



Oikeustapauskokoelma

UNIONIN YLEISEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (viides jaosto)

4 päivänä lokakuuta 2018*

EU-tavaramerkki – Mitättömyysmenettely – EU-sanamerkki FLÜGEL – Aikaisemmat kansalliset sanamerkit ...VERLEIHT FLÜGEL ja RED BULL VERLEIHT FLÜÜÜGEL –
Suhteelliset hylkäysperusteet – Käytön sallimisesta johtuva oikeudenmenetys – Asetuksen (EY) N:o 207/2009 54 artiklan 2 kohta (josta on tullut asetuksen (EU) 2017/1001 61 artiklan 2 kohta) – Sekaannusvaaran puuttuminen – Tavaroiden samankaltaisuuden puuttuminen – Asetuksen N:o 207/2009 53 artiklan 1 kohdan a alakohta (josta on tullut asetuksen 2017/1001 60 artiklan 1 kohdan a alakohta) – Asetuksen N:o 207/2009 8 artiklan 1 kohta (josta on tullut asetuksen 2017/1001 8 artiklan 1 kohta)

Asiassa T-150/17,

Asolo Ltd, kotipaikka Limassol (Kypros), edustajinaan asianajajat W. Pors ja N. Dorenbosch,

kantajana,

vastaan

Euroopan unionin teollisoikeuksien virasto (EUIPO), asiamiehinaan M. Capostagno, A. Folliard-Monguiral ja D. Walicka,

vastaajana,

jossa toisena asianosaisena EUIPO:n valituslautakunnassa käydyssä menettelyssä oli ja väliintulijana unionin yleisessä tuomioistuimessa on

Red Bull GmbH, kotipaikka Fuschl am See (Itävalta), edustajinaan asianajajat A. Renck ja S. Petivlasova,

jossa on kyse kanteesta, joka on nostettu EUIPO:n viidennen valituslautakunnan 17.11.2016 tekemästä päätöksestä (asia R 282/2015-5), joka koskee Red Bullin ja Asolon välistä mitättömyysmenettelyä,

UNIONIN YLEINEN TUOMIOISTUIN (viides jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja D. Gratsias (esittelevä tuomari) sekä tuomarit A. Dittrich ja P. G. Xuereb,

kirjaaja: hallintovirkamies X. Lopez Bancalari,

ottaen huomioon unionin yleisen tuomioistuimen kirjaamoon 8.3.2017 jätetyn kannekirjelmän,

ottaen huomioon unionin yleisen tuomioistuimen kirjaamoon 23.5.2017 jätetyn EUIPO:n vastineen,

* Oikeudenkäyntikieli: englanti.

ottaen huomioon unionin yleisen tuomioistuimen kirjaamoon 6.6.2017 jätetyn väliintulijan vastineen,

ottaen huomioon unionin yleisen tuomioistuimen asianosaisille esittämät kirjalliset kysymykset ja unionin yleisen tuomioistuimen kirjaamoon 6.3.2018 jätetyt vastaukset näihin kysymyksiin,

ottaen huomioon 12.4.2018 pidetyssä istunnossa esitetyn,

on antanut seuraavan

tuomion

Asian tausta

- 1 International Licensing Services, joka on yksi kantajan Asolo Ltd:n oikeudellisista edeltäjistä, teki 24.9.1997 EU-tavaramerkkiä koskevan rekisteröintihakemuksen Euroopan unionin teollisoikeuksien virastolle (EUIPO) yhteisön tavaramerkistä 20.12.1993 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 40/94 (EYVL 1994, L 11, s. 1), sellaisena kuin se on muutettuna (korvattuna Euroopan unionin tavaramerkistä 26.2.2009 annetulla neuvoston asetuksella (EY) N:o 207/2009 (EUVL 2009, L 78, s. 1), sellaisena kuin tämä asetus on muutettuna ja korvattuna Euroopan unionin tavaramerkistä 14.6.2017 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksella (EU) 2017/1001 (EUVL 2017, L 154, s. 1)), nojalla.
- 2 Tavaramerkki, jonka rekisteröintiä haettiin, on sanamerkki FLÜGEL.
- 3 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 luokkiin 32 ja 33 ja vastaavat kummankin luokan osalta seuraavaa kuvausta:
 - luokka 32: ”Oluet; kivennäis- ja hiilihappovedet ja muut alkoholittomat juomat; hedelmäjuomat ja hedelmätuoremehut; mehutiivisteet ja muut juomien valmistusaineet”;
 - luokka 33: ”Alkoholijuomat (paitsi oluet)”.
- 4 Tavaramerkkihakemus julkaistiin 22.6.1998 Yhteisön tavaramerkkilehdessä nro 1998/45 ja tavaramerkki rekisteröitiin 1.2.1999.
- 5 EUIPO rekisteröi 7.9.2006 riidanalaisen tavaramerkin siirron kantajalle.
- 6 Väliintulija Red Bull GmbH esitti 5.12.2011 mitättömyysvaatimuksen asetuksen N:o 207/2009 53 artiklan 1 kohdan a alakohdan (josta on tullut asetuksen 2017/1001 60 artiklan 1 kohdan a alakohta), luettuna yhdessä saman asetuksen 8 artiklan 1 kohdan b alakohdan ja 5 kohdan (joista on tullut asetuksen 2017/1001 8 artiklan 1 kohdan b alakohta ja 5 kohta) kanssa, nojalla.
- 7 Mitättömyysvaatimus perustui seuraaviin aikaisempiin oikeuksiin:
 - sanamerkki ...VERLEIHT FLÜGEL, joka on rekisteröity tavaramerkkinä Itävallassa numerolla 175793;
 - sanamerkki RED BULL VERLEIHT FLÜÜÜGEL, joka on rekisteröity tavaramerkkinä Itävallassa numerolla 161298.

- 8 Molemmat aikaisemmat kansalliset tavaramerkit on rekisteröity luokkaan 32 kuuluville tavaroille ”energiajuomat”.
- 9 Mitättömyysosasto totesi 2.12.2014 tekemällään päätöksellä EUIPO:n pääjohtajan 20.6.2012 antamaan tiedonantoon nro 2/12luokkaotsikoiden käytöstä yhteisön tavaramerkkien hakemista ja rekisteröintiä varten laadittavissa tavaroiden ja palvelujen luetteloissa (EUVL SMHV 7/2012) vedoten, että tavaroita ”alkoholiesanssit; alkoholiuutteet; alkoholipitoiset hedelmäuutteet” on tarkasteltava käsiteltävässä asiassa samalla tavalla kuin ”alkoholijuomia”, jotka luokka 33 kattaa.
- 10 Mitättömyysosasto katsoi aikaisemman tavaramerkin ...VERLEIHT FLÜGEL (jäljempänä aikaisempi tavaramerkki) maineeseen vedoten, että sen oli prosessiekonomiaan liittyvistä syistä perustettava päätelmänsä kyseisen tavaramerkin maineeseen. Niinpä mitättömyysosasto otti huomioon kyseisen tavaramerkin maineen, yleisön mahdollisesti mieltämän yhteyden aikaisemman tavaramerkin ja riidanalaisen tavaramerkin välillä ja sen mahdollisuuden, että riidanalaisen tavaramerkin haltija voisi käyttää epäoikeutetusti hyväkseen aikaisemman tavaramerkin mainetta, ja hyväksyi asetuksen N:o 207/2009 53 artiklan 1 kohdan a alakohdan, luettuna yhdessä saman asetuksen 8 artiklan 5 kohdan kanssa, perusteella mitättömyysvaatimuksen kaikkien riidanalaisen tavaramerkin kattamien tavaroiden osalta. Lisäksi mitättömyysosasto päätteli käytön sallimisesta johtuvan oikeudenmenetyksen osalta, jota kantaja vaatii, ettei käsiteltävässä asiassa ollut tarpeen soveltaa asetuksen N:o 207/2009 54 artiklaa (josta on tullut asetuksen 2017/1001 61 artikla), koska vaikka väliintulija oli tietoinen riidanalaisen tavaramerkin olemassaolosta, ei ollut osoitettu, että se oli sallinut merkin käytön Itävallassa tietoisena siitä käsiteltävässä asiassa merkityksellisenä ajanjaksona eli 5.12.2006 ja 5.12.2011 välisenä ajanjaksona.
- 11 Kantaja teki 29.1.2015 valituksen EUIPO:ssa asetuksen N:o 207/2009 58–64 artiklan (joista on tullut asetuksen 2017/1001 66–71 artikla) nojalla mitättömyysosaston päätöksestä hyväksyä väliintulijan esittämä mitättömyysvaatimus.
- 12 EUIPO:n viides valituslautakunta hylkäsi valituksen 17.11.2016 tekemällään päätöksellä (jäljempänä riidanalainen päätös).
- 13 Tarkemmin sanottuna valituslautakunta ensinnäkin vahvisti mitättömyysosaston päätöksen siltä osin kuin tämä hylkäsi väitteen väliintulijan käytön sallimisesta johtuvasta oikeudenmenetyksestä. Se katsoi tältä osin, että kantajan mitättömyysosastossa esittämät todisteet eivät riittäneet sen päätelmän tekemiseen, että väliintulija oli tietoinen tai sen voitiin kohtuudella olettaa olevan tietoinen riidanalaisen tavaramerkin käytöstä. Valituslautakunta katsoi, että kantajan valituslautakunnassa ensimmäisen kerran esittämiä todisteita ei voitu pitää täydentävinä todisteina tai lisätodisteina oikeuskäytännössä tarkoitetulla tavalla. Valituslautakunnan mukaan sen päätelmä pysyisi joka tapauksessa muuttumattomana, vaikka oletettaisiin, että sen olisi pitänyt ottaa huomioon nämä todisteet, kun otetaan huomioon niiden todistusarvo ja osoitetun käytön intensiteetti. Valituslautakunta katsoi myös, että se seikka, että väliintulija oli tai olisi voinut olla tietoinen riidanalaisen tavaramerkin rekisteröinnistä sen oikeudenkäynnin johdosta, jossa se ja kantaja olivat vastapuolina Saksassa, ei voi riittää osoittamaan, että se oli tietoinen tämän tavaramerkin käytöstä Itävallassa.
- 14 Toiseksi valituslautakunta katsoi, että prosessiekonomiaan liittyvistä syistä mitättömyysvaatimusta on tarkasteltava asetuksen N:o 207/2009 8 artiklan 1 kohdan a alakohdan perusteella. Tässä yhteydessä se totesi ensiksi, että käsiteltävässä asiassa kohdeyleisön muodostavat itävaltalaiset keskivertokuluttajat, ja korosti, että ”energiajuomilla” tavoitellaan pikemminkin nuorta yleisöä. Toiseksi kyseisten merkkien kattamien tavaroiden osalta valituslautakunta totesi yhtäältä, että ”energiajuomat”, jotka aikaisempi tavaramerkki kattaa, ovat osittain samoja ja osittain keskimääräisen samankaltaisia kuin tavarat, jotka riidanalainen tavaramerkki kattaa. Tarkemmin sanoen valituslautakunta katsoi, että siltä osin kuin ”muut alkoholittomat juomat” sisältävät ”energiajuomat”, nämä tavarat ovat samoja. Koska ”oluet; kivennäis- ja hiilihappovedet; hedelmäjuomat ja hedelmätuoremehut”, jotka riidanalainen merkki

kattaa, ovat kaikki juomia ja koska kaikilla on sama tarkoitus kuin ”energiajuomilla”, jotka aikaisempi tavaramerkki kattaa, eli niillä pyritään ”sammuttamaan jano”, ne ovat kilpailevia tavaroita ”energiajuomille”, niitä voidaan ostaa samoista myyntipisteistä ja niitä on näin ollen pidettävä keskimääräisen samankaltaisina kuin ”energiajuomat”. Sama koskee tavaroita ”mehutiivisteet ja muut juomien valmistusaineet”. Lopuksi valituslautakunta katsoi tavaroiden ”alkoholipitoiset juomat” osalta, että niillä on tietty yhteys ”energiajuomiin”. Valituslautakunta viittasi tältä osin 9.3.2005 annettuun tuomioon *Osotspa v. SMHV – Distribution & Marketing (Hai)* (T-33/03, EU:T:2005:89) ja totesi, että mitättömyysoasto on perustellusti korostanut, että alkoholipitoisia juomia usein sekoitetaan energiajuomien kanssa ”ja/tai käytetään yhdessä niiden kanssa”. Sama koskee tavaroita ”alkoholiesanssit; alkoholiuutteet; alkoholipitoiset hedelmätiivisteet”.

- 15 Kolmanneksi kyseisten merkkien vertailun osalta valituslautakunta katsoi, että merkit ovat keskimääräisen samankaltaisia ulkoasultaan ja lausuntatavaltaan, koska ainakin niiden kaksi tavua ”flü” ja ”gel” ovat yhteneviä. Näin on myös käsitteellisesti, koska molemmat merkit viittaavat käsitteeseen ”siipi”.
- 16 Neljänneksi valituslautakunta katsoi, että osatekijä ”flügel” on aikaisemman tavaramerkin hallitseva osatekijä. Viidenneksi se katsoi myös, että prosessiekonomiaan liittyvistä syistä ei ole tarpeen tutkia todisteita, jotka on esitetty aikaisemman tavaramerkin vahvan erottamiskyvyn osoittamiseksi, ja perusti tarkastelunsa tämän merkin ominaispiirteisiin perustuvaan erottamiskykyyn.
- 17 Kyseisten merkkien välistä sekaannusvaaraa koskevan kokonaisarviointinsa yhteydessä valituslautakunta päätteli edellä 14–16 kohdassa esitettyjen toteamustensa perusteella, että kun otetaan huomioon ”epätäydellistä muistikuvaa koskeva periaate” ja tekijöiden keskinäinen riippuvuus, samankaltaisuudet kyseisten merkkien välillä ovat riittävät, jotta niiden kattamien tavaroiden välillä on sekaannusvaara.
- 18 Valituslautakunta katsoi lopuksi, että mitättömyysoasto oli tehnyt virheen päättelyssään asetuksen N:o 2007/2009 8 artiklan 5 kohdan osalta. Tämän vuoksi se kumosi riidanalaisen päätöksen päätösoosan toisessa kohdassa mitättömyysoaston päätöksen ”siltä osin kuin asetuksen 8 artiklan 5 kohdan mukainen tutkimus ei ollut tarpeen käsiteltävässä asiassa”.

Asianosaisten ja muiden osapuolten vaatimukset

- 19 Kantaja vaatii, että unionin yleinen tuomioistuin
 - kumoaa riidanalaisen päätöksen ja
 - velvoittaa EUIPO:n ja väliintulijan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.
- 20 EUIPO ja väliintulija vaativat, että unionin yleinen tuomioistuin
 - hylkää kanteen ja
 - velvoittaa kantajan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

Sovellettavat oikeussäännöt

- 21 Kantaja esittää kanteensa tueksi kaksi kanneperustetta, joista ensimmäinen koskee asetuksen N:o 207/2009 54 artiklan 2 kohdan (josta on tullut asetuksen 2017/1001 61 artiklan 2 kohta) rikkomista ja toinen kyseisen asetuksen 53 artiklan 1 kohdan a alakohdan, luettuna yhdessä kyseisen asetuksen 8 artiklan 1 kohdan b alakohdan kanssa, rikkomista.

- 22 Ennen kantajan esittämien kanneperusteiden tutkimista on täsmennettävä riidanalaisen päätöksen ulottuvuus.

Riidanalaisen päätöksen ulottuvuus

- 23 Tältä osin on todettava, että riidanalaisen päätöksen päätösoosan 2 kohdan mukaan mitättömyysoaston päätös kumotaan ”siltä osin kuin [asetuksen N:o 207/2009] 8 artiklan 5 kohdan mukainen tutkimus ei ollut tarpeen”. Valituslautakunta totesi riidanalaisen päätöksen 82 kohdassa, että mitättömyysoasto on ”tehnyt virheen päättelyssään siltä osin kuin [asetuksen N:o 207/2009] 8 artiklan 5 kohdan mukainen tutkimus ei ollut tarpeen käsiteltävässä asiassa”.
- 24 Kun otetaan huomioon riidanalainen päätös kokonaisuudessaan, on kuitenkin katsottava samoin kuin osapuolet, kun niiltä tiedusteltiin asiasta istunnossa, että riidanalaisen päätöksen päätösoosan 2 kohtaa on tulkittava siten, että valituslautakunta on vain korvannut omalla arvioinnillaan mitättömyysoaston arvioinnin perustamalla riidanalaisen tavaramerkin mitättömyyden eri perusteeseen kuin siihen, jolle viimeksi mainittu elin oli antanut etusijan, ja käyttänyt asetuksen N:o 207/2009 64 artiklan mukaisia oikeuksiaan.

Ensimmäinen kanneperuste, joka koskee asetuksen N:o 207/2009 54 artiklan 2 kohdan rikkomista

- 25 Kantaja väittää ensiksi, että valituslautakunta katsoi virheellisesti, ettei todisteita, jotka se esitti sille ensimmäisen kerran valituksensa yhteydessä sen osoittamiseksi, että asetuksen N:o 207/2009 54 artiklan 2 kohdan soveltamisedellytykset täyttyivät, voida ottaa tutkittavaksi. Se väittää erityisesti, että oikeuskäytännön mukaan lisätodisteita voidaan ottaa huomioon toisessa asteessa, jos alkuperäisiä todisteita on pidetty riittämättöminä, kuten käsiteltävässä asiassa. Kantajan mukaan on selvää, että uusilla todisteilla pyrittiin vahvistamaan tai selventämään EUIPO:n elimissä alun perin esitettyjä todisteita. Kantaja väittää myös, ettei oikeuskäytännön mukaan ole tarpeen esittää perustetta todisteiden esittämiseksi myöhässä eikä selitystä uusien todisteiden ja ensimmäisessä asteessa esitettyjen todisteiden liittymisestä toisiinsa. Lopuksi kantaja katsoo, että valituslautakunta ei käyttänyt objektiivisesti ja perustellusti harkintavaltaa, joka sillä oli myöhässä esitettyjen todisteiden huomioon ottamisen osalta, eikä se siten täyttänyt perusteluvaatimusta, joka sille on oikeuskäytännön mukaan asetettu.
- 26 Toiseksi kantaja väittää, että valituslautakunta katsoi virheellisesti, että vaikka uudet todisteet olisi pitänyt ottaa tutkittavaksi, ne eivät kuitenkaan olisi riittäneet osoittamaan väliintulijan tosiasiallista tietoisuutta riidanalaisen tavaramerkin käytöstä.
- 27 Tarkemmin sanoen valituslautakunta katsoi kantajan mukaan virheellisesti yhtäältä, että Westendorfin (Itävalta) festivaalin järjestäjän S:n antama lausunto, jonka mukaan hän oli puhunut kyseisen festivaalin aikana ”Flügel-juomasta” väliintulijan edustajien kanssa, on ”todistusarvoltaan heikko”, eikä valituslautakunta myöskään tukenut näkemystään oikeudellisesti riittävällä tavalla. Tämän lausunnon olisi kuitenkin pitänyt riittää osoittamaan, että väliintulija oli todella tietoinen riidanalaisen tavaramerkin käytöstä Itävallassa. Toisaalta valituslautakunta jätti kantajan mukaan virheellisesti ottamatta huomioon sen seikan, että riidanalaisella tavaramerkillä suojattua juomaa tarjottiin myytäväksi 19 baarissa Itävallassa, kuten myös väliintulijan tuotetta. Kantaja katsoo, että valituslautakunnan päätelmien vastaisesti näiden yritysten lukumäärä sinänsä ei ole merkityksellinen käsiteltävässä asiassa, koska kyseisillä merkeillä suojattujen tavaroiden tarjoaminen myytäväksi samoissa yrityksissä riittää osoittamaan, että väliintulijan edustajat olivat tietoisia riidanalaisen tavaramerkin käytöstä.

- 28 Vaikka näitä lisätodisteita ei otettaisi huomioon, kantaja väittää, että se on joka tapauksessa esittänyt riittävästi todisteita osoittaakseen, että asetuksen N:o 207/2009 54 artiklan 2 kohdassa säädetty edellytykset täyttyvät käsiteltävässä asiassa. Näin ollen kun kyse on mitättömyysostavastossa vuosien 2005 ja 2006 osalta esitetystä laskuista, valituslautakunta vahvisti kantajan mukaan virheellisesti, että määrälliset vaatimukset ovat merkityksellisiä riidanalaisen tavaramerkin käytön vähimmäistason toteamiseksi. Kantaja korostaa tältä osin, että asetuksen N:o 207/2009 54 artiklan 2 kohdassa tarkoitettu ilmaisu ”käyttö” ei vastaa ”tosiasiallisen käytön” käsitettä ja että käsiteltävässä asiassa riittää sen osoittaminen, että väliintulija oli tietoinen tai että sen voitiin kohtuudella olettaa olevan tietoinen tästä käytöstä. Kantaja arvostelee lisäksi valituslautakuntaa siitä, ettei se ottanut huomioon oikeudenkäyntiä, jossa se ja sen tytäryhtiö ja väliintulija olivat vastapuolina jo vuodesta 2001 lähtien ja joka koski riidanalaisen tavaramerkin käyttöä Alankomaissa ja Benelux-maissa. Valituslautakunta myös jätti ottamatta huomioon kantajan esittämän itävaltalaisen laulajan antaman lausunnon sillä perusteella, että se ei käsittänyt kolmannen osapuolen suorittamaa objektiivista arviointia, perustelematta asianmukaisesti päätelmäänsä.
- 29 Lopuksi kantajan mukaan valituslautakunta päätteli, että ”jokainen todiste on itsessään riittämätön”, vaikka sen ei olisi pitänyt arvioida näitä todisteita erikseen vaan kokonaisuutena.
- 30 EUIPO ja väliintulija kiistävät nämä väitteet.
- 31 Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan neljän edellytyksen on täyttyttävä, jotta käytön sallimisesta johtuvan oikeudenmenetyksen määräaika alkaa kulua, kun kolmas käyttää myöhempää tavaramerkkiä, joka on sama tai sekaannusta aiheuttavalla tavalla samankaltainen kuin aikaisempi tavaramerkki. Ensinnäkin myöhemmän tavaramerkin on oltava rekisteröity, toiseksi sen haltijan on täytynyt hakea sitä vilpittömässä mielessä, kolmanneksi sitä on käytettävä siinä jäsenvaltiossa, jossa aikaisempi tavaramerkki on suojattu, ja neljänneksi aikaisemman tavaramerkin haltijan on oltava tietoinen myöhemmän tavaramerkin käytöstä sen rekisteröinnin jälkeen (ks. tuomio 20.4.2016, Tronios Group International v. EUIPO – Sky (SkyTec), T-77/15, EU:T:2016:226, 30 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 32 Tästä oikeuskäytännöstä käy lisäksi ilmi se, että asetuksen N:o 207/2009 54 artiklan 2 kohdan päämääränä on sanktioida sellaisia aikaisempien tavaramerkkien haltijoita, jotka ovat sallineet myöhemmän EU-tavaramerkin käytön yhtäjaksoisesti viiden vuoden ajan tietoisena tästä käytöstä, mainittua tavaramerkkiä koskevien mitättömyyskanteiden ja väitteiden esittämisoikeuden menettämisen. Tällä säännöksellä pyritään siis saattamaan tasapainoon tavaramerkin haltijan intressi säilyttää tavaramerkin keskeinen tehtävä sekä muiden talouden toimijoiden intressi pitää sellaiset merkit vapaina, joilla voidaan osoittaa niiden tavaroita ja palveluja. Tämä tavoite merkitsee sitä, että tämän keskeisen tehtävän säilyttämiseksi aikaisemman tavaramerkin haltijan on voitava vastustaa sellaisen myöhemmän tavaramerkin käyttöä, joka on samanlainen kuin sen oma tavaramerkki tai muistuttaa sitä. Aikaisemman tavaramerkin haltijalla on nimittäin mahdollisuus olla sallimatta myöhemmän Euroopan unionin tavaramerkin käyttö vasta siitä hetkestä, jona se on saanut tietää käytöstä, ja siten vastustaa sitä tai vaatia myöhemmän tavaramerkin mitättömäksi julistamista, joten käytön sallimisesta johtuvan oikeudenmenetyksen määräaika alkaa kulua vasta tästä hetkestä (ks. tuomio 20.4.2016, SkyTec, T-77/15, EU:T:2016:226, 31 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 33 Asetuksen N:o 207/2009 54 artiklan 2 kohdan teleologisesta tulkinnasta seuraa, että merkityksellinen päivämäärä oikeudenmenetyksen määräajan alkamisen laskemiseksi on päivä, jona myöhemmän tavaramerkin käytöstä on saatu tieto (ks. tuomio 20.4.2016, SkyTec, T-77/15, EU:T:2016:226, 32 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 34 Tämä tulkinta edellyttää myös sitä, että myöhemmän tavaramerkin haltija esittää näyttöä siitä, että aikaisemman tavaramerkin haltija on tosiasiallisesti tietoinen mainitun tavaramerkin käytöstä, sillä jos se ei ole, se ei voi vastustaa myöhemmän tavaramerkin käyttöä. Tässä on nimittäin otettava huomioon jäsenvaltioiden tavaramerkkilainsäädännön lähentämisestä 21.12.1988 annetun neuvoston direktiivin

89/104/ETY (EYVL 1989, L 40, s. 1) 9 artiklan 1 kohdassa, joka on korvattu jäsenvaltioiden tavaramerkkilainsäädännön lähentämisestä 22.10.2008 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2008/95/EY (EUVL L 299, s. 25) 9 artiklan 1 kohdalla, tarkoitettu käytön sallimisesta johtuvaa oikeudenmenetystä koskeva analoginen sääntö. Tämän säännön osalta ensimmäisen direktiivin 89/104 johdanto-osan 11 perustelukappaleessa sekä direktiivin 2008/95 johdanto-osan 12 perustelukappaleessa täsmennetään, että tätä oikeudenmenetysperustetta sovelletaan, jos aikaisemman tavaramerkin haltija on ”käyttämisestä tietoisena sallinut pitkäkhön ajan jatkuneen käyttämisen”, mikä tarkoittaa ”tarkoituksellista” tai ”asiaintilasta tietoisena” tapahtunutta sallimista. Tätä arviota sovelletaan soveltuvin osin asetuksen N:o 207/2009 54 artiklan 2 kohtaan, jonka sanamuoto vastaa direktiivien 89/104 ja 2008/95 9 artiklan 1 kohdan sanamuotoa (ks. tuomio 20.4.2016, SkyTec, T-77/15, EU:T:2016:226, 33 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

- 35 Näin ollen mitättömyysvaatimuksella riitautetun tavaramerkin haltija ei voi tyytyä osoittamaan aikaisemman tavaramerkin haltijan mahdollista tietoisuutta tavaramerkkinsä käytöstä tai esittämään yhtäpitäviä todisteita, joiden perusteella voidaan olettaa tällaisen tietoisuuden mahdollinen olemassaolo (ks. vastaavasti ja analogisesti tuomio 20.4.2016, SkyTec, T-77/15, EU:T:2016:226, 34 kohta).
- 36 Koska valituslautakunta päätteli, ettei tosiasiallista tietoisuutta riidanalaisen tavaramerkin käytöstä ollut näytetty toteen käsiteltävässä asiassa, kun otetaan huomioon kaikki kantajan esittämät todisteet, mukaan lukien viimeksi mainitun myöhässä esittämät todisteet, on aivan aluksi tutkittava edellä 31–35 kohdassa mainitun oikeuskäytännön valossa kantajan väitteet, jotka koskevat sen EUIPO:n elimissä esittämien todisteiden sisältöä ja todistusarvoa.
- 37 Tältä osin on ensinnäkin todettava, että kantajan väite, jonka mukaan valituslautakunta olisi arvioinut jokaista todistetta erikseen eikä olisi siten ottanut huomioon näitä todisteita kokonaisuutena (ks. edellä 29 kohta), perustuu riidanalaisen päätöksen virheelliseen tulkintaan.
- 38 Valituslautakunta ei nimittäin ottanut huomioon jokaista todistetta erikseen. Se tosin tarkasteli kunkin todisteen sisältöä ja yksilöllistä todistusarvoa, mutta kuten riidanalaisen päätöksen 21 kohdasta ilmenee, se nimenomaan katsoi viitaten samalla mitättömyysosaston päätökseen, jonka se on vahvistanut tältä osin, että kyseiset todisteet eivät ole kokonaisuutena riittäviä osoittamaan väliintulijan tosiasiallista tietoisuutta riidanalaisen tavaramerkin käytöstä.
- 39 Sama koskee, kuten riidanalaisen päätöksen 27 ja 28 kohdasta ilmenee, todisteita, jotka kantaja on esittänyt myöhässä EUIPO:n elimissä.
- 40 Tämän jälkeen on tarkasteltava kantajan väitteitä, jotka koskevat sen EUIPO:n elimissä esittämien todisteiden sisältöä ja todistusarvoa.
- 41 Ensinnäkin mitättömyysosastossa esitettyjen vuosia 2005 ja 2006 koskevien laskujen (ks. edellä 28 kohta) osalta on todettava, että valituslautakunta päätteli perustellusti, että ne eivät osoita riittävässä määrin riidanalaisen merkin käyttöä sen toteen näyttämiseksi, että väliintulija oli tosiasiallisesti tietoinen tästä käytöstä.
- 42 Kuten tältä osin on voitu todeta, vaikka suhteellisen rajoitettu myynnin määrä voi kyllä osoittaa tavaramerkin tietynlaisen käytön, voi olla, että tämä määrä ei riitä osoittamaan – kuten käsiteltävässä asiassa – mitättömyysvaatimuksen esittäjän tosiasiallista tietoisuutta kyseisestä käytöstä (ks. vastaavasti tuomio 20.4.2016, SkyTec, T-77/15, EU:T:2016:226, 44 kohta) tai joka tapauksessa antamaan aihetta olettaa ilman mitään mahdollista epäilyä, että viimeksi mainitulla on ollut tällainen tietoisuus vaaditusta käytöstä. Näin ollen ja toisin kuin kantaja väittää, valituslautakunta ei esittänyt käsiteltävässä asiassa riidanalaisen tavaramerkin käyttöä koskevia määrällisiä vaatimuksia, joita ei olisi asetettu asetuksen N:o 207/2009 54 artiklan 2 kohdassa. Kun otetaan huomioon tämä toteamus ja se, ettei kantaja esitä mitään erityistä seikkaa sen osoittamiseksi, että väliintulijan edustajat olivat tosiasiallisesti tietoisia

riidanalaisen tavaramerkin käytöstä, ja tyytyy tältä osin yleisiin väitteisiin, jotka koskevat kyseisten tavaramerkkien kattamien tavaroiden tarjoamista myytäväksi samoissa yrityksissä, edellä 27 kohdassa esitetyt kantajan siihen liittyvät väitteet on hylättävä.

- 43 Toiseksi itävaltalaisen laulajan R:n lausunnosta on todettava EUIPO:n tapaan, että tämän pelkkä lausunto, jonka mukaan riidanalaisella tavaramerkillä markkinoituja alkoholijuomia oli myyty eräässä yrityksessä Itävallassa ennen vuoden 2006 joulukuuta ja että kantaja oli sponsoroinut häntä itseään vuodesta 2005 lähtien, ei ole omiaan osoittamaan väliintulijan tietoisuutta riidanalaisen tavaramerkin käytöstä. Tähän lausuntoon ei nimittäin ole liitetty yhtään konkreettista seikkaa, joka osoittaisi, että kantaja sponsoroisi R:ää tai että tätä liiketointa olisi mainostettu, ja vielä vähemmän todisteita riidanalaisella tavaramerkillä markkinoitujen juomien myynnistä tai esilläpidosta yrityksessä, johon tämä viittaa. Tämä lausunto ei myöskään sisällä yhtään konkreettista seikkaa, jonka avulla voitaisiin yksilöidä väliintulijan edustajat, jotka olivat käyneet ”säännöllisesti” yrityksessä, johon R. viittaa.
- 44 Kolmanneksi mainoslehtisestä, joka koskee Westendorfissa Tirolissa (Itävalta) maaliskuussa 2005 järjestettyä ”Feestweek” -festivaalia ja joka sisältää ilmaisun ”Mmv FLÜGEL Events”, on sen seikan lisäksi, että kyseinen ilmaisu näkyy siinä pienin kirjaimin eikä näin ollen kiinnitä välttämättä huomiota, todettava, että tämän ilmaisun ei voida ymmärtää välttämättä viittaavan riidanalaisen tavaramerkin kaltaiseen merkkiin.
- 45 Neljänneksi S:n lausunnosta (ks. edellä 27 kohta) on todettava, ettei se sisällä mitään erityistä tietoa väliintulijan edustajien väitetyistä käynneistä hänen yrityksessään eikä erityisesti mitään tietoa, jonka avulla voitaisiin yksilöidä kaupallinen edustaja, johon S. viittaa. Tässä yhteydessä se seikka, että S. ilmoittaa olevansa ”valmis toistamaan lausuntonsa tuomioistuimissa” ei voi yksinään lisätä hänen sanojensa todistusarvoa.
- 46 Sitä paitsi on todettava, ettei kantaja kannekirjelmässään mitenkään erityisesti kyseenalaista valituslautakunnan arviointia muista todisteista, jotka se oli esittänyt EUIPO:n elimissä.
- 47 Lopuksi on vahvistettava valituslautakunnan päätelmät niiden oikeudenkäyntien osalta, joissa kantaja ja väliintulija olivat vastapuolina muissa jäsenvaltioissa kuin Itävallassa. Tästä on todettava yhtäältä, että kantaja tyytyy tältä osin esittämään yleisiä väitteitä, jotka koskevat esimerkiksi väliintulijan perustajan henkilökohtaista osallistumista kyseessä oleviin oikeudenkäynteihin, esittämättä kuitenkaan konkreettisia todisteita, joilla voitaisiin tukea sen väitteitä.
- 48 Toisaalta osapuolten kirjelmistä ilmenee, että oikeudenkäynnit, joihin käsiteltävässä asiassa viitataan, eivät koskeneet riidanalaisen EU-tavaramerkin käyttöä vaan muiden merkkien käyttöä. EUIPO:n mukaan (ks. vastinekirjelmän 53 kohta) kyseisten oikeudenkäyntien yhteydessä mainittiin ainoastaan riidanalaisen tavaramerkin rekisteröinti, ei sen käyttöä Euroopan unionin alueella ja vielä vähemmän Itävallassa. Näin ollen on todettava EUIPO:n tapaan, että väliintulijan mahdollinen tietoisuus muiden kansallisten tai kansainvälisten tavaramerkkien, jotka olivat samankaltaisia kuin riidanalainen tavaramerkki, käytöstä ei voi riittää osoittamaan sen tosiasiallista tietoisuutta viimeksi mainitun käytöstä ja vielä vähemmän sen käytöstä merkityksellisellä alueella eli Itävallassa (ks. vastaavasti tuomio 23.10.2013, SFC Jardibric v. SMHV – Aqua Center Europa (AQUA FLOW), T-417/12, ei julkaistu, EU:T:2013:550, 41 kohta ja tuomio 20.4.2016, SkyTec, T-77/15, EU:T:2016:226, 45 kohta).
- 49 Kantaja ilmoitti tältä osin lisäksi sen oikeudenkäynnin osalta, jossa kantaja ja väliintulija ovat vastapuolina Itävallassa, unionin yleisen tuomioistuimen sille esittämiin kysymyksiin 6.3.2018 antamassaan vastauksessa, että kyseessä oli loukkauskanne, jonka väliintulija oli nostanut sitä vastaan 4.10.2010 ja joka oli johtanut Oberlandesgericht Wienin (Wienin osavaltion ylioikeus, Itävalta) 25.5.2012 antamaan tuomioon sekä Oberster Gerichtshofin (ylin tuomioistuin, Itävalta) 18.9.2012 antamaan tuomioon, jotka se oli esittänyt mitättömyysoastolle 1.9.2014 esittämiensä huomautusten liitteissä 14 ja 15. Kantajan mukaan kyseiset tuomiot sisältävät useita käsiteltävässä asiassa merkityksellisiä analyysejä.

- 50 Vaikka oletettaisiin, että mainitut tuomiot muodostaisivat näytön väliintulijan tosiasiallisesta tietoisuudesta riidanalaisen tavaramerkin käytöstä Itävallassa, tämä tietoisuus voidaan kuitenkin osoittaa kyseisten tuomioiden perusteella vasta vuodesta 2010 alkaen, eli siitä päivästä, jona kyseessä oleva oikeudenkäynti aloitettiin. Kun näin ollen otetaan huomioon, että väliintulija on esittänyt riidanalaista tavaramerkkiä koskevan mitättömyysvaatimuksensa 5.12.2011, tällainen tietoisuus – vaikka se olisi näytetty toteen – ei voisi riittää osoittamaan, että se oli sallinut riidanalaisen tavaramerkin käytön yhtäjaksoisesti viiden vuoden ajan asetuksen N:o 207/2009 54 artiklan 2 kohdassa tarkoitettulla tavalla (ks. edellä 32 kohta).
- 51 Edellä esitetyn perusteella on todettava, että valituslautakunta on kaikkien asiakirja-aineistoon sisältyvien todisteiden perusteella vahvistanut perustellusti mitättömyysosaston päätöksen sen kysymyksen osalta, oliko kantaja esittänyt näytön väliintulijan tosiasiallisesta tietoisuudesta riidanalaisen tavaramerkin käytöstä Itävallassa, ja siis hylättävä ensimmäinen kanneperuste. Näin ollen ei ole tarpeen tutkia kantajan väitteitä, joilla pyritään kyseenalaistamaan valituslautakunnan toteamukset, jotka koskevat tiettyjen sellaisten todisteiden tutkittavaksi ottamista, jotka se oli esittänyt ensimmäisen kerran viimeksi mainitussa EUIPO:n elimessä.

Toinen kanneperuste, joka koskee asetuksen N:o 207/2009 53 artiklan 1 kohdan a alakohdan, luettuna yhdessä sen 8 artiklan 1 kohdan b alakohdan kanssa, rikkomista

- 52 Asetuksen N:o 207/2009 53 artiklan 1 kohdan a alakohdan, luettuna yhdessä sen 8 artiklan 1 kohdan b alakohdan kanssa, sanamuodon mukaan aikaisemman tavaramerkin haltijan hakemuksesta Euroopan unionin tavaramerkin rekisteröinti julistetaan mitättömäksi, jos sen vuoksi, että se on sama tai samankaltainen kuin aikaisempi, samoja tai samankaltaisia tavaroita tai palveluja varten oleva tavaramerkki, sen alueen, jolla aikaisempi tavaramerkki on suojattu, yleisön keskuudessa on sekaannusvaara.
- 53 Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan sekaannusvaara on olemassa, jos yleisö saattaa luulla, että kyseiset tavarat tai palvelut ovat peräisin samasta yrityksestä tai taloudellisesti keskenään sidoksissa olevista yrityksistä. Saman oikeuskäytännön mukaan sekaannusvaaraa on arvioitava kokonaisuutena sen mukaan, kuinka kohdeyleisö mieltää kyseessä olevat merkit ja tavarat tai palvelut, ja ottamalla huomioon kaikki tekijät, joilla on merkitystä kyseisessä yksittäistapauksessa, erityisesti merkkien samankaltaisuuden ja niiden tavaroiden tai palvelujen samankaltaisuuden, joita varten merkkejä käytetään, välinen keskinäinen riippuvuus (ks. tuomio 9.2.2017, International Gaming Projects v. EUIPO – adp Gauselmann (TRIPLE EVOLUTION), T-82/16, ei julkaistu, EU:T:2017:66, 25 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 54 Asetuksen N:o 207/2009 8 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitettu sekaannusvaara edellyttää yhtä aikaa, että kyseiset tavaramerkit ovat samoja tai samankaltaisia sekä että niiden kattamat tavarat tai palvelut ovat samoja tai samankaltaisia. Molempien edellytysten on täytyttävä samanaikaisesti (ks. tuomio 9.2.2017, TRIPLE EVOLUTION, T-82/16, ei julkaistu, EU:T:2017:66, 26 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 55 Kantajan esittämää toista kanneperustetta on tutkittava käsiteltävässä asiassa ottamalla huomioon nämä seikat.
- 56 Kantaja väittää, ettei kyseisten merkkien välillä ole mitään sekaannusvaaraa. Erityisesti näiden merkkien kattamien tavaroiden välisen vertailun osalta se väittää, että ne ”luokkaan 32 kuuluvat [tavarat], joita varten iskulauseita käytetään, eli energiajuomat, eivät ole samankaltaisia kuin luokkaan 33 kuuluvat tavarat, joita varten [riidanalainen] tavaramerkki on rekisteröity”. Kantajan mukaan perusteet, joihin valituslautakunnan arviointi tältä osin perustuu, ”eivät täytä asetuksen N:o 207/2009 75 artiklassa

perusteluille asetettuja vaatimuksia”. Se katsoo, että valituslautakunta on olettanut virheellisesti ja mitään perusteita esittämättä, että luokkaan 33 kuuluvilla alkoholijuomilla on tietty yhteys energiajuomiin.

- 57 Kantaja vetoaa tältä osin 15.2.2005 annettuun tuomioon Lidl Stiftung v. SMHV – REWE-Zentral (LINDENHOF) (T-296/02, EU:T:2005:49, 57 kohta), jonka mukaan monia alkoholijuomia ja alkoholittomia juomia voidaan nauttia peräkkäin tai jopa sekoitettuina ilman, että ne olisivat kuitenkaan samankaltaisia, sekä 18.6.2008 annettuun tuomioon Coca-Cola v. SMHV – San Polo (MEZZOPANE) (T-175/06, EU:T:2008:212).
- 58 Kantaja väittää lisäksi, että väliintulija on aina kieltänyt kaiken yhteyden energiajuomien ja alkoholijuomien välillä. Väliintulija on tästä näkökulmasta katsottuna painanut tölkkeihin, jotka sisältävät aikaisemmalla tavaramerkillä myytävää tavaraa, lauseen, joka on suomeksi käännettynä ”ei saa sekoittaa alkoholiin”. Kantajan mukaan väliintulija on aina väittänyt, että sen tuote teki sen käyttäjät energisemmiksi ja pirteämmiksi, mikä vaikutus on päinvastainen kuin alkoholijuoman käytöllä, joten kuluttaja, joka pyrkii pysymään pirteänä, kuten kuljettaja, ei harkitsisi korvaavansa alkoholitonta energisoivaa juomaa alkoholijuomalla.
- 59 EUIPO katsoo puolestaan, että vaikka kyseessä olevat tavarat ovat luonteeltaan erilaisia, tiettyä samankaltaisuutta niiden välillä ei voida sulkea pois. Vakiintunutta oikeuskäytäntöä vähäisestä samankaltaisuudesta alkoholijuomien ja alkoholittomien juomien välillä on todella olemassa. EUIPO vetoaa tältä osin tuomioon 5.10.2011, Cooperativa Vitivinícola Arousana v. SMHV – Sotelo Ares (ROSALIA DE CASTRO) (T-421/10, ei julkaistu, EU:T:2011:565), tuomioon 21.9.2012, Wesergold Getränkeindustrie v. SMHV – Lidl Stiftung (WESTERN GOLD) (T-278/10, EU:T:2012:459, 31–41 kohta), tuomioon 11.9.2014, Aroa Bodegas v. SMHV – Bodegas Muga (aroa) (T-536/12, ei julkaistu, EU:T:2014:770, 32 kohta) ja tuomioon 1.3.2016, BrandGroup v. SMHV – Brauerei S. Riegele, Inh. Riegele (SPEZOOMIX) (T-557/14, ei julkaistu, EU:T:2016:116, 26 ja 27 kohta). Koska valituslautakunta ei ole nimenomaisesti määritellyt kyseessä olevien tavaroiden samankaltaisuuden astetta mutta on kuitenkin todennut, että niiden välillä on ”tietty yhteys”, olisi katsottava, että sen tarkoitus oli päätellä, että samankaltaisuuden aste mainittujen tavaroiden välillä on keskimääräistä vähäisempi.
- 60 EUIPO katsoo sen oikeuskäytännön osalta, johon kantaja vetoaa, että 18.6.2008 annettu tuomio MEZZOPANE (T-175/06, EU:T:2008:212) ei ole merkityksellinen käsiteltävässä asiassa, koska vertailu koski yhtäältä alkoholittomia juomia ja toisaalta kuohuviinejä, kun taas käsiteltävässä asiassa energiajuomia on vertailtava laajempaan alkoholijuomien ryhmään. Sama koskee 15.2.2005 annettua tuomiota LINDENHOF (T-296/02, EU:T:2005:49) niiden hyvin erilaisten olosuhteiden vuoksi, jotka liittyivät tavaroiden vertailuun kyseisessä asiassa. EUIPO nojautuu lisäksi 9.3.2005 annettuun tuomioon Hai (T-33/03, EU:T:2005:89), jossa yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on todennut, että nykyään energiajuomia myydään ja kulutetaan usein alkoholijuomien kanssa.
- 61 Yhtäältä käsiteltävässä asiassa kyseessä olevien tavaroiden vertailusta väliintulija toteaa, että kantaja ei riitautta valituslautakunnan päätelmiä, jotka koskevat ”energiajuomien” ja luokkaan 32 kuuluvien tavaroiden välistä vertailua.
- 62 Toisaalta luokkaan 33 kuuluvien tavaroiden osalta väliintulija korostaa ensiksi, että riidanalaisella tavaramerkillä markkinoitua tavaraa on ”kehitetty vodkan ja energiajuoman sekoituksena”. Väliintulija toteaa tältä osin, että tiettyjen kantajan esittämien todisteiden mukaan kolmannet osapuolet viittaavat tähän tavarahan ”Flügel-vodkaenergiajuomana”. Se on sitä paitsi väriltään punainen, mikä viittaa väliintulijan markkinoimaan tavarahan.
- 63 Väliintulija hyväksyy valituslautakunnan päätelmät kohdeyleisöstä käsiteltävässä asiassa ja katsoo, että tämän muodostavat nuoret itävaltalaiset kuluttajat.

- 64 Väliintulija hyväksyy myös valituslautakunnan päätelmän, joka koskee alkoholijuomien ja energiajuomien välistä samankaltaisuutta. Se väittää, että – päinvastoin kuin kantaja näyttää väittävän – energiajuomien ja alkoholijuomien sekoittamiskäytäntö on hyvin yleinen nuorten henkilöiden keskuudessa Itävallassa, mikä ilmenee myös kantajan esittämistä todisteista, jotka liittyvät ”FLÜGERL”-nimiseen juomasekoitukseen, joka koostuu vodkasta ja Red Bullista.
- 65 Väliintulija katsoo erityisesti, että kantajan esittämä oikeuskäytäntö ei ole merkityksellistä käsiteltävässä asiassa. Tarkemmin sanoen 18.6.2008 annetussa tuomiossa MEZZOPANE (T-175/06, EU:T:2008:212) on kyse yksittäistapauksesta ja suurimmassa osassa oikeuskäytäntöä on katsottu, että luokkiin 32 ja 33 kuuluvat tavarat ovat ainakin vähäisessä määrin samankaltaisia.
- 66 Jos kantajan markkinoima juoma olisi alkoholipitoinen energiajuoma, sen ja väliintulijan markkinoiman juoman samankaltaisuuden aste olisi merkittävä. Koska molempia tavaroita voitaisiin kuvailla ”juhlatapahtumiin tarkoitetuiksi juomiksi”, ainoa seikka, joka erottaisi ne toisistaan, olisi se, sisältävätkö ne alkoholia, koska niitä käyttävät samat kuluttajat samoissa paikoissa, ne ovat keskenään vaihdettavissa ja kilpailevat keskenään, niitä voidaan sekoittaa, niillä on hyvin samankaltainen piristävä ja energisoiva luonne ja samat yritykset voivat valmistaa niitä.
- 67 Lopuksi väliintulija väittää, että riidanalainen tavaramerkki kattaa ”alkoholipitoiset energiajuomat”, koska tämä ilmaisu sisältyy laajempaan ilmaisuun ”alkoholijuomat”. Väliintulija vetoaa tältä osin soveltuvin osin oikeuskäytäntöön, jonka mukaan silloin, kun myöhemmän tavaramerkin kattamat tavarat sisältävät aikaisemman tavaramerkin kattamat tavarat, näitä tavaroita pidetään samoina.
- 68 Oikeuskäytännön mukaan kyseessä olevien merkkien kattamien tavaroiden samankaltaisuuden arvioimiseksi on otettava huomioon kaikki niiden väliseen yhteyteen liittyvät merkitykselliset tekijät. Näihin tekijöihin kuuluvat erityisesti tavaroiden luonne, käyttötarkoitus, käyttötavat sekä se, ovatko ne keskenään kilpailevia vai toisiaan täydentäviä. Huomioon voidaan ottaa myös muita tekijöitä, kuten kyseessä olevien tavaroiden jakelukanavat tai edelleen se seikka, että tavaroita myydään usein samoissa erikoistuneissa myyntipisteissä, mikä on omiaan myötävaikuttamaan asianomaisten kuluttajien tapaan mieltää tavaroiden välillä olevat läheiset yhteydet ja vahvistamaan vaikutelmaa, jonka mukaan sama yritys on vastuussa niiden valmistuksesta (ks. tuomio 2.10.2015, *The Tea Board v. SMHV – Delta Lingerie (Darjeeling)*, T-627/13, ei julkaistu, EU:T:2015:740, 37 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 69 Käsiteltävässä asiassa on todettava, että valituslautakunta on perustellusti määritellyt kohdeyleisön olevan itävaltalainen yleisö, joka koostuu pikemminkin nuorista henkilöistä.
- 70 Kun otetaan huomioon kantajan esittämät väitteet (ks. edellä 56 kohta), on toiseksi muistutettava, että hallinnolla on kyllä velvollisuus perustella päätöksensä Euroopan unionin perusoikeuskirjan 41 artiklan 2 kohdan c alakohdan nojalla. Tämä perustelovelvollisuus, joka toistetaan asetuksen N:o 207/2009 75 artiklan ensimmäisessä virkkeessä (josta on tullut asetuksen 2017/1001 94 artiklan 1 kohdan ensimmäinen virke), merkitsee sitä, että toimen antajan perustelujen on ilmentävä selvästi ja yksiselitteisesti, ja niiden kahtena tavoitteena on mahdollistaa yhtäältä se, että asianosaiset saavat niiden avulla selville toteutetun toimen perusteet, jotta ne voivat puolustaa oikeuksiaan, ja toisaalta se, että unionin tuomioistuin voi valvoa päätöksen laillisuutta (ks. tuomio 26.9.2017, *La Rocca v. EUIPO (Take your time Pay After)*, T-755/16, ei julkaistu, EU:T:2017:663, 37 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 71 Arvioitaessa sitä, täyttävätkö toimen perustelut nämä vaatimukset, on otettava huomioon niiden sanamuodon lisäksi myös asiayhteys ja kaikki asiaa koskevat oikeussäännöt (ks. tuomio 26.9.2017, *Take your time Pay After* T-755/16, ei julkaistu, EU:T:2017:663, 38 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

- 72 Lisäksi on myös muistutettava, että perusteluvollisuus on olennainen muotomääräys, joka on erotettava perustelujen aineellisesta paikkansapitävyydestä, koska viimeksi mainittu koskee riidanalaisen toimen aineellista lainmukaisuutta. Päätöksen perusteluissa nimittäin ilmaistaan virallisesti päätöksen perustana olevat syyt. Jos nämä syyt ovat virheellisiä, ne rasittavat päätöksen asiasisällön laillisuutta mutta eivät sen perusteluja, jotka saattavat olla riittävät, vaikka niissä esitetään virheellisiä syitä (ks. tuomio 26.9.2017, *Take your time Pay After* T-755/16, ei julkaistu, EU:T:2017:663, 42 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 73 Ensiksi on todettava, että – kuten kantajan kaikista väitteistä ilmenee ja kuten se on vahvistanut istunnossa – sen kanne ei koske itse asiassa valituslautakunnan toteamuksia aikaisemman tavaramerkin kattamien ja luokkaan 32 kuuluvien ”energiajuomien” ja luokkaan 32 kuuluvien tavaroiden, joita varten riidanalainen tavaramerkki on rekisteröity, samankaltaisuudesta. Näin ollen on katsottava, että kantaja riitauttaa ainoastaan valituslautakunnan toteamuksen, joka koskee sekaannusvaaran olemassaoloa kyseisten merkkien välillä siltä osin kuin nämä kattavat tavarat ”alkoholijuomat (paitsi oluet)” ja ”alkoholiesanssit; alkoholiuutteet; alkoholipitoiset hedelmäuutteet”, jotka kuuluvat luokkaan 33, ja tavarat ”energiajuomat”, jotka kuuluvat luokkaan 32.
- 74 Tässä yhteydessä on todettava, että valituslautakunta ilmoitti selvästi riidanalaisen päätöksen 48 ja 49 kohdassa syyt, joiden perusteella se päätteli, että luokkaan 32 kuuluvat tavarat ”energiajuomat” ja luokkaan 33 kuuluvat tavarat ”alkoholijuomat (paitsi oluet)”, ovat samankaltaisia. Se on erityisesti todennut näiden kahden tavararyhmän välillä olevan tietyn yhteyden, koska alkoholijuomia ja energiajuomia usein sekoitetaan ja käytetään yhdessä. Se on lisäksi katsonut, että samat päätelmät pitivät paikkansa ”alkoholiesanssien; alkoholiuutteiden; alkoholipitoisten hedelmäuutteiden” osalta (ks. edellä 9 kohta).
- 75 Kun otetaan huomioon kaikki kantajan esittämät väitteet, joissa asetetaan nimenomaan kyseenalaisiksi nämä valituslautakunnan toteamukset, on näin ollen katsottava, että riidanalaisen päätöksen perustelut ovat tältä osin riittävän selvät, jotta kantaja voi puolustaa oikeuksiaan unionin yleisessä tuomioistuimessa ja viimeksi mainittu harjoittaa valvontaansa edellä 70 kohdassa mainitussa oikeuskäytännössä tarkoitetulla tavalla. Näin ollen on hylättävä kantajan väitteet siltä osin kuin ne perustuvat asetuksen N:o 207/2009 75 artiklan ensimmäiseen virkkeeseen.
- 76 Kolmanneksi, kuten riidanalaisen päätöksen 48 kohdasta ilmenee, valituslautakunta on perustanut päätelmänsä kyseisten merkkien kattamien tavaroiden välisestä samankaltaisuudesta siihen tosiseikkaan, että niitä ”usein sekoitetaan ja/tai käytetään yhdessä”. Tästä muotoilusta ja erityisesti kahden sanan ”ja” ja ”tai” vaihtoehtoisesta käytöstä seuraa, että valituslautakunnan mukaan sen päätelmä saattaa perustua joko siihen seikkaan, että kyseessä olevien tavaroiden sekoittaminen on yleinen käytäntö, tai siihen seikkaan, että näitä tavaroita käytetään yhdessä, taikka joka tapauksessa näihin molempiin seikkoihin yhdessä.
- 77 Heti alkuun on todettava, että tämä riidanalaisen päätöksen 48 kohtaan sisältyvä huomio ei voi riittää osoittamaan käsiteltävässä asiassa kyseessä olevien tavaroiden välisen samankaltaisuuden olemassaoloa.
- 78 Tässä yhteydessä on korostettava, että valituslautakunta viittasi riidanalaisen päätöksen 48 kohdassa mitättömyysosestonsä toteamukseen ja vahvisti ne. Mitättömyysosestonsä oli nimittäin todennut, että riidanalaisen tavaramerkin kattamien tavaroiden ja aikaisemman tavaramerkin kattamien tavaroiden, joille oli vakiintunut tietty maine, välillä on tietty yhteys, koska yleisen kokemuksen mukaan alkoholijuomia usein sekoitetaan energiajuomiin ja/tai käytetään yhdessä niiden kanssa.
- 79 Nämä toteamukset on kuitenkin esitetty eri asiayhteydessä kuin riidanalaisessa päätöksessä eli arvioinnin yhteydessä, jota mitättömyysosestonsä ei suorittanut asetuksen N:o 207/2009 8 artiklan 1 kohdan vaan viimeksi mainitun 8 artiklan 5 kohdan perusteella. Tältä osin on muistutettava, että kyseisten merkkien kattamien tavaroiden välinen samankaltaisuus ei muodosta asetuksen N:o 207/2009 8 artiklan 5 kohdan soveltamisedellytystä, vaikka se muodostaa yhden

asetuksen N:o 207/2009 8 artiklan 1 kohdan kumulatiivisista soveltamisedellytyksistä. Näin ollen mitättömyysoasto, joka oli osaltaan arvioinut aikaisempien tavaramerkkien mainetta, ei pyrkinyt toteamaan kyseessä olevien tavaroiden välistä samankaltaisuutta, toisin kuin valituslautakunta, vaan osoitti pelkän yhteyden, joka kyseisten tavaroiden välillä voisi syntyä kohdeyleisön mielessä.

- 80 Asetuksen N:o 207/2009 8 artiklan 1 kohdan soveltamisen osalta on todettava, että hyvin monia alkoholijuomia ja alkoholittomia juomia yleensä sekoitetaan, käytetään tai jopa myydään yhdessä joko samoissa yrityksissä tai valmiiksi sekoitettuina alkoholijuomina. Jos katsottaisiin, että nämä tavarat olisi pelkästään tämän vuoksi katsottava samankaltaisiksi, vaikka niitä ei ole tarkoitettu kulutettaviksi samoissa tilanteissa, samassa mielentilassa eikä mahdollisesti samojen kuluttajaryhmien keskuudessa, huomattava määrä tavaroita, jotka voidaan katsoa ”juomiksi”, muodostaisi yhden ja ainoan ryhmän asetuksen N:o 207/2009 8 artiklan 1 kohdan soveltamisen kannalta (ks. vastaavasti tuomio 3.10.2012, Yilmaz v. SMHV – Tequila Cuervo (TEQUILA MATADOR HECHO EN MEXICO), T-584/10, EU:T:2012:518, 55 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 81 Näin ollen ei voida katsoa, että alkoholijuoma ja energiajuoma ovat samankaltaisia pelkästään sen vuoksi, että niitä voidaan sekoittaa, käyttää tai myydä yhdessä, koska kyseisten tavaroiden luonne, käyttötarkoitus ja käyttötapa ovat erilaiset sen mukaan, onko niiden koostumuksessa alkoholia vai ei (ks. vastaavasti tuomio 18.6.2008, MEZZOPANE, T-175/06, EU:T:2008:212, 79 kohta). Lisäksi on todettava, että yritykset, jotka myyvät alkoholittoman ainesosan kanssa valmiiksi sekoitettuja alkoholijuomia, eivät myy tätä ainesosaa erikseen ja samalla tai samankaltaisella tavaramerkillä kuin kyseistä alkoholijuomaa (tuomio 3.10.2012, TEQUILA MATADOR HECHO EN MEXICO, T-584/10, EU:T:2012:518, 70 kohta).
- 82 On jo erityisesti todettu, että saksalainen keskivertokuluttaja on tottunut tähän alkoholipitoisten ja alkoholittomien juomien väliseen erotteluun ja kiinnittää siihen huomiota, mikä on lisäksi välttämätöntä, koska tietyt kuluttajat eivät halua tai voi käyttää alkoholia (ks. vastaavasti tuomio 15.2.2005, LINDENHOF, T-296/02, EU:T:2005:49, 54 kohta ja tuomio 18.6.2008, MEZZOPANE, T-175/06, EU:T:2008:212, 80 kohta).
- 83 Minkään asiakirja-aineistoon sisältyvän seikan avulla ei voida osoittaa, ettei tämä arviointi pätsisi myös itävaltalaiseen keskivertokuluttajaan käsiteltävässä asiassa. On siis katsottava, että myös tämä kuluttaja on tottunut alkoholipitoisten ja alkoholittomien juomien väliseen erotteluun. Tästä seuraa, että hän tekee tämän eron verratessaan toisiinsa aikaisemman tavaramerkin energiajuomaa ja haetun tavaramerkin alkoholijuomaa (ks. vastaavasti tuomio 18.6.2008, MEZZOPANE, T-175/06, EU:T:2008:212, 81 kohta ja tuomio 3.10.2012, TEQUILA MATADOR HECHO EN MEXICO, T-584/10, EU:T:2012:518, 65 kohta). Pelkästään se seikka, että energiajuomia voidaan myydä ja kuluttaa alkoholijuomien kanssa (ks. vastaavasti tuomio 9.3.2005, Hai, T-33/03, EU:T:2005:89, 43 kohta), vaikka se olisi näytetty toteen, ei voi kyseenalaistaa näitä toteamuksia.
- 84 Tältä osin on hylättävä väliintulijan väite, jonka mukaan edellä 81–83 kohdassa mainittu oikeuskäytäntö ei olisi merkityksellistä esillä olevan asian yhteydessä. Huolimatta eroista, joita tosin on esillä olevassa asiassa tarkoitettujen tavaroiden ja 18.6.2008 annettuun tuomioon MEZZOPANE (T-175/06, EU:T:2008:212) johtaneessa asiassa tarkoitettujen tavaroiden välillä, on kuitenkin niin, että unionin tuomioistuinten esittämät huomiot siitä, miten kohdeyleisö mieltää juomat niiden alkoholipitoisuuden mukaan, ovat epäilemättä päteviä esillä olevan asian kaltaisessa asiayhteydessä.
- 85 Sama koskee muuta oikeuskäytäntöä, johon EUIPO vetoaa. Vaikka nimittäin unionin yleinen tuomioistuin on voinut todeta olosuhteissa, jotka eivät olleet samanlaiset kuin esillä olevassa asiassa, vähäisen samankaltaisuuden alkoholijuomien ja alkoholittomien juomien välillä, ei voida katsoa, että tämä riittäisi saattamaan kyseenalaiseksi edellä 77–84 kohdassa esitetyn.

- 86 Toinen kanneperuste on näin ollen hyväksyttävä ja riidanalainen päätös on kumottava osittain siltä osin kuin valituslautakunta on todennut siinä sekaannusvaaran olemassaolon kyseisten merkkien välillä riidanalaisen tavaramerkin kattamien luokkaan 33 kuuluvien tavaroiden ja aikaisemman tavaramerkin kattamien luokkaan 32 kuuluvien ”energiajuomien” osalta.

Oikeudenkäyntikulut

- 87 Unionin yleisen tuomioistuimen työjärjestyksen 134 artiklan 1 kohdan mukaan asianosainen, joka häviää asian, velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on sitä vaatinut. Koska EUIPO ja väliintulija ovat olennaisilta osin hävinneet asian, niiden on vastattava omista oikeudenkäyntikuluistaan, ja ne velvoitetaan korvaamaan kantajan oikeudenkäyntikulut sen vaatimusten mukaisesti.

Näillä perusteilla

UNIONIN YLEINEN TUOMIOISTUIN (viides jaosto)

on ratkaissut asian seuraavasti:

- 1) Euroopan unionin teollisoikeuksien viraston (EUIPO) viidennen valituslautakunnan 17.11.2016 tekemä päätös (asia R 282/2015-5) kumotaan siltä osin kuin siinä hylätään valitus mitättömyysoaston päätöksestä, jolla julistettiin mitättömäksi EU- sanamerkki FLÜGEL tavaroiden ”alkoholijuomat (paitsi oluet)” ja ”alkoholiesanssit; alkoholiuutteet; alkoholipitoiset hedelmäutteen” osalta, jotka 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 33.
- 2) Kanne hylätään muilta osin.
- 3) EUIPO ja Red Bull GmbH vastaavat omista oikeudenkäyntikuluistaan, ja ne velvoitetaan korvaamaan Asolo Ltd:lle aiheutuneet oikeudenkäyntikulut.

Gratsias

Dittrich

Xuereb

Julistettiin Luxemburgissa 4 päivänä lokakuuta 2018.

Allekirjoitukset