# EUROOPA KOHTU OTSUS (esimene koda)

11. mai 2006 *

Kohtuasjas C-416/04 P,

mille esemeks on Euroopa Kohtu põhikirja artikli 56 alusel 27. septembril 2004 esitatud apellatsioonkaebus,

**The Sunrider Corp.,** asukoht Torrance, California (Ameerika Ühendriigid), esindaja: *Rechtsanwalt* A. Kockläuner,

hageja,

teine menetlusosaline:

**Siseturu Ühtlustamise Amet (kaubamärgid ja tööstusdisainilahendused),** esindajad: S. Laitinen ja A. Folliard-Monguiral,

kostja Esimese Astme Kohtus,

* Kohtumenetluse keel: inglise.

EUROOPA KOHUS (esimene koda),

koosseisus: koja esimees P. Jann, kohtunikud K. Schiemann, K. Lenaerts, E. Juhász ja M. Ilešič (ettekandja),

kohtujurist: F. G. Jacobs,
kohtusekretär: ametnik B. Fülöp,

arvestades kirjalikus menetluses ja 17. novembri 2005. aasta kohtuistungil esitatut,

olles 15. detsembri 2005. aasta kohtuistungil ära kuulanud kohtujuristi ettepaneku,

on teinud järgmise

**otsuse**

1 Apellatsioonkaebuses palub The Sunrider Corp. tühistada Euroopa Ühenduste Esimese Astme Kohtu 8. juuli 2004. aasta otsuse kohtuasjas T-203/02: Sunrider *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet — Espadafor Caba (VITAFRUIT) (EKL 2004, lk II-2811, edaspidi „vaidlustatud kohtuotsus"), millega kohus jättis rahuldamata hageja kaebuse Siseturu Ühtlustamise Ameti (kaubamärgid ja tööstusdisainilahendused) (edaspidi „ühtlustamisamet") esimese apellatsioonikoja 8. aprilli 2002. aasta otsuse (asjas R 1046/2000-1) peale, millega jäeti rahuldamata sõnamärgi VITAFRUIT registreerimise taotlus (edaspidi „vaidlusalune otsus").

## Õiguslik raamistik

2 Nõukogu 20. detsembri 1993. aasta määruse (EÜ) nr 40/94 ühenduse kaubamärgi kohta (EÜT 1994, L 11, lk 1; ELT eriväljaanne 17/01, lk 146) artikli 8, pealkirjaga „Suhtelised keeldumispõhjused" lõike 1 punkt b ja lõike 2 punkti a alapunkt ii sätestavad:

„1. Varasema kaubamärgi omaniku vastuseisu korral ei registreerita taotletavat kaubamärki, kui:

[...]

b) 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.

2. Lõike 1 kohaldamisel tähendab „varasem kaubamärk" järgmist:

a) järgmisi kaubamärke, mille registreerimise taotluse kuupäev on varasem ühenduse kaubamärgi registreerimise taotluse kuupäevast, arvestades võimaluse korral nende kaubamärkidega seotud prioriteete:

[...]

ii) kaubamärgid, mis on registreeritud liikmesriikides [...]".

3 Määruse nr 40/94 artikli 15 pealkirjaga „Ühenduse kaubamärkide kasutamine" kohaselt:

„1. Kui omanik ei ole ühenduse kaubamärki viie aasta jooksul pärast registreerimist ühenduses tegelikult kasutusele võtnud kaupade või teenuste puhul, mille jaoks see on registreeritud, või kui selle kasutamine on katkematu viieaastase ajavahemiku jooksul peatatud, siis rakendatakse kaubamärgi suhtes käesoleva määrusega ettenähtud sanktsioone, välja arvatud juhul, kui kasutamata jätmine on põhjendatud.

[...]

3. Ühenduse kaubamärgi kasutamist omaniku nõusolekul käsitatakse kaubamärgi kasutamisena selle omaniku poolt."

4 Määruse nr 40/94 artikli 43 pealkirjaga „Vastulause menetlemine" lõiked 2 ja 3 näevad ette:

„2. Taotleja nõudmisel peab vastulause esitanud varasema ühenduse kaubamärgi omanik tõendama, et varasemat ühenduse kaubamärki on ühenduses tegelikult kasutatud kaupade või teenuste puhul, mille jaoks see on registreeritud, viie aasta

jooksul enne ühenduse kaubamärgi taotluse avaldamist ning et see on vastulause aluseks [...], tingimusel, et varasem ühenduse kaubamärk on selleks kuupäevaks olnud registreeritud vähemalt viis aastat. Selliste tõendite puudumise korral lükatakse vastulause tagasi. Kui varasemat ühenduse kaubamärki on kasutatud vaid osa kaupade või teenuste puhul, mille jaoks see on registreeritud, loetakse see vastulause menetlemisel ainult nende kaupade või teenuste jaoks registreerituks.

3. Lõiget 2 kohaldatakse ka artikli 8 lõike 2 punktis a osutatud varasemate siseriiklike kaubamärkide suhtes, asendades kasutuse ühenduses kasutusega liikmesriigis, kus varasem kaubamärk on kaitstud."

5 Nõukogu 13. detsembri 1995. aasta määruse (EÜ) nr 2868/95, millega rakendatakse nõukogu määrus nr 40/94 ühenduse kaubamärgi kohta (EÜT 1995 L 303, lk 1; ELT eriväljaanne 17/01, lk 189) eeskirja 22 punkt 2 täpsustab, et „[k]asutamist tõendavad näited ja tõendid koosnevad viidetest varasema kaubamärgi kasutamise kohale, ajale, ulatusele ja olemusele kaupade ja teenuste puhul, mille jaoks see on registreeritud ning mis on vastulause aluseks".

## Vaidluse taust

6 1. aprillil 1996 esitas hageja ühtlustamisametile määruse nr 40/94 alusel sõnamärgi VITAFRUIT ühenduse kaubamärgina registreerimise taotluse.

7 Tooted, mille jaoks registreerimist taotleti, kuuluvad 15. juuni 1957. aasta märkide registreerimisel kasutatava kaupade ja teenuste rahvusvahelise klassifikatsiooni käsitleva Nizza kokkuleppe (uuesti läbivaadatud ja parandatud kujul) klassidesse 5, 29 ja 32. Klassi 32 kuuluvateks kaupadeks on „[õ]lled; mineraal- ja gaseeritud veed ja muud alkoholivabad joogid; puu- ja köögiviljajoogid, puuviljamahlad; siirupid ja teised joogivalmistusained; taimedest ja vitamiinidest valmistatud joogid".

8 1. aprillil 1998 esitas Juan Espadafor Caba määruse nr 40/94 artikli 42 lõike 1 alusel vastulause taotletud kaubamärgi registreerimisele kõikide kaubamärgitaotluses märgitud kaupade osas.

9 Juan Espadafor Cabale kuuluv varasem kaubamärk on siseriiklik sõnamärk VITAFRUT, mis on Hispaanias registreeritud järgmiste klassidesse 30 ja 32 kuuluvate kaupade jaoks: „alkoholivabad ja ilma ravitoimeta gaseeritud joogid, igasugused külmad ravitoimeta joogid, gaasilised preparaadid, vahtutekitavad graanulid; kääritamata puu- ja köögiviljamahlad (välja arvatud kääritamata vein), limonaadid, apelsinijoogid, külmad joogid (välja arvatud mandlijook), gaseeritud veed, Seidlitz'i vesi ja tehisjää".

10 Hageja taotlusel tegi ühtlustamisameti vastulausete osakond vastavalt määruse nr 40/94 artikli 43 lõigetele 2 ja 3 Juan Espadafor Cabale ettepaneku esitada tõendid, et viie aasta jooksul enne ühenduse kaubamärgi taotluse avaldamist on varasemat kaubamärki Hispaanias tegelikult kasutatud.

11 Juan Espadafor Caba esitas esiteks kuus pudelietiketti, millel oli kujutatud varasem kaubamärk, ja teiseks neliteist arvet ja tellimuskirja, millest kümme pärinesid ajast enne kõnealust avaldamist.

12 23. augusti 2000. aasta otsusega jättis vastulausete osakond ühenduse kaubamärgi taotluse rahuldamata selles nimetatud klassi 32 kuuluvate kaupade, v.a õllede osas. Vastulausete osakond leidis esiteks, et Juan Espadafor Caba esitatud tõendid näitasid, et varasemat kaubamärki oli määruse nr 40/94 artikli 43 lõigete 2 ja 3 tähenduses tegelikult kasutatud nimetusele „kääritamata puu- ja köögiviljamahlad, limonaadid, apelsinijoogid" vastavate kaupade osas. Teiseks leidis vastulausete osakond, et kaubamärgitaotluses märgitud, klassi 32 kuuluvad kaubad, v.a õlled, on osaliselt sarnased ja osaliselt identsed, ning et esineb varasema kaubamärgi ja taotletava kaubamärgi segiajamise tõenäosus sama määruse artikli 8 lõike 1 punkti b tähenduses.

13 Selle otsuse peale esitatud hageja kaebus jäeti vaidlusaluse otsusega rahuldamata. Ühtlustamisameti esimene apellatsioonikoda kinnitas sisuliselt vastulausete osakonna otsuses sisaldunud hinnanguid, rõhutades siiski, et varasema kaubamärgi kasutamine oli tõendatud üksnes nimetusele „mahlakontsentraadid" (*juice concentrate*) vastavate kaupade osas.

## Menetlus Esimese Astme Kohtus ja vaidlustatud kohtuotsus

14 Esimese Astme Kohtu kantseleisse 2. juulil 2002. aastal saabunud hagiavaldusega esitas hageja hagi vaidlusaluse otsuse tühistamiseks esiteks määruse nr 40/94 artikli 43 lõike 2 rikkumise tõttu ja teiseks sama määruse artikli 8 lõike 1 punkti b rikkumise tõttu.

15 Esimese väite esimeses osas tõi hageja välja, et apellatsioonikoda võttis ebaõigesti arvesse kaubamärgi kasutamist kolmanda isiku poolt. Sisuliselt väitis ta, et vastulause esitaja ei tõendanud, et varasema kaubamärgi tegelik kasutamine oleks toimunud tema nõusolekul.

16 Vaidlustatud kohtuotsuse punktis 23 leidis Esimese Astme Kohus, et väidetavalt kasutas varasemat kaubamärki tegelikult äriühing Industrias Espadafor SA, mitte selle kaubamärgi omanik Juan Espadafor Caba, olgugi et viimase nimi kajastus ka kõnealuse äriühingu nimes. Sellegipoolest leidis Esimese Astme Kohus sama kohtuotsuse punktides 24–28, et apellatsioonikojal oli õiguspäraselt võimalik tugineda eeldusele, et varasema kaubamärgi kasutamine toimus selle omaniku nõusolekul, seda enam, et hageja ei ole seda aspekti Esimese Astme Kohtus vaidlustanud.

17 Esimese Astme Kohus lükkas seepärast esimese väite esimese osa tagasi.

18 Sama väite teises osas väitis hageja, et apellatsioonikoda tõlgendas vääralt mõistet „tegelik kasutamine". Ta väitis sisuliselt, et Juan Espadafor Caba esitatud tõendusmaterjal ei tõenda varasema kaubamärgi väidetava kasutamise ajavahemikku, kohta, iseloomu ega laadi, et seda kasutamist võiks tegelikuks pidada.

19 Olles meenutanud vaidlustatud kohtuotsuse punktides 36–42 Euroopa Kohtu praktikat (11. märtsi 2003. aasta otsus C-40/01: Ansul, EKL 2003, lk I-2439) ning sama otsuse punktides 43–53 enda praktikat, võttis Esimese Astme Kohus nimetatud otsuse punktis 54 oma analüüsi järgnevalt kokku:

„Sellest tuleneb, et apellatsioonikoja menetluse teine pool esitas tõendi, et tema nõusolekul müüdi ajavahemikus mai 1996 kuni mai 1997 ühele Hispaania kliendile umbes 300 [kasti] kaheteistkümneosalist ühikut erinevate puuviljade kontsentreeritud mahla, ja selle müügi käive oli umbes 4800 eurot. Kuigi varasema kaubamärgi kasutamise ulatus oli piiratud ja oleks soovitav omada rohkem tõendeid asjaomase ajavahemiku jooksul toimunud kasutamise olemuse kohta, on menetluse teise poole

esitatud tõendid piisavad, tuvastamaks tegelikku kasutamist. Sellest tulenevalt leidis ühtlustamisamet [vaidlusaluses] otsuses õigesti, et varasemat kaubamärki kasutati tegelikult mõnede kaubamärgiga kaitstud kaupade, st puuviljamahlade suhtes.

20 Seepärast lükkas Esimese Astme Kohus esimese väite teise osa tagasi.

21 Oma teises väites toob hageja välja, et apellatsioonikoda rikkus määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b, leides, et kaubamärgitaotluses nimetatud kaubad „taimedest ja vitamiinidest valmistatud joogid" ja kaubad „mahlakontsentraadid", mille jaoks varasemat kaubamärki tegelikult kasutati, on sarnased. Hageja väitel on need kaubad vaid veidi sarnased.

22 Vaidlustatud kohtuotsuse punktis 66 leidis Esimese Astme Kohus, et varasemat kaubamärki kasutati lõpptarbijale mõeldud erinevate kontsentreeritud puuviljamahlade, mitte puuviljamahlu tootvatele tööstustele mõeldud mahlakontsentraatide jaoks. Seetõttu lükkas ta tagasi hageja väite, et taimedest ja vitamiinidest valmistatud joogid ja kaubad, millega seoses varasemat kaubamärki tegelikult kasutati, on mõeldud erinevatele ostjatele.

23 Sama kohtuotsuse punktis 67 leidis Esimese Astme Kohus, et taimedest ja vitamiinidest valmistatud jookidel ja puuviljamahlakontsentraatidel on sama otstarve — janu kustutada; et mõlemal juhul on tegemist tavaliselt jahedalt tarbitavate alkoholivabade jookidega, ja et nad on suures osas üksteisega konkureerivad. Kohus leidis, et nende kaupade koostis, mis on mõistagi erinev, ei muutnud siiski tõdemust, et nimetatud kaubad on võrreldavad, kuna need on mõeldud sama vajaduse rahuldamiseks.

24 Nii lükkas Esimese Astme Kohus teise väite tagasi ja jättis hageja hagi tervikuna rahuldamata.

## Apellatsioonkaebus

25 Hageja palub oma apellatsioonkaebuses, mille toetuseks ta esitab kolm väidet, Euroopa Kohtul:

— esiteks, tühistada vaidlustatud kohtuotsus;

— teise võimalusena, tühistada vaidlustatud kohtuotsus osas, milles see kinnitab taotletava kaubamärgi registreerimisest keeldumist kaupade „taimedest ja vitamiinidest valmistatud joogid" osas;

— tühistada vaidlusalune otsus;

— mõista ühtlustamisametilt välja nii ühtlustamisametis kui ka Esimese Astme Kohtus ja Euroopa Kohtus kantud kohtukulud.

26 Ühtlustamisamet palub Euroopa Kohtul jätta apellatsioonkaebus rahuldamata ja mõista kohtukulud välja hagejalt.

*Ühtlustamisameti vastuse vastuvõetavus*

27 Oma repliigis tugineb hageja ühtlustamisameti vastuse vastuvõetamatusele põhjusel, et viimane ei ole taotlenud esimeses astmes esitatud nõuete täielikku või osalist rahuldamist, nagu näeb ette Euroopa Kohtu kodukorra artikkel 116.

28 Selle artikli lõige 1 sätestab:

„Vastuses apellatsioonkaebusele võib nõuda:

— apellatsioonkaebuse täielikku või osalist läbivaatamata jätmist või Esimese Astme Kohtu otsuse täielikku või osalist tühistamist,

— esimeses astmes esitatud nõuete täielikku või osalist rahuldamist, esitamata uusi nõudeid."

29 See säte täpsustab, milliseid nõudeid võivad teised menetluspooled peale hageja esitada vastuses apellatsioonkaebusele.

30 Et sellest vastusest oleks kasu, peavad need teised pooled selles põhimõtteliselt selgitama oma seisukohta apellatsioonkaebuse suhtes, nõudes selle täielikku või osalist rahuldamata jätmist, või ühinedes sellega täielikult või osaliselt, või esitades sellele vastuapellatsioonkaebuse, mis kõik on kodukorra artikli 116 lõikes 1 loetletud nõuded.

31 Samas ei saa teistel menetluspooltel olla kohustust esitada selle sätte teises taandes ettenähtud nõudeid, vastasel korral on nende vastus tühine. Iga pool võib kohtule esitada nõuded, mida ta peab kohaseks. Seega, kui Esimese Astme Kohus ühe poole nõudeid ei rahulda või ei rahulda täielikult, võib see pool otsustada, et ei taotle juhul, kui Esimese Astme Kohtu otsuse peale esitatakse apellatsioonkaebus, Euroopa Kohtult nende nõuete rahuldamist.

32 Veelgi enam, kui pool, kelle nõuded Esimese Astme Kohus on, nagu käesoleval juhul, täielikult rahuldanud, taotleb Euroopa Kohtule esitatud vastuses apellatsioonkaebuse täielikku rahuldamata jätmist, ei pea ta taotlema oma esimeses astmes esitatud nõuete rahuldamist. Samuti, kui Euroopa Kohus rahuldab apellatsioonkaebuse ja otsustab, kasutades temale Euroopa Kohtu põhikirja artiklis 61 antud õigust teha ise asjas lõplik kohtuotsus, peab ta neid nõudeid arvesse võtma ja need kas uuesti täielikult või osaliselt rahuldama või rahuldamata jätma, ilma et ta saaks tugineda asjaolule, et nimetatud pool ei ole neid nõudeid talle uuesti esitanud.

33 Seepärast tuleb väide ühtlustamisameti vastuse vastuvõetamatuse kohta tagasi lükata.

*Esimene väide*

Poolte argumendid

34 Oma esimeses väites väidab hageja, et Esimese Astme Kohus rikkus määruse nr 40/94 artikli 43 lõikeid 2 ja 3, loetuna koos sama määruse artikli 15 lõigetega 1 ja 3, kuna ta võttis arvesse varasema kaubamärgi kasutamist kolmanda isiku poolt.

35 Selle väite esimeses osas heidab hageja Esimese Astme Kohtule ühtaegu ette tõendamiskoormuse ebaõiget jaotamist, vastulause esitaja poolt esitatud tõendusjõuta tõendite arvestamist ja pigem oletustele kui tõenditele tuginemist.

36 Hageja väitel tuleneb Esimese Astme Kohtu praktikast, et tegelikku kasutamist ei saa tõendada tõenäolisuse või oletustega, vaid see peab tuginema usaldusväärsetel ja objektiivsetel tõenditel kaubamärgi tõhusa ja küllaldase kasutamise kohta asjaomasel turul.

37 Kuigi käesoleval juhul oli vastulause esitaja kohustus tõendada, et varasema kaubamärgi tegelik kasutamine äriühingu Industrias Espadafor SA poolt toimus tema nõusolekul, ei esitanud vastulause esitaja ühtegi tõendit, et see kasutamine oleks toimunud tema nõusolekul. Apellatsioonikoda ja Esimese Astme Kohus tuginesid ekslikult tõenäolisusele ja oletustele, kui jõudsid järelduseni, et vastulause esitaja oli nimetatud kasutamisega nõus.

38 Esimese väite teises osas väidab hageja, et Esimese Astme Kohus tegi õigusvea, jättes esimeses astmes esitatud esimese väite esimese osa kontrollimisel kindlaks tegemata, kas ta võis kohtuotsuse tegemise ajal teha uue otsuse, mille resolutiivosa on sama, mis vaidlusalusel otsusel, nagu nõuab tema enda kohtupraktika (Esimese Astme Kohtu 23. septembri 2003. aasta otsus kohtuasjas T-308/01: Henkel *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet — LHS (UK) (KLEENCARE), EKL 2003, lk II-3253, punkt 29).

39 Vaidlustatud kohtuotsuse punktidest 25 ja 26 nähtub, et Esimese Astme Kohus on piirdunud selle kindlakstegemisega, kas apellatsioonikoda võis vaidlusaluse otsuse tegemise ajal tugineda eeldusele, et vastulause esitaja oli nõus varasema kaubamärgi kasutamisega äriühing Industrias Espadafor SA poolt.

40 Esimese väite esimese osa suhtes leiab ühtlustamisamet, et käesoleval juhul on eeldus, et vastulause esitaja oli nõus varasema kaubamärgi kasutamisega Industrias Espadafor SA poolt — eeldus, millele tugines ka Esimese Astme Kohus — on täiesti õigustatud vaidlustatud kohtuotsuse punktides 24–29 toodud põhjustel. Seetõttu ei sisalda Esimese Astme Kohtu poolt faktide hindamine, mille tulemusel kohus sedastas, et vastulause esitaja oli nõus varasema kaubamärgi väidetava tegeliku kasutamisega, ei hindamisvigu ega faktide moonutamist, mis annaks Euroopa Kohtule aluse sekkuda Esimese Astme Kohtu poolt tuvastatusse.

41 Seoses esimese väite teise osaga leiab ühtlustamisamet, et väljakujunenud kohtupraktika kohaselt on Esimese Astme Kohtule esitatava hagi eesmärgiks kontrollida apellatsioonikoja otsuse õiguspärasust määruse nr 40/94 artikli 63 tähenduses, nii et Esimese Astme Kohus ei ole mingil moel kohustatud kontrollima, kas kohtuotsuse tegemise ajal võis või ei võinud teha uue otsuse, mille resolutiivosa on sama, mis vaidlusalusel otsusel.

Euroopa Kohtu hinnang

42 Esiteks peab vastavalt määruse nr 40/94 artikli 43 lõigetele 2 ja 3 vastulause esitanud varasema kaubamärgi omanik ühenduse kaubamärgi taotleja nõudmisel tõendama, et varasemat kaubamärki on tegelikult kasutatud.

43 Lisaks tuleneb sama määruse artikli 15 lõikest 3, et kaubamärgi tegeliku kasutamisena käsitatakse kaubamärgi kasutamist selle omaniku poolt või viimase nõusolekul.

44 Sellest järeldub, et vastulause esitanud varasema kaubamärgi omaniku kohustus on esitada tõendid, et ta on andnud nõusoleku selle kaubamärgi kasutamiseks kolmanda isiku poolt.

45 Käesoleval juhul ei ole esimese väite esimene osa põhjendatud osas, milles see heidab Esimese Astme Kohtule ette tõendamiskoormuse jaotuse ebaõigesti tõlgendamist.

46 Olles vaidlustatud kohtuotsuse punktis 23 välja toonud, et varasemat kaubamärki kasutanud äriühingu Industrias Espadafor SA nimi sisaldab üht elementi selle kaubamärgi omaniku perekonnanimest, ning olles sama kohtuotsuse punktides 24 ja 25 leidnud, et on vähetõenäoline, et Juan Espadafor Caba oleks saanud kontrollijale, apellatsioonikojale ja Esimese Astme Kohtule esitatud tõendusmaterjali, kui see kasutamine oleks toimunud vastu tema tahtmist, leidis Esimese Astme Kohus, et ühtlustamisamet oli õigesti tuginenud eeldusele, et vastulause esitaja oli nõus varasema kaubamärgi väidetava kasutamisega.

47 Seda tehes ei nõudnud Esimese Astme Kohus hagejalt mingil moel, et viimane tõendaks nõusoleku puudumist, vaid tugines vastulause esitaja poolt esitatud tõenditele, järeldades neist, et esitati vastulause esitaja nõusolekut puudutavad tõendid väidetava kasutamise kohta. Kohus ei pööranud seega tõendamiskoormust ümber.

48 Lisaks taotletakse väite selles osas, mis heidab ette, et Esimese Astme Kohus leidis, et vastulause esitaja poolt esitatud tõendid kujutavad endast tõendeid tema nõusoleku kohta väidetavale kasutamisele, et Euroopa Kohus asendaks Esimese Astme Kohtu poolt asjaoludele antud hinnangu oma hinnanguga, ja seega on see osa väitest vastuvõetamatu.

49 EÜ artikli 225 lõike 1 ja Euroopa Kohtu põhikirja artikli 58 esimese lõigu kohaselt saab Euroopa Kohtusse edasi kaevata ainult õigusküsimused. Seega on Esimese Astme Kohtul ainupädevus tuvastada ja hinnata antud asjas olulisi fakte ning analüüsida tõendeid. Välja arvatud juhul, kui kohtule esitatud fakte on moonutatud, ei ole nende faktide ja tõendite hindamine seega niisugune õigusküsimus, mis kuuluks Euroopa Kohtu poolt apellatsiooni korras läbivaatamisele (vt 15. septembri 2005. aasta otsus kohtuasjas C-37/03 P: BioID *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, EKL 2005, lk I-7975, punkt 43 ja viidatud kohtupraktika).

50 Samas ei ilmne, et Esimese Astme Kohus oleks vaidlustatud kohtuotsuse punktides 23–25 moonutanud fakte ja temale esitatud tõendusmaterjali.

51 Tuleb lisada, et Esimese Astme Kohus on vaidlustatud kohtuotsuse punktides 26 ja 27 peaaegu üleliigselt sedastanud, et „[ü]htlustamisamet võis seda enam sellele eeldusele [et hageja oli väidetava kasutamisega nõus] toetuda, et hageja ei vaidlustanud asjaolu, et äriühingu Industrias Espadafor SA poolne kasutamine oli toimunud vastulause esitaja nõusolekul".

52 Kolmas õiguslik alus tuleb seega tagasi lükata kui osaliselt põhjendamatu ja osaliselt vastuvõetamatu.

53 Teiseks, vastupidiselt hageja väidetele, ei tulene Esimese Astme Kohtu praktikast, et kohus peab ühtlustamisameti apellatsioonikoja otsuse peale esitatud hagi suhtes otsuse tegemise ajal kindlaks tegema, kas ta võib õiguspäraselt teha uue otsuse, mille resolutiivosa on sama mis vaidlusalusel otsusel. Esimese Astme Kohus on eespool viidatud kohtuotsuse Henkel *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet — LHS (UK) (KLEENCARE) punktides 25 ja 26 piirdunud seisukohavõtuga, et see kohustus

lasub ühtlustamisameti apellatsioonikodadel nende ja ühtlustamisameti esimese astme instantside — nagu kontrollijad ning vastulausete- ja tühistamisosakonnad — vahelise funktsionaalse järjepidevuse põhimõtte tõttu.

54 Määruse nr 40/94 artikli 63 kohaselt võib Esimese Astme Kohus ühtlustamisameti apellatsioonikoja otsuse tühistada või muuta üksnes pädevuse puudumise, olulise menetlusnormi rikkumise, asutamislepingu, määruse nr 40/94 või nende rakendusnormide rikkumise või võimu kuritarvitamise tõttu.

55 Sellest järeldub, et Esimese Astme Kohus võib hagi esemeks oleva otsuse tühistada või muuta üksnes juhul, kui selle puhul on tegemist ühega nimetatud tühistamis- või muutmisalustest. Samas ei saa Esimese Astme Kohus nimetatud otsust tühistada pärast selle tegemist ilmnenud alustel.

56 Seetõttu ei ole esimese väite teine osa põhjendatud ja see väide tuleb seega tervikuna tagasi lükata.

*Teine väide*

Poolte argumendid

57 Oma teise väite esimeses osas toob hageja välja, et kuna vastulause esitaja poolt esitatud etikettidel ei ole kuupäeva, ei kujuta nad endast tõendeid varasema kaubamärgi kasutamise kohta vastaval perioodil ega toeta ka seetõttu menetluse käigus esitatud ülejäänud tõendusmaterjali.

58 Sama väite teises osas väidab hageja, et Esimese Astme Kohus rikkus määruse nr 40/94 artikli 43 lõiget 2, eirates mõistet „tegelik kasutamine" selle artikli tähenduses. Täpsemalt ei järginud ta tingimusi, mille puhul kaubamärgi kasutamist võib pidada tegelikuks.

59 Hageja väitel tuleneb nii kohtujurist Ruiz-Jarabo Colomeri ettepanekust ja Euroopa Kohtu otsusest eespool viidatud Ansuli kohtuasjas kui ka Esimese Astme Kohtu praktikast, et tegelik kasutamine ei hõlma sümboolse tähendusega kasutamist, mille ainsaks eesmärgiks on kaubamärgiga saadud õiguste säilitamine; et piir, millest alates kaubamärgi kaubanduslikku kasutamist võib pidada kohaseks ja tegelikuks, on otseselt seotud kauba laadi või teenuse liigiga; et sõltumata kaubamärgi nime all tehtud tehingute mahust või sagedusest peab olema tegemist kestva, mitte harva või juhusliku kasutamisega; ja et kaubamärk peab olema esindatud olulisel osal territooriumist, kus ta on kaitstud.

60 Hageja toonitab, et käesoleval juhul on müüdud kaupade puhul tegemist igapäevaste tootmises kasutatavate ja tarbekaupadega, mis on mõeldud lõpptarbijale igapäevaseks tarbimiseks, nad on madala hinnaga ja seetõttu on neid lihtne müüa. Nende kaupade olemust silmas pidades ei saa käesolevas asjas tuvastatud müügimahtu pidada piisavaks määruse nr 40/94 artikli 43 lõike 2 tähenduses. Lisaks ei tõendanud hageja, kes esitas tõendid vaid üheteistkümne kuu jooksul toimunud viie tehingu kohta, muud kui varasema kaubamärgi harva ja juhuslikku kasutamist. Sellist kasutamist ei saa mingil juhul pidada kestvaks, tõhusaks ja stabiilseks. Lõpuks, kuna esitatud arved olid kõik suunatud ühele ja samale kliendile, ei ole esitatud tõendeid selle kohta, et varasem kaubamärk oli esindatud kogu territooriumil, kus ta on kaitstud.

61 Ta lisab, et tema hinnangut, et Esimese Astme Kohus eiras mõistet „tegelik kasutamine" määruse nr 40/94 artikli 43 lõike 2 tähenduses, kinnitab asjaolu, et

Bundesgerichtshof (Saksamaa) on ühes teises asjas leidnud, et 4400 euro suurune kuukäive iseloomustab puhtalt formaalset kasutamist.

62 Hageja väidab, et ei vaidlusta mingilgi määral faktide tuvastamist ja tõendite hindamist Esimese Astme Kohtu poolt, kuid heidab kohtule ette mõiste „tegelik kasutamine" vale kohaldamist. Selle puhul on tegemist õigusküsimusega, mille võib tõstatada apellatsioonkaebuses.

63 Ühtlustamisamet toob välja, et Esimese Astme Kohus esitas vaidlustatud kohtuotsuse punktides 32–42 õigesti nii tema enda kui Euroopa Kohtu poolt välja arendatud mõistega „tegelik kasutamine" seotud põhimõtted ja leiab, et hageja ei vaidlusta mitte neid põhimõtteid, vaid on arvamusel, et antud asja faktilised asjaolud ei tõenda sellist kasutamist.

64 Ühtlustamisamet järeldab sellest, et apellatsioonkaebuse teise väite eesmärk on faktiliste asjaolude ja tõendusmaterjali ümberhindamine Euroopa Kohtu poolt, nii et see väide tuleks tunnistada vastuvõetamatuks.

65 Lisaks leiab ühtlustamisamet, et Esimese Astme Kohus leidis õigustatult, et tõendid varasema kaubamärgi tegeliku kasutamise kohta esitati nii, et see väide ei ole põhjendatud. Ta möönab, et tõendamist leidnud kasutamine on üsna väheulatuslik ja tundub puudutavat vaid ühte klienti, kuid toonitab, et tehingute kogusumma saavutati üsna lühikese aja jooksul. Ta märgib ka, et Euroopa Kohtu praktika kohaselt puudub *de minimis* reegel ja on seisukohal, et Esimese Astme Kohus leidis õigesti, et piiratud kasutamine võib olla kooskõlas tegeliku esindatusega turul.

66 Käsitledes hageja väidet, mille kohaselt kaubamärk peab olema esindatud olulisel osal territooriumist, kus ta on kaitstud, et selle kasutust võiks pidada tegelikuks, leiab ühtlustamisamet, et see väide ei ole kehtiv eespool viidatud kohtuotsuse Ansul ja 27. jaanuari 2004. aasta määruse kohtuasjas C-259/02: La Mer Technology (EKL 2004, lk I-1159) taustal ja et territoriaalse kaetuse ulatus on vaid üks elementidest, mida tuleb arvesse võtta, et teha kindlaks, kas kasutamine on tegelik või mitte.

67 Seoses Bundesgerichtshofi otsusel rajaneva argumendiga leiab ühtlustamisamet, et siseriikliku kohtu otsused ei ole käesolevas asjas siduvad, ning et lisaks, kuna seda, kas kaubamärk on tegeliku kasutamise esemeks, tuleb hinnata juhtumipõhiselt, on praktiliselt võimatu teha teiste kohtuasjade põhjal üldiseid järeldusi.

Euroopa Kohtu hinnang

68 Esiteks tuleb välja tuua, et hageja ei vaidlusta vastulause esitaja esitatud tõendite põhjal vaidlustatud kohtuotsuse punktides 46–48 Esimese Astme Kohtu poolt tehtud järeldust, mille kohaselt varasema kaubamärgi nime all 1996. aasta maikuu ja 1997. aasta maikuu vahel üheleainsale Hispaania kliendile turustatud kaupade käive ei ületanud 4800 eurot, mis vastab 293 kasti müügile, milles igaühes oli kaksteist ühikut kaupa.

69 Neil asjaoludel ei saa teise väite esimene osa, mis on tuletatud sellest, et vastulause esitaja poolt esitatud etiketid ei saa juba oma olemuse poolest kujutada endast tõendeid varasema kaubamärgi tegeliku kasutamise kohta asjaomasel ajavahemikul ega toetada ülejäänud tõendusmaterjali, tuua kaasa vaidlustatud kohtuotsuse tühistamist ja see tuleb tagasi lükata kui asjakohatu.

70 Teiseks, vastavalt Euroopa Kohtu praktikale on „kaubamärgi tegeliku kasutamisega" tegemist juhul, kui kaubamärki kasutatakse vastavalt tema põhifunktsioonile, milleks on kaubamärgiga kaitstud kaupade või teenuste päritolu tagamine, eesmärgiga luua turg neile kaupadele ja teenustele või säilitada seda, välja arvatud sümboolse tähendusega kasutamise puhul, mille ainsaks eesmärgiks on kaubamärgiga saadud õiguste säilitamine. Kaubamärgi kasutamise tegelikkuse hindamine peab põhinema nende faktide ja asjaolude kogumil, mille abil on võimalik kindlaks teha, kas kaubamärgi kaubanduslik kasutamine on tõeline, st eelkõige kaubamärgiga kaitstud kaupade või teenuste jaoks vastavas majandussektoris turuosa säilitamiseks või loomiseks põhjendatuks peetaval kasutamisel, kaupade või teenuste olemusel, turu omadustel, kaubamärgi kasutamise ulatusel ja sagedusel (vt seoses nõukogu 21. detsembri 1988. aasta direktiivi 89/104/EMÜ kaubamärke käsitlevate liikmesriikide õigusaktide ühtlustamise kohta (EÜT 1989, L 40, lk 1; ELT eriväljaanne 17/1, lk 92) artikli 10 lõikega 1, mis on identne määruse nr 40/94 artikli 15 lõikega 1, eespool viidatud kohtuotsus Ansul, punkt 43, ja eespool viidatud määrus La Mer Technology, punkt 27).

71 Küsimus, kas kasutamine on piisav kaubamärgiga kaitstud teenuste või kaupade turuosa säilitamiseks või loomiseks sõltub samuti paljudest teguritest, mida tuleb hinnata juhtumipõhiselt. Tegurite hulka, mida tuleb arvesse võtta, kuuluvad nende kaupade või teenuste omadused, kaubamärgi kasutamise sagedus või järjepidevus, asjaolu, et kaubamärki kasutatakse kõikide või ainult osade selle omanikuks oleva ettevõtja samasuguste kaupade või teenuste turustamiseks, või ka tõendid kaubamärgi kasutamise kohta, mida peab esitama kaubamärgi omanik (vt selle kohta eespool viidatud määrus La Mer Technology, punkt 22).

72 Sellest järeldub, et *a priori* ei ole võimalik abstraktselt kindlaks teha, millist kvantitatiivset piiri tuleks järgida, et teha kindlaks, kas kasutamine on tegelik või mitte. *De mininis* reeglit, mis ei võimalda ühtlustamisametil või edasikaebamise korral Esimese Astme Kohtul hinnata kõiki neile esitatud kohtuasja asjaolusid, ei saa seetõttu kehtestada (vt selle kohta eespool viidatud määrus La Mer Technology,

punkt 25). Seega, kui kasutamisel on tegelik kaubanduslik eesmärk vastavalt käesoleva kohtuotsuse punktis 70 toodud tingimustele, võib isegi minimaalne kasutamine olla piisav tegeliku kasutamise tuvastamiseks (eespool viidatud määrus La Mer Technology, punkt 27).

73 Käesoleval juhul ei ole Esimese Astme Kohus varasema kaubamärgi tegelikku kasutamist hinnates teinud hindamisvigu.

74 Esiteks on Esimese Astme Kohus vastavalt määruse nr 2868/95 eeskirja 22 lõikele 2 vaidlustatud kohtuotsuse punktides 46–54 analüüsinud selle kasutamise kohta, kestust, ulatust ja olemust.

75 Teiseks, vastavalt käesoleva kohtuotsuse punktides 70–72 kirjeldatud kohtupraktikale uuris Esimese Astme Kohus, kas varasemat kaubamärki kasutati kaupade „puuviljamahlakontsentraadid" turu loomise või säilitamise eesmärgil, mille osas esitati tõendid väidetava kasutamise kohta, või kas selle kasutamise ainus eesmärk oli vastupidi kaubamärgiga saadud õiguste säilitamine ja seda tuleb pidada sümboolseks.

76 Kolmandaks, vastupidiselt hageja poolt väidetule ei võimalda asjaolu, et käesoleval juhul esitati tõendid ainult kaupade müügi kohta üheleainsale kliendile, *a priori* välistada selle tegelikku iseloomu (vt selle kohta eespool viidatud määrus La Mer Technology, punkt 24), isegi kui sellest tuleneb, et nimetatud kaubamärk ei olnud esindatud olulisel osal Hispaania territooriumist, kus ta on kaitstud. Tegelikult, nagu toob välja ühtlustamisamet, on kasutamise territoriaalne ulatus ainult üks tegur, mida teiste hulgas tuleb arvesse võtta, et teha kindlaks, kas kasutamine on tegelik või mitte.

77 Lõpuks ja neljandaks tuleneb seoses hageja väitega, mis põhineb Bundesgerichtshofi otsusel, mis puudutab mingit muud kui VITAFRUT-i kaubamärki, käesoleva kohtotsuse punktides 70–72 käsitletud kohtupraktikast, et varasema kaubamärgi kasutamise tegelikkuse hindamisel tuleb arvesse võtta kõiki antud asja asjaolusid ning et *a priori* ei ole võimalik abstraktselt kindlaks teha, millisest kvantitatiivsest piirist tuleks lähtuda, et teha kindlaks, kas kasutamine on tegelik või mitte. Sellest tuleneb, et erinevaid asju lahendavad erinevad kohtud võivad hinnata erinevalt neile esitatud väidetava tegeliku kasutamise juhtumeid, isegi kui mõlemal juhul on kasutamisel tekkinud samasugune käive.

78 Lisaks taotleb hageja argumenti, mille kohaselt on varasema kaubamärgiga turustatud kaupade olemust arvestades selle kaubamärgi kasutamise kvantitatiivne ulatus ebapiisav, et seda kvalifitseerida tegelikuks määruse nr 40/94 artikli 43 lõike 2 tähenduses, et Euroopa Kohus asendaks Esimese Astme Kohtu poolt asjaoludele antud hinnangu oma hinnanguga. Väljaarvatud juhul, kui tegemist on faktide moonutamisega, millele käesolevas asjas ei ole tuginetud, ei kujuta selline argument käesoleva kohtuotsuse punktis 49 märgitud põhjustel endast Euroopa Kohtu kontrollile allutatud õigusküsimust.

79 Seetõttu on määruse nr 40/94 artikli 43 lõike 2 tähenduses mõiste „tegelik kasutamine" eiramisest tuletatud teise väite teine osa osaliselt vastuvõetamatu ja osaliselt põhjendamata, ning see väide tuleb seetõttu tervikuna tagasi lükata.

*Kolmas väide*

Poolte argumendid

80 Hageja teise võimalusena esitatud nõude vaidlustatud kohtuotsuse osalise tühistamise toetuseks esitatud kolmandas väites väidab hageja, et Esimese Astme Kohus

rikkus määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b, tehes järelduse, et kaupade „taimedest ja vitamiinidest valmistatud joogid" puhul, mille jaoks registreerimist taotletakse, ja kaupade „puuviljamahlakontsentraadid" puhul, mille osas on tõendatud varasema kaubamärgi tegelik kasutamine, on tegemist sarnaste kaupadega selle sätte tähenduses.

81 Esiteks väidab hageja, et Esimese Astme Kohus ei arvestanud vastavate kaupade iseloomu, mis Euroopa Kohtu praktika tähenduses on aga oluliseks asjaoluks, mida tuleb arvestada kaupade või teenuste sarnasuse hindamisel.

82 Teiseks toob hageja välja, et need kaubad erinevad suuresti oma tootmisviisi, kasutamismooduse, otstarbe ja turustamiskoha poolest, ning et need erinevused koos kaaluvad üles nende ainsa sarnasuse, milleks on see, et nad on suunatud samadele potentsiaalsetele tarbijatele.

83 Hageja väidab, et selle väitega ei vaidlusta ta sugugi faktide tuvastamist ja tõendite hindamist, vaid heidab kohtule ette mõiste „kaupade sarnasus" vale kohaldamist. Hageja väitel on tegemist õigusküsimusega, mille võib esitada apellatsioonkaebuses.

84 Ühtlustamisamet väidab esiteks, et apellatsioonkaebuse teine väide on vastuvõetamatu põhjusel, et hageja piirdub Esimese Astme Kohtu poolt faktidele antud hinnangu arvustamisega. Teiseks toob ta välja, et vaadeldavad kaubad on sarnased.

Euroopa Kohtu hinnang

85 Nagu Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 65 õigesti märkis, tuleb kõnealuste kaupade või teenuste vahelise sarnasuse hindamiseks arvesse võtta kõiki nende kaupade või teenuste vahelist suhet iseloomustavaid asjaomaseid tegureid. Täpsemalt kuuluvad nende tegurite hulka nende kaupade ja teenuste olemus, otstarve, kasutusviis ning samuti nende üksteisega konkureeriv või üksteist täiendav iseloom (vt määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punktiga b identse sätte ehk direktiivi 89/104 artikli 4 lõike 1 punkti b osas Euroopa Kohtu 29. septembri 1998. aasta otsus kohtuasjas C-39/97: Canon, EKL 1998, lk I-5507, punkt 23).

86 Vastavalt sellele kohtupraktikale leidis Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 66, et kaubad „taimedest ja vitamiinidest valmistatud joogid", mille jaoks registreerimist taotletakse, ja kaubad „puuviljamahlakontsentraadid", mille osas on tõendatud varasema kaubamärgi tegelik kasutamine, on mõeldud lõpptarbijatele. Samuti leidis ta vaidlustatud kohtuotsuse punktis 67, et nimetatud kaupadel on sama otstarve — janu kustutada —, et nad on suures osas üksteisega konkureerivad, et neil on sama olemus ja kasutusviis — tegemist on tavaliselt jahedalt tarbitavate alkoholivabade jookidega — ja et nende erinev koostis ei takista neid olemast vastastikku asendatavad, kuna need on mõeldud sama vajaduse rahuldamiseks.

87 Etteheite puhul, et Esimese Astme Kohus ei ole vaadeldavate kaupade sarnasuse hindamisel arvestanud nende olemust, tugineb hageja ebaõigele arusaamale vaidlustatud kohtuotsusest. Tegelikult on Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 67 kontrollinud, kas nimetatud kaubad on sarnased või mitte, arvestades muu hulgas vastavate kaupade olemust.

88 Etteheite puhul, milles hageja väidab, et Esimese Astme Kohus ei ole leidnud, et kaupade erinevused kaaluvad üles nende ainsa sarnasuse, taotleb hageja tegelikult, et Euroopa Kohus asendaks Esimese Astme Kohtu poolt vaidlusaluse kohtuotsuse punktides 66 ja 67 asjaoludele antud hinnangu oma hinnanguga (vt analoogia korras kahe kaubamärgi sarnasuse hindamise kohta 12. jaanuari 2006. aasta otsus

kohtuasjas C-361/04 P: Ruiz-Picasso jt *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, EKL 2006, lk I-643, punkt 23, ja 23. märtsi 2006. aasta otsus kohtuasjas C-206/04 P: Mülhens *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, EKL 2006, lk I-2717, punkt 41). Välja arvatud juhul, kui tegemist on faktide moonutamisega, millele antud juhul ei ole tuginetud, ei ole selline argument õigusküsimus, mis kuuluks Euroopa Kohtu poolt apellatsiooni korras läbivaatamisele käesoleva kohtotsuse punktis 49 nimetatud põhjustel.

89 Seega tuleb apellatsioonkaebuse kolmas väide tagasi lükata kui osaliselt põhjendamata ja osaliselt vastuvõetamatu, ja seetõttu tuleb apellatsioonkaebus tervikuna rahuldamata jätta.

## Kohtukulud

90 Vastavalt kodukorra artikli 69 lõikele 2, mida kodukorra artikli 118 alusel kohaldatakse apellatsioonkaebuste suhtes, on kohtuvaidluse kaotanud pool kohustatud hüvitama kohtukulud, kui vastaspool on seda nõudnud. Kuna ühtlustamisamet on kohtukulude hüvitamist nõudnud ja hageja on kohtuvaidluse kaotanud, tuleb kohtukulud temalt välja mõista.

Esitatud põhjendustest lähtudes Euroopa Kohus (esimene koda) otsustab:

1. **Jätta apellatsioonkaebus rahuldamata.**

2. **Mõista kohtukulud välja The Sunrider Corp.-ilt.**

Allkirjad