

**YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN
TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (neljäs jaosto)**

12 päivänä joulukuuta 2002 *

Asiassa T-39/01,

Kabushiki Kaisha Fernandes, kotipaikka Tokio (Japani), edustajinaan asianajajat
R. Hacon, N. Phillips ja I. Wood,

kantajana,

vastaan

sisämarkkinoiden harmonisointivirasto (tavaramerkit ja mallit) (SMHV), asia-
miehenään S. Laitinen,

vastajana,

* Oikeudenkäyntikieli: englanti.

jota tukee

Richard John Harrison, Doncaster, South Yorkshire (Yhdistynyt kuningaskunta),
edustajinaan barrister M. Edenborough ja solicitor S. Pilling,

väliintulijana,

jossa kantaja on nostanut kanteen sisämarkkinoiden harmonisointiviraston (tavaramerkit ja mallit) ensimmäisen valituslautakunnan 4.12.2000 tekemästä päätöksestä (asia R 116/2000-1),

EUROOPAN YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN
OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIN (neljäs jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja M. Vilaras sekä tuomarit V. Tiili
ja P. Mengozzi,

kirjaaja: hallintovirkamies J. Plingers,

ottaen huomioon ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimeen 20.2.2001 toimitetun kanteen,

ottaen huomioon ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimeen 15.6.2001 toimitetun vastauskirjelmän,

ottaen huomioon ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimeen 7.6.2001 toimitetun väliintulijan vastineen,

ottaen huomioon 10.7.2002 pidetyssä suullisessa käsittelyssä esitetyn,

on antanut seuraavan

tuomion

Asiaa koskevat oikeussäännöt

- 1 Yhteisön tavaramerkistä 20 päivänä joulukuuta 1993 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 40/94 (EYVL 1994, L 11, s. 1), sellaisena kuin se on muutettuna, 43 artiklan 2 ja 3 kohdan mukaan

”2. Väitteen tehneen aikaisemman yhteisön tavaramerkin haltijan on hakijan pyynnöstä toimitettava todisteet siitä, että yhteisön tavaramerkin julkaisemista edeltäneiden viiden vuoden aikana, aikaisempaa yhteisön tavaramerkkiä on tosiasiallisesti käytetty yhteisössä niiden tavaroiden tai palvelujen osalta, joita varten se on rekisteröity ja joihin väite perustuu, tai että on olemassa perustellut syyt käyttämättä jättämiseen, jos tähän päivään mennessä aikaisempi tavaramerkki on ollut rekisteröitynä vähintään viisi vuotta. Jos näitä todisteita ei esitetä, väite hylätään. Jos aikaisempaa yhteisön tavaramerkkiä on käytetty ainoastaan joidenkin tavaroiden tai palvelujen osalta, joita varten se on rekisteröity, sitä pidetään väitteen tutkimisessa rekisteröitynä ainoastaan näiden tavaroiden tai palvelujen osalta.

3. Edellä 2 kohtaa sovelletaan — — aikaisempiin kansallisiin tavaramerkkeihin siten, että käyttö jäsenvaltiossa, jossa aikaisempi kansallinen tavaramerkki on suojattu, vastaa käyttöä jäsenvaltiossa”.

- 2 Yhteisön tavaramerkistä annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 40/94 täytäntöönpanosta 13 päivänä joulukuuta 1995 annetun komission asetuksen N:o 2868/95 (EYVL L 303, s. 1) 22 säännössä todetaan seuraavaa:

”1. Jos väitteentekijän on asetuksen (EY) N:o 40/94 43 artiklan 2 tai 3 kohdan mukaisesti todistettava tavaramerkin käyttö — — virasto pyytää väitteentekijää toimittamaan vaaditut todisteet viraston asettaman määräajan kuluessa. Jos väitteentekijä ei toimita todisteita määräajan kuluessa, virasto hylkää väitteen.

2. Käytön todistamiseksi tarvittavista tiedoista ja todisteista on ilmentävä väitteen perustana olevan tavaramerkin käytön paikka, aika, laajuus ja laji niiden tuotteiden osalta, joita varten se on rekisteröity ja joihin se perustuu sekä todisteet näiden tietojen tueksi 3 kohdan mukaisesti.

3. Todistusaineisto on periaatteessa rajoitettava väitettä tukeviin asiakirjoihin ja todistuskappaleisiin, kuten pakkauksiin, etiketteihin, hinnastoihin, luetteloihin, laskuihin, valokuviiin ja lehtimainoksiin sekä asetuksen (EY) N:o 40/94 76 artiklan 1 kohdan f alakohdassa tarkoitettuihin kirjallisiin vakuutuksiin.

4. Jos 1, 2 ja 3 kohdassa tarkoitettut todisteet on toimitettu muulla kuin väitemenettelyn kielellä, virasto voi vaatia väitteentekijää jättämään käännöksen todisteista väitemenettelyn kielellä asettamansa määräajan kuluessa.”

Asian tausta

- 3 Richard John Harrison teki 29.10.1996 yhteisön tavaramerkkihakemuksen sisämarkkinoiden harmonisointivirastoon (tavaramerkit ja mallit) (jäljempänä virasto) asetuksen N:o 40/94 nojalla.

- 4 Tavaramerkki, jonka rekisteröintiä haettiin, on sanamerkki HIWATT.

- 5 Tavarat, joita varten rekisteröintiä haettiin, kuuluvat tavaroiden ja palvelujen kansainvälistä luokitusta tavaramerkkien rekisteröimistä varten koskevan 15 päivänä kesäkuuta 1957 tehdyn Nizzan sopimuksen, sellaisena kuin se on tarkistettuna ja muutettuna, luokkaan 9 ja vastaavat seuraavaa kuvausta: ”vahvistimet ja kaiutinkotelot; sähköiset äänitehosteyskiköt; kaikkien edellä mainittujen tavaroiden osat ja tarvikkeet”.

- 6 Tavaramerkkihakemus julkaistiin 16.3.1998 yhteisön tavaramerkkilehden numerossa 18/98.

- 7 Kantaja teki 27.4.1998 yhteisön tavaramerkkihakemusta koskevan väitteen. Väitteen tueksi hän vetosi aikaisempiin tavaramerkkeihin, jotka olivat sanamerkin HIWATT saksalainen rekisteröinti nro 1129761, ranskalainen rekisteröinti nro 1674997 ja italialainen rekisteröinti nro 18651 C/89 Nizzan sopimuksessa tarkoitettuun luokkaan 9 kuuluville tavaroille sekä yleisesti tunnettu tavaramerkki HIWATT Saksassa, Ranskassa ja Italiassa. Tavarat, joita varten aikaisempi saksalainen tavaramerkki oli rekisteröity numerolla 1129761, kuuluivat Nizzan sopimuksen luokkaan 9 ja vastasivat seuraavaa kuvausta:

”Tekniset ja elektroniset laitteet ja kojeet (kaikki luokkaan 9 kuuluvia); äänen ja kuvien tallennus-, siirto- tai toistolaitteet; kaiutinkotelot, vahvistimet ja mikrofonit”. Väitteen tueksi vedottiin asetuksen N:o 40/94 8 artiklan 1 kohdan b alakohdassa ja 5 artiklassa tarkoitettuihin perusteisiin.

8 Yhteisön tavaramerkin hakijan pyynnöstä kantajaa kehoitettiin asetuksen N:o 40/94 43 artiklan 2 ja 3 kohdan ja asetuksen N:o 2868/95 22 säännön 1 kohdan nojalla toimittamaan todisteet siitä, että aikaisempia tavaramerkkejä on tosiasiallisesti käytetty.

9 Viraston aikaisempien tavaramerkkien tosiasiallisen käytön toteennäyttämiseksi asettamassa määräajassa kantaja esitti useita asiakirjoja, eli 2.12.1998 päivätyn laskun, josta ilmeni, että HIWATT-tuotteita oli lähetetty Koreasta Italiaan; otteita Fernandes Guitarsin yleisestä englanninkielisestä luettelosta, jossa esiteltiin HIWATT-vahvistin ja mainittiin osoite Japanissa; otteita vuosien 1999 ja 2000 Frankfurt am Mainin Musikmesse/ProLight & Sound -messujen esitteestä; kannen ja sisäsivuja vuoden 1997 Musikmesse/ProLight & Sound -messujen virallisesta luettelosta, jossa kantaja ja yhtiö HIWATT Amplification International mainitaan kyseisten messujen näytteilleasettajien joukossa; vuodelta 1997 englanninkielisen HIWATT-luettelon, jossa esiteltiin HIWATT-vahvistimia ja mainittiin osoite Yhdysvalloissa.

10 Väiteosasto hylkäsi väitteen 23.11.1999 tekemällään päätöksellä asetuksen N:o 40/94 43 artiklan 2 kohdan nojalla sillä perusteella, että ei ollut näytetty toteen yleisesti tunnettujen tavaramerkkien olemassaoloa eikä rekisteröityjen tavaramerkkien tosiasiallista käyttöä.

11 Kantaja teki 19.1.2000 väiteosaston päätöksestä asetuksen N:o 40/94 59 artiklan nojalla valituksen viraston valituslautakuntaan.

- 12 Ensimmäinen valituslautakunta hylkäsi valituksen 4.12.2000 tekemällään päätöksellä (jäljempänä riidanalainen päätös), joka annettiin kantajalle tiedoksi 14.12.2000.
- 13 Valituslautakunta katsoi, että kantajan toimittamat todisteet olivat riittämättömiä osoittamaan aikaisempien HIWATT-tavaramerkkien tosiasiallista käyttöä Ranskassa, Saksassa tai Italiassa.

Asianosaisten vaatimukset

- 14 Kantaja vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

— kumoaa riidanalaisen päätöksen

— määrää, että virasto hylkää hakemuksessa tarkoitetun tavaramerkin

— velvoittaa viraston korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

- 15 Virasto vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

— hylkää kantajan vaatimukset

— velvoittaa kantajan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

16 Väliintulija vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

— pysyttää viraston päätökset

— velvoittaa viraston jatkamaan rekisteröintimenettelyä

— päättää oikeudenkäyntikuluista.

Oikeudellinen arviointi

Kantajan ja väliintulijan vaatimukset siitä, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin velvoittaisi viraston menettelemään tietyllä tavalla

17 Kantaja vaatii toisessa vaatimuksessaan, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin määrää viraston hylkäämään haetun tavaramerkin, ja väliintulija puolestaan toisessa vaatimuksessaan, että tuomioistuin velvoittaa viraston jatkamaan rekisteröintimenettelyä.

- 18 Tältä osin on muistettava, että asetuksen N:o 40/94 63 artiklan 6 kohdan mukaan viraston on toteutettava yhteisöjen tuomioistuinten tuomion täytäntöönpanosta johtuvat toimenpiteet. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tehtävänä ei siis ole antaa virastolle täytäntöönpanoa koskevaa määräystä. Viraston on tehtävä johtopäätökset tämän tuomion tuomiolauselman ja perustelujen perusteella. Kantajan ja välintulijan toista vaatimusta ei siten voida ottaa tutkittaviksi (asia T-331/99, Mitsubishi HiTec Paper Bielefeld v. SMHV (Giroform), tuomio 31.1.2001, Kok. 2001, s. II-433, 33 kohta ja asia T-34/00, Eurocool Logistik v. SMHV (EUROCOOL), tuomio 27.2.2002, Kok. 2002, s. II-683, 12 kohta).

Kumoamisvaatimus

- 19 Kantaja ilmoitti istunnossa, että se kiistää riidanalaisen päätöksen vain siltä osin, kuin päätöksessä ei tunnusteta aikaisemman saksalaisen tavaramerkin nro 1129761 HIWATT tosiasiallista käyttöä. Kantaja vetoaa kanteensa tueksi yhteen, asetuksen N:o 40/94 43 artiklan 2 ja 3 kohdan virheelliseen soveltamiseen perustuvaan kanneperusteeseen.

Asianosaisten lausumat

- 20 Kantaja toteaa, että vaikka valituslautakunta on oikein määritellyt tavaramerkin tosiasiallisen käytön käsitteen (riidanalaisen päätöksen 25 kohdassa), tätä määritelmää ei ole sovellettu oikein käsiteltävänä olevassa asiassa.
- 21 Kantaja katsoo, että valituslautakunta on riidanalaisen päätöksen 27 kohdassa kieltäytynyt ottamasta huomioon HIWATT-vahvistimia koskevaa luetteloa — joka kantajan mukaan esitettiin Frankfurt am Mainin messuilla vuosina

1993—1997 — ja näin sen vuoksi, että se oli laadittu englanninkielellä, mikä on yllättävä kriteeri. Kantajan mukaan Frankfurt am Mainissa järjestettävät Musikmesse/ProLight & Sound -messut, joilla luetteloa jaettiin, ovat kansainvälinen tapahtuma, ja näin ollen on loogista, että useimmat, elleivät kaikki, näytteilleasettajat tarjoavat luetteloaan englanniksi. Lisäksi se seikka, että Musikmesse/ProLight & Sound -messujen nimeä ei ole painettu kyseisiin luetteloihin, ei ole myöskään yllättävä, koska ei ole olemassa mitään velvollisuutta painaa esitteisiin niiden messujen nimeä, joilla niitä jaetaan.

- 22 Näin ollen kantaja katsoo, että valituslautakunta on toiminut virheellisesti, kun se on jättänyt huomioon ottamatta, että se, että väitteen tehnyt osapuoli tavanomaisesti käytti luetteloita Frankfurt am Mainissa 1993—1997 pidetyillä messuilla, osoittaa hyvin todennäköisesti aikaisemman tavaramerkin tosiasiallista käyttöä vahvistimien markkinoimiseksi.
- 23 Kantaja katsoo, että esitetyistä todisteista ilmenee selvästi, että yrityksellä, jonka nimi on HIWATT Amplification International, oli näyttelyosasto Frankfurtin messuilla vuonna 1997, ja että tämä yritys liittyi kiinteästi kantajaan, kun otetaan huomioon, että yrityksellä ja kantajalla oli sama osoite ja faksinumero. Tältä osin kantaja huomauttaa, että on enemmän kuin todennäköistä, että HIWATT Amplification International käytti HIWATT-tavaramerkkiä vahvistimista näillä kaupallisilla messuilla olevalla näyttelyosastollaan ja teki näin kantajan suostumuksin. Näin ollen kantaja katsoo, että on outoa ajatella, että tavaramerkin tällainen käyttö olisi keinotekoisista ja olisi tapahtunut vain sen rekisteröinnin säilyttämiseksi.
- 24 Kantaja toteaa, että valituslautakunnan olisi pitänyt ottaa huomioon kaikki seikat, jotka osoittavat saksalaisen HIWATT-tavaramerkin tosiasiallista käyttöä niiden viiden vuoden aikana, jotka edelsivät riidanalaista tavaramerkkiä koskevan hakemuksen julkaisemista.

- 25 Virasto toteaa, että tavaramerkin tosiasiallisen käytön kriteeriä ei täytä simuloitu käyttö eli käyttö, jolla pyritään pelkästään tavaramerkkioikeuksien säilyttämiseen. Käytön tosiasiallisuus riippuu kullekin asialle ominaisten seikkojen kokonaisarviointista. Aikaisemman tavaramerkin tosiasiallinen käyttö voidaan näyttää toteen, jos osoitetaan, että kaikki asetuksen N:o 2868/95 22 säännön 2 kohdassa olevat edellytykset täyttyvät tältä osin esitettyjen todisteiden perusteella.
- 26 Virasto katsoo kantajan esittämien asiakirjojen osalta ensiksikin, että vaikka vuoden 1997 HIWATT-luettelo kuvaa tosiasiallisesti käytön luonnetta, se ei täytä muita asetuksen N:o 2868/95 22 säännön 2 kohdassa asetettuja, esimerkiksi käytön aikaa, paikkaa ja laajuutta koskevia edellytyksiä. Sillä seikalla, että luettelo on laadittu englanniksi, oli vain hyvin vähäinen vaikutus päätökseen väitteen hylkäämisestä.
- 27 Toiseksi virasto katsoo, että vuoden 1997 Frankfurt am Mainin Musikmesse/ProLight & Sound -messujen luettelo osoittaa pelkästään sen, että kantaja ja yhtiö HIWATT Amplification International olivat messuilla läsnä. Se ei sitä vastoin osoita mitään siltä osin kuin kysymys on esillä olleista tavaroista, niihin kiinnitetystä tavaramerkistä, käytön ajasta tai laajuudesta.
- 28 Virasto katsoo, että tavaramerkin tosiasiallisen käytön olemassaoloa ei voi osoittaa todennäköisyyksillä, vaan on tutkittava, onko esitetty todisteita käytöstä. Se katsoo, että jos kantaja olisi tosiasiallisesti käyttänyt tavaramerkkiään Saksassa, mikään ei olisi estänyt sitä lähettämästä virastoon muita todisteita kuin niitä, jotka osoittivat sen olleen läsnä Frankfurt am Mainin Musikmesse/ProLight & Sound -messuilla.

- 29 Virasto toteaa, että kantajan esittämät todisteet eivät ole sellaisia, että niillä näytettäisiin toteen saksalaisen tavaramerkin HIWATT käyttö, ja että näin ollen riidanalainen päätös on oikea sekä perusteluidensa että lopputuloksensa osalta.
- 30 Väliintulija huomauttaa, että tosiasiallinen käyttö on enemmän kuin pelkkää näennäistä käyttöä. Se katsoo, että väiteosasto ja valituslautakunta ovat käsiteltävänä olevassa tapauksessa tehneet päätelmän, johon tosiseikat väistämättä johtavat, eli että kantaja ei ole näyttänyt toteen aikaisemman tavaramerkin käyttöä.
- 31 Väliintulija toteaa, että kantaja ei ole esittänyt todisteita siitä, että se olisi käyttänyt HIWATT-tavaramerkkiä kiinnitettynä tavaroihin, joita saksalainen rekisteröinti koskee, ja että kantaja ei ole esittänyt ainuttakaan laskua Saksassa myydystä tuotteesta. Näin ollen väliintulija katsoo, että kantaja ei ole esittänyt lainkaan sellaisia todisteita, joita tavallisesti edellytetään tosiasiallisen käytön osoittamiseksi.
- 32 HIWATT-vahvistimien luettelon osalta väliintulija toteaa, että se, että luetteloissa ei ole Musikmesse/ProLight & Sound -tapahtuman leimaa, on osoitus siitä, että luetteloita ei ole jaettu kyseisten messujen puitteissa.
- 33 Väliintulija katsoo lisäksi, että se yhteensattuma, että kantajalla ja yhtiö HIWATT Amplification Internationalilla on sama osoite ja sama faksinumero ei millään tavoin osoita, että viimeksi mainittu olisi käyttänyt kyseistä tavaramerkkiä ensiksi mainitun suostumuksin tai että näiden kahden välillä vallitsisi yhteys. Väliintulija korostaa joka tapauksessa, että ei ole esitetty mitään näyttöä siitä, että HIWATT Amplification International olisi käyttänyt aikaisempaa tavaramerkkiä.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

- 34 Asetuksen N:o 40/94 johdanto-osan yhdeksännen perustelukappaleen mukaan on perusteltua suojata aikaisempia tavaramerkkejä ainoastaan siltä osin kuin näitä merkkejä todella käytetään. Tämän perustelukappaleen kanssa yhdenmukaisesti asetuksen N:o 40/94 43 artiklan 2 ja 3 kohdassa säädetään, että yhteisön tavaramerkin hakija voi pyytää todisteet siitä, että sitä yhteisön tavaramerkkiä, jonka osalta on esitetty väite, koskevan hakemuksen julkaisemista edeltäneiden viiden vuoden aikana aikaisempaa yhteisön tavaramerkkiä on tosiasiallisesti käytetty alueella, jolla se on suojattu. Jos väitteen tekijä ei osoita, että kysymyksessä olevaa aikaisempaa tavaramerkkiä on tosiasiallisesti käytetty asianomaisilla markkinoilla, tämä tavaramerkki ei voi oikeuttaa yhteisön tavaramerkin rekisteröinnin epäämistä.
- 35 Alustavasti on todettava, että asetus N:o 40/94 ei sisällä tavaramerkin tosiasiallisen käytön käsitteen määritelmää. Valituslautakunta toteaa riidanalaisen päätöksen 25 kohdassa, että on erotettava tosiasiallinen käyttö ja simuloitu käyttö. Riidanalaisen päätöksen mukaan tosiasiallinen käyttö edellyttää tavaramerkin todellista käyttöä kysymyksessä olevien tavaroiden tai palveluiden markkinoimisessa, kun taas keinotekoisen käytön ainoana tarkoituksena on säilyttää tavaramerkin kuvaus tähän tarkoitukseen säädetyssä rekisterissä.
- 36 Aivan ensiksi on huomattava, että tosiasiallinen käyttö edellyttää, että tavaramerkkiä todella käytetään asianomaisilla markkinoilla tavaroiden tai palvelujen yksilöimiseksi. On siis katsottava, että tosiasiallista käyttöä ei ole sellainen vähäinen käyttö, joka ei riitä osoittamaan, että tavaramerkkiä todella käytetään tietyillä markkinoilla. Vaikka tavaramerkin haltijalla olisikin aikomus todella käyttää tavaramerkkiään, mutta tavaramerkki ei objektiivisesti katsoen ole esillä

markkinoilla tehokkaasti, jatkuvasti ja vakiintuneena malliltaan, jolloin kuluttajat eivät liioin voi mieltää sitä kysymyksessä olevien tavaroiden tai palvelujen alkuperän osoitukseksi, kysymys ei ole tavaramerkin tosiasiallisesta käytöstä.

37 Tosiasiallista käyttöä vastaamatonta ei ole kuitenkaan vain sellainen keinotekoinen käyttö, jonka tarkoituksena on rekisteröidyn merkin säilyttäminen; tosiasiallinen käyttö edellyttää, että tavaramerkki on läsnä merkittävällä osalla sitä aluetta, jolla se on suojattu, siten, että se täyttää oman perustehtävänsä eli yksilöi tavaran tai palvelun kaupallisen alkuperän niin, että kuluttaja voi myöhempiä hankintoja tehdessään hankkia lisää kyseisellä tavaramerkillä varustettuja tavaroita tai palveluita, jos hän on pitänyt niitä hyvinä, tai valita jonkin toisen tavaran tai palvelun, jos hän ei ole tyytyväinen niihin (asia T-79/00, Rewe-Zentral v. SMHV (LITE), tuomio 27.2.2002, Kok. 2002, s. II-705, 26 kohta).

38 Tämän tosiasiallisen käytön kriteereinä on otettava huomioon käsiteltävänä olevalle tapaukselle ominaiset tosiseikat ja olosuhteet suhteessa asetuksen N:o 2868/95 22 säännön 2 kohtaan, jonka mukaan käytön todistamiseksi tarvittavista tiedoista ja todisteista on ilmentävä tavaramerkin käytön paikka, aika, laajuus ja laji.

39 On tutkittava, onko kantaja näyttänyt virastossa toteen HIWATT-tavaramerkin tosiasiallisen käytön Saksassa niiden viiden vuoden kuluessa, jotka edelsivät yhteisön tavaramerkkiä koskevan hakemuksen julkaisemista, eli 16.3.1993 ja 16.3.1998 välisenä aikana, niiden tavaroiden yksilöimiseksi, joita koskee saksalainen rekisteröinti nro 1129761 (tekniset ja elektroniset laitteet ja kojeet (kaikki luokkaan 9 kuuluvia); äänen ja kuvien tallennus-, siirto- tai toistolaitteet; kaitinkotelot, vahvistimet ja mikrofonit).

- 40 Käyttöä koskevinä todisteina esittämistään asiakirjoista kantaja on nimenomaisesti viitannut kirjelmässään vain HIWATT-tuotteiden luetteloon vuodelta 1997 ja Frankfurt am Mainin Musikmesse/ProLight & Sound -messuja koskeviin asiakirjoihin.
- 41 Hiwatt-luettelon osalta on todettava, että se ei sisällä kaikkia tarvittavia seikkoja aikaisemman tavaramerkin käytön todistamiseksi. Kysymyksessä oleva asiakirja on vuodelta 1997 oleva HIWATT-vahvistimia koskeva englanninkielinen esite, jonka mukaan tavarat on valmistettu Yhdysvalloissa (made in USA) ja jossa mainitaan osoite Yhdysvalloissa. Se ei sitä vastoin sisällä ainuttakaan seikkaa, joka osoittaisi, että tavaroita on markkinoitu Saksan markkinoilla. Kantaja toteaa, että se on jakanut kysymyksessä olevia luetteloita Frankfurt am Mainin Musikmesse/ProLight & Sound -messuilla vuosina 1993—1997, mutta ei ole esittänyt mitään todisteita, jotka osoittaisivat tämän.
- 42 Tältä osin ainoa seikka, jonka luettelo todistaa, on se, että on olemassa vahvistimia, jotka on varustettu tavaramerkillä HIWATT. Tämä asiakirja ei kuitenkaan millään tavoin osoita, että nämä luettelot olisi saatettu saksalaisen yleisön käytettäväksi tai että kysymyksessä olevia vahvistimia olisi markkinoitu tai asetettu näytteille Saksassa.
- 43 Kantaja esitti Frankfurt am Mainin vuoden 1997 Musikmesse/ProLight & Sound -messujen virallisen luettelon osoittaakseen sekä oman läsnäolonsa että HIWATT Amplification International -nimisen yhtiön läsnäolon näillä messuilla, mutta tämä luettelo ei kuitenkaan osoita, että HIWATT-tuotteita olisi asetettu näytteille tai tarjottu myytäväksi näillä messuilla. Tämä asiakirja on osoituksena vain näiden yhtiöiden satunnaisesta ja tilapäisestä eikä millään tavoin jatkuvasta läsnäolosta Saksan markkinoilla.

- 44 Koska ei ole näytetty toteen, että tavaramerkillä HIWATT varustettuja tuotteita olisi asetettu näytteille tai markkinoitu näillä messuilla, sillä seikalla ei ole merkitystä, että yhtiö HIWATT Amplification International on käyttänyt kantajan saksalaista HIWATT-tavaramerkkiä kantajan suostumuksin — joko hiljaisiin tai nimenomaisin. Edelleen merkin HIWATT käyttöä toiminimenä ei voida pitää sen käyttämisenä tavaramerkkinä niiden tavaroiden yksilöimiseksi, joita saksalainen rekisteröinti koskee.
- 45 Näin ollen sitä, että kantaja ja HIWATT Amplification International -yhtiö olivat läsnä vuoden 1997 Frankfurt am Mainin Musikmesse/ProLight & Sound -messuilla, ei voida pitää osoituksena niiden mahdollisesta aikomuksesta tulla Saksan markkinoille, eikä se osoita, että kantaja olisi käyttänyt tavaramerkkiä HIWATT jatkuvasti, vakiintuneesti ja todellisesti siten, että tämän merkin käyttöä voitaisiin pitää tosiasiallisena.
- 46 Kantaja toteaa useissa yhteyksissä, että on enemmän kuin todennäköistä, että aikaisempaa tavaramerkkiä on käytetty tosiasiallisesti joko kantajan itsensä toimesta tai HIWATT Amplification Internationalin toimesta kantajan suostumuksin. Kantaja katsoo, että olisi outoa ajatella, että merkin tällainen käyttö olisi keinotekoisista käytöstä, joka olisi tapahtunut vain merkin rekisteröimisen säilyttämiseksi.
- 47 Tältä osin on todettava, että tavaramerkin tosiasiallista käyttöä ei voida näyttää toteen todennäköisyyksillä tai oletamuksilla, vaan näytön on perustuttava konkreettisiin ja objektiivisiin seikkoihin, jotka todistavat tavaramerkin todellisesta ja riittävästä käytöstä asianomaisilla markkinoilla.

- 48 Edellä esitetystä seuraa, että asiakirjat, jotka kantaja on esittänyt virastossa osoittaakseen, että tavaramerkkiä HIWATT on tosiasiallisesti käytetty, eivät sisällä asetuksen N:o 2868/95 22 säännön 2 kohdassa tarkoitettuja tietoja aikaisemman tavaramerkin käytön paikasta, ajasta, laajuudesta ja lajista.
- 49 Kun otetaan huomioon, että kantaja ei ole osoittanut, että sen saksalaista tavaramerkkiä nro 1129761 HIWATT olisi edes vähäisesti käytetty Saksassa 16.3.1993—16.3.1998 niistä tavaroista, joita varten tämä tavaramerkki on rekisteröity, on katsottava, että valituslautakunta on ollut oikeassa katsoessaan, että ei ole näytetty toteen, että tätä merkkiä olisi tosiasiallisesti käytetty.
- 50 Tästä siis seuraa, että kanne on hylättävä.

Oikeudenkäyntikulut

- 51 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 87 artiklan 2 kohdan mukaan asianosainen, joka häviää asian, veloitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on sitä vaatinut. Koska kantaja on hävinnyt asian ja vastaaja sekä väliintulija ovat vaatineet oikeudenkäyntikulujen korvaamista, kantaja on veloitettava korvaamaan viraston ja väliintulijan oikeudenkäyntikulut.

Näillä perusteilla

YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIN
(neljäs jaosto)

on antanut seuraavan tuomiolauselman:

- 1) **Kanne hylätään.**
- 2) **Kantaja veloitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.**

Vilaras

Tiili

Mengozzi

Julistettiin Luxemburgissa 12 päivänä joulukuuta 2002.

H. Jung

kirjaaja

M. Vilaras

neljännen jaoston puheenjohtaja