ESIMESE ASTME KOHTU OTSUS (teine koda)

8. juuli 2004 *

Kohtuasjas T-334/01,

MFE Marienfelde GmbH, asukoht Hamburg (Saksamaa), esindajad: advokaadid S. Rojahn ja S. Freytag,

hageja,

versus

Siseturu Ühtlustamise Amet (kaubamärgid ja tööstusdisainilahendused), esindajad: E. Joly ja G. Schneider,

kostja,

Siseturu Ühtlustamise Ameti apellatsioonikoja menetluse teine pool, menetlusse astuja Esimese Astme Kohtus

Vétoquinol AG, varem Chassot AG, asukoht Bern (Šveits), esindaja: advokaat A. Kockläuner,

mille esemeks on MFE Marienfelde GmbH ja Vétoquinol AG vahelist vastulausemenetlust käsitleva Siseturu Ühtlustamise Ameti neljanda apellatsioonikoja 26. septembri 2001. aasta otsuse (asjas R 578/2000-4) vaidlustamine,

* Kohtumenetluse keel: saksa.

EUROOPA ÜHENDUSTE ESIMESE ASTME KOHUS (teine koda),

koosseisus: koja esimees N. J. Forwood, kohtunikud J. Pirrung ja A. W. H. Meij,

kohtusekretär: ametnik D. Christensen,

arvestades hagi ja hagi vastust, mis esitati kohtukantseleisse vastavalt 24. detsembril 2001 ja 29. juulil 2002,

arvestades Siseturu Ühtlustamise Ameti vastust ja täiendavat vastust, mis esitati kohtukantseleisse vastavalt 24. aprillil ja 30. oktoobril 2002,

arvestades menetlusse astuja vastust ja täiendavat vastust, mis esitati kohtukantseleisse vastavalt 22. aprillil ja 29. aprillil 2002,

11. novembri 2003. aasta kohtuistungi järel,

on teinud järgmise

otsuse

Vaidluse varasem käik

1 30. detsembril 1996 esitas menetlusse astuja, varasema ärinimega Chassot AG, ühenduse kaubamärgi taotluse Siseturu Ühtlustamise Ametile (kaubamärgid ja

tööstusdisainilahendused) (edaspidi „ühtlustamisamet") nõukogu 20. detsembri 1993. aasta määruse (EÜ) nr 40/94 ühenduse kaubamärgi kohta (EÜT 1994, L 11, lk 1) (muudetud redaktsioonis) alusel.

2 Registreerimist taotleti kaubamärgile, milleks oli sõnaline tähis HIPOVITON.

3 Kaubad, mille jaoks kaubamärgi registreerimist taotletakse, kuuluvad vastavalt 15. juuni 1957. aasta kaubamärkide registreerimisel kasutatava kaupade ja teenuste rahvusvahelise kvalifikatsiooni Nizza kokkuleppele (täiendatud ja muudetud redaktsioonis) klassi 31 ja vastavad kirjeldusele „loomasööt".

4 11. mail 1998 avaldati kaubamärgi registreerimise taotlus Ühenduse Kaubamärgibülletäänis.

5 Hageja esitas 11. augustil 1998 määruse nr 40/94 artikli 42 lõike 1 alusel vastulause taotletud kaubamärgi registreerimisele kõikide registreerimistaotluses märgitud kaupade osas. Vastulause aluseks oli Saksamaal 17. mail 1972 registreeritud kaubamärk prioriteedikuupäevaga 16. mai 1969. See sõnalisest tähisest HIPPOVIT koosnev kaubamärk (edaspidi „varasem kaubamärk") on registreeritud Nizza kokkuleppe kohaselt klassi 31 kuuluva järgmisele kirjeldusele vastava kauba osas: „loomasööt".

6 Vastulause toetuseks viitas hageja määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punktis b mainitud suhtelisele keeldumispõhjusele.

7 15. märtsi 1999. aasta kirjaga taotles menetlusse astuja, et hageja esitaks vastavalt määruse nr 40/94 artikli 43 lõigetele 2 ja 3 tõendid, et viie aasta jooksul enne ühenduse kaubamärgi taotluse avaldamist on varasemat kaubamärki tegelikult kasutatud liikmesriigis, kus see kaubamärk on kaitstud. 8. aprillil 1999. aasta teatisega palus ühtlustamisameti vastulausete osakond (edaspidi „vastulausete osakond") hagejal esitada tõendid kahe kuu jooksul.

8 4. mail 1999 esitas hageja ühtlustamisametile esiteks neli reklaamtahvlit, millel oli kujutatud varasem kaubamärk; nendel reklaamtahvlitel oli täht „O" kaunistatud hobuse pea ja hobuse keha esiosaga. Teiseks esitas ta ühe tiitellehe pealkirjaga „Marienfelder Tierfutter-Programm" („Marienfelde loomasöödaprogramm"), koos tellimisblanketi ja brošüüriga, mille pealkiri on „Ich liebe Pferde von A-Z" („Ma armastan hobuseid A-st Z-ni"). Kolmandaks esitas hageja oma juhataja Bode kinnituse pealkirjaga „Eidesstattliche Versicherung" („Vande all antud kinnitus"). Sellest ilmneb, et varasema kaubamärgiga tähistatud kaupade müügikäive oli ajavahemikus 1998. aasta jaanuarist kuni juunini 12 500 Saksa marka ja ajavahemikus 1998. aasta jaanuarist kuni detsembrini 21 100 Saksa marka.

9 Pärast hageja ja menetlusse astuja mitmeid omavahelisi kirjalikke selgitusi adresseeris ühtlustamisamet mõlemale poolele 24. jaanuaril 2000 järgmise kirjaliku teate:

„Ühtlustamisamet informeerib Teid sellest, et ühtegi täiendavat märkust ei või esitada."

10 8. veebruari 2000. aasta kirjaga selgitas menetlusse astuja ühelt poolt muu hulgas seda, et hageja varasema kaubamärgiga kaupade müügikäive oli 459 ühikut, ja teiselt poolt seda, et hageja 1998. aasta kogukäive oli 2,8 miljonit Saksa marka.

11 8. märtsi 2000. aasta kirjalikus teates teatas ühtlustamisamet hagejale ja menetlusse astujale viitega oma 24. jaanuari 2000. aasta kirjalikule teatele, et tema otsuses ei arvestata menetlusse astuja 8. veebruari 2000. aasta kirja.

12 28. märtsi 2000. aasta otsusega (otsus nr 601/2000) jättis vastulausete osakond kaubamärgi taotluse vastavalt määruse nr 40/94 artikli 43 lõigetele 2 ja 3 rahuldamata põhjusel, et hageja ei ole tõendanud, et varasem kaubamärk leidis tegelikku kasutamist selle sätte tähenduses. Ta leidis, et hageja poolt esitatud, vande all antud kinnitust, mida ei ole andnud erapooletu isik või asutus, peavad toetama teised tõendid. Vastulausete osakond asus seisukohale, et hageja esitatud tõendite alusel ei ole võimalik kindlaks teha varasema kaubamärgi kasutamise kohta, kestust ega ulatust.

13 Hageja vaidlustas vastulausete osakonna otsuse 23. mail 2000 ja esitas ühtlustamisametile määruse nr 40/94 artikli 59 alusel kaebuse.

14 Kaebust põhjendavas lisas 28. juulist 2000 esitas hageja mitmeid arveid erinevatel messidel osalemise, näituse stendi üürimise ja etikettide ning reklaammaterjalide ostmise kohta 1998. aastal. Lisaks esitas ta viisteist arvet varasema kaubamärgiga kaupade müügi kohta, mis toimus ajavahemikus 6. märtsist kuni 19. maini 1998. Kaupade ostjate nimed olid nendel arvetel varjatud. Vastavalt neile arvetele oli käive enne 11. maid 1998 kokku 2753,84 Saksa marka.

15 9. oktoobri 2000. aasta arvamuses kordas menetlusse astuja viitega oma 8. veebruari 2000. aasta kirjale väiteid hageja käibe kohta. Ühtlustamisameti 24. oktoobri 2000. aasta kirjas, millega ühtlustamisamet edastas selle arvamuse hagejale, märgiti, et see teade oli mõeldud üksnes informatsiooniks.

16 Ühtlustamisameti neljas apellatsioonikoda jättis 26. septembri 2001. aasta otsusega, millest hagejale teatati 15. oktoobril 2001 (edaspidi „vaidlustatud otsus"), kaebuse rahuldamata. Apellatsioonikoda leidis, et varasema kaubamärgi tegeliku kasutamise kontrollimise osas tähtsust omav ajavahemik oli 12. maist 1993 kuni 11. maini 1998 ja et hageja ei väitnud, et ta oleks seda kaubamärki kasutanud enne 1998. aastat. Hageja juhataja vande all antud kinnituse suhtes leidis apellatsioonikoda, et ei ole vajalik selle tõendusväärtuse kohta arvamust avaldada. Ta arvas, et isegi kui varasema kaubamärgiga tähistatud kaupade müügi 1998. aasta käive on selle kinnitusega kindlaks tehtud, ei ole võimalik selle põhjal järeldada, et kaubamärki olulise ajavahemiku jooksul tegelikult kasutati. Apellatsioonikoja kohaselt 12 500 Saksa marga suurune käive, isegi kui see saavutati olulise ajavahemiku jooksul, vastab ühelt poolt 450-le müüdud kaubaühikule ja moodustab teiselt poolt eriti väikse osa hageja kogu aastakäibest, mis ulatus 1998. aastal 2,8 miljoni Saksa margani. Sellises olukorras leidis apellatsioonikoda, et ei ole vaja uurida, kas hageja, kui ta kasutas varasemat kaubamärki ja kaldus kõrvale sellest vormist, milles see oli registreeritud, oli kasutanud seda kaubamärki selliselt, et kaitsta selle õigusi.

Poolte nõuded

17 Hageja palub Esimese Astme Kohtul:

— tühistada vaidlustatud otsus ja vastulausete osakonna 28. märtsi 2000. aasta otsus;

— mõista kohtukulud välja ühtlustamisametilt.

18 Ühtlustamisamet ja menetlusse astuja paluvad Esimese Astme Kohtul:

— jätta hagi rahuldamata;

— mõista kohtukulud välja hagejalt.

Õiguslik käsitlus

Vastulausete osakonna otsuse tühistamist taotleva nõude vastuvõetavus

19 Käesoleval juhul nõuab hageja vaidlustatud otsuse ja vastulausete osakonna otsuse tühistamist. Esimese Astme Kohus leiab, et see taotlus on vastuvõetav. Hageja nõuab sisuliselt seda, et Esimese Astme Kohus võtaks vastu otsuse, mida apellatsioonikoda oleks hageja arvates pidanud seaduse kohaselt vastu võtma. Määruse nr 40/94 artikli 62 lõike 1 teisest lausest tuleneb, et apellatsioonikoda võib tühistada asja esimese astmena otsustava ühtlustamisameti talituse otsuse. Selline tühistamine kuulub selliste meetmete hulka, mida Esimese Astme Kohus võib võtta määruse nr 40/94 artikli 63 lõikes 3 sätestatud muutmispädevuse raames (vt selle kohta asja tagasisaatmise taotluse puhul, Esimese Astme Kohtu 27. veebruari 2002. aasta otsus kohtuasjas T-106/00: Streamserve *v.* Siseturu Ühtlustamise Amet (STREAMSERVE), EKL 2002, lk II-723 (kinnitatud Euroopa Kohtu 5. veebruari 2004. aasta määrusega kohtuasjas C-150/02 P: Streamserve *v.* Siseturu Ühtlustamise Amet, EKL 2004, lk I-1461), punkt 19).

Põhiküsimus

20 Hageja esitab hagi põhjendamiseks viis väidet. Esimene väide puudutab määruse nr 40/94 artikli 43 lõigete 2 ja 3 ning artikli 15 sätete rikkumist. Teise väitega heidab hageja apellatsioonikojale ette, et see ei arvestanud neid tõendeid, mida hageja esitas apellatsioonimenetluse jooksul. Kolmanda väitega heidab hageja ette määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b rikkumist. Neljas ja viies väide puudutavad vastavalt õiguse olla ära kuulatud ja põhjendamiskohustuse rikkumist.

Määruse nr 40/94 artikli 43 lõigete 2 ja 3 ning artikli 15 sätete rikkumist käsitlev väide ja õiguse olla ära kuulatud rikkumist käsitlev väide

— Poolte argumendid

21 Hageja selgitab üldiselt, et mõistet „kaubamärgi tegelik kasutamine" peab tõlgendama selliselt, et see hõlmab kõiki toiminguid, mis oma olemuselt, ulatuselt ja kestuselt moodustavad objektiivselt kaubamärgi normaalse kasutamise vastaval turul. Seoses ulatusega, mis kaubamärgi kasutamisel peab olema, väidab hageja, et see sõltub konkreetse juhtumi asjaoludest ja täpsemalt asjaomase ettevõtja suurusest ja tema tegevuse mitmekesisuse tasemest.

22 Käesoleval juhul hageja kinnitab, et kui apellatsioonikoda oleks õigesti kohaldanud eespool loetletud hindamispõhimõtteid, oleks ta jõudnud järeldusele, et varasemat kaubamärki on tegelikult kasutatud. Ta väidab, et ta müüs olulise ajavahemiku jooksul kaupu selle kaubamärgi all kogu Saksamaa territooriumil. Hageja sõnutsi

nähtub tema juhataja poolt vande all antud kinnitusest, et selline müügikäive, kuigi suhteliselt väike, sest vastavad kaubad alles tulid turule, tõendab kaubamärgi normaalset kasutamist nende kaupade turustusvõimaluse tagamiseks.

23 Lisaks väidab hageja, et vaidlustatud otsuses 1998. aasta kohta esitatud käibesumma 2,8 miljonit Saksa marka ei ole õige.

24 Seoses väitega, et on rikutud õigust olla ära kuulatud, heidab hageja apellatsioonikojale ette, et enne vaidlustatud otsuse vastuvõtmist teda ei teavitatud kavatsusest lähtuda selle otsuse tegemisel asjaolust, et olulise ajavahemiku jooksul oli hageja varasema kaubamärgi all müünud üksnes umbes 450 kaubaühikut. Oma vastuses ta täpsustab, et apellatsioonikoda arvestas vaidlustatud otsuses menetlusse astuja 8. veebruari 2000. aasta arvamuse sisu, kuigi vastulausete osakond oli talle teatanud, et seda arvamust arvesse ei võeta.

25 Ühtlustamisamet märgib, et määruse nr 40/94 artikli 43 lõike 2 ja artikli 15 erinevatest keeleversioonidest ilmneb, et tegelik kasutamine eeldab tõelist, autentset, tõhusat või reaalset kasutamist. Ühtlustamisameti arvates peab kasutamine olema seega võimeline eristama valmistatud kaupu või teenuseid ja mitte olema suunatud pelgalt olemasoleva kaubamärgiõiguse säilitamisele.

26 Ühtlustamisameti arvates peab üksikjuhtumil kaubamärgi tegeliku kasutamise hindamisel läbi viima üldise hindamise ja arvestama vastavat turgu, viisi, kuidas asjassepuutuvaid kaupu või teenuseid tavaliselt turustatakse, kaubamärgi omaniku tootmis- ja turustamisvõimalusi ning viimase turuosa.

27 Käesolevas asjas märgib ühtlustamisamet esiteks seda, et hageja poolt esitatud tõendite kohaselt hakati varasemat kaubamärki kasutama 1998. aasta alguses ehk veidi rohkem kui 4 kuud enne kaubamärgi taotluse avaldamist. Teiseks väidab ühtlustamisamet, et varasema kaubamärgiga tähistatud kaupade müügikäive olulise ajavahemiku jooksul on väike, mida pole võimalik selgitada asjaoluga, et nende kaupade turustamine algas 1998. aasta alguses. Teise poolaasta jooksul toimunud müük oli aasta algusega võrreldes väiksem. Kolmandaks väidab ühtlustamisamet, et hageja müügikäive varasema kaubamärgiga all oli tähtsusetu tema aastase kogukäibe suhtes.

28 Lisaks leiab ühtlustamisamet, et apellatsioonikoda on järginud hageja õigust olla ära kuulatud.

29 Menetlusse astuja selgitab, et hageja ei ole varasemat kaubamärki tegelikult kasutanud. Sellega seoses ta väidab, et varasema kaubamärgiga tähistatud kaupade müügiga hageja poolt saavutatud käive moodustab kõige rohkem 0,75% tema aastasest kogukäibest. Ta täpsustas kohtuistungil, et isegi siis, kui hageja juhataja vande all antud kinnituses märgitud varasema kaubamärgiga tähistatud kaupade müügikäive on õige, on nende kaupade müük olulise perioodi jooksul vaid umbes 38 ühikut kuus.

— Esimese Astme Kohtu hinnang

30 Nähtuvalt määruse nr 40/94 üheksandast põhjendusest on seadusandja leidnud, et varasema kaubamärgi kaitse on põhjendatud ainult juhul, kui seda on tegelikult kasutatud. Vastavalt üheksandale põhjendusele näevad määruse nr 40/94 artikli 43

lõiked 2 ja 3 ette, et ühenduse kaubamärgi taotleja võib nõuda tõendit, et varasemat kaubamärki on õiguskaitse territooriumil viie aasta jooksul enne vastulause esemeks oleva kaubamärgi taotluse avaldamist tegelikult kasutatud (Esimese Astme Kohtu 12. detsembri 2002. aasta otsus kohtuasjas T-39/01: Kabushiki Kaisha Fernandes *v.* Siseturu Ühtlustamise Amet — Harrison (HIWATT), EKL 2002, lk II-5233, punkt 34).

31 Komisjoni määruse (EÜ) nr 2868/95, millega rakendatakse nõukogu määrust (EÜ) nr 40/94 ühenduse kaubamärgi kohta (EÜT 1995, L 303, lk 1), eeskirja 22 lõike 2 kohaselt peavad kasutamise tõenditest ilmnema varasema kaubamärgi kasutamise koht, aeg, ulatus ja olemus.

32 Tegeliku kasutamise mõiste tõlgendamisel tuleb arvesse võtta asjaolu, et nõude, mille kohaselt varasemat kaubamärki on pidanud tegelikult kasutatama, selleks et oleks võimalik ühenduse kaubamärgi taotluse suhtes vastulause esitada, *ratio legis* on piirata kahe kaubamärgi vahelisi vastuolusid niivõrd, kuivõrd ei esine kaubamärgi tegelikust turufunktsioonist tulenevat mõistlikku majanduslikku põhjust (Esimese Astme Kohtu 12. märtsi 2003. aasta otsus kohtuasjas T-174/01: Goulbourn *v.* Siseturu Ühtlustamise Amet — Redcats (Silk Cocoon), EKL 2003, lk II-789, punkt 38). Seevastu ei ole nimetatud sätte eesmärgiks ei majandusliku edu hindamine, ettevõtte majandusstrateegia kontrollimine ega ka piirdumine kaubamärkide kaitsmisega ainult nende suuremahulise kaubandusliku kasutamise korral.

33 Nähtuvalt Euroopa Kohtu 11. märtsi 2003. aasta otsusest kohtuasjas C-40/01: Ansul (EKL 2003, lk I-2439), mis käsitleb nõukogu 21. detsembri 1988. aasta direktiivi 89/104/EMÜ kaubamärke käsitlevate liikmesriikide õigusaktide ühtlustamise kohta (EÜT 1989, L 40, lk 1) artikli 12 lõike 1 tõlgendamist, mille normatiivne sisu vastab sisuliselt määruse nr 40/94 artiklile 43, on kaubamärgi kasutamine tegelik juhul, kui kaubamärki kasutatakse vastavalt tema põhifunktsioonile, milleks on kaubamärgiga kaitstud kaupade või teenuste algupära tagamine, eesmärgiga luua või säilitada turg neile kaupadele ja teenustele, välja arvatud sümboolse tähendusega kasutamine, mille ainsaks eesmärgiks on kaubamärgiga loodud õiguste säilitamine (eespool

viidatud kohtuotsus Ansul, punkt 43). Selles suhtes nõuab tegeliku kasutamise suhteline tingimus, et asjaomasel territooriumil kaitstud kaubamärki kasutataks avalikult ja väljapoole (eespool viidatud kohtuotsus Ansul, punkt 37 ja eespool viidatud kohtuotsus Silk Cocoon, punkt 39).

34 Kaubamärgi kasutamise tegelikkuse hindamine peab tuginema nende faktide ja asjaolude kogumile, mille abil on võimalik kindlaks teha, kas kaubamärgi kaubanduslik kasutamine on tegelik, st eriti vastavas majandussektoris kaubamärgiga kaitstud kaupade või teenuste jaoks turuosa säilitamise või loomisega põhjendatud kasutamine, kaupade või teenuste olemus, turu omadused, kaubamärgi kasutamise ulatus ja sagedus (eespool viidatud kohtuotsus Ansul, punkt 43).

35 Varasema kaubamärgi kasutamise ulatuse osas tuleb eelkõige arvesse võtta ühelt poolt kasutamise kaubanduslikku mahtu ja teiselt poolt nii kasutamise ajavahemikku kui ka kasutamise sagedust.

36 Uurides üksikjuhtumil varasema kaubamärgi kasutamise tegelikkust, tuleb läbi viia kõiki asjakohaseid tegureid arvesse võttev üldine hindamine. Selline hindamine toob kaasa arvessevõetud tegurite teatava vastastikuse sõltuvuse. Nii võib nimetatud kaubamärgiga tähistatud kaupade vähest kogust kompenseerida kaubamärgi kasutamise märkimisväärne intensiivsus või regulaarsus ja vastupidi. Lisaks ei tohi varasema kaubamärgiga tähistatud kaupade müügi käivet ega mahtu hinnata absoluutselt, vaid seoses teiste asjakohaste teguritega, nagu näiteks kaubandusliku tegevuse maht, tootmis- või turustamisvõimsus või kaubamärki kasutava ettevõtte tegevuse mitmekülgsus ning samuti kaupade või teenuste omadused asjaomasel turul. Selles küsimuses on Euroopa Kohus täpsustanud, et varasema kaubamärgi kasutamine ei pea olema koguseliselt suur selleks, et kasutamist võiks lugeda tegelikuks (eespool viidatud kohtuotsus Ansul, punkt 39).

37 Mida piiratum on siiski kaubamärgi kasutamise kaubanduslik maht, seda vajalikum on vastulause esitanud poolel esitada täiendavaid tõendeid, mille alusel võiks kõrvaldada kahtlused kaubamärgi tegeliku kasutamise kohta.

38 Eelpool esitatud kaalutlustest tulenevalt peaks uurima vaidlustatud otsust.

39 Esiteks peab märkima, et kuna kaubamärgi taotlus avaldati 11. mail 1998. aastal, algab määruse nr 40/94 artikli 43 lõigetes 2 ja 3 ette nähtud viieaastane ajavahemik 11. mail 1993 ja lõpeb 10. mail 1998 (edaspidi „oluline ajavahemik").

40 Sama määruse artikli 15 lõikest 1 ilmneb, et selles sättes ette nähtud sanktsioone rakendatakse üksnes kaubamärkide suhtes, mille kasutamine on katkematu viieaastase ajavahemiku jooksul peatatud. Seetõttu on eespool nimetatud tagajärgede vältimiseks piisav, kui kaubamärki on tegelikult kasutatud asjaomase ajavahemiku jooksul teatud aja.

41 Pooled ei ole vaidlustanud hageja väidet varasema kaubamärgi kasutamise kohta alates jaanuarist 1998. Apellatsioonikojal oli seega õigus võtta vaidlustatud otsuse aluseks hinnang hageja poolt väidetud kasutamise kohta ajavahemikus 1998. aasta algusest kuni 10. maini 1998.

42 Kuigi vaidlustatud otsuses ei ole see asjaolu selgelt väljendatud, on apellatsioonikoda arvestanud hindamisel üksnes trükitud materjale ja hageja poolt vastulausemenetluse jooksul esitatud vande all antud kinnitust ning menetlusse astuja esitatud märkusi tema 8. veebruari ja 9. oktoobri 2000. aasta kirjalikes selgitustes.

43 Apellatsioonikoda jättis lahtiseks vande all antud kinnituse tõendusliku jõu. Tema analüüs põhines siiski eeldusel, et selle kinnituse sisu on tõene. Käesoleva asja huvides peab Esimese Astme Kohus õigeks lähtuda samast eeldusest.

44 Järgmiseks, apellatsioonikoda jõudis õigele järeldusele, et varasema kaubamärgi kasutamise kestuse või kuupäeva kohta puudusid andmed. Sellegipoolest ta leidis, et selle kasutamise olemust ja kohta oli võimalik nende materjalide põhjal järeldada, sest asjaomaste trükiste hulgas oli tellimisblankett, mis oli selgelt mõeldud Saksa turu jaoks.

45 Selleks, et kindlaks teha, kas kasutamine oli tegelik, tugines apellatsioonikoda kahele eraldi asjaolule. Esiteks asus ta seisukohale, et keskmise hinnaga kauba puhul 12 500 Saksa marga suurune käive, isegi kui oletada, et see on saavutatud 1. jaanuarist kuni 11. maini 1998, mitte 1. jaanuarist kuni 30. juunini 1998, ja saavutatud müügi maht, mis hinnanguliselt on 450 ühikut, oli liiga väike. Ta leidis, et varasema kaubamärgiga tähistatud kaupade müügikäive moodustas 0,75% hageja 2,8 miljoni Saksa marga suurusest aastasest kogukäibest, mis oli ebapiisav.

46 Apellatsioonikoja poolt arvesse võetud faktilistest asjaoludest ilmneb, et varasema kaubamärgiga tähistatud kaupade müügiga saavutas hageja teatava käibe. Seetõttu oli varasem kaubamärk kasutamistoimingute eesmärk, mis arvestades asjaomase majandusvaldkonna olukorda, oli objektiivselt sobilik kaupade, mille jaoks see oli registreeritud, turustusvõimaluse loomiseks ja säilitamiseks.

47 Esimese Astme Kohus märgib, et mainitud käive oli madal, see saavutati suhteliselt lühikese ehk nelja ja poole kuulise ajavahemiku jooksul ning see ajavahemik eelnes vahetult ühenduse kaubamärgi taotluse avaldamise kuupäevale.

48 Seetõttu on vajalik uurida, kas kahtlused seoses tegeliku kasutamisega, mis on põhjustatud selle väiksest ulatusest või asjaolust, et kasutamist alustati vahetult enne kaubamärgi taotluse avaldamist, olid poolte esitatud faktide ja tõendite alusel õigustatud.

49 Mis puutub küsimust varasema kaubamärgi all toimunud kaupade müügiga saavutatud käibe ja hageja aastase käibe suhte kohta, peab märkima, et samal turul tegutsevate ettevõtjate tegevuse mitmekesisuse tase on erinev. Lisaks ei ole kohustus esitada tõendeid varasema kaubamärgi tegeliku kasutamise kohta mõeldud ettevõtja äristrateegia jälgimiseks. Ettevõtja jaoks võib olla kauba või kaubavaliku turustamine majanduslikult ja objektiivselt õigustatud isegi juhul, kui nende osa ettevõtja aastases käibes on väike. Lisaks vastab väikse ettevõtja puhul väike protsent aastasest käibest väiksele summale absoluutväärtuses.

50 Sellest järeldub, et käesoleval juhul on hageja kogukäibe ja varasema kaubamärgiga tähistatud kaupade müügikäibe suhe eraldi võetuna üksnes vähese indikatiivse väärtusega ega saa olla seetõttu kaubamärgi tegeliku kasutamise hindamisel otsustav.

51 Mis puutub varasema kaubamärgiga tähistatud kaupade müügimahtu ja sellest tekkinud käivet absoluutväärtuses, selgitas ühtlustamisamet kohtuistungil, et apellatsioonikoda asus seisukohale, et keskmise hinnaga kaupu müüakse üldiselt suuremates kogustes kui väga kalleid kaupu. Vaidlustatud otsuses selgitatakse, et keskmise või madala hinnaga kaupade madal käive ja müügikäive absoluutväärtuses toetab järeldust, et kaubamärgi kasutamine ei ole tegelik. Kuigi selline arvamus ei ole iseenesest ekslik, on see ikkagi puudulik, kui ei arvestata vastava turu omadustega.

52 Hageja on selle kohta apellatsioonikoja menetluses väitnud, et varasema kaubamärgi all müüdud kaupu kasutatakse üksnes väikestes kogustes. Menetlusse astuja ei vaidlustanud seda seisukohta kõnealuse menetluse jooksul. Lisaks toetavad seda seisukohta hageja valmistatud reklaamtahvlid, mis sisaldavad märkusi asjaomase toote doseerimise kohta. Seda seisukohta ei sisaldanud vaidlustatud otsus, olgugi et sellega oleks olnud võimalik põhjendada varasema kaubamärgiga tähistatud kaupade väikest müügimahtu.

53 Samuti ei arvestanud apellatsioonikoda hageja seisukohta, mis sisaldus nii vastulause alustes kui ka tema apellatsioonikojale esitatud seisukohas, et hageja oli alustanud asjaomaste kaupade turustamist uuesti ja seetõttu oli müügimaht väike. Selline seisukoht oleks olnud asjakohane varasema kaubamärgi tegelikku kasutamist hinnates, kuigi 1998. aasta teisel poolaastal saavutatud väidetav käive oli madalam esimese poolaasta käibest. Kauba turustamise esialgne etapp võib kesta kauem kui mõned kuud.

54 Sellegipoolest ei ole hageja esitanud tõendeid selle kohta, et varasema kaubamärgiga kaupade turustamine oli algusjärgus, kuigi menetlusse astuja vaidlustas selle seisukoha — esimest korda oma 9. oktoobri 2000. aasta vastuses apellatsioonikojale. Tõendite esitamata jätmist saaks hagejale ette heita vaid juhul, kui talle oleks antud võimalus menetlusse astuja 9. oktoobri 2000. aasta seisukohale reageerida. Esimese Astme Kohtul olevatest dokumentidest ilmneb, et ühtlustamisamet teavitas sellest vastusest hagejat 24. oktoobri 2000. aasta kirjaga ja märkis, et selline teavitamine oli üksnes teadmiseks. Lisaks, mis puutub menetlusse astuja 8. veebruari 2000. aasta seisukohta, millele viimane viitas oma 9. oktoobri 2000. aasta seisukohas, teavitas ühtlustamisameti vastulausete osakond hagejat 8. märtsi 2000. aasta teates, et 8. veebruari 2000. aasta seisukoha sisu ei arvestata. Sellest järeldub, et kuna hagejal ei palutud 9. oktoobri 2000. aasta seisukoha kohta arvamust avaldada, oli talt võetud võimalus hinnata, kas täiendavate tõendite esitamine oleks olnud kasulik.

55 Selline järeldus kehtib ka müüdud kaupade arvu absoluutväärtuses käsitlevate seisukohtade ja menetlusse astuja 8. veebruari 2000. aasta (käesoleva otsuse punkt 10) seisukohas ilmnenud hageja väidetava aastase kogukäibe kohta, nendele seisukohtadele on viidatud menetlusse astuja poolt tema 9. oktoobri 2000. aasta seisukohas ja seda on vaidlustatud otsuses arvestanud apellatsioonikoda.

56 Peab lisama, et määruse nr 2868/95 eeskirja 22 lõiget 1, mis näeb ette, et varasema kaubamärgi tegeliku kasutamise tõendid peab esitama ühtlustamisameti poolt vastulause esitajale määratud tähtaja jooksul ja mille kohaselt, kui tõendeid ei esitata selle tähtaja jooksul, lükatakse vastulause tagasi, ei saa tõlgendada selliselt, et täiendavate tõendite arvessevõtmine on välistatud, kui tulevad esile uued asjaolud, isegi juhul, kui sellised tõendid esitatakse pärast tähtaja lõppu.

57 Kuna komisjon võttis vastu määruse nr 2868/95 kooskõlas määruse nr 40/94 artikli 140 lõikega 1, peab selle sätteid tõlgendama kooskõlas viimati nimetatud määruse sätetega. Selles osas peab eriti arvestama määruse nr 40/94 artikli 43 lõiget 1 ja artikli 74 lõiget 2. Määruse nr 40/94 artikli 43 lõige 1 sätestab, et vastulause menetlemise käigus kutsub ühtlustamisamet pooli nii sageli kui vaja ning ühtlustamisameti määratud tähtaja jooksul esitama märkused teiste poolte või ühtlustamisameti enese edastatud teadete kohta. Määruse nr 40/94 artikli 74 lõige 2, mis sätestab, et ühtlustamisamet võib mitte arvesse võtta fakte ja tõendeid, mille pooled on esitanud hilinenult, annab ühtlustamisametile kaalutlusõiguse, kas pärast tähtaja lõppu esitatud tõendeid võtta arvesse või mitte.

58 Eeltoodust tulenevalt jõuab Esimese Astme Kohus järeldusele, et apellatsioonikoda ei võtnud varasema kaubamärgi tegeliku kasutamise hindamisel arvesse kõiki asjassepuutuvaid asjaolusid. Apellatsioonikoda tugines enamasti mittetäielikele faktilistele asjaoludele ja ei palunud hagejal esitada oma seisukohta menetlusse

astuja 9. oktoobri 2000. aasta seisukohas esitatud uute asjaolude ja argumentide kohta, peamiselt seoses hageja väidetava aastase kogukäibe, müüdud kaupade mahu ja menetlusse astuja poolt vaidlustatud hageja väitega, et varasema kaubamärgiga kaubad olid turustamise järgus.

59 Sellest tulenevalt peab vaidlustatud otsuse tühistama ilma vajaduseta võtta seisukohta hageja poolt esitatud ülejäänud väidete osas.

Vaidlustatud otsuse muutmise taotlus

60 Selle taotluse põhjendamiseks heidab hageja ette, et apellatsioonikoda ei tühistanud vastulausete osakonna otsust, sest viimane leidis, et varasema kaubamärgi valdaja juhataja vande all antud kinnitus ei olnud piisav tõend.

61 Peab märkima, et funktsionaalne jätkuvus ühtlustamisametisiseselt kohustab apellatsioonikoda viima läbi hageja poolt esitatud tõendite uut hindamist. Kus selline uurimine viib esimese astme otsusest erineva tulemuseni, võib apellatsioonikoda määruse nr 40/94 artikli 62 lõike 1 alusel teha ise otsuse või saata asja tagasi vastulausete osakonnale.

62 Sellest järeldub, et isegi kui nõustuda eespool punktis 60 sisalduva hageja argumendiga, oleks apellatsioonikoda võinud otsuse teha ise või saata selle tagasi vastulausete osakonnale.

63 Vastulausete osakonna otsuse tühistamisega muudaks Esimese Astme Kohus vaidlustatud otsust. Määruse nr 40/94 artikli 63 lõikes 3 sätestatud selline võimalus on põhimõtteliselt piiratud olukordadega, kus asi on jõudnud lõplikku kohtuotsust võimaldavasse etappi (Esimese Astme Kohtu 2. juuli 2002. aasta otsus kohtuasjas: T-323/00: SAT.1 *v.* Siseturu Ühtlustamise Amet (SAT.2), EKL 2002, lk II-2839, edasikaebamisel, punkt 18). See eeldab seda, et Esimese Astme Kohus peab olema võimeline talle esitatud tõendite alusel tegema otsuse, mida apellatsioonikoda oleks pidanud tegema vaidlusaluse juhtumi suhtes kohaldatavate sätete alusel. Eelmisest punktist on võimalik järeldada, et käesoleval juhul ei olnud see tingimus täidetud.

64 Eespool toodud kaalutlusi arvestades ei ole Esimese Astme Kohtul vaidlustatud otsust võimalik muuta.

Kohtukulud

65 Esimese Astme Kohtu kodukorra artikli 87 lõike 2 alusel on kohtuvaidluse kaotanud pool kohustatud hüvitama kohtukulud, kui vastaspool on seda nõudnud. Kodukorra artikli 87 lõike 4 kolmanda lõigu alusel võib kohus määrata, et menetlusse astuja kannab oma kohtukulud ise.

66 Käesoleval juhul on otsus tehtud menetlusse astuja ja ühtlustamisameti kahjuks. Kuid hageja ei ole taotlenud kohtukulude kandmist menetlusse astuja poolt ja ühtlustamisamet ei ole vaidlustanud hageja taotlust, et ühtlustamisamet kannaks täielikult hageja kulud.

67 Seetõttu peab ühtlustamisamet lisaks oma kohtukulude kandmisele hüvitama hageja kohtukulud ning menetlusse astuja peab kandma oma kohtukulud.

Esitatud põhjendustest lähtudes

ESIMESE ASTME KOHUS (teine koda)

otsustab:

1. **Tühistada Siseturu Ühtlustamise Ameti (kaubamärgid ja tööstusdisainilahendused) neljanda apellatsioonikoja 26. septembri 2001. aasta otsus (asjas R 578/2000-4).**

2. **Jätta hagi muus osas rahuldamata.**

3. **Jätta ühtlustamisameti kohtukulud tema enda kanda ja mõista ühtlustamisametilt välja hageja kohtukulud.**

4. **Jätta menetlusse astuja kohtukulud tema enda kanda.**

Forwood Pirrung Meij

Kuulutatud avalikul kohtuistungil 8. juulil 2004 Luxembourgis.

Kohtusekretär — Koja esimees

H. Jung — J. Pirrung