ESIMESE ASTME KOHTU OTSUS (viies koda)

24. november 2005 *

Kohtuasjas T-3/04,

Simonds Farsons Cisk plc, asukoht Mriehel (Malta), esindajad: M. Bagnall, *solicitor* I. Wood ja *barrister* R. Hacon,

hageja,

versus

Siseturu Ühtlustamise Amet (kaubamärgid ja tööstusdisainilahendused), esindaja: A. Folliard-Monguiral,

kostja,

teine menetluspool Siseturu Ühtlustamise Ameti apellatsioonikojas, menetlusse astuja Esimese Astme Kohtus,

* Kohtumenetluse keel: inglise.

Spa Monopole, compagnie fermière de Spa SA/NV, asukoht Spa (Belgia), esindajad: advokaadid L. de Brouwer, E. Cornu, É. De Gryse ja D. Moreau,

mille esemeks on hagi Siseturu Ühtlustamise Ameti esimese apellatsioonikoja 4. novembri 2003. aasta otsuse (asi R 996/2002-1) peale, mis tehti vastulausemenetluses Simonds Farsons Cisk plc ja Spa Monopole, compagnie fermière de Spa SA/NV vahel,

EUROOPA ÜHENDUSTE ESIMESE ASTME KOHUS (viies koda),

koosseisus: koja esimees M. Vilaras, kohtunikud E. Martins Ribeiro ja K. Jürimäe,

kohtusekretär: kohtusekretäri abi B. Pastor,

arvestades 6. jaanuaril 2004 Esimese Astme Kohtu kantseleisse saabunud hagiavaldust,

arvestades 15. aprillil 2004 Esimese Astme Kohtu kantseleisse saabunud vastust,

arvestades 19. aprillil 2004 Esimese Astme Kohtu kantseleisse saabunud menetlusse astuja vastust,

arvestades 22. veebruaril 2005 toimunud kohtuistungil esitatut,

on teinud järgmise

otsuse

Vaidluse taust

1 Menetlusse astuja esitas 16. juunil 2000 Siseturu Ühtlustamise Ametile (kaubamärgid ja tööstusdisainilahedused) (edaspidi „ühtlustamisamet") nõukogu 20. detsembri 1993. aasta määruse (EÜ) nr 40/94 ühenduse kaubamärgi kohta (EÜT 1997, L 11, lk 1, ELT eriväljaanne 17/01, lk 146) (muudetud kujul) alusel ühenduse kaubamärgi registreerimise taotluse.

2 Kaubamärk, mille registreerimist taotleti, on alljärgnev kujutismärk:



Kaubad, mille jaoks kaubamärgi registreerimist taotleti, kuuluvad 15. juuni 1957. aasta märkide registreerimisel kasutatava kaupade ja teenuste rahvusvahelise

klassifikatsiooni Nizza kokkuleppe (uuesti läbi vaadatud ja parandatud kujul) klassidesse 29 ja 32 ning vastavad järgmisele kirjeldusele:

— klass 29: „Puuviljamehu";

— klass 32: „Mineraal- ja gaseervesi ning muud alkoholivabad joogid, mis sisaldavad puuviljamahla; alkoholivabad puuviljajoogid; alkoholivabad puuviljaekstraktid; puuviljamahl; siirupid ja muud puuviljapõhised valmistised, jookide valmistamiseks mõeldud puuviljaekstrakt või -mehu".

3 Taotlus avaldati 8. jaanuaril 2001 väljaandes *Bulletin des marques communautaires* (Ühenduse Kaubamärgibülletään) nr 6/2001.

4 Hageja esitas 30. jaanuaril 2001 määruse nr 40/94 artikli 42 alusel vastulause taotletava ühenduse kaubamärgi registreerimisele. Vastulause tugines ühenduse kaubamärgile nr 427237, milleks on sõnamärk KINNIE (edaspidi „varasem kaubamärk"), mille registreerimise taotlus esitati 25. novembril 1996 ja mis registreeriti 7. aprillil 1999. Selle kaubamärgiga hõlmatud kaubad kuuluvad Nizza kokkuleppe klassi 32 ja vastavad järgmisele kirjeldusele: „alkoholivabad joogid; jookide valmistusained".

5 Vastulause oli suunatud kõigi kaubamärgitaotluses märgitud kaupade vastu. Vastulause esitamise alusena tugineti määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punktile b.

6 Ühtlustamisameti vastulausete osakond rahuldas 27. septembri 2002. aasta otsusega nr 2880/2002 vastulause põhjusel, et Euroopa Ühenduse asjaomane avalikkus võib taotletava kaubamärgi ja varasema kaubamärgi segi ajada esiteks tähiste sarnasuse ja teiseks asjaomaste toodete identsuse või suure sarnasuse tõttu.

7 Menetlusse astuja esitas 27. novembril 2002 määruse nr 40/94 artiklite 57–62 alusel ühtlustamisametile kaebuse vastulausete osakonna otsuse peale.

8 Esimene apellatsioonikoda tühistas vastulausete osakonna otsuse 4. novembri 2003. aasta otsusega, mida parandati 10. novembri 2003. aasta muudatusega (edaspidi „vaidlustatud otsus"). Apellatsioonikoda oli sisuliselt seisukohal, et kuigi asjaomased kaubad on identsed või peaaegu identsed, on vastandatud tähised visuaalselt, foneetiliselt ja kontseptuaalselt erinevad ja see erinevus välistab seega segiajamise tõenäosuse.

Poolte nõuded

9 Hageja palub Esimese Astme Kohtul:

— tühistada vaidlustatud otsus;

— jätta muutmata vastulausete osakonna 27. septembri 2002. aasta otsus nr 2880/2002;

— kohustada ühtlustamisametit lükkama tagasi menetlusse astuja ühenduse kaubamärgi taotluse;

— mõista ühtlustamisametilt ja/või menetlusse astujalt välja vastulausemenetluse ja apellatsioonikoja menetluse kulud ning Esimese Astme Kohtu menetluse kohtukulud.

10 Ühtlustamisamet palub Esimese Astme Kohtul:

— tunnistada hageja neljas nõue vastuvõetamatuks osas, millega taotletakse vastulausemenetluse kulude väljamõistmist ühtlustamisametilt;

— jätta hagi ülejäänud osas rahuldamata;

— mõista kohtukulud välja hagejalt.

11 Menetlusse astuja palub Esimese Astme Kohtul:

— jätta hagi rahuldamata;

— mõista kohtukulud välja hagejalt.

Õiguslik käsitlus

Vastuvõetavus

12 Teises ja kolmandas nõudes palub hageja Esimese Astme Kohtul jätta muutmata vastulausete osakonna otsus nr 2880/2002 ja kohustada ühtlustamisametit lükkama tagasi menetlusse astuja ühenduse kaubamärgi taotlus.

13 Sellega seoses tuleb meenutada, et vastavalt määruse nr 40/94 artikli 63 lõikele 6 peab ühtlustamisamet võtma meetmeid Euroopa Kohtu otsuse täitmiseks. Seega ei ole Esimese Astme Kohtu pädevuses ühtlustamisametile korraldusi anda. Ühtlustamisamet peab käesoleva otsuse resolutiivosast ja põhjendustest ise järeldused tegema. Seega on hageja teine ja kolmas nõue selle tõttu vastuvõetamatud (Esimese Astme Kohtu 8. juuli 1999. aasta otsus kohtuasjas T-163/98: Procter & Gamble *v.* Siseturu Ühtlustamise Amet (BABY-DRY), EKL 1999, lk II-2383, punkt 53, ja 27. veebruari 2002. aasta otsus kohtuasjas T-34/00: Eurocool Logistik *v.* Siseturu Ühtlustamise Amet (EUROCOOL), EKL 2002, lk II-683, punkt 12).

Põhiküsimus

14 Hageja esitab tühistamisnõude toetuseks kaks väidet vastavalt määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b ja artikli 73 rikkumise kohta.

Esimene väide määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b rikkumise kohta

— Poolte argumendid

15 Esiteks väidab hageja, et apellatsioonikoda ei ole osutanud piisavat tähelepanu asjaomaste tähiste foneetilisele ja visuaalsele sarnasusele. Lisaks ei saa tema hinnangul tähiseid kontseptuaalselt võrrelda, kuna neil puudub tähendus.

16 Mis puutub foneetilisse võrdlusse, siis kinnitab hageja, et sõnu „kinnie" ja „kinji" häälдatakse teatavates ühenduse keeltes väga sarnaselt. Rootsi, taani ja hollandi keeles häälдatakse tähte „j" täpselt nagu tähte „y" inglise keeles. Seega on hageja arvates tähised, vastupidiselt apellatsioonikoja poolt sedastatule, foneetiliselt sarnased.

17 Visuaalse võrdluse osas väidab hageja, et kui vaidlustatud tähis koosneb ühel ajal nii sõnalistest kui ka kujutisosadest, tuleb domineerivaks osaks lugeda sõnalist osa. Hageja lisab, et apellatsioonikoda tegi vea, kui leidis, et tähiste sõnalised osad ei ole väga sarnased, v.a esimesed tähed „kin". Hageja arvates on sõnaliste osade „kinji" ja „kinnie" ülejäänud tähtedel sarnane kuju. Ta lisab, et ka visuaalse võrdluse puhul ei saa tähelepanuta jätta nende kahe sõna häälдust. Nii meenub keskmisele tarbijale, ja eelkõige neile, kes kõnelevad rootsi, taani või hollandi keelt, kaupade nimede ebatäpne foneetiline kuju, kuid mitte tähtede kuju, mida on kasutatud sõnade kirjutamisel. Sellistena on tähised KINJI ja KINNIE ka visuaalselt väga sarnased.

18 Lisaks sellele heidab hageja ette seda, et apellatsioonikoda pidas liiga olulisteks mitmeid taotletava kaubamärgi graafilisi külgi, nagu pesukaru kujutist ja bambuseokstest kujundatud kirjas sõnalist osa „kinji". Hageja arvates on apellatsioonikoda seega eiranud Euroopa Kohtu praktikat, mille kohaselt on kujutismärgi puhul sõna see, mida tuleb kõige olulisemaks pidada. Lisaks jäävad hageja hinnangul sõnad „by SPA" enamikul tarbijaist märkamata.

19 Lisaks eelnevale heidab hageja ette seda, et apellatsioonikoda ei arvestanud piisavalt asjaoluga, et esiteks on kaubad identsed või väga sarnased, ning teiseks, et varasemal kaubamärgil on väga tugev eristusvõime, kuna tegemist on puhtalt väljamõeldud sõnaga.

20 Segiajamise tõenäosuse hindamise osas heidab hageja ette, et apellatsioonikoda põhjendas ekslikult vaidlustatud otsust sellega, et asjaomane tarbija ostab kõnealuseid kaupu tõenäoliselt selvekauplustest või muudest jaemüügikauplustest, kus tal on võimalik enne ostmist tooteid ja nendega seotud kaubamärke visuaalselt uurida. Hageja arvates müüakse kõnealuseid tooteid üldjuhul kas jaemüügikauplustes või baarides ja restoranides.

21 Seoses baarides või restoranides toimuva müügiga osutab hageja asjaolule, et vastupidiselt apellatsioonikoja väitele esitavad tarbijad üldiselt tellimuse suuliselt, viidates kaubamärgile, ja on võimalik, et jooke müüakse nii, et tarbija ei näe kordagi nendega seotud kaubamärki. Tuginedes Euroopa Kohtu 22. juuni 1999. aasta kohtuotsusele C-342/97: Lloyd Schuhfabrik Meyer (EKL 1999, lk I-3819, punkt 28), väidab hageja, et ei saa välistada, et ka üksnes kaubamärkide foneetiline sarnasus võib kaasa tuua segiajamise tõenäosuse.

22 Seoses selvekauplustes toimuva müügiga väidab hageja, et kuigi keskmisel tarbijal on võimalus tooteid uurida, ei ole apellatsioonikoda arvestanud asjaolu, et tarbijal on harva võimalik erinevaid kaubamärke vahetult võrrelda, vaid ta peab usaldama oma mällu jäänud kaubamärgi ebatäiuslikku kujutist.

23 Ühtlustamisamet ei vaidle vastu sellele, et kõnealused kaubad on identsed või väga sarnased, kuid väidab, et kaubamärkide visuaalsed ja kontseptuaalsed erinevused välistavad igasuguse segiajamise tõenäosuse.

24 Seoses tähiste visuaalse küljega märgib ühtlustamisamet, et tähised on erinevad vaidlustatud otsuses esitatud põhjustel.

25 Seoses kõnealuste kaubamärkide kontseptuaalse võrdlusega kinnitab ühtlustamisamet, et taotletava kaubamärgi kujutisosa ja sõnas „kinji" kasutatud bambuseokstest kujundatud kiri on sellised eristavad osad, mis annavad edasi kujutluse eksootilisest joonisfilmitegelasest, nimelt samanimelisest pesukarust. Tõenäoliselt tajub tarbija just seda seost, samas kui varasemal kaubamärgil pole seevastu mingit tähendust. Ühtlustamisameti sõnul piisab asjaolust, et ühel kõnealusel kaubamärgil on tähenduslik sisu, samas kui teisel seda ei ole, selleks et järeldada, et tähised on kontseptuaalselt erinevad.

26 Foneetilise võrdluse osas tunnistab ühtlustamisamet, et vastupidiselt apellatsioonikoja järeldustele vaidlustatud otsuses võib teatavate liikmesriikide avalikkus tajuda vastandatud kaubamärkide foneetilist sarnasust. Ühtlustamisamet lisab, et see asjaolu ei ole siiski piisav muutmaks vaidlustatud otsust õigusvastaseks, kuna tähiste teatava foneetilise sarnasuse neutraliseerivad nende visuaalsed ja kontseptuaalsed erinevused, nii et puudub igasugune segiajamise tõenäosus, isegi kui möönda, et varasem kaubamärk on tugevaima võimaliku eristusvõimega.

27 Seoses sellega rõhutab ühtlustamisamet, et see, mil määral on kaubamärgid foneetiliselt sarnased, on vähem oluline juhul, kui kaupu turustatakse nii, et sihtrühm tajub ostmise hetkel kaubamärki tavaliselt visuaalselt. Sellise juhuga on tegemist hageja kaupade puhul.

28 Ühtlustamisamet väidab, et isegi baarides ja restoranides on pudelid üldiselt leti taha riiulitele välja pandud nii, et tarbijatel on võimalik neid uurida. Lisaks sellele on baarid ja restoranid, olemata puuviljamahla sisaldavate jookide vähetähtsad jaotuskanalid, siiski müügimahtusid arvestades vähem tähtsad võrreldes selvekauplustega.

29 Menetlusse astuja kordab sisuliselt apellatsioonikoja poolt vaidlustatud otsuses esitatud argumente. Ta väidab, et vastandatud kaubamärgid on visuaalselt, foneetiliselt ja kontseptuaalselt erinevad.

30 Visuaalse võrdluse osas lisab menetlusse astuja, et arvestades tema kaubamärgi tuntust Beneluxi riikides, tõmbavad sõnad „by SPA" endale tarbijate tähelepanu ja välistavad täielikult kõnealuste kaupade segiajamise tõenäosuse seoses nende päritoluga.

31 Foneetilise võrdluse osas väidab menetlusse astuja, et kuigi neis riikides, kus tähte „j" hääldatakse nagu tähte „y" inglise keeles, hääldatakse sõnamärki KINNIE pikema järelliitega, mis on foneetilisest küljest piisav kõnealuste kaubamärkide eristamiseks.

— Esimese Astme Kohtu hinnang

32 Määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b kohaselt ei registreerita taotletavat kaubamärki varasema kaubamärgi omaniku vastuseisu korral, kui „identsuse või sarnasuse tõttu varasema kaubamärgiga ning identsuse või sarnasuse tõttu varasema kaubamärgiga kaitstud kaupade või teenustega on tõenäoline, et territooriumil, kus varasem kaubamärk on kaitstud, võib avalikkus need omavahel segi ajada; segiajamise tõenäosus hõlmab ka tõenäosust, et kaubamärk seostatakse varasema kaubamärgiga".

33 Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt seisneb segiajamise tõenäosus selles, et avalikkus võib arvata, et kõnealused kaubad või teenused pärinevad samalt ettevõtjalt või ka omavahel majanduslikult seotud ettevõtjatelt. Samuti tuleb väljakujunenud kohtupraktika kohaselt segiajamise tõenäosust hinnata igakülgselt selle alusel, kuidas asjaomane avalikkus kõnealuseid kaupu või teenuseid tajub, võttes arvesse kõiki kõne all oleva juhtumi asjaolusid. See igakülgne hindamine eeldab teatavate arvessevõetavate tegurite vastastikust sõltuvust ja eelkõige kaubamärgiga tähistatavate kaupade ja teenuste sarnasust. Seega võib kaubamärgiga tähistatavate kaupade ja teenuste vähese sarnasuse neutraliseerida kaubamärkide suur sarnasus ja vastupidi (vt Esimese Astme Kohtu 9. juuli 2003. aasta otsus kohtuasjas T-162/01: Laboratorios RTB *v.* Siseturu Ühtlustamise Amet — Giorgio Beverly Hills (GIORGIO BEVERLY HILLS), EKL 2003, lk II-2821, punktid 30–33 ja viidatud kohtupraktika).

34 Käesoleval juhul peab märkima, et kuna varasema kaubamärgi puhul on tegemist ühenduse kaubamärgiga, on segiajamise tõenäosuse hindamisel arvessevõetav territoorium kogu Euroopa Ühenduse territoorium.

35 Põhjusel, et enamik kõnealuseid kaupu on esmatarbekaubad, koosneb asjaomane avalikkus Euroopa keskmistest tarbijatest, kes on piisavalt informeeritud, mõistlikult tähelepanelikud ja arukad.

36 Nendest eespool esitatud kaalutlustest lähtuvalt tuleb võrrelda esiteks asjaomaseid kaupu ja teiseks vastandatud kaubamärke.

37 Kaupade võrdlusega seoses tuleb märkida, et pooled ei vaidle vastu sellele, et taotletava kaubamärgiga hõlmatud ja varasema kaubamärgiga kaitstud kaubad on kas sarnased või identsed.

38 Tähiste võrdluse osas tuleneb kohtupraktikast, et seoses asjaomaste kaubamärkide visuaalse, foneetilise ja kontseptuaalse sarnasusega tuleb segiajamise tõenäosuse igakülgsel hindamisel lähtuda kaubamärkidest jäävast tervikmuljest, arvestades eelkõige nende eristavate ja domineerivate osadega (Euroopa Kohtu 11. novembri 1997. aasta otsus C–251/95: SABEL, EKL 1997, lk I–6191, punkt 23, ja eespool viidatud kohtuotsus Lloyd Schuhfabrik Meyer, punkt 25).

39 Seega tuleb vastandatud tähiseid võrrelda visuaalselt, foneetiliselt ja kontseptuaalselt.

40 Visuaalse võrdluse puhul on apellatsioonikoda arvamusel, et tugev sõnaline osa „kinji" ning taotletava kaubamärgi täiendavad graafilised ja tekstielemendid võimaldavad kaubamärke visuaalselt eristada (vaidlustatud otsuse punkt 18).

41 Seoses sellega tuleb märkida, et taotletav kaubamärk on mitmeosaline tähis, mis koosneb kujutis- ja sõnalistest osadest. See mitmeosaline tähis koosneb jämedas bambuseokstest kujundatud kirjas sõnast „kinji", mille all on väiksemate tähtedega sõnad „by SPA", ja kujutisosast, mis kujutab nimega „kinji" kaunistatud T-särki kandvat hüppavat pesukaru. Peab tõdema, et taotletava tähise graafilised tunnused ehk joonisfilmitegelane pesukaru, stiliseeritud tähed, mis moodustavad peamise sõnalise osa ja väikeste tähtedega sõnad „by SPA" on eriti silmatorkavad, tõmmates endale tarbija tähelepanu ja aidates seega kaasa tähiste visuaalsele eristamisele, nagu on asjakohaselt märkinud apellatsioonikoda (vaidlustatud otsuse punkt 18).

42 Vastupidiselt sellele on varasem kaubamärk sõnamärk, millel puuduvad mis tahes erilised graafilised ja kujutavad elemendid.

43 Samuti on apellatsioonikoda vaidlustatud otsuse punktis 18 õigesti leidnud, et menetlusse astuja tähise tugeva sõnalise osa ja hageja tähise sõnalise osa vahel ei ole otsest sarnasust peale esimese kolme tähe „kin". Nagu ühtlustamisamet on samuti põhjendatult märkinud, on asjaomased sõnalised osad erineva pikkusega, nende lõpuosad „nie" ja „ji" on visuaalselt erinevad ja varasemas kaubamärgis paistab eriti silma tähe „n" kasutamine kahekordsena. Peale selle aitavad bambusekujuliste keerukate suurte tähtede kasutamine sõna „kinji" kirjutamisel ja väikeste tähtedega kirjutatud sõnaline osa „by SPA" täiendavalt kaasa visuaalsele eristamisele.

Varasemas kaubamärgis KINNIE järgneb silbile „kin" kolmetäheline silp „nie". Vastupidiselt vaidlustatud kaubamärgis KINJI olevale kahetähelisele silbile „ji", tekitab silp „nie" täiesti sümmeetrilise sõna, milles kaks keskel asuvat tähte „n", kaks tähte „i" ja tähed „k" ja „e" on omavahel täielikult tasakaalus. See sümmeetria annab sõnale „kinnie" sõnast „kinji" erineva visuaalse olemuse.

44 Sellest järeldub, et kaubamärkide visuaalse sarnasuse puudumist nende kahe sõnalise osa eristusvõime tõttu rõhutavad taotletavas kaubamärgis esinevad erilised kujutisosad, mida käsitleti eespool punktis 41.

45 Siinkohal tuleb täpsustada, et vastupidiselt hageja väitele ei ole sõnaline osa, siis kui tähis koosneb nii kujutis- kui ka sõnalistest osadest, automaatselt see, mida tuleb alati domineerivaks osaks pidada.

46 Seega saab mitmeosalist kaubamärki pidada sarnaseks teise kaubamärgiga, mis on identne või sarnane mitmeosalise kaubamärgi ühe osaga, üksnes juhul, kui see osa on mitmeosalisest kaubamärgist jäävas tervikmuljes domineeriv. Sellise juhtumiga on tegemist siis, kui see koostisosa võib asjaomase avalikkuse mälus püsivas kaubamärgikujutises üksi domineerima hakata nii, et selle kaubamärgi teised koostisosad on kaubamärgist jäävas tervikmuljes tähtsusetud (Esimese Astme Kohtu 23. oktoobri 2002. aasta otsus kohtuasjas T-6/01: Matratzen Concord *v.* Siseturu Ühtlustamise Amet — Hukla Germany (MATRATZEN), EKL 2002, lk II-4335, punkt 33).

47 Samuti tuleneb Esimese Astme Kohtu praktikast, et mitmeosalises kaubamärgis võib kujutisosa olla sõnalise osaga võrdse tähtsusega (vt 12. detsembri 2002. aasta otsus kohtuasjas T-110/01: Vedial *v.* Siseturu Ühtlustamise Amet — France Distribution (HUBERT), EKL 2002, lk II-5275, punkt 53).

48 Lisaks sellele ei saa isegi sellistel juhtudel, kui vastandatud kaubamärgid sisaldavad sarnaseid sõnalisi osi (millega käesoleval juhul tegemist ei ole), iseenesest vaid selle asjaolu põhjal järeldada, et vastandatud tähised on visuaalselt sarnased. Kui ühes tähises on eripärasel ja originaalsel viisil esitatud kujutisosad, võib kummastki tähisest jääv tervikmulje selle tulemusel olla erinev (vt selle kohta Esimese Astme Kohtu 9. juuli 2003. aasta otsus T-156/01: Laboratorios RTB *v.* Siseturu Ühtlustamise Amet — Giorgio Beverly Hills (GIORGIO AIRE), EKL 2003, lk II-2789, punkt 74).

49 Käesoleval juhul tuleb tõdeda, et kõik taotletava kaubamärgi kujutisosad on vaieldamatult individuaalse ja originaalse kujuga, omades olulist tähtsust taotletavast kaubamärgist jäävas visuaalses muljes ja võimaldades seda eristada varasemast kaubamärgist. Seetõttu ei ole põhjendatud ning tuleb tagasi lükata hageja argument, et apellatsioonikoda pidas liiga oluliseks taotletava kaubamärgi mitmeid graafilisi osi ja väikeste tähtedega kirjutatud sõnu „by SPA"; nimetatud osad olid kõnealustest märkidest jääva visuaalse mulje seisukohalt hageja sõnul teisejärgulise tähtsusega.

50 Eespool esitatud kaalutlustest tuleneb, et apellatsioonikoda on põhjendatult leidnud, et kõnealuste kaubamärkide sõnaliste osade vaheliste oluliste erinevuste ja taotletava kaubamärgi täiendavate kujutisosade tõttu on kaubamärkidest jäävad visuaalsed tervikmuljed erinevad.

51 Kontseptuaalse võrdluse osas leidis apellatsioonikoda, et kuigi kummagi asjaomase tähise domineerivail sõnalistel osadel ei ole teadaolevat tähendust, viitavad taotletava kaubamärgi graafilised elemendid mitmetele kontseptsioonidele, mis varasema kaubamärgi puhul täielikult puuduvad (vaidlustatud otsus, punktid 20 ja 21).

52 Sellega seoses tuleb märkida, et ei sõnal „kinnie" ega ka sõnal „kinji" ei ole täpset ja teadaolevat tähendust. Vaatamata sellele on kaubamärk, mille registreerimist taotleti, vähemalt kontseptuaalselt ja visuaalselt rikkalik, nagu on märkinud apellatsioonikoda ja nagu on rõhutanud ühtlustamisamet ja menetlusse astuja. Nimetatud kaubamärgi peamises sõnalises osas on kasutatud bambuseokstest stiliseeritud tähti ja selles on kujutisosa, mis kujutab inimesetaolist pesukaru, kes kannab T-särki kirjaga „kinji". Seetõttu võib eeldada, et need osad sisendavad neid vaatlevale inimesele, et kõnealusel kaubamärgil ja kõnealustel kaupadel on seos loodusega või eluga metsikus looduses.

53 Nagu Esimese Astme Kohus on eespool viidatud kohtuotsuses HUBERT otsustanud, „piisab asjaomaste kaubamärkide kontseptuaalse sarnasuse tuvastamiseks, kui tõdeda, et sihtrühm teeb vahet kaubamärkide poolt sisendatavatel ideedel (eespool viidatud kohtuotsus HUBERT, punkt 58). Järelikult tuleb asuda seisukohale, et vastandatud kaubamärgid ei ole kontseptuaalselt sarnased, kuna käesoleval juhul ei ole varasemal kaubamärgil vähimatki tähendust ja kuna vastupidiselt sellele näib taotletav kaubamärk olevat piisavalt tugevaid seoseid loov, et tarbijad seda tajuks.

54 Mis puutub foneetilisse võrdlusse, siis on vaieldamatu, nagu ühtlustamisamet vastupidiselt apellatsioonikoja tõdemusele vaidlustatud otsuses (punkt 19) sõna-

selgelt möönis, et teatavate liikmesriikide avalikkus võib tajuda vastandatud kaubamärkide foneetilist sarnasust. Näiteks hääldub täht „j" rootsi, taani ja hollandi keeles nagu täht „y" inglise keeles. Järelikult tuleb taotletavat kaubamärki teatavate Euroopa keelte häälduseeglite kohaselt hääldada „kinyi". Kuigi see sarnasus puudutab vaid mõnda liikmesriiki, tuleb siiski tõdeda, et vastandatud kaubamärgid on vähemalt neis liikmesriikides foneetiliselt sarnased.

55 Mis puutub kõnealuste kaubamärkide segiajamise tõenäosuse igakülgset hindamist, siis tuleb märkida, et vastandatud kaubamärkidel on visuaalses ja kontseptuaalses plaanis olulisi erinevusi. Käesoleval juhul tuleb tõdeda, et visuaalsed ja kontseptuaalsed erinevused neutraliseerivad selgelt nende kaubamärkide foneetilise sarnasuse.

56 Nagu ühtlustamisamet on põhjusega tõdenud, on kaubamärkide foneetiline sarnasus vähem oluline juhtudel, kui kaupu turustatakse nii, et ostu sooritades tajub asjaomane avalikkus neid kaupu tähistavat kaubamärki visuaalselt (vt selle kohta Esimese Astme Kohtu 14. oktoobri 2003. aasta otsus kohtuasjas T-292/01: Phillips-Van Heusen *v.* Siseturu Ühtlustamise Amet — Pash Textilvertrieb und Einzelhandel (BASS), EKL 2003, lk II-4335, punkt 55).

57 Vastupidiselt hageja väitele on käesolev juhtum just selline. Hageja ei ole esitanud vähimatki tõendit näitamaks, et tema tooteid müüakse tavaliselt viisil, mis ei võimalda avalikkusel kaubamärki visuaalselt tajuda. Hageja lihtsalt väidab, et üheks traditsiooniliseks müügikanaliks on baarid ja restoranid, kus tarbija tellib toote suuliselt ettekandja poole pöördudes, ilma et tal üldsegi oleks vaja sellega seotud kaubamärki visuaalselt kujutleda.

58 Sellega seoses peab sarnaselt ühtlustamisameti põhjendatud tähelepanekule märkima, et kuigi baarid ja restoranid ei ole hageja toodete vähetähtsad müügikanalid, on pudelid seal tavaliselt välja pandud leti taga olevatel riiulitel, nii et tarbija saab neid samuti visuaalselt uurida. Seetõttu, isegi kui on võimalik, et kõnealuseid kaupu müüakse suulise tellimuse alusel, ei saa seda viisi pidada nende kaupade tavaliseks turustamisviisiks. Pealegi on tarbijatel võimalus, isegi kui nad saavad joogi tellida suuliselt eelnevalt riiuleid uurimata, visuaalselt uurida neile serveeritud pudelit.

59 Pealegi ei ole vaidlustatud seda, et baarid ja restoranid ei ole kõnealuste kaupade ainsad müügikanalid. Neid kaupu müüakse samuti selvekauplustes ja muudes jaemüügikauplustes (vt vaidlustatud otsuse punkt 14). Tuleb tunnistada, et tarbijatel on seal sisseoste tehes võimalik kaubamärke visuaalselt tajuda, kuigi joogid, mis on välja pandud riiulitel, ei pruugi asetseda kõrvuti.

60 Hageja rõhutab samuti, et apellatsioonikoda oleks pidanud järeldama, et kaubamärkide segiajamise tõenäosus on suurem, kuna varasemal kaubamärgil on tugev eristusvõime. Selles osas piisab, kui märkida, et kaubamärgi tugev eristusvõime tuleb tuvastada kas sellele kaubamärgi eriomaste omaduste või selle üldtuntuse põhjal (Esimese Astme Kohtu 15. jaanuari 2003. aasta otsus kohtuasjas T-99/01: Mystery Drinks *v.* Siseturu Ühtlustamise Amet — Karlsberg Brauerei (MYSTERY), EKL 2003, lk II-43, punkt 34). Kuigi kaubamärk KINNIE on vaieldamatult originaalne, ei ole hageja esitanud mingeid tõendeid selle kohta, et kaubamärgil oleks tugev eristusvõime. Ta nõuab kaubamärgi tugeva eristusvõimega arvestamist tuginedes üksnes sellele, et tegemist on puhtalt väljamõeldud sõnaga.

61 Lõpuks tuleb tagasi lükata ka hageja argumendid, mille kohaselt peab keskmine tarbija kõnealuseid kaubamärke sarnasteks, kuna tähiste sõnalise osa moodustavate tähtede visuaalset tajumist mõjutab tugevalt nende hääldus, nii et kui keskmine tarbija neid kahte kaubamärki näeb, meenub talle kaudselt kauba nime kõla, aga mitte selle esitamisel kasutatud tähtede kuju. Keskmine tarbija tajub kaubamärki tavaliselt tervikuna ja ei asu uurima selle eri detaile (eespool viidatud kohtuotsus SABEL, punkt 23). Siiski tuleb tõdeda, et käesoleval juhul ei määra üksnes kaubamärgi osade ja nimelt sõnalise osa „kinji" võrdlemine hageja kaubamärgiga seda, kuidas keskmine tarbija taotletavat mitmeosalist kaubamärki tajub.

62 Neil asjaoludel tuleb järeldada, et kuigi kõnealuste kaubamärkidega tähistatud kaubad on identsed või väga sarnased, annavad vastandatud kaubamärkide visuaalsed ja kontseptuaalsed erinevused piisavalt põhjusi järeldamaks, et asjaomase avalikkuse seisukohalt puudub igasugune segiajamise tõenäosus. Sellest järeldub, et apellatsioonikoda on põhjendatult otsustanud, et taotletava kaubamärgi ja varasema kaubamärgi segiajamise tõenäosus puudub.

63 Eeltoodu põhjal tuleb väide määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b rikkumise kohta põhjendamatuse tõttu tagasi lükata.

Teine väide määruse nr 40/94 artikli 73 rikkumise kohta

— Poolte argumendid

64 Hageja väidab, et apellatsioonikoda rikkus määruse nr 40/94 artiklit 73, kuna ta ei andnud pooltele võimalust esitada oma märkusi vaidlustatud otsuse punktis 14 esitatud põhjenduste kohta seoses apellatsioonikoja käsitlusega sellest, kuidas jooke baarides ja restoranides tellitakse ja müüakse. Seega heidab hageja apellatsioonikojale ette teatavate oluliste vorminõuete rikkumist.

65 Ühtlustamisamet väidab, et viide „müügiviisidele" ja sellele, kuidas kaubamärke asjaomasel turul tajutakse, ei ole iseenesest põhjendus määruse nr 40/94 artikli 73 tähenduses, vaid argument, mis toetab arutluskäiku, mille kohaselt on kaubamärkide visuaalsed ja kontseptuaalsed erinevused sellised, mis välistavad igasuguse segiajamise tõenäosuse kõnealuste kaupade konkreetsel turul. Selline viide ei ole segiajamise tõenäosuse hindamisest sõltumatu, vaid moodustab osa apellatsioonikoja arutluskäigust.

66 Ühtlustamisamet on seetõttu seisukohal, et jättes hagejale andmata võimaluse esitada oma märkused seoses „müügiviisidega", ei ole apellatsioonikoda rikkunud määruse nr 40/94 artiklit 73, kuna seda argumenti kasutati üksnes vaidlustatud otsuse motiveerimiseks hagejale juba teadaolevatel alustel ja argumentide kohaselt.

67 Menetlusse astuja väidab, et ta oli argumenti, mille hageja käesoleva hagi raames vaidlustas, kasutanud juba varem apellatsioonikoja menetluses 27. jaanuaril 2003 esitatud märkustes, milles ta tõdes, et „kummagi kaubamärgiga tähistatud kaubad on alkoholivabad joogid, mida müüakse samades kauplustes ja selvekauplustes üldiselt ning vastupidiselt vastulausete osakonna poolt oma otsuses (lk 7 punkt 3) väljendatud seisukohale on keskmisel tarbijal tegelikult võimalik kaupu vahetult võrrelda".

68 Sellest järeldab menetlusse astuja, et ilmselt ei pidanud hageja vajalikuks seda väidet vaidlustada, vastates 21. märtsil 2003 „kaebuse kohta esitatud märkustes", et olukord ei ole selline baaris või restoranis.

— Esimese Astme Kohtu hinnang

69 Tuleb meenutada, et määruse nr 40/94 artikli 73 kohaselt võivad ameti otsuse aluseks olla üksnes põhjendused, mille kohta pooltel on olnud võimalik esitada oma seisukoht (Esimese Astme Kohtu 9. oktoobri 2002. aasta otsus kohtuasjas T-173/00: KWS Saat *v.* Siseturu Ühtlustamise Amet (oranž toon), EKL 2002, lk II–3843, punkt 57).

70 Käesoleval juhul tuleb märkida, et apellatsioonikoda täpsustas vaidlustatud otsuse punktis 14, et „kuigi kaupu [...] müüakse baarides ja restoranides, ei telli tarbija sellises kohas neid tavaliselt nende nime kasutades, erinevalt nt veini ja õlle

tellimisest". Apellatsioonikoda lisas veel, et „tavaliselt tellivad baaride ja restoranide külastajad tooteid lihtsalt üldnimetust kasutades, nõudes nt „värskelt pressitud apelsinimahla".

71 Tegelikult tuleb märkida, et apellatsioonikoda soovib vaidlustatud otsuse punktis 14 näidata, et tüüpilisel tarbijal on tavaliselt võimalik tooteid enne ostmist visuaalselt uurida. Seda seisukohta kinnitab vaidlustatud otsuse punkti 14 viimane lause, kus apellatsioonikoda võtab kokku oma hinnangu, sedastades, et „[t]eisisõnu on tüüpilisel tarbijal tavaliselt võimalik enne ostmist kaupu ja nendega seotud kaubamärke visuaalselt uurida (kuigi on võimalik, et kaubamärgid ei asetse kõrvuti)".

72 Seetõttu on selge, et seisukohad viisi kohta, kuidas tarbijad kaupu baarides ja restoranides tellivad, ei moodusta vaidlustatud otsuse iseseisvat põhjendust, vaid on osa apellatsioonikoja arutluskäigust seoses segiajamise tõenäosuse igakülgse hindamisega. Asjaolu, et hageja ei ole selle kohta oma argumente esitanud, ei tähenda, et ta ei võinud võtta seisukohta kõnealuste tähiste visuaalse ja foneetilise võrdlusega seotud põhjenduste kohta, millel vaidlustatud otsus põhineb.

73 Neil asjaoludel tuleb käesolev väide määruse nr 40/94 artikli 73 rikkumise kohta tagasi lükata.

74 Eespool esitatud põhjendustest lähtudes tuleb hagi tervikuna rahuldamata jätta.

Kohtukulud

75 Hageja palub apellatsioonimenetluse kulud mõista välja ühtlustamisametilt ja/või menetlusse astujalt. Ta ei ole oma dokumentides selle nõude toetuseks esitanud mingit konkreetset argumentatsiooni. Kohtuistungil nõustus hageja ühtlustamisameti poolt selle kohta esitatud argumentidega.

76 Ühtlustamisamet väidab, et see nõue on vastuvõetamatu, kuna need kulud ei ole hüvitatavad Esimese Astme Kohtu kodukorra artiklite 87 ja 136 alusel.

77 Sellega seoses tuleb meenutada, et kodukorra artikli 136 lõige 2 sätestab:

„Poolte vältimatuid kulusid seoses apellatsioonikoja menetlusega [...] käsitatakse hüvitatavate kuludena."

78 Kuivõrd vastulausemenetluse kulud ei ole hüvitatavad kulud kodukorra artikli 136 lõike 2 tähenduses, tuleb see nõue jätta vastuvõetamatuse tõttu rahuldamata.

79 Kodukorra artikli 87 lõike 2 alusel on kohtuvaidluse kaotanud pool kohustatud hüvitama kohtukulud, kui vastaspool on seda nõudnud. Kuna kohtuotsus on tehtud hageja kahjuks, mõistetakse kohtukulud vastavalt ühtlustamisameti ja menetlusse astuja nõuetele välja hagejalt.

Esitatud põhjendustest lähtudes

ESIMESE ASTME KOHUS (viies koda)

otsustab:

1. Jätta hagi rahuldamata.

2. Mõista kohtukulud välja hagejalt.

Vilaras Martins Ribeiro Jürimäe

Kuulutatud avalikul kohtuistungil 24. novembril 2005 Luxembourgis.

Kohtusekretär Koja esimees

E. Coulon M. Vilaras