönpanoasetuksen (EU) 2017/1431 kumoamisesta 5.3.2018 annetun komission täytäntöönpanoasetuksen (EU) 2018/626 (EUVL 2018, L 104, s. 37) 2 artiklan 1 kohdan d alakohta ja 3 artiklan 6–8 kohta ja 3 kohdan b ja f alakohta) nojalla on ensinnäkin niin, että jos merkille vaaditaan jotakin tiettyä graafista muotoa tai väriä, EU-tavaramerkkihakemukseen on sisällyttävä graafinen esitys tavaramerkistä tarvittaessa värillisenä.
- 30 Graafisen esityksen vaatimuksen tehtävänä on erityisesti täsmentää itse tavaramerkki, jotta voidaan määritellä rekisteröidyn tavaramerkin haltijalleen antaman suojan tarkka kohde (ks. analogisesti tuomio 12.12.2002, Sieckmann, C-273/00, EU:C:2002:748, 48 kohta ja tuomio 24.6.2004, Heidelberger Bauchemie, C-49/02, EU:C:2004:384, 27 kohta). Näin ollen hakijan on jätettävä tavaramerkin graafinen esitys, joka vastaa tarkasti sen suojan kohdetta, jonka hän tahtoo saada. Tavaramerkin rekisteröinnin jälkeen tavaramerkin haltija ei voi vaatia kyseistä graafista esitystä laajempaa suojaa (ks. vastaavasti tuomio 30.11.2017, Red Bull v. EUIPO – Optimum Mark (Värien sininen ja hopea yhdistelmä), T-101/15 ja T-102/15, valitus vireillä, EU:T:2017:852, 71 kohta).
- 31 Lisäksi asetuksen N:o 2868/95 3 säännön 3 kohdassa säädetään, että rekisteröintihakemuksessa ”voi olla sanallinen kuvaus merkistä”. Näin ollen jos rekisteröintihakemuksessa on esitetty kuvaus, kyseistä kuvausta on tarkasteltava graafisen esityksen kanssa (ks. vastaavasti ja analogisesti tuomio 30.11.2017, Värien sininen ja hopea yhdistelmä, T-101/15 ja T-102/15, valitus vireillä, EU:T:2017:852, 79 kohta).
- 32 EUIPO:n on myös tutkittava tavaramerkin, jolle rekisteröintiä haetaan, erottamiskykyä hakijan rekisteröintihakemuksessaan valitsemaan tavaramerkkiryhmään nähden (ks. vastaavasti määräys 21.1.2016, Enercon v. SMHV, C-170/15 P, ei julkaistu, EU:C:2016:53, 29, 30 ja 32 kohta).
- 33 Kolmanneksi on todettava, että – toisin kuin Euroopan unionin tavaramerkistä annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 207/2009 eräiden säännösten täytäntöönpanoa koskevista yksityiskohtaisista säännöistä 18.5.2017 annetussa komission täytäntöönpanoasetuksessa (EU) 2017/1431 (EUVL 2017, L 205, s. 39) (korvattu täytäntöönpanoasetuksella 2018/626) – asetuksessa N:o 207/2009 ja asetuksessa N:o 2868/95, joita sovellettiin mitättömyysvaatimuksen tekopäivänä, ei mainita kuviosarjamerkkejä eikä myöskään kuviomerkkejä erillisinä tavaramerkkiryhminä.

- 34 Unionin yleinen tuomioistuin on kuitenkin jo ennen täytäntöönpanoasetuksen 2017/1431 voimaantuloa todennut, että kuviomeriksi nimetty merkki voi muodostua säännöllisenä toistuvien osatekijöiden sarjasta (ks. vastaavasti tuomio 9.11.2016, Birkenstock Sales v. EUIPO (Risteileviä aaltoviivoja esittävä merkki), T-579/14, EU:T:2016:650, 43, 49, 53 ja 62 kohta). Täytäntöönpanoasetuksen 2017/1431 voimaantuloon saakka kuviosarjamerkki voitiin siis rekisteröidä kuviomeriksi, koska se koostui kuvasta (ks. vastaavasti tuomio 19.9.2012, Fraas v. SMHV (Vaaleanharmaan, tummanharmaan, beigen, tummanpunaisen ja ruskean värinen ruutukuvio), T-326/10, ei julkaistu, EU:T:2012:436, 56 kohta).
- 35 Käsiteltävässä asiassa kyseessä oleva tavaramerkki rekisteröitiin kuviomeriksi rekisteröintihakemuksen mukaisesti ja edellä 2 ja 3 kohtaan sisältyvän graafisen esityksen ja kuvauksen perusteella.
- 36 Riidanalaisen päätöksen 38 kohdassa valituslautakunta tulkitsi kyseessä olevaa tavaramerkkiä seuraavasti:
- ”Se muodostuu kolmesta ohuesta mustasta ja samansuuntaisesta raidasta, jotka ovat pystysuorassa valkoisella pohjalla ja joiden korkeus on noin viisinkertainen niiden leveyteen nähden. Sillä on melko vähän ominaispiirteitä: korkeuden ja leveyden suhde (noin 5:1), samanlevyinen valkoinen tila mustien raitojen välissä ja raitojen samansuuntaisuus.”
- 37 On todettava, että tällainen tulkinta kyseessä olevasta tavaramerkistä vastaa tarkasti graafista esitystä, jonka perusteella mainittu tavaramerkki rekisteröitiin. Erityisesti valituslautakunta totesi perustellusti, että kyseessä olevan tavaramerkin kokonaiskorkeuden ja kokonaisleveyden välinen suhde oli noin 5:1. Lisäksi valituslautakunta otti asianmukaisesti huomioon sen, että kolme samansuuntaista mustaa raitaa ovat yhtä leveitä ja että niiden väliin jäävä tila on valkoinen.
- 38 Kantaja kuitenkin arvostelee tätä tulkintaa kyseessä olevasta tavaramerkistä ja väittää yhtäältä, että kuviomerkki voidaan rekisteröidä mainitsematta sen kokoa tai mittasuhteita (ks. vastaavasti ja analogisesti tuomio 10.7.2014, Apple, C-421/13, EU:C:2014:2070, 19 ja 27 kohta) ja toisaalta, että kyseessä oleva tavaramerkki on kuviosarjamerkki. Näin ollen kyseessä olevan tavaramerkin graafisen esityksen tehtävänä on kantajan mukaan ainoastaan esittää kolmesta samansuuntaisesta ja tasavälein olevasta raidasta koostuvaa piirrosta rajoittamatta raitojen pituutta tai sitä, miten ne on katkaistu.
- 39 Näitä väitteitä ei voida hyväksyä.
- 40 Ensinnäkin on todettava, että vaikka valituslautakunta määritteli kyseessä olevan tavaramerkin riidanalaisessa päätöksessä ottaen huomioon kyseisen tavaramerkin – sellaisena kuin se esitettiin rekisteröintihakemuksessa – eri osien väliset mittasuhteet, se ei kuitenkaan kyseessä olevaa tavaramerkkiä määrittäessään viitannut siihen, minkä kokoisena kyseinen tavaramerkki kokonaisuutena tarkasteltuna voidaan toistaa kyseessä olevissa tavaroissa. Tästä seuraa, että – toisin kuin kantaja väittää – valituslautakunnan tulkinta kyseessä olevasta tavaramerkistä ei aseta kyseenalaiseksi sitä, ettei tälle tavaramerkille haettu rekisteröintiä tietyn kokoisena.
- 41 Toiseksi kantaja myöntää, että kyseessä oleva tavaramerkki on pätevästi rekisteröity kuviomeriksi. Edellä 30 kohdassa mainitusta oikeuskäytännöstä kuitenkin ilmenee, että kuviomerkki rekisteröidään lähtökohtaisesti sen graafisesta esityksestä ilmenevissä mittasuhteissa. Tätä toteamusta ei voida kyseenalaistaa 10.7.2014 annetulla tuomiolla Apple (C-421/13, EU:C:2014:2070, 19 ja 27 kohta), johon kantaja vetoaa. Kyseisessä tuomiossa nimittäin todetaan vain, että piirros voidaan rekisteröidä tavaramerkiksi, vaikka piirroksen esittämän kohteen absoluuttiset tai suhteelliset mitat eivät ilmene siitä. Mainituksa tuomiossa ei kuitenkaan edellytetä, että tavaramerkki voidaan rekisteröidä määrittämättä varsinaisen merkin mittasuhteita.
- 42 Kolmanneksi kantaja väittää turhaan, ettei kyseinen tavaramerkki ole tavanomainen kuviomerkki vaan kuviosarjamerkki, jonka mittasuhteet eivät ole muuttumattomat.

- 43 Tältä osin on aluksi todettava, ettei kyseessä olevan tavaramerkin graafisesta esityksestä eikä kuvauksesta ilmene, että se muodostuisi säännöllisenä toistuvien osatekijöiden sarjasta.
- 44 Tämän jälkeen on todettava, ettei mikään konkreettinen seikka tue kantajan väitettä, jonka mukaan kyseessä olevan tavaramerkin antaman suojan kohde muodostuu kolmen samansuuntaisen ja tasavälein olevan raidan käytöstä riippumatta niiden pituudesta tai siitä, miten ne on katkaistu. Yhtäältä tämä väite on kuitenkin ristiriidassa kyseessä olevan tavaramerkin sellaisen graafisen esityksen kanssa, jossa kuvatun merkin ominaispiirteitä ovat sen kokonaiskorkeuden ja kokonaisleveyden välinen suhde (noin 5:1) sekä suorakulmion muoto ja se, että merkin muodostavat kolme raitaa on katkaistu suorassa kulmassa. Toisaalta mainittu väite ei saa tukea kyseessä olevan tavaramerkin kuvauksesta, jossa vain todetaan, että kyseinen tavaramerkki muodostuu ”kolmesta tasavälein olevasta samansuuntaisesta ja samanleveyisestä raidasta” ja täsmennetään, että kyseiset raidat ”voidaan sijoittaa tuotteeseen missä suuntaisesti tahansa” mainitsematta sitä, että raitojen pituutta voidaan muuttaa tai että raidat voidaan katkaista viistoon.
- 45 Vaikka on lisäksi totta, että ennen täytäntöönpanoasetuksen 2017/1431 voimaantuloa EUIPO:n tutkintaohjeissa todettiin, että ”[kuviosarjaa] esittävät merkit [olivat] EUIPO:n käytännön mukaan ’kuviomerkkejä’”, näissä ohjeissa ei esitetty kyseisistä kuviosarjamerkeistä määritelmää, joka poikkeaisi edellä 34 kohdassa esitettyyn oikeuskäytäntöön perustuvasta määritelmästä. Mainituissa ohjeissa nimittäin täsmennettiin, että ”kuviomerkkiä [voitiin] pitää ’kuviosarjamerkinä’, kun se [muodostui] yksinomaan säännöllisesti [toistuvien] osatekijöiden sarjasta”.
- 46 Näin ollen on todettava, että kyseessä oleva tavaramerkki on tavanomainen kuviomerkki eikä kuviosarjamerkki. Tästä seuraa yhtäältä, että valituslautakunta ei tehnyt virhettä tulkitessaan kyseessä olevaa tavaramerkkiä ja toisaalta, että kantaja ei voi missään tapauksessa perustellusti vedota luottamuksensuojan periaatteeseen riitauttaakseen tämän tulkinnan.
- 47 Tästä seuraa, että ensimmäinen väite on hylättävä.

2. Toinen kanneperuste, joka koskee sallittujen muutosten periaatteen virheellistä soveltamista

- 48 Toisessa väitteessään kantaja, jota väliintulijana oleva yhdistys tukee, väittää, että valituslautakunta on soveltanut sallittujen muutosten periaatetta virheellisesti. Kantaja määrittelee tämän periaatteen säännöksi, jonka mukaan mainitun tavaramerkin käyttönä pidetään myös tavaramerkin käyttöä muodossa, joka poikkeaa sen rekisteröidystä muodosta ainoastaan sellaisilta osin, että poikkeaminen ei vaikuta tavaramerkin erottamiskykyyn. Se väittää, että – toisin kuin valituslautakunta katsoi – kaikki sen toimittamat asiakirjat liittyvät kyseessä olevan tavaramerkin käyttömuotoihin, joiden osalta tämän tavaramerkin erottamiskyky ei muutu. Näin ollen näillä käyttömuodoilla on sen mukaan merkitystä arvioitaessa, onko kyseinen tavaramerkki tullut erottamiskykyiseksi.
- 49 Ennen tämän väitteen perusteltavuuden tutkimista on määriteltävä asetuksen N:o 207/2009 7 artiklan 3 kohdassa ja 52 artiklan 2 kohdassa tarkoitettu tavaramerkin käytön käsite.

a) Asetuksen N:o 207/2009 7 artiklan 3 kohdassa ja 52 artiklan 2 kohdassa tarkoitettu tavaramerkin käytön käsite

- 50 Kantaja, jota väliintulijana oleva yhdistys tukee, katsoo, että asetuksen N:o 207/2009 7 artiklan 3 kohdassa ja 52 artiklan 2 kohdassa tarkoitettua tavaramerkin käytön käsitettä on tulkittava samalla tavoin kuin saman asetuksen 15 artiklan 1 kohtaan (josta on tullut asetuksen 2017/1001 18 artiklan 1 kohta) sisältyvää tavaramerkin tosiasiallisen käytön käsitettä, joka sisältää tietyissä tapauksissa kyseisen tavaramerkin käytön muodoissa, jotka poikkeavat mainitun tavaramerkin rekisteröidystä muodosta.

- 51 EUIPO ja väliintulija riitauttavat tämän tulkin. Ne väittävät, että asetuksen N:o 207/2009 7 artiklan 3 kohtaan ja 52 artiklan 2 kohtaan sisältyvä käytön käsite on suppeampi kuin saman asetuksen 15 artiklan 1 kohtaan sisältyvä tosiasiallisen käytön käsite. Niiden mukaan tavaramerkin haltija voi tavaramerkin erottamiskykyiseksi tulon todetakseen vedota ainoastaan tavaramerkin käyttöön sen rekisteröidyssä muodossa. Vain vähäiset muutokset voidaan niiden mukaan hyväksyä.
- 52 On ratkaistava, onko – siltä osin kuin on kyse tavaramerkin käyttömuodoista, jotka voidaan ottaa huomioon – asetuksen N:o 207/2009 7 artiklan 3 kohdassa ja 52 artiklan 2 kohdassa tarkoitettua tavaramerkin käytön käsitettä tulkittava samalla tavalla kuin saman asetuksen 15 artiklan 1 kohtaan sisältyvää tosiasiallisen käytön käsitettä.
- 53 Tältä osin on huomattava, että asetuksen N:o 207/2009 15 artiklan 1 kohdan toisen alakohdan a alakohdassa (josta on tullut asetuksen 2017/1001 18 artiklan 1 kohdan toisen alakohdan a alakohta), säädetään, että rekisteröidyn tavaramerkin tosiasiallista käyttöä on myös ”[tämän] tavaramerkin käyttö muodossa, joka poikkeaa sen rekisteröidystä muodosta vain sellaisilta osin, että poikkeaminen ei vaikuta [mainitun] merkin erottamiskykyyn”. Tästä säännöksestä seuraa, että on katsottava, että rekisteröityä tavaramerkkiä on tosiasiallisesti käytetty, kun esitetään todisteita tämän tavaramerkin käytöstä hieman eri muodossa, kuin se on rekisteröity (tuomio 13.9.2007, *Il Ponte Finanziaria v. SMHV*, C-234/06 P, EU:C:2007:514, 86 kohta).
- 54 On syytä huomata, että kun asetuksen N:o 207/2009 15 artiklan 1 kohdan toisen alakohdan a alakohdassa ei vaadita, että elinkeinotoiminnassa käytetyn muodon ja tavaramerkin rekisteröidyn muodon olisi vastattava tiukasti toisiaan, sen tarkoituksena on antaa kyseisen tavaramerkin haltijalle mahdollisuus tehdä merkkiin sitä kaupallisesti hyödynnettäessä muunnoksia, joilla merkki voidaan sen erottamiskykyä muuttamatta sopeuttaa paremmin kyseisten tavaroiden tai palvelujen myyntiä ja myynnin edistämistä koskeviin vaatimuksiin (tuomio 25.10.2012, *Rintisch*, C-553/11, EU:C:2012:671, 21 kohta ja tuomio 18.7.2013, *Specsavers International Healthcare ym.*, C-252/12, EU:C:2013:497, 29 kohta).
- 55 Sitä vastoin toisin kuin asetuksen N:o 207/2009 15 artiklan 1 kohdan toisen alakohdan a alakohdassa, saman asetuksen 7 artiklan 3 kohdassa ja 52 artiklan 2 kohdassa ei nimenomaisesti säädetä tavaramerkin käytöstä muodoissa, jotka poikkeavat siitä muodosta, jolle rekisteröintiä haetaan ja jossa tavaramerkki mahdollisesti rekisteröidään.
- 56 Tämä erilainen sanamuoto voidaan selittää sillä, että edellä 55 kohdassa mainitut säännökset perustuvat erilaiseen logiikkaan. Asetuksen N:o 207/2009 15 artiklan 1 kohdan toisen alakohdan a alakohtaa sovelletaan nimittäin vain jo rekisteröityyn tavaramerkkiin, jonka erottamiskykyä ei kiistetä. Tässä artiklassa mahdollistetaan siten tavaramerkin tuottaman suojan voimassa pitäminen esittämällä tarvittaessa näyttöä tavaramerkin käytöstä tietyissä muodoissa, jotka poikkeavat sen rekisteröidystä muodosta. Saman asetuksen 7 artiklan 3 kohdassa ja 52 artiklan 2 kohdassa lähdetään siitä, että ominaispiirteiden perusteella erottamiskyvyn puuttumisesta huolimatta, käyttö voi tietyissä tapauksissa mahdollistaa kyseisen merkin rekisteröinnin tai tavaramerkin säilymisen rekisteröitynä. Toisin sanoen asetuksen N:o 207/2009 15 artiklan 1 kohdan toisen alakohdan a alakohtana on tavaramerkin rekisteröinti, ja siinä edellytetään sen käytön myöhempää arviointia, kun taas saman asetuksen 7 artiklan 3 kohdassa ja 52 artiklan 2 kohdassa lähdetään siitä, että merkkiä käytetään sen mahdollista rekisteröintiä tai rekisteröinnin voimassa pitämistä silmällä pitäen.
- 57 On kuitenkin niin, että edellä 54 kohdassa mainittu tarve tehdä tavaramerkkiin tiettyjä muutoksia sen kaupallista hyödyntämistä varten on voimassa myös ajanjaksolla, jonka kuluessa kyseinen tavaramerkki mahdollisesti tulee erottamiskykyiseksi käytön seurauksena asetuksen N:o 207/2009 7 artiklan 3 kohdan ja 52 artiklan 2 kohdan mukaisesti.

- 58 Tästä syystä käytön kriteeriä ei voida arvioida toisistaan poikkeavin perustein sen mukaan, onko ratkaistavana kysymys tavaramerkkioikeuksien syntymisen vai tavaramerkkioikeuksien voimassa pysymisen kriteeristä. Kun merkille on mahdollista saada tavaramerkkioikeudellista suojaa sen tietynlaisen käytön perusteella, myös tämän suojan voimassa pysyttämisen on oltava mahdollista samanlaisella käytöllä. Näin ollen siltä osin kuin on kyse käyttömuodoista, tosiasiallisen käytön toteamisessa noudatettavat vaatimukset ovat analogiset verrattuna vaatimuksiin, jotka koskevat merkin tuleamista erottamiskykyiseksi käytön perusteella sen rekisteröintiä varten (tuomio 18.4.2013, Colloseum Holding, C-12/12, EU:C:2013:253, 33 ja 34 kohta; ks. myös vastaavasti ja analogisesti julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotus Nestlé, C-353/03, EU:C:2005:61, 24 kohta).
- 59 Tästä seuraa, että asetuksen N:o 207/2009 15 artiklan 1 kohdassa tarkoitetut tavaramerkin käyttömuodot, mukaan lukien ne, jotka poikkeavat ainoastaan ”sellaisilta osin, että poikkeaminen ei vaikuta [kyseisen] tavaramerkin erottamiskykyyn”, on otettava huomioon sekä sen varmistamiseksi, onko mainittua tavaramerkkiä tosiasiallisesti käytetty mainitun säännöksen mukaisesti, että sen määrittämiseksi, onko kyseinen merkki tullut käytössä erottamiskykyiseksi asetuksen N:o 207/2009 7 artiklan 3 kohdan ja 52 artiklan 2 kohdan mukaisesti.
- 60 On totta, että asetuksen N:o 207/2009 7 artiklan 3 kohdan ja 52 artiklan 2 kohdan yhteydessä olisi epäasianmukaista puhua erottamiskyvyn muuttumisesta, ennen kuin on edes määritetty, onko tavaramerkki tullut erottamiskykyiseksi vai ei.
- 61 On kuitenkin todettu, että asetuksen N:o 207/2009 15 artiklan 1 kohdan toisen alakohdan a alakohdassa tarkoitetaan tilanteita, joissa liiketoiminnassa käytetty merkki poikkeaa vain vähäisin osin tavaramerkin rekisteröidystä muodosta ja kyseiset merkit voidaan siis katsoa kokonaisuutena toisiaan vastaaviksi (ks. vastaavasti tuomio 15.12.2015, LTJ Diffusion v. SMHV – Arthur et Aston (ARTHUR & ASTON), T-83/14, EU:T:2015:974, 18 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen ja tuomio 13.9.2016, hyphen v. EUIPO – Skylotec (Monikulmio), T-146/15, EU:T:2016:469, 27 kohta).
- 62 Näissä olosuhteissa ja kuten kantaja perustellusti väittää, asetuksen N:o 207/2009 7 artiklan 3 kohdan ja 52 artiklan 2 kohdan mukaisen tavaramerkin käytön käsitteen on tulkittava viittaavan paitsi tavaramerkin käyttöön siinä muodossa, jossa sille haettiin rekisteröintiä, ja sen mahdollisessa rekisteröidyssä muodossa myös tavaramerkin käyttöön muodoissa, jotka poikkeavat vain vähäisin osin kyseisestä muodosta ja joiden voidaan siis katsoa kokonaisuutena vastaavan mainittua muotoa.
- 63 Käsiteltävässä asiassa on todettava, että valituslautakunta sovelsi lähinnä edellä 61 kohdassa mainittua kriteeriä. Valituslautakunta mainitsi nimittäin asetuksen N:o 207/2009 15 artiklan 1 kohdan toisen alakohdan a alakohdan (riidanalaisen päätöksen 30 kohta) ja täsmensi, että kyseisen säännöksen nojalla oli mahdollista ottaa huomioon sellaisen merkin käyttö, joka poikkesi merkin rekisteröidystä muodosta vain vähäisin osin siten, että molemmat merkit voitiin katsoa kokonaisuutena toisiaan vastaaviksi (riidanalaisen päätöksen 32 kohta). Se totesi myös, että kyseisen asetuksen 7 artiklan 3 kohdan yhteydessä ei ollut lähtökohtaisesti tarpeen esittää tavaramerkkiä todisteissa täsmälleen sellaisena, kuin se oli rekisteröity (riidanalaisen päätöksen 69 kohta).

b) Sallittujen muutosten periaatteen soveltaminen

- 64 Kantaja moittii valituslautakuntaa siitä, että se jätti huomiotta sallittujen muutosten periaatteen katsoessaan ensinnäkin virheellisesti, että kun kyseessä on hyvin yksinkertainen tavaramerkki, jopa pienet muutokset voivat merkittävästi vaikuttaa tavaramerkin, sellaisena kuin se on rekisteröitynä, ominaispiirteisiin, toiseksi, että kyseessä olevan tavaramerkin käyttö käänteisen väriyhdistelmän muodossa vaikutti väistämättä kyseisen tavaramerkin erottamiskykyyn, kolmanneksi, että tietyissä todisteissa esitetystä merkistä oli kaksi raitaa kolmen sijasta ja neljänneksi, että viistojen raitojen käyttö muutti mainitun tavaramerkin erottamiskykyä.

- 65 EUIPO ja väliintulija kiistävät kantajan väitteet.
- 66 Aluksi on todettava, että kantajan väitteillä pyritään lähinnä riitauttamaan se riidanalaisen päätöksen osa, jossa valituslautakunta tutki, esiintyikö kyseessä oleva tavaramerkki kantajan toimittamissa todisteissa vai ei (riidanalaisen päätöksen 29–45 kohta). Kyseiset todisteet käsittävät enimmäkseen kuvastoista tai muista mainontavälineistä peräisin olevia kuvia, joissa esitellään erilaisilla merkeillä varustettuja tuotteita.
- 67 Tutkintansa päätteeksi valituslautakunta katsoi – samoin kuin mitättömyysosasto ennen sitä – että suurin osa kantajan esittämistä todisteista ei liittynyt varsinaisesti kyseessä olevaan tavaramerkkiin vaan muihin merkkeihin, jotka poikkesivat kyseisestä tavaramerkistä huomattavasti (ks. erityisesti riidanalaisen päätöksen 33, 42 ja 69 kohta).
- 68 Valituslautakunta sisällytti erityisesti riidanalaisen päätöksen 39, 40 ja 43 kohtaan esimerkkeinä seuraavat todisteet, joilla ei sen mukaan voitu osoittaa kyseessä olevan tavaramerkin käyttöä:





69 Juuri näiden seikkojen valossa on tutkittava kantajan riidanalaisista päätöstä vastaan esittämät neljä väitettä (edellä 64 kohta) ja sen jälkeen määritettävä, saattoiko valituslautakunta perustellusti jättää huomiotta kantajan esittämät todisteet.

1) Kyseessä olevan tavaramerkin hyvin yksinkertaisen luonteen huomioon ottaminen

70 Valituslautakunta luonnehti kyseessä olevaa tavaramerkkiä ”hyvin yksinkertaiseksi”, koska kyseisellä merkillä oli melko vähän ominaispiirteitä ja se muodostui kolmesta mustasta samansuuntaisesta raidasta, jotka ovat suorakaiteen muodossa valkoisella pohjalla (riidanalaisen päätöksen 37, 38 ja 69 kohta). Se katsoi, että kun otetaan huomioon kyseessä olevan tavaramerkin huomattava yksinkertaisuus, pienikin muutos voi vaikuttaa merkittävästi tavaramerkin, sellaisena kuin se on rekisteröity, ominaispiirteisiin (riidanalaisen päätöksen 69 kohta).

71 Tältä osin on yhtäältä todettava, ettei kantaja kiistä riidanalaisen tavaramerkin hyvin yksinkertaista luonnetta.

72 Toisaalta, toisin kuin kantaja väittää, on katsottava, että kun kyseessä on hyvin yksinkertainen tavaramerkki, jopa siihen tehdyt pienet muutokset voivat aiheuttaa muutoksia, joita ei voida pitää vähäisinä, joten tavaramerkin muutetun muodon ei voida katsoa kokonaisuutena vastaavan sen rekisteröityä muotoa. On nimittäin todettava, että mitä yksinkertaisempi tavaramerkki on, sitä vähemmän sillä voi olla erottamiskykyä ja sitä enemmän kyseiseen tavaramerkkiin tehty muutos voi vaikuttaa johonkin sen olennaisista ominaispiirteistä ja muuttaa siten kohdeyleisön käsitystä mainitusta tavaramerkistä (ks. vastaavasti ja analogisesti tuomio 13.9.2016, Monikulmio, T-146/15, EU:T:2016:469, 33 ja 52 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

73 Tästä seuraa, että valituslautakunta ei tehnyt virhettä ottaessaan huomioon riidanalaisen merkin hyvin yksinkertaisen luonteen.

2) Käänteiseksi muutetun väriyhdistelmän vaikutukset

- 74 Valituslautakunta täsmensi, että vaikka kyseessä oleva tavaramerkki muodostui kolmesta mustasta raidasta valkoisella pohjalla, voitiin kuitenkin hyväksyä, että se vastasi pääpiirteissään ”kolmea värillistä raitaa vaaleammalla pohjalla” (riidanalaisen päätöksen 38 kohta). Sitä vastoin valituslautakunta katsoi, että oli hylättävä muun muassa ne todisteet, joissa väriyhdistelmä oli muutettu käänteiseksi, eli ne, joissa oli valkoisia (tai vaaleita) raitoja mustalla (tai tummalla) pohjalla (riidanalaisen päätöksen 38 ja 42 perustelukappale).
- 75 Kantaja, jota väliintulijana oleva yhdistys tukee, katsoo, että – toisin kuin valituslautakunta totesi – kyseessä olevan tavaramerkin käyttö käänteisen väriyhdistelmän muodossa ei vaikuta kyseisen tavaramerkin erottamiskykyyn. Sen mukaan kyseessä oleva tavaramerkki oli rekisteröity mustavalkoisena, eikä siihen liittynyt vaatimuksia tietyistä väreistä. Tästä seuraa, että kyseisen tavaramerkin käyttäminen eri väriyhdistelminä siten, että kolmen raidan ja pohjavärin välinen alkuperäinen kontrasti säilyy, tarkoittaa kyseisen merkin käyttöä asetuksen N:o 207/2009 7 artiklan 3 kohdan ja 52 artiklan 2 kohdan mukaisesti.
- 76 Tältä osin on todettava, että kyseessä oleva tavaramerkki on kuviomerkki, joka ei sisällä sanaosaa ja jossa on hyvin vähän ominaispiirteitä (edellä 36 kohta). Yksi näistä ominaispiirteistä on kolmen mustan raidan käyttäminen valkoisella pohjalla. Erityinen kontrasti, joka on yhtäältä kolmen mustan raidan ja toisaalta valkoisen pohjan sekä kyseisiä raitoja erottavien valkoisten alueiden välillä, perustuu tähän ominaispiirteeseen.
- 77 Näin ollen kun otetaan huomioon erityisesti kyseessä olevan tavaramerkin hyvin yksinkertainen luonne ja edellä 76 kohdassa kuvatun ominaispiirteen merkitys, väriyhdistelmän muuttamista käänteiseksi – vaikka säilytettäisiin kolmen raidan ja taustan välinen voimakas kontrasti – ei voida pitää vähäisenä muutoksena kyseessä olevan tavaramerkin rekisteröityyn muotoon nähden.
- 78 Tästä seuraa, että valituslautakunta saattoi perustellusti hylätä todisteet, jotka esittivät kyseessä olevan tavaramerkin sijasta muita merkkejä, jotka muodostuvat kolmesta valkoisesta (tai vaaleasta) raidasta mustalla (tai tummalla) pohjalla.
- 79 Tätä päätelmää, joka koskee muun muassa kaikkia edellä 68 kohtaan sisältyviä kuvia, lukuun ottamatta kahta kuvaa, jotka esittävät kolmea samansuuntaista mustaa raitaa sanasta ”adidas” muodostuvan logon yhteydessä, ei voida kyseenalaistaa muilla kantajan ja väliintulijana olevan yhdistyksen väitteillä.
- 80 Kantaja väittää ensinnäkin, että valituslautakunnan lähestymistapa on ristiriidassa tiettyjen kansallisten tuomioistuinten – erityisesti kahden saksalaisen ja yhden ranskalaisen tuomioistuimen – omaksuman lähestymistavan kanssa. Nämä tuomioistuimet eivät sen mukaan tehneet minkäänlaisia päätelmiä väriyhdistelmän muuttamisesta käänteiseksi.
- 81 Tältä osin on muistutettava, että Euroopan unionin tavaramerkkilainsäädäntö muodostaa säännöskokonaisuudesta koostuvan itsenäisen järjestelmän, jolla pyritään omiin tavoitteisiin ja jota sovelletaan kansallisista järjestelmistä riippumatta (tuomio 25.10.2007, Devey v. SMHV, C-238/06 P, EU:C:2007:635, 65 kohta). Näin ollen riidanalaisista tavaramerkkiä on arvioitava pelkästään unionin voimassa olevan säännösten nojalla, eikä kansallisten tuomioistuinten ratkaisuilla voida missään tilanteessa saattaa kyseenalaiseksi riidanalaisen päätöksen laillisuutta (määräys 22.10.2014, Repsol YPF v. SMHV, C-466/13 P, ei julkaistu, EU:C:2014:2331, 90 kohta; ks. vastaavasti myös tuomio 12.11.2008, Lego Juris v. SMHV – Mega Brands (Punainen Lego-palikka), T-270/06, EU:T:2008:483, 91 kohta).
- 82 Toiseksi kantaja väittää, että valituslautakunnan puoltama lähestymistapa asettaa sen mahdollittamaan tilanteeseen toisen valituslautakunnan 28.11.2013 päivätyssä päätöksessä (adidas/Shoe Branding Europe BBVA, asia R 1208/2012-2, 78 kohta) tekemän ratkaisun takia. Sen mukaan toinen valituslautakunta katsoi kyseisessä päätöksessä, että toista kantajan tavaramerkkiä, joka esitti valkoisia raitoja mustalla

pohjalla, oli käytettävä tuotteessa sellaisenaan eli mustan suorakulmion ja siihen kuuluvien valkoisten raitojen muodossa. Kantajan mukaan mainitun päätöksen ja riidanalaisen päätöksen yhdistämisestä seuraa, ettei se voi käytännössä vedota tavaramerkin käyttömuotoihin, jotka muodostuvat kolmesta mustasta raidasta valkoisella pohjalla tai kolmesta valkoisesta raidasta mustalla pohjalla.

- 83 Tältä osin on vastattava, että oikeusvarmuuden ja hyvän hallinnon vuoksi jokaisen mitättömyysvaatimuksen tutkimisen on oltava tiukkaa ja kattavaa, jotta vältettäisiin tavaramerkkien perusteeton rekisteröinti. Tutkinta on tehtävä jokaisessa konkreettisessa tapauksessa. Merkin rekisteröinti tavaramerkiksi riippuu nimittäin erityisistä kriteereistä, joita sovelletaan kunkin tapauksen tosiasiallisissa olosuhteissa ja joiden mukaisesti tarkastetaan, että merkki ei kuulu jonkin hylkäysperusteen alaisuuteen (ks. analogisesti tuomio 10.3.2011, Agencja Wydawnicza Technopol v. SMHV, C-51/10 P, EU:C:2011:139, 77 kohta). Tästä seuraa, että käsiteltävässä asiassa kantaja ei voi tehokkaasti vedota seurauksiin, joita muuta merkkiä kuin kyseessä olevaa tavaramerkkiä koskevalla erillisellä EUIPO:n päätöksellä voisi olla sille. Lisäksi on muistettava, että 28.11.2013 päivätty päätös – vaikka sillä olisi ollut kantajan tarkoittama ulottuvuus ja seuraukset – kumottiin 21.5.2015 annetulla tuomiolla adidas v. SMHV – Shoe Branding Europe (Kaksi samansuuntaista raitaa kengässä) (T-145/14, ei julkaistu, EU:T:2015:303).
- 84 Kolmanneksi kantaja vetoaa useisiin tuomioihin, joissa unionin yleinen tuomioistuin katsoi, että tiettyjen tavaramerkkien käyttö eri väriyhdistelminä, mukaan lukien käänteinen väriyhdistelmä, ei vaikuttanut kyseisten tavaramerkkien erottamiskykyyn. Kun kuitenkin on kyse tapauskohtaisista ratkaisuista ja kun otetaan huomioon edellä 83 kohdassa mainittu oikeuskäytäntö, tällainen väite ei voi menestyä käsiteltävässä asiassa. Sitäkin suuremmalla syyllä kantaja ei voi erillistä kysymystä käsitellessä myöskään vedota muihin tuomioihin, joissa unionin yleinen tuomioistuin katsoi, että väriyhdistelmän muuttaminen käänteiseksi ei tietyissä tilanteissa ollut esteenä sille, että kahden kyseessä olevan tavaramerkin katsotaan olevan samankaltaisia asetuksen N:o 207/2009 8 artiklan 1 kohdan b alakohdan (josta on tullut asetuksen 2017/1001 8 artiklan 1 kohdan b alakohta) soveltamista varten.
- 85 Neljänneksi kantaja ja väliintulijana oleva yhdistys väittävät, että valituslautakunnan lähestymistapa, jossa otetaan huomioon tavaramerkin yksinkertaisuus tai monimutkaisuus ja todetaan, ettei käytetty merkki vastaa kyseistä tavaramerkkiä väriyhdistelmän ollessa käänteinen, jättää huomiotta asetuksen N:o 207/2009 4 artiklassa vahvistetun periaatteen, jonka mukaan unionin tavaramerkkinä voi lähtökohtaisesti olla mikä tahansa merkki, joka voidaan esittää graafisesti. Niiden mukaan tästä lähestymistavasta seuraa, että tietyt merkit, kuten kuviosarjasta muodostuvat merkit tai mustavalkoisina rekisteröidyt merkit, joita käytetään myöhemmin erimuotoisina ja erivärisinä, jäävät automaattisesti ilman EU-tavaramerkeille annettavaa suojaa.
- 86 Tältä osin on muistettava, että asetuksen N:o 207/2009 4 artiklan sanamuodon mukaan kyseisessä säännöksessä mainitut merkit voivat olla EU-tavaramerkkejä vain sillä edellytyksellä, että niillä voidaan erottaa yrityksen tavarat muiden yritysten tavaroista. Lisäksi valituslautakunnan lähestymistapa, jossa tutkitaan kyseessä olevalle tavaramerkille ominaiset erityispiirteet ottaen huomioon, onko viimeksi mainittu tavaramerkki tullut käytössä erottamiskykyiseksi, ei lähtökohtaisesti ole esteenä sille, että tietyt merkkiryhmät rekisteröidään EU-tavaramerkeiksi. Tästä seuraa, että kyseinen lähestymistapa ei ole ristiriidassa asetuksen N:o 207/2009 4 artiklan kanssa.
- 87 Viidenneksi kantaja ja väliintulijana oleva yhdistys vetoavat kohtuuttomiin vaikutuksiin, joita valituslautakunnan lähestymistavalla voi niiden mukaan olla tavaramerkkien haltijoille. Ne selittävät, että jos tämä lähestymistapa vahvistettaisiin, tavaramerkkien haltijoiden olisi vaikea osoittaa, että niiden tavaramerkit – erityisesti vaatteissa olevat tavaramerkit – olivat tulleet käytössä erottamiskykyisiksi, joten niiden olisi käytännössä pakko rekisteröidä systemaattisesti kaikki tavaramerkkinsä sekä käänteisinä että erilaisina väriyhdistelminä.

88 Yhtäältä on kuitenkin muistettava, että valituslautakunnat ovat velvollisia soveltamaan asetuksen N:o 207/2009 säännöksiä ja erityisesti epäämään tai kumoamaan sellaisten tavaramerkkien, joilta puuttuu erottamiskyky, rekisteröinnin riippumatta haitoista, joita siitä aiheutuu tavaramerkkien haltijoille. Toisaalta asetuksen N:o 207/2009 7 artiklan 1 kohdan b alakohta heijastaa yleisen edun mukaista tavoitetta, joka on ilmiselvästi sama kuin tavaramerkin keskeinen tehtävä, joka on taata kuluttajalle tai loppukäyttäjälle, että tavaramerkillä varustetulla tavaralla tai palvelulla on tietty alkuperä, jolloin kuluttaja tai loppukäyttäjä voi tavaramerkin perusteella erottaa ilman sekaannusvaaraa tavarantoimittajan tai palvelun muista tavaroista ja palveluista, joilla on toinen alkuperä (tuomio 16.9.2004, SAT.1 v. SMHV, C-329/02 P, EU:C:2004:532, 27 kohta ja tuomio 8.5.2008, Eurohypo v. SMHV, C-304/06 P, EU:C:2008:261, 56 kohta). Kun otetaan huomioon tämä yleisen edun mukainen tavoite, asetuksen N:o 207/2009 soveltamisen vaikutuksia tavaramerkin haltijoille ei voida pitää kohtuuttomina. Näin ollen valituslautakunnan lähestymistapa ei ollut yhteensopimaton suhteellisuusperiaatteen kanssa.

3) Kuvat, joissa on kaksi mustaa raitaa valkoisella pohjalla

- 89 Valituslautakunta totesi, että osa kantajan toimittamista kuvista esitti merkkejä, joissa oli kolmen raidan sijasta tosiasiallisesti vain kaksi mustaa (tai tummaa) raitaa valkoisella (tai vaalealla) pohjalla (riidanalaisen päätöksen 39, 41 ja 42 kohta). Tämä toteamus koskee erityisesti yhdeksää ensimmäistä kuvaa, jotka on esitetty edellä 68 kohdassa.
- 90 Kantaja kiistää tämän valituslautakunnan toteamuksen. Sen mukaan valituslautakunta on nimittäin yhtäältä menetellyt ristiriitaisesti tehdessään tämän päätelmän vain joidenkin toimitettujen kuvien osalta. Toisaalta kyseessä olevat kuvat esittävät sen mukaan merkkejä, joissa on kahden valkoisella (tai vaalealla) pohjalla olevan mustan (tai tumman) raidan sijasta kolme valkoista (tai vaaleaa) raitaa mustalla (tai tummalla) pohjalla.
- 91 Tältä osin on todettava, että vaikka myönnettäisiin, että – kuten kantaja väittää – kyseessä olevat kuvat esittävät tosiasiallisesti merkkejä, jotka muodostuvat kolmesta valkoisesta (tai vaaleasta) raidasta mustalla (tai tummalla) pohjalla, on silloin katsottava, että nämä kuvat esittävät kyseessä olevan tavaramerkin käyttöä sellaisissa muodoissa, joiden osalta väriyhdistelmä on käänteinen. Tässä tilanteessa nämä todisteet on joka tapauksessa hylättävä edellä 77 ja 78 kohdassa mainituista syistä.
- 92 Näin ollen se, että valituslautakunta totesi virheellisesti tiettyjen kuvien esittävän merkkejä, jotka muodostuvat kahdesta mustasta (tai tummasta) raidasta valkoisella (tai vaalealla) pohjalla, ei vaikuta riidanalaisen päätöksen laillisuuteen.

4) Viistoja raitoja esittävät kuvat

- 93 Edellä 68 kohtaan sisältyvän kymmenennen kuvan osalta valituslautakunta totesi, että vaikka kyseinen kuva esitti urheilijaa, joka käyttää kolmiraitaisella tavaramerkillä varustettua vaatetta, raidat oli kuitenkin katkaistu viistoon sellaisessa kulmassa, joka poikkesi kyseessä olevan tavaramerkin rekisteröidylle muodolle ominaisesta kulmasta (riidanalaisen päätöksen 41 kohta). Valituslautakunta katsoi, että tässä tilanteessa riidanalaisen merkin mittoja ei enää noudatettu (riidanalaisen päätöksen 42 kohta).
- 94 Kantaja kiistää mahdollisuuden hylätä kuvia vain sillä perusteella, että niissä esitetyt raidat olisivat viistoja. Se väittää, että raitoja on käytetty urheilijoiden päällä olevissa tuotteissa ja että sen seurauksena niiden viistous ja suunta määräytyvät kyseisten urheilijoiden liikkeiden sekä tuotteiden laskostumisen ja esillepanon mukaan. Havainnollistaakseen väitettään kantaja esittää kanteessaan neljä kuvaa liikkuvista urheilijoista, joiden käyttämissä vaatteissa on kolmesta yhdensuuntaisesta raidasta, jotka eivät näytä pystysuorilta vaan viistoilta, muodostuva tavaramerkki.

- 95 Tältä osin on yhtäältä todettava, että edellä 93 kohdassa mainittu ja valituslautakunnan hylkäämä kuva esittää merkkiä, jonka väriyhdistelmä on käänteinen. Sama koskee edellä 94 kohdassa mainittuja neljää kuvaa, joihin kantaja vetoaa. Näin ollen kyseiset viisi kuvaa on joka tapauksessa hylättävä edellä 77 ja 78 kohdassa mainituista syistä.
- 96 Toisaalta kantaja ei yksilöi yhtään kolmiraitaista tavaramerkkiä esittävää kuvaa, jonka väriyhdistelmä on rekisteröidyn tavaramerkin mukainen ja jonka valituslautakunta olisi hylännyt tai jättänyt huomiotta pelkästään sillä perusteella, että siinä esitetyt raidat olivat viistot.
- 97 Näin ollen kantaja ei voi tehokkaasti moittia valituslautakuntaa siitä, että se totesi joissakin kuvissa esitettyjen raitojen olevan viistot.

5) Sallittujen muutosten periaatteen soveltamista koskeva päätelmä

- 98 Kantaja ei esitä muuta kritiikkiä analyysistä, jonka valituslautakunta teki kantajan toimittamista erilaisista kuvista, etenkin edellä 68 kohdassa esitetyistä.
- 99 Yhtäältä kantaja ei etenkään kyseenalaista sitä, että valituslautakunta hylkäsi edellä 68 kohdassa esitetyt neljä viimeistä kuvaa. Kyseiset kuvat esittävät monimutkaisia tavaramerkkejä, jotka muodostuvat nimeen "adidas" perustuvan logon ja kolmion, kolmilehtisen apilan tai ympyrän muotoisen kolmiraitaisen kuvio-osan yhdistelmästä. Lisäksi kantaja on istunnossa nimenomaisesti myöntänyt, ettei näillä kuvilla ole merkitystä.
- 100 Toisaalta kantaja ei kiistä sitä, että tietyt kuvat ovat valokuvia kengistä, joiden pinnassa oleva merkki muodostuu kolmesta yhdensuuntaisesta vaaleasta raidasta, jotka ovat selvästi paksumpia ja lyhyempiä kuin kyseessä olevan tavaramerkin rekisteröidyssä muodossa olevat raidat ja jotka on katkaistu viistoon. Tämä koskee erityisesti edellä 68 kohdassa esitettyä kolmea kengän kuvaa, jotka hylättiin riidanalaisen päätöksen 41 ja 42 kohdassa. Sen lisäksi, että väriyhdistelmä ei tässä tilanteessa ole rekisteröidyn tavaramerkin mukainen, raitojen paksuuden ja pituuden samanaikainen muuttaminen sekä tapa, jolla raidat on katkaistu, vaikuttavat merkittävästi useisiin kyseessä olevan tavaramerkin ominaispiirteisiin, jotka on kuvattu edellä 36 kohdassa.
- 101 Näin ollen edellä 99 ja 100 kohdassa mainitut kuvat liittyvät käyttömuotoihin, jotka poikkeavat kyseessä olevan tavaramerkin rekisteröidystä muodosta. Todetut erot ovat muutoksia, joita ei voida pitää vähäisinä, joten kyseessä olevien käyttömuotojen ei voida katsoa kokonaisuutena vastaavan kyseessä olevan tavaramerkin rekisteröityä muotoa.
- 102 Lisäksi on niin, että vaikka kantaja vetosi erityisesti istunnossa mahdollisuuden käyttää kyseessä olevaa tavaramerkkiä muodoissa, joissa korkeuden ja leveyden suhde ei ole edellä 36 ja 37 kohdassa mainitun mukainen (noin 5:1), riidanalaisen päätöksen perusteluista ei ilmene, että valituslautakunta olisi hylännyt kyseessä olevan tavaramerkin käyttömuotoja vain sillä perusteella, etteivät ne vastanneet kyseistä suhdetta.
- 103 Näin ollen valituslautakunnan päätelmä, jonka mukaan suurin osa toimitetuista kuvista esitti merkkejä, jotka poikkesivat huomattavasti kyseessä olevan tavaramerkin rekisteröidystä muodosta, ei näytä olevan virheellinen. Valituslautakunta hylkäsi siis perustellusti nämä kuvat sillä perusteella, että ne liittyivät kyseessä olevan tavaramerkin sijasta muihin merkkeihin. Tästä seuraa, että kantaja ei voi perustellusti vedota sallittujen muutosten periaatteen loukkaamiseen.
- 104 Näin ollen toinen väite ja sen seurauksena ainoan kanneperusteen ensimmäinen osa kokonaisuudessaan on hylättävä.

C Toinen osa, joka koskee virhettä arvioitaessa tavaramerkin tulemistä käytössä erottamiskykyiseksi

- 105 Kanneperusteen toisessa osassa kantaja väittää lähinnä, että valituslautakunta teki arviointivirheen katsoessaan, ettei kantaja osoittanut, että kyseessä oleva tavaramerkki oli tullut käytön perusteella erottamiskykyiseksi unionissa.
- 106 Kantaja väittää toimittaneensa erittäin paljon todisteita, jotka on arvioitava kokonaisuutena ja riippumatta niissä esitettyjen raitojen väristä, pituudesta ja viistoudesta. Nämä todisteet osoittavat sen mukaan kolmesta samansuuntaisesta ja tasavälein olevasta raidasta muodostuvan tavaramerkin intensiivisen käytön sekä sen, että kohdeyleisö tunnistaa kyseisen tavaramerkin ja käsittää sen tarkoittavan kantajan tavaroita. Tämä näyttö annetaan sen mukaan koko unionin aluetta silmällä pitäen, vaikka otettaisiin huomioon vain ne todisteet, joissa kyseessä oleva tavaramerkki esitetään sen rekisteröidyssä muodossa.
- 107 Aluksi on todettava, että sen osoittamiseksi, että kyseessä olevasta tavaramerkistä on tullut erottamiskykyinen, kantaja ei voi vedota kaikkiin todisteisiin, jotka esittävät kolmea samansuuntaista ja tasavälein olevaa raitaa. Kanneperusteen ensimmäiseen osaan annetusta vastauksesta nimittäin ilmenee, että merkityksellisiä todisteita ovat vain ne, jotka esittävät kyseessä olevaa tavaramerkkiä sen rekisteröidyssä muodossa tai, jos sitä ei ole rekisteröity, kokonaisuutena sitä vastaavissa muodoissa, mikä sulkee pois käyttömuodot, joiden ominaispiirteinä on väriyhdistelmän muuttaminen käänteiseksi tai kyseessä olevan tavaramerkin muiden olennaisten ominaispiirteiden noudattamatta jättäminen.
- 108 Näin ollen on ensimmäiseksi ratkaistava, onko valituslautakunta arvioinut oikein erilaiset todisteet, joita kantaja toimitti sille näyttääkseen toteen, että kyseessä olevaa tavaramerkkiä oli käytetty ja että se oli tullut erottamiskykyiseksi. Toiseksi on kaikki esitetyt todisteet huomioon ottaen tutkittava, katsoiko valituslautakunta perustellusti, että näitä todisteita ei esitetty maantieteellisesti merkityksellisen alueen eli unionin alueen osalta.

1. Toimitettujen todisteiden merkityksellisyys

- 109 Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan arvioitaessa, onko tavaramerkki tullut käytön perusteella erottamiskykyiseksi, voidaan ottaa huomioon muun muassa tällä tavaramerkillä markkinoitujen tavaroiden markkinaosuus, tavaramerkin käyttämisen intensiivisyys, maantieteellinen laajuus ja kesto, se, missä määrin yritys on käyttänyt varoja tavaramerkin tunnetuksi tekemiseen, ja se, missä laajuudessa asianomaisessa kohderyhmässä tunnustetaan tämän merkin perusteella kyseinen tavara tai palvelu tietyn yrityksen tavaraksi tai palveluksi, sekä kauppakamarien ja muiden liike-elämän yhteenliittymien antamat lausunnot (tuomio 4.5.1999, Windsurfing Chiemsee, C-108/97 ja C-109/97, EU:C:1999:230, 51 kohta ja tuomio 18.6.2002, Philips, C-299/99, EU:C:2002:377, 60 kohta).
- 110 Tavaramerkillä markkinoitujen tavaroiden markkinaosuus, samoin kuin osuus kyseessä olevien tavaroiden markkinoiden mainonnan kokonaisuudesta, johon sisältyvät tavaramerkin myynninedistämiseen käytetyt mainosinvestoinnit, voi myös olla merkityksellinen arvioitaessa, onko tämä tavaramerkki saavuttanut erottamiskyvyn käytön kautta (tuomio 22.6.2006, Storck v. SMHV, C-25/05 P, EU:C:2006:422, 76 ja 77 kohta).
- 111 Edellä 109 ja 110 kohdassa mainittuja seikkoja on arvioitava kokonaisuutena (tuomio 4.5.1999, Windsurfing Chiemsee, C-108/97 ja C-109/97, EU:C:1999:230, 49 kohta ja tuomio 7.7.2005, Nestlé, C-353/03, EU:C:2005:432, 31 kohta).

- 112 Jos näiden seikkojen perusteella asianomainen kohderyhmä tai ainakin merkittävä osa siitä tunnistaa tämän tavaramerkin perusteella kyseisen tavaran tietyn yrityksen tavaraksi, on katsottava, että asetuksen N:o 207/2009 7 artiklan 3 kohdassa asetettu edellytys täyttyy (ks. analogisesti tuomio 4.5.1999, Windsurfing Chiemsee, C-108/97 ja C-109/97, EU:C:1999:230, 52 kohta).
- 113 Käsiteltävässä asiassa kantajan toimittamat todisteet voidaan jakaa useaan ryhmään eli ensinnäkin kuviin, joihin viitattiin jo tutkittaessa kanneperusteen ensimmäistä osaa, toiseksi tietoihin, jotka liittyvät liikevaihtoon sekä markkinointi- ja mainontakustannuksiin, kolmanneksi markkinatutkimuksiin ja neljänneksi muihin todisteisiin.

a) Kuvat

- 114 Kantajan toimittamien kuvien analyysi saattaa suurelta osin kyseenalaiseksi näiden todisteiden merkityksellisyyden.
- 115 Kanneperusteen ensimmäisen osan tarkastelusta ilmenee nimittäin, että valituslautakunta hylkäsi perustellusti suurimman osan kantajan EUIPO:lle toimittamista kuvista sillä perusteella, että kyseiset – ja erityisesti riidanalaisessa päätöksessä esitetyt – kuvat liittyivät merkkeihin, jotka eivät kokonaisuutena vastanneet kyseessä olevan tavaramerkin rekisteröityä muotoa.
- 116 On totta, että – kuten edellä 106 kohdassa todettiin – kantaja väittää esittäneensä unionin yleisessä tuomioistuimessa ”erittäin paljon” todisteita, jotka esittävät kyseessä olevaa tavaramerkkiä ”tarkalleen” tai ”lähes” saman ”kokoisena” kuin kyseisen tavaramerkin rekisteröity muoto.
- 117 Kannekirjelmän liitteenä toimitetuista asiakirjoista ei kuitenkaan ilmene, että niihin sisältyisi merkittävä määrä todisteita, jotka esittävät tavaramerkin rekisteröityä muotoa kokonaisuutena vastaavia merkkejä. On kuitenkin muistettava yhtäältä, että kantaja esitti EUIPO:ssa lähes 12 000 sivua todisteita, ja toisaalta, että sekä mitättömyysosasto että valituslautakunta moittivat sitä siitä, ettei se esittänyt todisteita kyseessä olevan varsinaisen tavaramerkin käytöstä. On kuitenkin todettava, että kantaja ei unionin yleisessä tuomioistuimessa yksilöinyt EUIPO:ssa käydyssä menettelyssä käytettyjen kuvien joukosta niitä, joiden perusteella voitaisiin osoittaa haetun tavaramerkin käyttö sen rekisteröidyssä muodossa tai sitä kokonaisuutena vastaavissa muodoissa.
- 118 Toiseksi on todettava, että tietyt valituslautakunnan hylkäämät kuvat, joista kolme ensimmäistä sisältyi edellä 68 kohtaan, esittävät kolmiraitaista tavaramerkkiä urheilukasseissa, jotka eivät kuulu kyseessä oleviin tuotteisiin. Kun siis otetaan huomioon edellä 20 kohdassa mainittu oikeuskäytäntö, tällaisilla todisteilla ei joka tapauksessa ole merkitystä.
- 119 Kolmanneksi on todettava, että vaikka on totta, että tietyt kantajan esittämät kuvat vastaavat kyseessä olevaa tavaramerkkiä ja niillä voidaan näin ollen osoittaa kyseisen tavaramerkin tietty käyttö, kyseiset kuvat eivät kuitenkaan muiden seikkojen puuttuessa anna mitään viitteitä kyseisen käytön merkityksestä ja kestosta sen enempää kuin mainitun käytön vaikutuksesta siihen, miten kohdeyleisö käsittää merkin. Näin ollen mainittujen kuvien perusteella ei voida osoittaa, että tällainen käyttö riitti siihen, että merkittävä osa kohdeyleisöstä tunnistaa kyseessä olevan tavaramerkin perusteella tavaran tietyn yrityksen tavaraksi.

b) Liikevaihtoa sekä markkinointi- ja mainontakustannuksia koskevat tiedot

- 120 Kantaja esitti EUIPO:ssa muun muassa valahtoisen vakuutuksen, jossa esitetään adidas-tavaramerkki eli kolmiraitainen tavaramerkki ja joka sisältää kaikkien unionin 28 jäsenvaltion osalta tietoja, jotka koskevat kantajan johtaman yrityksen liikevaihtoa sekä kyseiselle yritykselle aiheutuneiden markkinointi- ja mainontakustannusten määrää. Kyseisessä valahtoisessa vakuutuksessa täsmennetään, että lähes kaikissa yrityksen myymissä tuotteissa on kolmiraitainen tavaramerkki ja että

kyseinen merkki on nähtävissä valtaosassa sen mainontavälineistä. Kyseisessä vakuutuksessa annetaan myös tietoa adidas-tavaramerkillä markkinoitujen tavaroiden markkinaosuuksista tietyissä jäsenvaltioissa eli Saksassa, Ranskassa, Puolassa ja Yhdistyneessä kuningaskunnassa. Lisäksi siinä esitetään yhteenveto kantajan sponsoritoiminnasta tapahtumien ja urheilukilpailujen yhteydessä.

- 121 Valituslautakunta on mitättömyysoaston tavoin myöntänyt valaehdoissa vakuutuksessa esitetyt luvut ”vaikuttaviksi” (riidanalaisen päätöksen 46 kohta). Tältä osin on kiistatonta, että kantaja on käyttänyt tiettyjä tavaramerkkejään unionissa intensiivisesti ja pitkäaikaisesti ja investoinut huomattavasti varoja niiden myynninedistämiseen.
- 122 Valituslautakunta totesi kuitenkin perustellusti, että kantajan toimittamien lukujen ja kyseessä olevan tavaramerkin sekä näiden tietojen ja kyseessä olevien tavaroiden välille ei ollut mahdollista muodostaa yhteyttä (riidanalaisen päätöksen 46 ja 70 kohta).
- 123 Kantajan toimittamat luvut koskevat nimittäin yrityksen koko toimintaa, kaikkia tuotteita ja kaikkia tavaramerkkejä yhdessä. Ne sisältävät siis yhtäältä merkityksettömien tuotteiden, kuten urheilukassien (ks. edellä 118 kohta), ja toisaalta vain muilla merkeillä kuin kyseessä olevalla tavaramerkillä varustettujen tuotteiden myynnin ja myynninedistämisen.
- 124 Lisäksi useimmat urheilumarkkinointia ja mainontavälineitä koskevat esimerkit, joihin kantaja vetoaa EUIPO:ssa ja jotka esitetään kannekirjelmässä tai toimitettiin kyseisen kannekirjelmän liitteinä, esittävät kolmiraitaisia merkkejä, jotka muun muassa käänteisen väriyhdistelmän takia eivät kokonaisuutena vastaa kyseessä olevan tavaramerkin rekisteröityä muotoa.
- 125 Näin ollen liikevaihtoa sekä markkinointi- ja mainontakustannuksia koskevien tietojen perusteella ei voida osoittaa, että kyseessä olevaa tavaramerkkiä on käytetty ja että se on tullut käytössä erottamiskykyiseksi.

c) Markkinatutkimukset

- 126 Kantaja esitti EUIPO:ssa 23 markkinatutkimusta, jotka oli tehty vuosina 1983–2011 Saksassa, Virossa, Espanjassa, Ranskassa, Italiassa, Alankomaissa, Romaniassa, Suomessa, Ruotsissa ja Yhdistyneessä kuningaskunnassa.
- 127 Valituslautakunta katsoi lähinnä, että koska monet kantajan toimittamista markkinatutkimuksista eivät koskeneet kyseessä olevaa tavaramerkkiä sen rekisteröidyssä muodossa, kyseisillä tutkimuksilla ei ollut merkitystä sen osoittamisessa, että kyseessä oleva tavaramerkki oli tullut käytössä erottamiskykyiseksi kyseessä olevien jäsenvaltioiden alueella (riidanalaisen päätöksen 48–50 kohta).
- 128 Tältä osin kantajan EUIPO:lle toimittamat markkinatutkimukset on jaettava kahteen eri ryhmään.
- 129 Ensimmäiseksi on todettava, että unionin yleisessä tuomioistuimessa kantaja mainitsee nimenomaisesti ja esittää uudelleen viisi markkinatutkimusta, jotka on tehty vuosina 2009 ja 2011 Saksassa, Virossa, Espanjassa, Ranskassa ja Romaniassa. Nämä tutkimukset tehtiin käyttäen samaa menetelmää ja edellä 2 kohdassa esitettyä täysin vastaavan graafisen esityksen perusteella. Niillä voitiin muun muassa kyselyn perusteella selvittää kyseessä olevan tavaramerkin erottamiskyvyn aste määriteltynä niiden kyselyyn vastanneiden henkilöiden osuutena, jotka käsittivät tämän tavaramerkin yhden yrityksen tavaramerkiksi, kun sitä käytetään urheiluvaatteiden tai urheiluvälineiden yhteydessä. Mainituissa markkinatutkimuksissa tehtyjen päätelmien mukaan kyseinen erottamiskyvyn aste on suuren yleisön osalta Saksassa 57 prosenttia, Virossa 48,3 prosenttia, Espanjassa 47,1 prosenttia, Ranskassa, 52,0 prosenttia ja Romaniassa 30,6 prosenttia. Sellaisen erikoistuneen yleisön osalta, joka ostaa tai

käyttää tai voi ostaa tai käyttää urheiluvaatteita tai -välineitä, erottamiskyvyn aste on korkeampi ja yltää Saksassa 63,5 prosenttiin, Virossa 52,4 prosenttiin, Espanjassa 62,7 prosenttiin, Ranskassa 62,7 prosenttiin ja Romaniassa 43,2 prosenttiin.

- 130 Edellä 129 kohdassa mainituista viidestä markkinatutkimuksesta ilmenee yhtäältä, että ne liittyvät kyseessä olevan tavaramerkin käyttöön sen rekisteröidyssä muodossa ja toisaalta, että ne mittaavat konkreettisesti sitä, miten kohdeyleisö mieltää kyseisen tavaramerkin. Valituslautakunta, EUIPO ja väliintulija eivät myöskään riitauttaneet kyseisten markkinatutkimusten toteuttamismenetelmiä. Tästä seuraa, että mainitut markkinatutkimukset ovat lähtökohtaisesti merkityksellisiä todisteita sen osoittamiseksi, että kyseessä oleva tavaramerkki on tullut käytön seurauksena erottamiskykyiseksi.
- 131 On kuitenkin todettava, että edellä 129 kohdassa mainittujen viiden markkinatutkimuksen tekemisen yhteydessä osallistujilta oli etukäteen tiedusteltu, olivatko ne jo havainneet kyseisen tavaramerkin urheiluvaatteiden tai -välineiden yhteydessä. Koska kantaja korosti painokkaasti kyseessä olevan tavaramerkin käyttöä urheilutoiminnassa ja urheilukilpailuissa, ei voida sulkea pois sitä, että tämän ennakkokysymyksen sanamuoto auttoi kyselyyn osallistuneita henkilöitä yhdistämään kyseisen tavaramerkin mielessään tiettyyn yritykseen. Näin ollen edellä 129 kohdassa mainittujen markkinatutkimusten merkitystä kyseisten tavaroiden osalta on tarkennettava.
- 132 Toiseksi on todettava, että kantaja viittaa kirjelmässään vain niihin 18 markkinatutkimukseen, jotka se esitti EUIPO:ssa ja toteaa, että valituslautakunta hylkäsi nämä tutkimukset ylimalkaisesti.
- 133 Todettakoon kuitenkin, että kyseiset 18 markkinatutkimusta tehtiin tavaramerkeistä, jotka eivät kokonaisuutena vastaa kyseessä olevan tavaramerkin rekisteröityä muotoa muun muassa siksi, että väriyhdistelmä on käänteinen tai että muita kyseessä olevan tavaramerkin olennaisia ominaispiirteitä, kuten raitojen määrää, on muutettu.
- 134 Tietyt tutkimukset, joita tehtiin Saksassa vuonna 1983, Espanjassa vuonna 1986, 1991, 2008 ja 2009, Ranskassa vuonna 2011, Italiassa vuonna 2009, Suomessa vuonna 2005, Ruotsissa vuonna 2003 ja Yhdistyneessä kuningaskunnassa vuonna 1995, liittyvät siten merkkeihin, jotka muodostuvat kahdesta, kolmesta tai neljästä kengän pinnassa olevasta samansuuntaisesta raidasta. Nämä raidat, joiden pituus, paksuus ja väri vaihtelevat, on aina sijoitettu kengän pintaan tietyllä tavalla ja katkaistu viistoon (ks. esimerkiksi edellä 68 kohdassa esitetyt ja 100 kohdassa mainitut kolme kuvaa).
- 135 Muut markkinatutkimukset, jotka on tehty Saksassa vuosina 2001 ja 2004, Espanjassa vuonna 1995, Italiassa vuonna 2004 ja 2009 ja Alankomaissa vuonna 2004, koskevat mustissa vaatteissa olevista kahdesta tai kolmesta valkoisesta raidasta muodostuvia merkkejä. Alankomaissa vuonna 2004 tehty tutkimus koskee myös tavaramerkkejä, jotka muodostuvat valkoisissa vaatteissa olevista kahdesta mustasta raidasta. Lisäksi useat näistä tutkimuksista liittyvät esitettyjen merkkien käytön aiheuttamaan sekaannusvaaraan eivätkä siihen, ovatko ne tulleet käytössä erottamiskykyisiksi.
- 136 Todettakoon lopuksi, että tiettyjen vuonna 1984 Saksassa ja vuonna 1991 Espanjassa tehtyjen markkinatutkimusten kohteena ei ollut kuviomerkin graafinen esitys vaan pelkästään sanat ”kolme raitaa” saksan ja espanjan kielillä.
- 137 Näin ollen kantaja ei voi perustellusti moittia valituslautakuntaa siitä, että se hylkäsi edellä 132–136 kohdassa mainitut 18 markkinatutkimusta.

d) Muut todisteet

- 138 Kantaja esitti EUIPO:ssa ja sen jälkeen unionin yleisessä tuomioistuimessa myös monia muita todisteita ja erityisesti kansallisten tuomioistuinten ratkaisuja tai lisäksi lehtileikkeitä, joissa vedotaan sen kolmiraitaisen tavaramerkin maineeseen.

- 139 Kanneperusteen toisessa osassa kantaja ei kuitenkaan nimenomaisesti viittaa juuri kyseisiin todisteisiin. Erityisesti on todettava, ettei se mainitse, mitkä kansallisten tuomioistuinten ratkaisuksista tai lehtileikkeistä ovat sen mukaan merkityksellisiä valituslautakunnan arvioinnin kyseenalaistamiseksi, siltä osin kuin se koskee tavaramerkin tulemistä käytössä erottamiskykyiseksi.
- 140 On totta, että kanneperusteen ensimmäisessä osassa kantaja vetoaa yhtäältä kahden saksalaisen tuomioistuimen tekemiin ratkaisuihin ja toisaalta ranskalaisen tuomioistuimen ratkaisuun, joka vahvistettiin muutoksenhaussa. Kantajan mukaan näissä edellä 80 kohdassa jo mainituissa ja kannekirjelmän liitteessä A.8 esitetyissä ratkaisuissa tunnustettiin sen tavaramerkkien maine ja näin ollen sekä niiden erottamiskyky että tosiasiallinen käyttö.
- 141 On kuitenkin todettava yhtäältä, että kahden saksalaisen tuomioistuimen ratkaisuissa mainitaan yleisesti kantajan ”kolmiraitaiset tavaramerkit” ja toisaalta, että ranskalainen tuomioistuin antoi ratkaisunsa tavaramerkistä, joka muodostui kengän pinnassa olevista kolmesta valkoisesta raidasta mustaa taustaa vasten. Koska nämä ratkaisut eivät koske käyttömuotoja, joiden voidaan katsoa vastaavan kyseessä olevan tavaramerkin rekisteröityä muotoa, niillä ei näin ollen ole merkitystä pyrittäessä osoittamaan, että kyseinen tavaramerkki on tullut käytössä erottamiskykyiseksi.

2. Kyseessä olevan tavaramerkin käytön todistaminen ja sen tuleminen erottamiskykyiseksi koko unionissa

- 142 On muistutettava, että asetuksen N:o 207/2009 1 artiklan 2 kohdan (josta on tullut asetuksen 2017/1001 1 artiklan 2 kohta) mukaan EU-tavaramerkki on yhtenäinen ja sen oikeusvaikutukset ovat samanlaiset kaikkialla unionissa.
- 143 EU-tavaramerkin yhtenäisyydestä seuraa, että merkin rekisteröinti edellyttää, että sillä on joko sen ominaispiirteisiin perustuva tai käytön perusteella syntynyt erottamiskyky koko unionin alueella (tuomio 25.7.2018, Société des produits Nestlé ym. v. Mondelez UK Holdings & Services, C-84/17 P, C-85/17 P ja C-95/17 P, EU:C:2018:596, 68 kohta).
- 144 Tästä seuraa, että tavaramerkki, jolla ei ole ominaispiirteisiin perustuvaa erottamiskykyä kaikissa jäsenvaltioissa, voidaan rekisteröidä tämän säännöksen nojalla vain, mikäli osoitetaan, että se on tullut käyttöönsä perusteella erottamiskykyiseksi koko unionissa (ks. tuomio 25.7.2018, Société des produits Nestlé ym. v. Mondelez UK Holdings & Services, C-84/17 P, C-85/17 P ja C-95/17 P, EU:C:2018:596, 76 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 145 Vaikka onkin totta, että se, että tavaramerkki on tullut käytössä erottamiskykyiseksi, on näytettävä toteen siinä osassa unionia, jossa sillä ei ollut ominaispiirteisiin perustuvaa erottamiskykyä, olisi liiallista vaatia, että todisteet tällaisesta erottamiskykyiseksi tulemisesta pitäisi esittää kunkin jäsenvaltion osalta erikseen (ks. tuomio 25.7.2018, Société des produits Nestlé ym. v. Mondelez UK Holdings & Services, C-84/17 P, C-85/17 P ja C-95/17 P, EU:C:2018:596, 77 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 146 Missään asetuksen N:o 207/2009 säännöksessä ei nimittäin veloiteta osoittamaan erillisillä todisteilla sitä, että tavaramerkki on tullut käytössä erottamiskykyiseksi erikseen kussakin jäsenvaltiossa. Näin ollen ei voida sulkea pois sitä, että todisteet siitä, että tavaramerkki on tullut käytössä erottamiskykyiseksi, ovat merkityksellisiä useiden jäsenvaltioiden ja jopa koko unionin osalta (tuomio 25.7.2018, Société des produits Nestlé ym. v. Mondelez UK Holdings & Services, C-84/17 P, C-85/17 P ja C-95/17 P, EU:C:2018:596, 80 kohta).
- 147 On mahdollista, että talouden toimijat ovat yhdistäneet useat jäsenvaltiot tiettyjen tavaroiden ja palvelujen jakeluverkostoksi ja ovat kohdelleet näitä jäsenvaltioita erityisesti niiden markkinointistrategioiden osalta, niin kuin ne muodostaisivat yhdet kansalliset markkinat. Tällaisessa tapauksessa merkin käyttöä tällaisilla rajat ylittävillä markkinoilla koskevat todisteet voivat olla

- merkityksellisiä kaikkien kyseessä olevien jäsenvaltioiden osalta (tuomio 25.7.2018, Société des produits Nestlé ym. v. Mondelez UK Holdings & Services, C-84/17 P, C-85/17 P ja C-95/17 P, EU:C:2018:596, 81 kohta).
- 148 Asia on näin myös tilanteessa, jossa kahden jäsenvaltion välisen maantieteellisen, kulttuurisen tai kielellisen läheisyyden vuoksi ensimmäisen jäsenvaltion kohdeyleisöllä on toisen jäsenvaltion markkinoilla esiintyvien tavaroiden tai palvelujen riittävä tuntemus (tuomio 25.7.2018, Société des produits Nestlé ym. v. Mondelez UK Holdings & Services, C-84/17 P, C-85/17 P ja C-95/17 P, EU:C:2018:596, 82 kohta).
- 149 Näistä toteamuksista käy ilmi, että vaikka sellaisen tavaramerkin, jolla ei alun perin ole ollut erottamiskykyä kaikissa jäsenvaltioissa, rekisteröinti asetuksen N:o 207/2009 7 artiklan 3 kohdan nojalla ei edellytä sitä, että näyttö siitä, että tämä tavaramerkki on tullut käytössä erottamiskykyiseksi, esitetään kunkin jäsenvaltion osalta erikseen, esitettävällä näytöllä on kuitenkin voitava osoittaa tällainen erottamiskykyiseksi tuleminen kaikissa unionin jäsenvaltioissa (tuomio 25.7.2018, Société des produits Nestlé ym. v. Mondelez UK Holdings & Services, C-84/17 P, C-85/17 P ja C-95/17 P, EU:C:2018:596, 83 kohta). Sama pätee tavaramerkin rekisteröinnin voimassa pitämiseen saman asetuksen 52 artiklan 2 kohdan perusteella.
- 150 Käsiteltävässä asiassa on selvää, että kyseessä olevalta tavaramerkiltä puuttuu ominaispiirteisiin perustuva erottamiskyky koko unionissa. Valituslautakunta on siis perustellusti tutkinut, oliko tavaramerkki tullut erottamiskykyiseksi kohdeyleisön keskuudessa koko unionin alueella (ks. riidanalaisen päätöksen 22 kohta).
- 151 Kantajan esittämistä ja edellä 114–141 kohdassa tarkastelluista todisteista on todettava, että niistä jossain määrin merkityksellisiä ovat vain edellä 129–131 kohdassa analysoidut viisi markkinatutkimusta.
- 152 Nämä tutkimukset toteutettiin kuitenkin vain viidessä jäsenvaltiossa, ja ne kattavat näin ollen ainoastaan osan unionin alueesta.
- 153 Kantaja, jota väliintulijana oleva yhdistys tukee, vetoaa oikeuskäytäntöön, jonka mukaan ei kuitenkaan vaadita, että samantyyppiset todisteet esitetään jokaisen jäsenvaltion osalta (tuomio 28.10.2009, BCS v. SMHV – Deere (Vihreän ja keltaisen värin yhdistelmä), T-137/08, EU:T:2009:417, 39 kohta ja tuomio 15.12.2016, Mondelez UK Holdings & Services v. EUIPO – Société des produits Nestlé (Suklaalevyn muoto), T-112/13, ei julkaistu, EU:T:2016:735, 126 kohta). Se väittää toimittaneensa jokaisen jäsenvaltion osalta muita todisteita, jotka liittyvät muun muassa sen liikevaihtoon sekä kyseessä olevan tavaramerkin tunnetuksi tekemiseen tehtyjen investointien määrään. Nämä todisteet osoittavat kantajan mukaan, että kyseessä olevaa tavaramerkkiä käytetään samalla tavoin eri jäsenvaltioissa ja että kaikkien jäsenvaltioiden kansalliset markkinat ovat siis vertailukelpoiset. Näin ollen sen toimittamien erilaisten todisteiden perusteella voitiin sen mukaan kokonaisuutena arvioituna osoittaa, että kyseessä oleva tavaramerkki oli tullut käytössä erottamiskykyiseksi koko unionin alueella.
- 154 Näitä väitteitä ei voida hyväksyä.
- 155 Yhtäältä kantaja ei nimittäin yksilöi yhtään merkityksellistä todistetta, lukuun ottamatta edellä 129 ja 151 kohdassa mainittua viittä markkinatutkimusta. Näin ollen se ei osoita toimittaneensa merkityksellisiä todisteita niiden 23 jäsenvaltion osalta, joita nämä markkinatutkimukset eivät kata.
- 156 Toisaalta pelkästään se, että kantaja toimitti liikevaihtoonsa ja markkinointi- ja mainontakustannuksiinsa liittyviä tietoja, jotka kerättiin jäsenvaltiokohtaisesti, ei riitä osoittamaan yksien tai useampien eri jäsenvaltioista muodostuvien rajat ylittävien markkinoiden olemassaoloa. Erityisesti on todettava, ettei kantaja osoita, että joko talouden toimijoiden jakeluverkko-organisaation ja markkinointistrategioiden tai kohdeyleisön tietojen takia niiden 23 jäsenvaltion, joita edellä 129

ja 151 kohdassa mainitut markkinatutkimukset eivät koske, ja niiden viiden jäsenvaltion, joissa kyseiset tutkimukset tehtiin, kansalliset markkinat ovat vertailukelpoiset. Todettakoon lisäksi, että vaikka kantaja vetoaa kyseessä olevan tavaramerkin käytön osoittamiseksi siihen, että se sponsoroi Euroopan laajuisia kansainvälisiä urheilukilpailuja, se ei väitä eikä osoita tämän sponsoritoimintaa koskevan väitteensä avulla, että eri jäsenvaltioiden markkinat ovat vertailukelpoiset.

- 157 Näin ollen vaikka myönnettäisiin, että edellä 129 ja 151 kohdassa mainittujen viiden markkinatutkimuksen tulokset ovat kaikilta osin merkityksellisiä, niitä ei voida ulottaa koskemaan kaikkia jäsenvaltioita eikä täydentää eikä tukea muilla kantajan toimittamilla todisteilla niissä jäsenvaltioissa, joita mainitut tutkimukset eivät koske.
- 158 Näin ollen kantajan toimittamien erilaisten todisteiden perusteella ei kokonaisuutenakaan arvioituna voida yhtäältä osoittaa kyseessä olevan tavaramerkin käyttöä koko unionin alueella, eivätkä ne toisaalta missään tapauksessa riitä osoittamaan, että tämän käytön perusteella kyseisellä tavaramerkillä voidaan koko tällä alueella yksilöidä ne tavarat, joita varten se on rekisteröity ja siis erottaa nämä tavarat muiden yritysten tavaroista.
- 159 Tästä seuraa, ettei valituslautakunta tehnyt arviointivirhettä katsoessaan, ettei kantaja osoittanut, että riidanalainen tavaramerkki oli tullut käytössä erottamiskykyiseksi koko unionin alueella.
- 160 Näin ollen kanneperusteen toinen osa ja sen seurauksena ainoa kanneperuste kokonaisuudessaan on hylättävä.
- 161 Edellä esitetystä seuraa, että kanne on hylättävä.

IV Oikeudenkäyntikulut

- 162 Unionin yleisen tuomioistuimen työjärjestyksen 134 artiklan 1 kohdan mukaan asianosainen, joka häviää asian, velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on sitä vaatinut.
- 163 Koska kantaja on hävinnyt asian, se on velvoitettava vastaamaan omista oikeudenkäyntikuluistaan sekä korvaamaan EUIPO:n ja väliintulijan oikeudenkäyntikulut, koska nämä ovat sitä vaatineet.
- 164 Lisäksi työjärjestyksen 138 artiklan 3 kohdan mukaan unionin yleinen tuomioistuin voi määrätä, että väliintulija vastaa omista oikeudenkäyntikuluistaan. Käsiteltävässä asiassa väliintulijana oleva yhdistys vastaa omista oikeudenkäyntikuluistaan.

Näillä perusteilla

UNIONIN YLEINEN TUOMIOISTUIN (laajennettu yhdeksäs jaosto)

on ratkaissut asian seuraavasti:

- 1) **Kanne hylätään.**
- 2) **adidas AG vastaa omista oikeudenkäyntikuluistaan, ja se veloitetaan korvaamaan Euroopan unionin teollisoikeuksien viraston (EUIPO) ja Shoe Branding Europe BVBA:n oikeudenkäyntikulut.**
- 3) **Marques vastaa omista oikeudenkäyntikuluistaan.**

Gervasoni

Madise

da Silva Passos

Kowalik-Bańczyk

Mac Eochaidh

Julistettiin Luxemburgissa 19 päivänä kesäkuuta 2019.

Allekirjoitukset

Sisällysluettelo

I Asian tausta	2
II Asianosaisten ja väliintulijan vaatimukset	4
III Oikeudellinen arviointi	4
A Alustavat toteamukset	4
B Ensimmäinen osa, joka koskee tiettyjen todisteiden perusteetonta hylkäämistä	5
1. Ensimmäinen väite, joka koskee kyseessä olevan tavaramerkin virheellistä tulkintaa	5
2. Toinen kanneperuste, joka koskee sallittujen muutosten periaatteen virheellistä soveltamista ..	8
a) Asetuksen N:o 207/2009 7 artiklan 3 kohdassa ja 52 artiklan 2 kohdassa tarkoitettu tavaramerkin käytön käsite	8
b) Sallittujen muutosten periaatteen soveltaminen	10
1) Kyseessä olevan tavaramerkin hyvin yksinkertaisen luonteen huomioon ottaminen	12
2) Käänteiseksi muutetun väriyhdistelmän vaikutukset	13
3) Kuvat, joissa on kaksi mustaa raitaa valkoisella pohjalla	15
4) Viistoja raitoja esittävät kuvat	15
5) Sallittujen muutosten periaatteen soveltamista koskeva päätelmä	16
C Toinen osa, joka koskee virhettä arvioitaessa tavaramerkin tulemistä käytössä erottamiskykyiseksi.	17
1. Toimitettujen todisteiden merkityksellisyys	17
a) Kuvat	18
b) Liikevaihtoa sekä markkinointi- ja mainontakustannuksia koskevat tiedot	18
c) Markkinatutkimukset	19
d) Muut todisteet	20
2. Kyseessä olevan tavaramerkin käytön todistaminen ja sen tuleminen erottamiskykyiseksi koko unionissa	21
IV Oikeudenkäyntikulut	23