



Zbiór Orzeczeń

WYROK SĄDU (piąta izba)

z dnia 4 kwietnia 2019 r.*

Znak towarowy Unii Europejskiej – Postępowanie w sprawie stwierdzenia wygaśnięcia prawa do znaku – Graficzny unijny znak towarowy TESTA ROSSA – Stwierdzenie częściowego wygaśnięcia prawa do znaku – Artykuł 51 ust. 1 lit. a) rozporządzenia (WE) 207/2009 [obecnie art. 58 ust. 1 lit. a) rozporządzenia (UE) 2017/1001] – Dowód używania – Używanie spornego znaku towarowego na zewnątrz – Równość traktowania

W sprawach T-910/16 i T-911/16

Kurt Hesse, zamieszkały w Norymberdze (Niemcy), reprezentowany przez adwokata M. Krogmanna,
strona skarżąca w sprawie T-910/16,

Wedl & Hofmann GmbH, z siedzibą w Mils (Austria), reprezentowana przez adwokata T. Raubala,
strona skarżąca w sprawie T-911/16,

przeciwko

Urzędowi Unii Europejskiej ds. Własności Intelektualnej (EUIPO), reprezentowanemu przez M. Fischera, działającego w charakterze pełnomocnika,

strona pozwana,

w których stronami postępowania przed Izbą Odwoławczą EUIPO byli również, interwenienci przed Sądem, odpowiednio, w sprawie T-910/16 i w sprawie T-911/16,

Wedl & Hofmann GmbH,

i

Kurt Hesse,

mających za przedmiot skargi na decyzję Pierwszej Izby Odwoławczej EUIPO z dnia 5 października 2016 r. (sprawa R 68/2016-1) dotyczącą postępowania w sprawie stwierdzenia wygaśnięcia prawa do znaku między K. Hessem a Wedl & Hofmann,

SĄD (piąta izba),

w składzie: D. Gratsias, prezes, I. Labucka i I. Ulloa Rubio (sprawozdawca), sędziowie,

sekretarz: E. Coulon,

* Język postępowania: niemiecki.

uwzględniając skargi złożone w sekretariacie Sądu w dniu 23 grudnia 2016 r.,

uwzględniając odpowiedzi na skargi złożone przez EUIPO w sekretariacie Sądu w dniu 15 marca 2017 r.,

po zapoznaniu się z odpowiedziami na skargi złożonymi przez interwenientów w sekretariacie Sądu w dniach 9 marca (sprawa T-910/16) i 23 marca 2017 r. (sprawa T-911/16),

uwzględnivszy, że w terminie trzech tygodni od dnia powiadomienia stron o zakończeniu pisemnego etapu postępowania nie wpłynął wniosek stron o wyznaczenie rozprawy, i postanowivszy, na podstawie art. 106 § 3 regulaminu postępowania przed Sądem, orzec w przedmiocie skarg bez przeprowadzenia ustnego etapu postępowania,

wydaje następvjący

Wyrok

Okoliczności powstania sporu

- 1 W dniu 8 lipca 2008 r. skarżąca w sprawie T-911/16, będąca interwenientem w sprawie T-910/16, Wedl & Hofmann GmbH, dokonała w Urzędzie Unii Europejskiej ds. Własności Intelektualnej (EUIPO) zgłoszenia unijnego znaku towarowego na podstawie rozporządzenia Rady (WE) nr 40/94 z dnia 20 grudnia 1993 r. w sprawie wspólnotowego znaku towarowego (Dz.U. 1994, L 11, s. 1 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 17, t. 1, s. 146), ze zmianami [zastąpionego rozporządzeniem Rady (WE) nr 207/2009 z dnia 26 lutego 2009 r. w sprawie znaku towarowego Unii Europejskiej (Dz.U. 2009, L 78, s. 1), zastąpionym z kolei rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/1001 z dnia 14 czerwca 2017 r. w sprawie znaku towarowego Unii Europejskiej (Dz.U. 2017, L 154, s. 1)].
- 2 Znakiem towarowym, dla którego wystąpiono o rejestrację, jest następvjące oznaczenie graficzne, dla którego zgłoszono kolory czarny i czerwony (Pantone 186 C):



- 3 Towary i usługi, dla których wniesiono o rejestrację, należą do klas 7, 11, 20, 21, 25, 28, 30, 34 i 38 w rozumieniu Porozumienia nicejskiego dotyczącego międzynarodowej klasyfikacji towarów i usług dla celów rejestracji znaków z dnia 15 czerwca 1957 r., ze zmianami, i odpowiadają, dla każdej z tych klas, następvjącemu opisowi:
 - klasa 7: „niesterowane ręcznie młynki do kawy (elektryczne)”;

- klasa 11: „ekspresy do kawy (elektryczne); elektryczne urządzenia do gotowania, zwłaszcza urządzenia do produkcji gorących i zimnych napojów; aparatura i urządzenia do wytwarzania lodu”;
 - klasa 20: „meble”;
 - klasa 21: „przybory i pojemniki kuchenne lub domowe; urządzenia filtrujące do kawy (nieelektryczne); ekspresy do kawy (nieelektryczne); młynki do kawy ręczne; wyroby szklane, porcelana, zwłaszcza naczynia; szkło”;
 - klasa 25: „odzież, zwłaszcza odzież gimnastyczna i sportowa, fartuchy, koszule, koszulki polo i t-shirty; nakrycia głowy”;
 - klasa 28: „gry i przedmioty do zabawy; artykuły gimnastyczne i sportowe, zwłaszcza kije golfowe, torby na kije golfowe, piłki golfowe, piłki do nogi, rakiety do tenisa, torby tenisowe, piłki tenisowe, nieujęte w innych klasach”;
 - klasa 30: „kawa, herbata, kakao, cukier; wyroby ciastkarskie i cukiernicze, lody; czekolada; czekolada (napoje na bazie -); słodycze”;
 - klasa 34: „artykuły dla palaczy; zapaliki”;
 - klasa 38: „telekomunikacja, zwłaszcza udostępnianie połączeń telekomunikacyjnych do światowej sieci komputerowej”.
- 4 Zgłoszenie znaku towarowego zostało opublikowane w *Biuletynie Wspólnotowych Znaków Towarowych* nr 43/2008 z dnia 27 października 2008 r. Znak towarowy został zarejestrowany w dniu 11 maja 2009 r. pod nr 007070519 dla towarów i usług wskazanych w pkt 3 powyżej.
 - 5 W dniu 15 października 2014 r. skarżący w sprawie T-910/16 i interwenient w sprawie T-911/16, Kurt Hesse, złożył wniosek o stwierdzenie częściowego wygaśnięcia prawa do spornego znaku towarowego na podstawie art. 51 ust. 1 lit. a) rozporządzenia nr 207/2009 [obecnie art. 58 ust. 1 lit. a) rozporządzenia 2017/1001] w odniesieniu do towarów i usług należących do klas 7, 11, 20, 21, 25, 28, 30, 34 i 38, z wyjątkiem towarów określonych jako „kawa, herbata, kakao, cukier; czekolada; czekolada (napoje na bazie -); słodycze”, należących do klasy 30.
 - 6 W dniu 17 lutego 2015 r. Wedl & Hofmann przedłożyła, w wyznaczonym terminie, uwagi dotyczące używania spornego znaku towarowego i zażądała oddalenia wniosku o stwierdzenie wygaśnięcia prawa do znaku, nie przedstawiając jednak wszystkich dowodów używania. Wedl & Hofmann przesłała drogą pocztową dowody używania, które doręczono EUIPO w dniu 23 lutego 2015 r. – po upływie terminu. W dniu 10 maja 2015 r. Wedl & Hofmann przedstawiła dodatkowe dokumenty mające wykazać rzeczywiste używanie spornego znaku towarowego.
 - 7 W dniu 17 listopada 2015 r. Wydział Unieważnień stwierdził wygaśnięcie praw Wedl & Hofmann w odniesieniu do wszystkich towarów i usług wskazanych we wniosku o stwierdzenie wygaśnięcia prawa do znaku – ze skutkiem od dnia 15 października 2014 r.
 - 8 W dniu 13 stycznia 2016 r., na podstawie art. 58–64 rozporządzenia nr 207/2009 (obecnie art. 66–71 rozporządzenia 2017/1001), Wedl & Hofmann wniosła do EUIPO odwołanie od decyzji Wydziału Unieważnień.
 - 9 Decyzją z dnia 5 października 2016 r. (zwaną dalej „zaskarżoną decyzją”) Pierwsza Izba Odwoławcza EUIPO częściowo uwzględniła odwołanie Wedl & Hofmann i częściowo uchyliła decyzję Wydziału Unieważnień, utrzymując w mocy rejestrację spornego znaku towarowego dla „pojemników

kuchennych lub domowych; wyrobów szklanych, porcelany, zwłaszcza naczyń; szkła” należących do klasy 21 oraz „odzieży, zwłaszcza fartuchów, koszul, koszulek polo i t-shirtów; nakryć głowy” należących do klasy 25 (zwanymi dalej „spornymi towarami należącymi do klas 21 i 25”). W szczególności przede wszystkim Izba Odwoławcza stwierdziła, że dowody przedstawione z opóźnieniem przez Wedl & Hofmann są dopuszczalne na podstawie art. 76 ust. 2 rozporządzenia nr 207/2009 (obecnie art. 95 ust. 2 rozporządzenia 2017/1001). W tym względzie w pkt 22 zaskarżonej decyzji Izba Odwoławcza przypomniała, że w art. 76 rozporządzenia nr 207/2009 przyznano EUIPO uprawnienia dyskrecjonalne w zakresie stwierdzenia, czy należy uwzględnić okoliczności faktyczne i dowody przedstawione z opóźnieniem, i dodała, że Trybunał orzekł, iż co do zasady, i z zastrzeżeniem odmiennego przepisu, przedstawienie okoliczności faktycznych i dowodów jest możliwe po upływie terminów uzależniających takie przedstawienie, zgodnie z przepisami rozporządzenia nr 207/2009, i że wcale nie zakazano zatem EUIPO uwzględnienia okoliczności faktycznych i dowodów przywołanych lub przedstawionych z opóźnieniem. Następnie Izba Odwoławcza podkreśliła, że używanie na zewnątrz znaku towarowego nie jest koniecznie równoważne z używaniem skierowanym do konsumentów końcowych i że podniesiony przez Wedl & Hofmann rzeczywisty charakter używania nie może zostać wykluczony jedynie ze względu na fakt, że przywołane przez Wedl & Hofmann czynności handlowe nie były skierowane do konsumentów końcowych, lecz do klientów przemysłowych jako licencjobiorców lub franczyzobiorców. W konsekwencji Izba Odwoławcza stwierdziła, że Wedl & Hofmann, w oparciu o przedłożone dowody, wykazała rzeczywiste używanie spornego znaku towarowego w odniesieniu do spornych towarów należących do klas 21 i 25. Wreszcie Izba Odwoławcza stwierdziła, że dowody nie wystarczają do wykazania używania spornego znaku towarowego dla pozostałych towarów i usług wskazanych we wniosku o stwierdzenie wygaśnięcia prawa do znaku.

Żądania stron

Sprawa T-910/16

10 Kurt Hesse wnosi do Sądu o:

- stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji i stwierdzenie wygaśnięcia praw Wedl & Hofmann również w odniesieniu do spornych towarów należących do klas 21 i 25;
- obciążenie EUIPO kosztami postępowania.

11 EUIPO i Wedl & Hofmann wnoszą do Sądu o:

- oddalenie skargi;
- obciążenie Kurta Hessego kosztami postępowania.

Sprawa T-911/16

12 Wedl & Hofmann wnosi do Sądu o:

- stwierdzenie nieważności lub zmianę zaskarżonej decyzji;
- obciążenie EUIPO kosztami postępowania.

13 EUIPO i Kurt Hesse wnoszą do Sądu o:

- oddalenie skargi;

– obciążenie Wedl & Hofmann kosztami postępowania.

Co do prawa

- 14 Po wysłuchaniu stron w tej kwestii należy połączyć niniejsze sprawy dla celów wydania orzeczenia kończącego postępowanie, zgodnie z art. 19 § 2 i art. 68 § 1 regulaminu postępowania przed Sądem.
- 15 Na wstępie należy stwierdzić, że Izba Odwoławcza wskazała, iż dowody używania wykazują rzeczywiste używanie spornego znaku towarowego dla spornych towarów należących do klas 21 i 25. Natomiast stwierdziła ona brak rzeczywistego używania spornego znaku towarowego dla pozostałych towarów i usług wskazanych we wniosku o stwierdzenie wygaśnięcia prawa do znaku. W przedłożonych odpowiednio skargach K. Hesse wnosi o uwzględnienie wniosku o stwierdzenie wygaśnięcia prawa w odniesieniu do wszystkich wskazanych towarów i usług, a spółka Wedl & Hofmann żąda oddalenia tego wniosku w całości.
- 16 Na poparcie skargi złożonej w sprawie T-910/16 K. Hesse podnosi jedyny zarzut dotyczący, w istocie, naruszenia art. 51 ust. 1 lit. a) rozporządzenia nr 207/2009.
- 17 W sprawie T-911/16 Wedl & Hofmann podnosi dwa zarzuty, dotyczące, zarzut pierwszy – naruszenia art. 51 ust. 1 lit. a) rozporządzenia nr 207/2009, art. 15 ust. 1 lit. a) rozporządzenia nr 207/2009 [obecnie art. 18 ust. 1 lit. a) rozporządzenia 2017/1001] i zasady 40 ust. 5 rozporządzenia Komisji (WE) nr 2868/95 z dnia 13 grudnia 1995 r. wykonującego rozporządzenie Rady (WE) nr 40/94 w sprawie wspólnotowego znaku towarowego (Dz.U. 1995, L 303, s. 1 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 17, t. 1, s. 189) [obecnie art. 19 ust. 1 rozporządzenia delegowanego Komisji (UE) 2017/1430 z dnia 18 maja 2017 r. uzupełniającego rozporządzenie Rady (WE) nr 207/2009 w sprawie znaku towarowego Unii Europejskiej oraz uchylającego rozporządzenia Komisji (WE) nr 2868/95 i (WE) nr 216/96 (Dz.U. 2017, L 205, s. 1)] w związku z zasadą 22 ust. 3 i 4 rozporządzenia nr 2868/95 (obecnie art. 10 ust. 3 i 4 rozporządzenia delegowanego 2017/1430), a zarzut drugi – naruszenia zasady równego traktowania.
- 18 Sąd jest zdania, że w pierwszej kolejności należy rozpatrzyć łącznie jedyny zarzut w sprawie T-910/16 i zarzut pierwszy w sprawie T-911/16, przy uwzględnieniu, że oba te zarzuty dotyczą, w istocie, naruszenia art. 51 ust. 1 lit. a) rozporządzenia nr 207/2009, a w drugiej kolejności rozpatrzyć zarzut drugi w sprawie T-911/16.
- 19 Na wstępie należy stwierdzić, że w ramach postępowania przed Sądem strony nie kwestionują dopuszczalności dowodów przedstawionych przez Wedl & Hofmann przed Wydziałem Unieważnień.
- 20 Wprawdzie w pkt 5 pisma procesowego złożonego w sprawie T-911/16 i przed przedstawieniem argumentów mających na celu kwestionowanie stwierdzeń Wedl & Hofmann co do istoty, K. Hesse wskazał, że „skarga jest bezzasadna, chociażby z tego względu, iż skarżąca przedstawiła [...] dowody używania [...] po upływie terminu określonego przez [EUIPO] na dzień 17 grudnia 2015 r.”. Na poparcie swojej argumentacji K. Hesse przywołał ponadto wyrok z dnia 18 lipca 2013 r., *New Yorker SHK Jeans/OHIM* (C-621/11 P, EU:C:2013:484).
- 21 Jednakże w zakresie, w jakim w odpowiedzi na skargę K. Hesse wniósł nie o stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji ze względu na naruszenie prawa, jakiego miała dopuścić się Izba Odwoławcza, mając na względzie wspomniane dowody, lecz o oddalenie skargi wniesionej przez Wedl & Hofmann, należy oddalić tę argumentację jako nieistotną dla sprawy.
- 22 Wreszcie nawet przy założeniu, że poprzez tę argumentację K. Hesse faktycznie dąży do oddalenia przez Sąd skargi Wedl & Hofmann i utrzymania w mocy zaskarżonej decyzji na podstawie innej niż wskazana przez Izbę Odwoławczą we wspomnianej decyzji, taka argumentacja podlega oddaleniu.

W tym względzie wystarczy przypomnieć, że Sąd przeprowadza kontrolę zgodności z prawem decyzji wydawanych przez instancje EUIPO. Jeżeli dojdzie do przekonania, że taka decyzja, zakwestionowana we wniesionej do niego skardze, narusza prawo, powinien stwierdzić jej nieważność. Nie może on oddalić skargi, zastępując własnym uzasadnieniem uzasadnienie właściwej instancji EUIPO [zob. wyrok z dnia 9 września 2010 r., *Axis/OHIM – Etra Investigación y Desarrollo (ETRAX)*, T-70/08, EU:T:2010:375, pkt 29 i przytoczone tam orzecznictwo].

W przedmiocie jedyne go zarzutu w sprawie T-910/16 i zarzutu pierwszego w sprawie T-911/16, dotyczących, w istocie, naruszenia art. 51 ust. 1 lit. a) rozporządzenia nr 207/2009

- 23 W ramach jedyne go zarzutu w sprawie T-910/16 K. Hesse wskazał, że Izba Odwoławcza powinna była utrzymać w mocy stwierdzenie wygaśnięcia prawa do spornego znaku towarowego w całości.
- 24 W ramach zarzutu pierwszego w sprawie T-911/16 Wedl & Hofmann podnosi w istocie, że przedstawiła dowód rzeczywistego używania w odniesieniu do wszystkich towarów i usług, dla których zarejestrowano znak towarowy, a nie jedynie w odniesieniu do spornych towarów należących do klas 21 i 25.
- 25 Zgodnie z art. 51 ust. 1 lit. a) rozporządzenia nr 207/2009 wygaśnięcie prawa właściciela unijnego znaku towarowego stwierdza się na podstawie wniosku do EUIPO lub roszczenia wzajemnego w postępowaniu w sprawie naruszenia, jeżeli w nieprzerwanym okresie pięciu lat znak towarowy nie był rzeczywiście używany w Unii Europejskiej w odniesieniu do towarów lub usług, dla których został zarejestrowany, i jeżeli nie istnieją usprawiedliwione powody takiego nieużywania.
- 26 Zgodnie z art. 15 ust. 1 lit. a) rozporządzenia nr 207/2009 dowodem rzeczywistego używania unijnego znaku towarowego jest również dowód używania tego znaku w postaci różniącej się w elementach, które nie zmieniają odróżniającego charakteru znaku w postaci, w jakiej znak ten został zarejestrowany.
- 27 Zgodnie z zasadą 22 rozporządzenia nr 2868/95, mającą zastosowanie do postępowania w sprawie stwierdzenia wygaśnięcia prawa do znaku na mocy zasady 40 ust. 5 tego rozporządzenia, dowód używania znaku towarowego powinien dotyczyć miejsca, czasu, zakresu oraz charakteru używania znaku towarowego i ogranicza się, co do zasady, do przedstawienia dokumentów i przedmiotów mających znaczenie dowodowe, takich jak opakowania, etykiety, cenniki, katalogi, faktury, fotografie, ogłoszenia prasowe oraz pisemne oświadczenia określone w art. 76 ust. 1 lit. f) rozporządzenia nr 207/2009 [obecnie art. 97 ust. 1 lit. f) rozporządzenia 2017/1001] [wyroki: z dnia 8 lipca 2004 r., *Sunrider/OHIM – Espadafor Caba (VITAFRUIT)*, T-203/02, EU:T:2004:225, pkt 37; z dnia 10 września 2008 r., *Boston Scientific/OHIM – Terumo (CAPIO)*, T-325/06, niepublikowany, EU:T:2008:338, pkt 27].
- 28 Przy wykładni pojęcia rzeczywistego używania należy uwzględnić okoliczność, że ratio legis wymogu, zgodnie z którym znak towarowy powinien być rzeczywiście używany, nie jest związane ani z oceną sukcesu handlowego, ani z kontrolą strategii gospodarczej przedsiębiorstwa, ani z uzależnieniem ochrony znaków towarowych od ich gospodarczego wykorzystania na dużą skalę [zob. wyroki: z dnia 8 lipca 2004 r., *MFE Marienfelde/OHIM – Vétoquinol (HIPOVITON)*, T-334/01, EU:T:2004:223, pkt 32 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 27 września 2007 r., *La Mer Technology/OHIM – Laboratoires Goëmar (LA MER)*, T-418/03, niepublikowany, EU:T:2007:299, pkt 53 i przytoczone tam orzecznictwo].
- 29 Jak wynika z orzecznictwa, znak towarowy jest rzeczywiście używany wówczas, gdy korzysta się z niego zgodnie z jego podstawową funkcją, jaką jest zagwarantowanie, że towary i usługi, dla których został on zarejestrowany, pochodzą z określonego przedsiębiorstwa, w celu wykreowania lub zachowania rynku zbytu dla tych towarów lub usług, z wyłączeniem przypadków używania o charakterze symbolicznym

mającego na celu jedynie utrzymanie praw do znaku towarowego (zob. analogicznie wyrok z dnia 11 marca 2003 r., *Ansul*, C-40/01, EU:C:2003:145, pkt 43). Ponadto warunek dotyczący rzeczywistego używania znaku towarowego wymaga, aby znak towarowy w postaci, w jakiej jest chroniony na właściwym obszarze, był używany publicznie i w sposób skierowany na zewnątrz [zob. wyroki: z dnia 6 października 2004 r., *Vitakraft-Werke Wührmann/OHIM – Krafft (VITAKRAFT)*, T-356/02, EU:T:2004:292, pkt 26 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 4 lipca 2014 r., *Construcción, Promociones e Instalaciones/OHIM – Copisa Proyectos y Mantenimientos Industriales (CPI COPISA INDUSTRIAL)*, T-345/13, niepublikowany, EU:T:2014:614, pkt 21 i przytoczone tam orzecznictwo].

- 30 Ocena rzeczywistego charakteru używania znaku towarowego powinna opierać się na wszystkich faktach i okolicznościach właściwych dla ustalenia prawdziwości wykorzystania handlowego tego znaku, a w szczególności na używaniu uznanym za uzasadnione w rozpatrywanym sektorze gospodarki w celu utrzymania lub zdobycia udziałów w rynku dla towarów lub usług chronionych przez znak towarowy, charakterze tych towarów lub usług, cechach rynku oraz zakresie i częstotliwości używania znaku towarowego (zob. wyrok z dnia 10 września 2008 r., *CAPIO*, T-325/06, niepublikowany, EU:T:2008:338, pkt 30 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 31 Ponadto rzeczywiste używanie znaku towarowego nie może zostać wykazane za pomocą przypuszczeń dotyczących prawdopodobieństwa wystąpienia danej sytuacji lub domniemań, lecz powinno opierać się na konkretnych i obiektywnych dowodach, z których wynika, iż znak był używany faktycznie i na wystarczającą skalę na danym rynku [zob. wyrok z dnia 23 września 2009 r., *Cohausz/OHIM – Izquierdo Faces (acopat)*, T-409/07, niepublikowany, EU:T:2009:354, pkt 36 i przytoczone tam orzecznictwo]. W konsekwencji należy dokonać całościowej oceny uwzględniającej wszystkie istotne czynniki danego wypadku, co skutkuje określoną współzależnością uwzględnianych czynników [zob. wyrok z dnia 18 stycznia 2011 r., *Advance Magazine Publishers/OHIM – Capela & Irmãos (VOGUE)*, T-382/08, niepublikowany, EU:T:2011:9, pkt 30 i przytoczone tam orzecznictwo].
- 32 To w świetle powyższych rozważań należy rozpatrzeć analizę Izby Odwoławczej dotyczącą, po pierwsze, rzeczywistego charakteru używania spornego znaku towarowego dla spornych towarów należących do klas 21 i 25, oraz po drugie, braku rzeczywistego używania spornego znaku towarowego dla pozostałych towarów i usług wskazanych we wniosku o stwierdzenie wygaśnięcia prawa do znaku.
- 33 Na wstępie należy wskazać, że ze względu na to, iż wniosek o stwierdzenie wygaśnięcia prawa do spornego znaku towarowego został złożony w dniu 15 października 2014 r., okres pięciu lat wskazany w art. 51 ust. 1 lit. a) rozporządzenia nr 207/2009 obejmuje, jak w pkt 43 zaskarżonej decyzji słusznie wskazała Izba Odwoławcza, okres od dnia 15 października 2009 r. do dnia 14 października 2014 r.
- 34 W celu zbadania rzeczywistego używania spornego znaku towarowego Izba Odwoławcza oparła się na następujących dowodach przedstawionych przez Wedl & Hofmann, które opisano w zaskarżonej decyzji:
- zrzutach z ekranu pochodzących z witryny internetowej „www.testarossacafe.com”, zawierających informacje dotyczące placówek spółki Wedl & Hofmann, która prowadzi sieć „kawiarni” w Europie, Azji, na Bliskim Wschodzie i w Egipcie;
 - dwóch kopiach koszulki piłkarskiej przedstawiających, na przedniej stronie, sporny znak towarowy w nieznacznie zmienionej formie;
 - wydrukach ogłoszeń reklamowych i fotografiach „kawiarni” oznaczonych spornym znakiem towarowym w Niemczech, na Węgrzech lub w Zjednoczonym Królestwie;
 - piśmie z lutego 2014 r. zawierającym potwierdzenie zamówienia ogłoszenia reklamowego dla „kawy” oznaczonej spornym znakiem towarowym, w wysokości 30 000 EUR, w czasopiśmie *Body & Soul*;

- wykazie „kawiarni” oznaczonych spornym znakiem towarowym założonych w Niemczech, we Włoszech, na Węgrzech, w Austrii i Rumunii począwszy od 2009 r.;
 - czterech wersjach wydrukowanego ogłoszenia reklamowego sieci handlowej Müller dla „kawy” oznaczonej spornym znakiem towarowym;
 - różnych tabelach sporządzonych przez właściciela spornego znaku towarowego, w których zawarto wykazy sprzedaży w latach 2009–2015 towarów oznaczonych spornym znakiem towarowym, w szczególności kubków papierowych, ręczników papierowych, kawy, szklanych naczyń do picia, kapsułek, długopisów, sztućców, popielniczek, zapalniczek, zegarków, breloków do kluczy i parasoli, z odpowiednimi wskazaniem dotyczącymi ilości i wartości sprzedaży dystrybuowanych towarów oraz odbiorców tych sprzedanych towarów;
 - różnych tabelach sporządzonych przez właściciela spornego znaku towarowego, w których wskazano zamówienia i dostawy tkanin oznaczonych spornym znakiem towarowym w latach 2010–2012, ze wskazaniem cen i odbiorców;
 - różnych fotografiach „kawiarni” oznaczonych spornym znakiem towarowym;
 - związanym z Rumunią wykazie towarów oznaczonych spornym znakiem towarowym sprzedawanych przez różnych franczyzobiorców, w szczególności wyrobów cukierniczych, zastaw stołowych, porcelany, artykułów reklamowych, toreb, parasoli, wpinek do klapy i odzieży takiej jak fartuszki, czapki lub koszulki polo, ze wskazaniem odpowiednich cen i ilości;
 - fotografii przedstawiającej dwie zapalniczki oznaczone spornym znakiem towarowym;
 - wymianie korespondencji między W. a F., w której ten ostatni powiadomił W., że Wedl & Hofmann dysponuje numerem telefonu od 1998 r., na który można dzwonić z Niemiec, Francji, Włoch i Szwajcarii;
 - broszurze reklamowej dotyczącej spornego znaku towarowego, w której przedstawiono w szczególności pochodzenie i proces wytwarzania kawy oznaczonej spornym znakiem towarowym. W broszurze tej przedstawiono także kapsułki z kawą i inne towary oznaczone spornym znakiem towarowym takie jak filiżanki i szklanki do kawy, maszyny do kawy, dozowniki do cukru, łyżki, fartuszki, koszulki polo, torby dla kelnerów i ręczniki papierowe – wszystkie oznaczone spornym znakiem towarowym;
 - broszurze dotyczącej franczyzy spornego znaku towarowego, opisującej pojęcie franczyzy i różne towary oznaczone spornym znakiem towarowym.
- 35 W pierwszej kolejności K. Hesse podnosi, że przedstawione przez Wedl & Hofmann dowody nie mogą wykazać istnienia rzeczywistego używania spornego znaku towarowego dla spornych towarów należących do klas 21 i 25 w zakresie, w jakim te dowody używania nie odnoszą się do sprzedaży konsumentom końcowym. W tym względzie K. Hesse podnosi, że tabele sprzedaży przedstawione jako dowód używania przez Wedl & Hofmann dotyczą licencjobiorców i franczyzobiorców, lecz nie wykazują, że towary były dystrybuowane do konsumentów końcowych.
- 36 EUIPO i Wedl & Hofmann kwestionują argumenty K. Hessego.
- 37 W niniejszym wypadku należy przypomnieć, że jest prawdą, iż zgodnie z orzecznictwem rzeczywiste używanie znaku towarowego wymaga, by używanie to było publiczne i na zewnątrz (wyrok z dnia 8 lipca 2004 r., VITAFRUIT, T-203/02, EU:T:2004:225, pkt 39; zob. także, podobnie, wyrok z dnia 11 marca 2003 r., Ansul, C-40/01, EU:C:2003:145, pkt 37). Jest także prawdą, że ocena rzeczywistego charakteru używania znaku towarowego powinna opierać się na wszystkich faktach i okolicznościach

właściwych dla ustalenia prawdziwości wykorzystania handlowego tego znaku, a w szczególności na używaniu uznanym za uzasadnione w rozpatrywanym sektorze gospodarki w celu utrzymania lub zdobycia udziałów w rynku dla towarów lub usług chronionych przez znak towarowy, charakterze tych towarów lub usług, cechach rynku oraz zakresie i częstotliwości używania znaku towarowego (zob. wyrok z dnia 8 lipca 2004 r., VITAFRUIT, T-203/02, EU:T:2004:225, pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 38 Jednakże w pkt 58 i 59 zaskarżonej decyzji Izba Odwoławcza słusznie uściśliła, że to używanie na zewnątrz nie oznacza, iż koniecznie chodzi o używanie skierowane do konsumentów końcowych. Rzeczywiste używanie znaku towarowego odnosi się bowiem do rynku, na którym właściciel unijnego znaku towarowego wykonuje działalność gospodarczą i na którym ma on zamiar korzystać ze znaku towarowego. A zatem stwierdzenie, że używanie na zewnątrz znaku towarowego w rozumieniu orzecznictwa polega koniecznie na używaniu skierowanym do konsumentów końcowych, skutkowałoby wyłączeniem znaków towarowych używanych jedynie w relacjach między spółkami z zakresu zastosowania rozporządzenia nr 207/2009. Właściwy krąg odbiorców, do których skierowano znaki towarowe, nie obejmuje bowiem jedynie konsumentów końcowych, lecz także specjalistów, klientów przemysłowych i innych profesjonalnych użytkowników [zob. wyrok z dnia 7 lipca 2016 r., Fruit of the Loom/EUIPO – Takko (FRUIT), T-431/15, niepublikowany, EU:T:2016:395, pkt 49 i przytoczone tam orzecznictwo].
- 39 W tym względzie, jak wynika z licznych dokumentów przedstawionych przez Wedl & Hofmann jako dowód używania spornego znaku towarowego, jest bezsporne, że Wedl & Hofmann prowadzi sieć „kawiarni” za pośrednictwem franczyzobiorców i licencjobiorców i że sporne towary należące do klas 21 i 25 są sprzedawane na rynku przez tych ostatnich w ramach umów franczyzy lub licencji, wśród konsumentów końcowych. A zatem zgodnie z orzecznictwem wskazanym w pkt 38 powyżej sprzedaż ta może wykazać używanie publiczne i na zewnątrz spornego znaku towarowego. W tym kontekście fakt, że Wedl & Hofmann nie utrzymywała bezpośrednich relacji z konsumentami końcowymi, nie jest istotny.
- 40 Powyższej oceny nie może podważyć argument K. Hessego, zgodnie z którym okoliczność, że Wedl & Hofmann zawarła umowy franczyzy i licencji nakładające na licencjobiorców i franczyzobiorców szereg obowiązków w dziedzinie reklamy, promocji i wprowadzania do obrotu, upodabnia umowy franczyzy lub licencji do zwykłych relacji z pracownikami i przedstawicielami tej spółki, których to relacji nie można zakwalifikować jako rzeczywistego używania w rozumieniu art. 15 rozporządzenia nr 207/2009. W tym względzie umowa franczyzy lub licencji stanowi znany model organizacji w życiu gospodarczym, którego nie można uznać za czysto wewnętrzne używanie. Należy stwierdzić, że na rynku takim jak rynek Unii, aby utworzyć lub zachować rynek zbytu dla towarów takich jak towary rozpatrywane w niniejszym wypadku, powszechne jest dokonywanie czynności handlowych z profesjonalistami w danej branży, a mianowicie w szczególności z podmiotami zajmującymi się dalszą odsprzedażą. W konsekwencji nie można co do zasady wykluczyć, że używanie znaku towarowego wykazane za pomocą czynności handlowych skierowanych do profesjonalistów z danej branży może zostać uznane za używanie zgodne z zasadniczą funkcją znaku towarowego w rozumieniu orzecznictwa przywołanego w pkt 30 powyżej (wyrok z dnia 7 lipca 2016 r., FRUIT, T-431/15, niepublikowany, EU:T:2016:395, pkt 50).
- 41 W każdym wypadku należy wskazać, że z dowodów, a w szczególności z tabeli zawierających dane przedstawiające ilość i wartość sprzedaży towarów dystrybuowanych w latach 2009–2015, wynika, że zamówienia były także kierowane do spółek innych niż franczyzobiorcy i licencjobiorcy. Powyższe wykazuje, że używanie spornego znaku towarowego miało charakter publiczny i było skierowane na zewnątrz, nie zaś wyłącznie do wewnątrz przedsiębiorstwa będącego właścicielem spornego znaku towarowego lub w ramach sieci franczyzobiorców i licencjobiorców.
- 42 Słusznie zatem Izba Odwoławcza stwierdziła, że przesłanka związana z używaniem znaku towarowego publicznie i na zewnątrz wydaje się spełniona w niniejszym wypadku.

- 43 W drugiej kolejności K. Hesse twierdzi, że dostarczanie spornych towarów należących do klas 21 i 25 przez Wedl & Hofmann nie ma innej racji bytu niż ta związana z promowaniem innych towarów lub usług oznaczonych spornym znakiem towarowym takich jak „kawa” lub usługi świadczone przez „kawiarnie”. W tych okolicznościach umieszczenie spornego znaku towarowego na tych towarach nie przyczynia się do utworzenia rynku zbytu dla nich ani do ich odróżnienia w interesie konsumentów od towarów pochodzących z innych przedsiębiorstw, mając na względzie, że wspomniane towary nie są konkurencyjne wobec innych towarów lub usług na rynku.
- 44 EUIPO i Wedl & Hofmann kwestionują argumenty K. Hessego.
- 45 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem pojęcie rzeczywistego używania należy rozumieć jako faktyczne używanie, zgodne z podstawową funkcją znaku towarowego, jaką jest zagwarantowanie konsumentowi lub końcowemu odbiorcy, że towar lub usługa pochodzą z określonego przedsiębiorstwa, umożliwiając mu – bez ryzyka wprowadzenia w błąd – odróżnienie tego towaru lub tej usługi od towarów i usług pochodzących z innych przedsiębiorstw (wyroki: z dnia 11 marca 2003 r., Ansul, C-40/01, EU:C:2003:145, pkt 35, 36; z dnia 9 grudnia 2008 r., Verein Radetzky-Orden, C-442/07, EU:C:2008:696, pkt 13).
- 46 W tym względzie z powyższego pojęcia rzeczywistego używania wynika, że ochrona znaku towarowego i skutki, na które w wyniku jego rejestracji można powoływać się względem osób trzecich, nie mogą trwać, jeżeli znak towarowy utracił podstawę do występowania w obrocie, jaką jest wykreowanie lub zachowanie rynku zbytu dla towarów lub usług oznaczonych oznaczeniem tworzącym ten znak towarowy względem towarów lub usług pochodzących z innych przedsiębiorstw (wyroki: z dnia 11 marca 2003 r., Ansul, C-40/01, EU:C:2003:145, pkt 37; z dnia 9 grudnia 2008 r., Verein Radetzky-Orden, C-442/07, EU:C:2008:696, pkt 14).
- 47 W konsekwencji, aby określić, czy rzeczywiste używanie zostało wykazane, należy zbadać, czy poprzez używanie znaku towarowego przedsiębiorstwo zamierza utworzyć lub zachować rynek zbytu dla swoich towarów lub usług w Unii względem towarów lub usług innych przedsiębiorstw. Sytuacja taka nie ma miejsca, gdy te towary lub usługi nie są konkurencyjne wobec towarów lub usług proponowanych na rynku przez inne przedsiębiorstwa, czyli gdy nie są one – i nie mają być – dystrybuowane w obrocie handlowym [wyrok z dnia 9 września 2011 r., Omnicare/OHIM – Astellas Pharma (OMNICARE CLINICAL RESEARCH), T-289/09, niepublikowany, EU:T:2011:452, pkt 68].
- 48 W niniejszym wypadku, nawet jeśli nie można wykluczyć, że sporne towary należące do klas 21 i 25 mogą być proponowane, aby ostatecznie zachęcić właściwy krąg odbiorców do nabycia „kawy” sprzedawanej przez Wedl & Hofmann, nie są one jednak dystrybuowane w celu zrekompensowania zakupu innych towarów takich jak „kawa”, ani w celu promowania sprzedaży tych ostatnich, mając na względzie, że z przedstawionych przez Wedl & Hofmann dowodów, w szczególności z materiałów reklamowych, broszur franczyzy oraz wykazów sprzedaży, wynika, że sporne towary należące do klas 21 i 25 są księgowane i proponowane odrębnie wraz z numerami zamówień, ilościami i wartością sprzedaży, a także niezależnie od „kawy” – nawet przy założeniu, że towar ten stanowi towar zasadniczo wprowadzany do obrotu przez spółkę Wedl & Hofmann. Sprzedaż ta stanowi używanie, którego obiektywnym celem jest utworzenie lub utrzymanie rynku zbytu dla rozpatrywanych towarów, a wysokość tej sprzedaży, rozpatrywana w kontekście okresu i częstotliwości używania, nie jest na tyle nieznacząca, by można było uznać, że chodzi o używanie jedynie symboliczne – minimalne lub fikcyjne – którego jedynym celem byłoby utrzymanie ochrony prawa do znaku towarowego. W konsekwencji należy stwierdzić, że chodzi o towary autonomiczne odnoszące się do własnego rynku zbytu.
- 49 Ponadto należy wskazać, że sporne towary należące do klas 21 i 25 są konkurencyjne względem innych podobnych towarów na rynku, w szczególności gdy są one dostarczane przez przedsiębiorstwa działające na rynku kawy, które mogą także dostarczać towary takie jak „kubki papierowe”, „filiżanki do kawy”, „szklanki” lub „dozowniki do cukru” w celu promowania podstawowego towaru, a mianowicie kawy.

- 50 W konsekwencji należy stwierdzić, że poprzez takie używanie jej znaku towarowego Wedl & Hofmann dąży do utworzenia lub zachowania rynku zbytu dla spornych towarów należących do klas 21 i 25 – na rynku, na którym obecne są także inne przedsiębiorstwa.
- 51 Słusznie zatem Izba Odwoławcza stwierdziła, że przedstawione przez Wedl & Hofmann dokumenty dotyczące używania spornego znaku towarowego wykazują, iż sporny znak towarowy nie był używany w sposób czysto wewnętrzny dla spornych towarów należących do klas 21 i 25 jedynie w celu promowania sprzedaży innych towarów spółki Wedl & Hofmann.
- 52 W trzeciej kolejności Wedl & Hofmann podnosi w istocie, że przedstawiła dowód rzeczywistego używania w odniesieniu do wszystkich towarów i usług, dla których znak towarowy został zarejestrowany, a nie jedynie w odniesieniu do spornych towarów należących do klas 21 i 25. W tym względzie twierdzi ona, że o ile Izba Odwoławcza prawidłowo oceniła dokumenty przedstawione jako dowód używania, o tyle powinna ona była stwierdzić, że dowód wystarczającego używania został przedstawiony w odniesieniu do wszystkich towarów i usług wskazanych w pkt 3 powyżej.
- 53 EUIPO i K. Hesse kwestionują argumenty Wedl & Hofmann.
- 54 W niniejszym wypadku należy stwierdzić, że przedstawione przez Wedl & Hofmann dokumenty nie umożliwiają stwierdzenia, że Izba Odwoławcza popełniła błąd, nie ustalając istnienia rzeczywistego używania spornego znaku towarowego dla towarów i usług innych niż sporne towary należące do klas 21 i 25.
- 55 W tym względzie należy podkreślić, że – jak słusznie stwierdziła Izba Odwoławcza – Wedl & Hofmann przedstawiła jedynie wystarczające wskazówki dotyczące miejsca, okresu i zakresu używania spornego znaku towarowego w odniesieniu do spornych towarów należących do klas 21 i 25, w szczególności w formie tabeli zawierających szereg różnych danych odnoszących się do daty, państwa, towarów, cen i wartości sprzedaży. Co więcej, wskazania zawarte w tabelach zostały potwierdzone za pomocą innych dowodów, takich jak fotografie, ogłoszenia reklamowe, broszura reklamowa i broszura franczyzy. Co się tyczy pozostałych towarów i usług, Wedl & Hofmann nie przedstawiła żadnego dowodu umożliwiającego wykazanie, że takie towary były sprzedawane w Unii w istotnym okresie. Wedl & Hofmann powinna zaś była wykazać rzeczywiste używanie spornego znaku towarowego, a mianowicie przedstawić wszelkie dowody oparte nie na prawdopodobieństwie lub domniemaniach, lecz na konkretnych i obiektywnych okolicznościach umożliwiających jej wykazanie, że wspomniany znak towarowy był faktycznie i wystarczająco używany na danym rynku (zob. podobnie i analogicznie wyrok z dnia 23 września 2009 r., *acopat*, T-409/07, niepublikowany, EU:T:2009:354, pkt 69, 70).
- 56 Ścisłej, po pierwsze, należy wskazać, że z dokumentów tych nie można wywieść żadnej wskazówki ani żadnego dowodu rzeczywistego używania spornego znaku towarowego w odniesieniu do towarów należących do klas 7, 11, 20 i 28. W tym względzie należy podkreślić, że Wedl & Hofmann nie przedstawiła żadnej faktury, żadnego formularza zamówienia, żadnej wartości sprzedaży, żadnej wartości reklamy ani żadnych danych wskazujących na udział w rynku towarów takich jak „młynki do kawy” należące do klasy 7, „meble” należące do klasy 20, „gry” i „przedmioty do zabawy” należące do klasy 28, „ekspresy do kawy” i „elektryczne urządzenia do gotowania” należące do klasy 11 lub ponadto „artykuły sportowe” należące, w szczególności, do klasy 28, które wprowadzono by do obrotu ze spornym znakiem towarowym. Co więcej, jeśli chodzi o „odzież gimnastyczną i sportową” należącą do klasy 25, w pkt 66 zaskarżonej decyzji Izba Odwoławcza słusznie wskazała, że aby ustalić rzeczywiste używanie tych towarów, nie wystarcza przedłożenie jedynie fotografii koszulki piłkarskiej przedstawiającej sporny znak towarowy – bez dodatkowych dowodów.
- 57 Po drugie, co się tyczy towarów należących do klasy 34, a mianowicie „artykułów dla palaczy” i „zapalek”, należy podkreślić, że o ile wartość ich sprzedaży wskazano w dostarczonych przez Wedl & Hofmann tabelach danych dotyczących sprzedaży „zapalniczek” i „popielniczek”, wartość tej sprzedaży jest bardzo niska, wręcz nieistotna, w stosunku do wartości sprzedaży pozostałych towarów takich jak

„kawa”, „kubki papierowe” lub „filiżanki”, lub „szklanki” do kawy. Przedstawione dowody nie umożliwiają zatem ustalenia, czy chodzi o używanie punktowe, niewykraczające poza używanie symboliczne, czy też o używanie wystarczająco istotne, aby mogło zostać uwzględnione.

- 58 Po trzecie, co się tyczy usług należących do klasy 38, należy wskazać, że dowód używania również nie został przedstawiony. Żaden z dowodów nie wykazuje bowiem, że Wedl & Hofmann świadczyła usługi telekomunikacyjne. Jak w pkt 67 zaskarżonej decyzji słusznie wskazała Izba Odwoławcza, sama okoliczność, że Wedl & Hofmann utworzyła numer obsługi telefonicznej, nie wykazuje świadczenia przez Wedl & Hofmann usług telekomunikacyjnych oznaczonych spornym znakiem towarowym. Zwykle udostępnienie numeru obsługi telefonicznej lub bezpośredniej linii telefonicznej dla klientów nie stanowi bowiem autonomicznej usługi świadczonej za wynagrodzeniem na rzecz osób trzecich i nie może zostać uznane za mogące skutkować utworzeniem rynku zbytu, lecz jedynie za usługę pomocniczą związaną ze sprzedażą towarów faktycznie wprowadzonych do obrotu przez właściciela znaku towarowego. Wobec braku faktur lub obiektywnych informacji dotyczących wysokości obrotu uzyskanego w następstwie świadczenia tych usług oraz uściśleń dotyczących daty, ilości lub jakości zrealizowanych świadczeń, sama wspomniana w pkt 34 powyżej wymiana korespondencji nie umożliwi stwierdzenia, że sporny znak towarowy był rzeczywiście używany.
- 59 Co się tyczy wniosku o wysłuchanie pana W., należy podkreślić, że wniosek ten należy w każdym wypadku oddalić, ponieważ w świetle wszystkich powyższych rozważań Sąd mógł skutecznie orzec w przedmiocie podniesionych stwierdzeń, zarzutów i argumentów.
- 60 Słusznie zatem Izba Odwoławcza stwierdziła brak rzeczywistego używania spornego znaku towarowego w odniesieniu do towarów i usług innych niż sporne towary należące do klas 21 i 25.
- 61 Z powyższego wynika, że w sprawie T-910/16 należy oddalić podniesiony przez K. Hessego jedyny zarzut dotyczący, w istocie, naruszenia art. 51 ust. 1 lit. a) rozporządzenia nr 207/2009. W konsekwencji skarga w tej sprawie zostaje oddalona.
- 62 Z powyższego wynika również, że w sprawie T-911/16 należy oddalić podniesiony przez Wedl & Hofmann zarzut pierwszy dotyczący, w istocie, naruszenia art. 51 ust. 1 lit. a) rozporządzenia nr 207/2009.

W przedmiocie zarzutu drugiego w sprawie T-911/16, dotyczącego naruszenia zasady równego traktowania

- 63 W zarzucie drugim Wedl & Hofmann podnosi, że wykazanie rzeczywistego używania znaku towarowego posiadanego przez niewielkie przedsiębiorstwo takie jak przedsiębiorstwo Wedl & Hofmann jest znacznie trudniejsze. Zdaniem Wedl & Hofmann zaskarżona decyzja narusza zasadę równego traktowania, ponieważ nałożono w niej na Wedl & Hofmann podwyższone wymogi odnoszące się do przedstawienia dowodów używania.
- 64 EUIPO i K. Hesse kwestionują argumenty Wedl & Hofmann.
- 65 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem zasada równego traktowania wymaga, by porównywalne sytuacje nie były traktowane w różny sposób, lecz również by różne sytuacje nie były traktowane w sposób identyczny, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione (wyroki: z dnia 17 lipca 1997 r., National Farmers' Union i in., C-354/95, EU:C:1997:379, pkt 61; z dnia 16 września 2004 r., Merida, C-400/02, EU:C:2004:537, pkt 22).
- 66 Ponadto należy stwierdzić, że o ile rzeczywiste używanie jest oceniane w odniesieniu do danego wypadku, o tyle jego ocena nie polega zasadniczo na uwzględnieniu zrealizowanego obrotu lub wartości sprzedaży w danym okresie. Artykuł 51 ust. 1 lit. a) rozporządzenia nr 207/2009 i zasada 22

ust. 3 rozporządzenia nr 2868/95 nie mają bowiem na celu ani oceny sukcesu handlowego, ani kontroli strategii gospodarczej danego przedsiębiorstwa, ani uzależnienia ochrony znaków towarowych od ich gospodarczego wykorzystania na dużą skalę (zob. analogicznie wyrok z dnia 8 lipca 2004 r., VITAFRUIT, T-203/02, EU:T:2004:225, pkt 36–38).

- 67 Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu przez nią całościowej oceny i uwzględnieniu wszystkich istotnych czynników rozpatrywanego wypadku – stwierdziła zaś, że przedstawione przez Wedl & Hofmann dowody nie wystarczają, aby wykazać rzeczywiste używanie spornego znaku towarowego dla towarów i usług należących do klas 7, 11, 20, 21, 25, 28, 30, 34 i 38, z wyjątkiem spornych towarów należących do klas 21 i 25.
- 68 Co więcej, ocena rzeczywistego używania znaku towarowego nie może skutkować odmiennym traktowaniem małych i dużych przedsiębiorstw w zakresie, w jakim taka ocena opiera się na wszystkich faktach i okolicznościach, na podstawie których można ustalić, czy znak był faktycznie wykorzystywany gospodarczo, a w szczególności powinna ona uwzględniać sposoby korzystania ze znaku uznawane w danej branży gospodarki za uzasadnione dla utrzymania lub utworzenia rynku zbytu dla towarów lub usług chronionych danym znakiem towarowym, charakter tych towarów lub usług, cechy danego rynku, zakres i częstotliwość wykorzystania znaku (wyrok z dnia 8 lipca 2004 r., VITAFRUIT, T-203/02, EU:T:2004:225, pkt 40).
- 69 Z powyższego wynika, że nie można stwierdzić odmiennego traktowania w ramach oceny rzeczywistego używania znaku towarowego w zależności od wielkości przedsiębiorstwa będącego właścicielem znaku w zakresie, w jakim ocenę rzeczywistego używania tego znaku przeprowadza się w świetle takich samych obiektywnych kryteriów opisanych w pkt 68 powyżej – bez względu na wielkość przedsiębiorstwa.
- 70 Z powyższego wynika, że w sprawie T-911/16 należy oddalić zarzut dotyczący naruszenia zasady równego traktowania. Ze względu na oddalenie tego zarzutu oraz zarzutu dotyczącego, w istocie, naruszenia art. 51 ust. 1 lit. a) rozporządzenia nr 207/2009 należy, w konsekwencji, oddalić skargę złożoną w niniejszej sprawie w całości.

W przedmiocie kosztów

- 71 Zgodnie z art. 134 § 1 regulaminu postępowania kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę.
- 72 Ze względu na to, że K. Hesse przegrał sprawę T-910/16, należy obciążyć go kosztami zgodnie z żądaniami EUIPO i Wedl & Hofmann.
- 73 Ze względu na to, że Wedl & Hofmann przegrała sprawę T-911/16, należy obciążyć ją kosztami zgodnie z żądaniami EUIPO i K. Hessego.

Z powyższych względów

SĄD (piąta izba)

orzeka, co następuje:

- 1) **Sprawy T-910/16 i T-911/16 zostają połączone do celów wydania wyroku.**
- 2) **Skargi zostają oddalone.**
- 3) **W sprawie T-910/16 Kurt Hesse zostaje obciążony kosztami postępowania.**
- 4) **W sprawie T-911/16 Wedl & Hofmann GmbH zostaje obciążona kosztami postępowania.**

Gratsias

Labucka

Ulloa Rubio

Wyrok ogłoszono na posiedzeniu jawnym w Luksemburgu w dniu 4 kwietnia 2019 r.

Podpisy