EUROOPA KOHTU OTSUS (esimene koda)

22. juuni 2006 *

Kohtuasjas C-24/05 P,

mille esemeks on Euroopa Kohtu põhikirja artikli 56 alusel 24. jaanuaril 2005 esitatud apellatsioonkaebus, mille esitas

August Storck KG, asukoht Berliin (Saksamaa), esindajad: *Rechtsanwalt* I. Rohr, *Rechtsanwalt* H. Wrage-Molkenthin ja *Rechtsanwalt* T. Reher,

apellatsioonkaebuse esitaja,

teine menetlusosaline:

Siseturu Ühtlustamise Amet (kaubamärgid ja tööstusdisainilahendused), esindaja: G. Schneider,

kostja Esimese Astme Kohtus,

* Kohtumenetluse keel: saksa.

EUROOPA KOHUS (esimene koda),

koosseisus: koja esimees P. Jann, kohtunikud N. Colneric, J. N. Cunha Rodrigues, M. Ilešič (ettekandja) ja E. Levits,

kohtujurist: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
kohtusekretär: ametnik B. Fülöp,

arvestades kirjalikku menetlust ja 16. veebruari 2006. aasta kohtuistungil esitatut,

olles 23. märtsi 2006. aasta kohtuistungil ära kuulanud kohtujuristi ettepaneku,

on teinud järgmise

otsuse

1 Apellatsioonkaebuses palub August Storck KG tühistada Euroopa Ühenduste Esimese Astme Kohtu (neljas koda) 10. novembri 2004. aasta otsuse kohtuasjas T-396/02: Storck *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet (kompveki kuju), EKL 2004, lk II-3821 (edaspidi „vaidlustatud kohtuotsus"), millega Siseturu Ühtlustamise Amet (kaubamärgid ja tööstusdisainilahendused) (edaspidi „ühtlustamisamet") jättis

rahuldamata August Storck KG hagi ühtlustamisameti neljanda apellatsioonikoja 14. oktoobri 2002. aasta otsuse (asi R 187/2001-4) (edaspidi „vaidlusalune otsus") peale, millega keelduti helepruuni kompveki kujulise ruumilise kaubamärgi registreerimisest.

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) artikkel 7 pealkirjaga „Absoluutsed keeldumispõhjused" sätestab:

„1. Ei registreerita:

[...]

b) kaubamärke, millel puudub eristusvõime;

[...]

3. Lõike 1 punkte b, c ja d ei kohaldata, kui kaubamärk on kasutamise käigus muutunud neid kaupu või teenuseid eristavaks, mille jaoks registreerimist taotletakse."

3 Määruse nr 40/94 artikkel 73 pealkirjaga „Otsuste põhjendav osa" sätestab:

„[Ühtlustamisameti] otsustes märgitakse põhjused, millel need rajanevad. Otsuste aluseks võivad olla üksnes põhjused või tõendid, mille kohta huvitatud isikutel on olnud võimalik esitada oma seisukoht."

4 Määruse nr 40/94 artikli 74 pealkirjaga „Faktide kontrollimine ameti omal algatusel" lõige 1 sätestab:

„Asju menetledes kontrollib [ühtlustamisamet] fakte omal algatusel; registreerimisest keeldumise suhteliste põhjustega seotud menetlustes piirdub amet siiski kontrollimisel osaliste esitatud faktide, tõendite ja väidetega ning esitatud nõudmistega."

Vaidluse taust

5 Apellatsioonkaebuse esitaja esitas 30. märtsil 1998 ühtlustamisametile määruse nr 40/94 alusel taotluse registreerida ühenduse kaubamärgina helepruuni kompveki väliskujust koosnev järgmine ruumiline kaubamärk:



6 Kaubad, mille jaoks registreerimist taotleti, on „maiustused", mis kuuluvad 15. juuni 1957. aasta märkide registreerimisel kasutatava kaupade ja teenuste rahvusvahelise klassifikatsiooni Nizza kokkuleppe (uuesti läbi vaadatud ja parandatud kujul) klassi 30.

7 Kontrollija lükkas 25. jaanuari 2001. aasta otsusega taotluse tagasi põhjusel, et taotletaval kaubamärgil puudus eristusvõime määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punkti b tähenduses ja see ei ole omandanud eristusvõimet kõnealuse artikli lõike 3 tähenduses.

8 Vaidlusaluse otsusega kinnitas ühtlustamisameti neljas apellatsioonikoda kontrollija otsust. Apellatsioonikoda oli sisuliselt arvamusel, et taotletava kaubamärgi moodustav kuju ja värvikombinatsioon ei ole oma olemusest tulenevalt võimeline osutama asjaomaste kaupade, nimelt maiustuste päritolule. Peale selle oli apellatsioonikoda seisukohal, et apellatsioonkaebuse esitaja poolt esile toodud asjaolud ei tõendanud, et see kaubamärk oleks kasutamise käigus omandanud eristusvõime seoses karamellkompvekkidega.

Menetlus Esimese Astme Kohtus ja vaidlustatud kohtuotsus

9 Apellatsioonkaebuse esitaja esitas vaidlusaluse otsuse tühistamiseks Esimese Astme Kohtusse hagi, mis tugines kahele väitele.

10 Esimese väite osas, mis tulenes määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punkti b rikkumisest, sedastas Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktides 39–

45, et apellatsioonikoda leidis õigesti, et taotletaval kaubamärgil puudub eristusvõime selle sätte tähenduses alljärgnevatel põhjustel:

„39 Antud juhul leidis apellatsioonikoda õigesti, et selliste laialt levinud tarbekaupade puhul nagu need, millega on tegemist käesolevas asjas, „ei osuta tarbija suurt tähelepanu maiustuste kujule ja värvile" ning et „seega on ebatõenäoline, et keskmise tarbija valiku määrab kompveki kuju" ([vaidlusaluse] otsuse punkt 12).

40 Peale selle on apellatsioonikoda õiguslikult piisavalt tõendanud, et ühelgi selle kaubamärgi kuju omadustest ei ole eristusvõimet ei iseseisvalt ega kombinatsioonis teiste omadustega. Apellatsioonikoda leidis sellega seoses esiteks, et „[k]õnealune, ringi meenutav peaaegu ümar kuju [...] on geomeetriline põhikujund", ning et keskmine tarbija on „harjunud nägema ümara kujuga (ringi-, ovaali-, ellipsi- või silindrikujulisi) maiustusi, sh kompvekke". Järgmiseks tõdes apellatsioonikoda seoses kompveki ülemise kumera servaga, et „kompvekkidel on nende väliskujust sõltumata kumerad servad" funktsionaalsetel põhjustel. Mis lõpuks puutub kompveki keskel olevasse süvendisse ja tasapinnalisse alumisse külge, siis leidis apellatsioonikoda, et „kujust jäävat tervikmuljet need elemendid sisuliselt ei mõjuta " ja seega „[o]n ebatõenäoline, et asjaomane tarbija pöörab neile kahele omadusele tähelepanu sel määral, et tajub neid teatavale kaubanduslikule päritolule [osutavatena]" ([vaidlusaluse] otsuse punkt 13).

41 Samuti on apellatsioonikoda kõnealuse kauba värvi, nimelt helepruuni või selle erinevate toonide kohta märkinud, et tegemist on „kompvekkide tavalise värviga" ([vaidlusaluse] otsuse punkt 13). Tuleb tõdeda, et asjaomane avalikkus on maiustuste puhul selle värviga harjunud.

42 Seega on ruumiline kuju, mille registreerimist taotletakse, geomeetriline põhikujund, mis kuulub nende kujude hulka, mis selliste laiatarbekaupade puhul nagu kompvekid tarbijale tavaliselt meenuvad.

43 Sellistel tingimustel tuleb jätta kõrvale hageja argument, et taotletava kaubamärgi kuju ja värv erinevad väidetavalt tunduvalt muude kompvekkide kujust ja värvist.

44 Eespool toodut arvestades tuleb tõdeda, et taotletav ruumiline kaubamärk koosneb selliste esituselementide kombinatsioonist, mis tavaliselt meenuvad ja mis on asjaomastele kaupadele tüüpilised. Asjaomane kuju ei erine [sisuliselt] neist kõnealuste kaupade põhikujudest, mida tavaliselt kaubanduses kasutatakse, vaid on pigem nende teisend. Kuna väidetavad erinevused ei ole hõlpsasti märgatavad, siis ei erine asjaomane kuju seega piisavalt muudest tavaliselt kasutatavatest kompvekikujudest ja ei võimalda asjaomasel avalikkusel otsekohe ja kindlalt eristada hageja kompvekke muu kaubandusliku päritoluga kompvekkidest.

45 Seega ei võimalda taotletav kaubamärk sellisena nagu seda tajub piisavalt informeeritud ja mõistlikult tähelepanelik ja arukas keskmine tarbija, kõnealuseid kaupu ära tunda ja eristada neid muu kaubandusliku päritoluga kompvekkidest. Seega puudub kaubamärgil nende kaupade osas eristusvõime." [täpsustatud tõlge]

11 Teise väite kohta, mis tulenes määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 3 rikkumisest, sedastas Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktides 61–67, et

apellatsioonikoda ei teinud õiguslikku viga, leides, et apellatsioonkaebuse esitaja ei tõendanud, et taotletav kaubamärk on kasutamise käigus omandanud eristusvõime, alljärgnevatel põhjustel:

„61 Esiteks ei osuta karamellkompveki „Werther's Original" („Werther's Echte") müügikäibel ja suurtel reklaamikuludel põhinevad hageja argumendid sellele, et taotletav kaubamärk on kasutamise käigus omandanud eristusvõime.

62 Kuigi apellatsioonikoda möönis, et käive ja andmed reklaamikulude kohta annavad tunnistust sellest, et kõnealune kompvekitüüp on turul laialt levinud, leidis ta sellele vaatamata, et see teave ei ole siiski oluline tõend selle kohta, et taotletavat kaubamärki on kasutatud ruumilise kaubamärgina hageja kompvekkide tähistamiseks ([vaidlusaluse] otsuse punkt 16).

63 [Vaidlusaluse] otsuse punktides 17–21 põhjendas apellatsioonikoda seda hinnangut järgmiselt:

„17. Kaebuse esitaja esitas näidised plastikkottidest, mida ta oma kompvekkide pakendamiseks kasutab, ja väitis, et neil näha olev kuju on tarbija jaoks „keskse tähtsusega viide ja tunnus". Kaebuse esitaja arvates on selline kasutamine tõendiks selle kohta, et kuju reklaamitakse kui kauba kaubamärki ja sellisena tarbija seda ka tajub. Apellatsioonikoda ei saa selle seisukohaga nõustuda. Nimelt on omavahel vastuolus kaebuse esitaja selgitused ja viis, kuidas kompvekid on üldiselt kotil esitatud.

18. Kuigi vastab tõele, et kaebuse esitaja poolt esitatutega sarnaseid pruune kompvekke on pakendil kujutatud, tuleb siiski uurida sellise kujutamise eesmärki. Teoreetiline uurimine ei saa kõne alla tulla. Vastupidi — tuleb uurida, kuidas keskmine tarbija tõenäoliselt tajub sellist kompvekkide kujutist, nagu on pakendil.

19. Kaebuse esitaja kompvekkide kotti nähes märkab kõnealune tarbija esmalt nime „Werther's Original", mis suures kirjas esitatuna katab ligi poole kotist ja mida ümbritsevad lisaelemendid, nagu väike ovaalne tähis nimega „Storck" ja stiliseeritud joonistus väiksest külast, mille alla on kirjutatud „Traditional Werther's Quality" (Wertheri traditsiooniline kvaliteet). Koti alumisel osal on värvifoto, millel on kujutatud ligikaudu 15 kompvekki kuhjatuina ja foto juurde kuuluv tekst „The classic candy made with real butter and fresh cream" (võist ja rõõsast koorest valmistatud klassikaline kompvek).

20. Kaebuse esitaja selgituste kohaselt vastab see illustratsioon ruumilisele kaubamärgile, mille registreerimist ta taotleb. Apellatsioonikoda ei nõustu selle seisukohaga. Viis, kuidas kompvekid on kotil kujutatud, ei ole kaubamärgi tootel kujutamise traditsiooniline viis. Apellatsioonikoja arvates on sellise kujutamise eesmärk (pigem) koti sisu illustreerimine. Vastupidi kaebuse esitaja väidetele ei ole kotil näha mitte kompveki kuju, vaid ilma pakendita kompvekkide kuhja realistlik piltkujutis. Tuleb märkida, et sellise kujutamise eesmärk ei ole rõhutada neid omadusi, mis kaebaja hinnangul annavad kaubamärgile eristusvõime (keskel olev süvend, tasapinnaline alumine külg ja ümarad servad). Seetõttu leiab apellatsioonikoda, et omavahel on vastuolus viis, kuidas kompvekid on pakendil kujutatud ja väide, et sellise kujutamise puhul on tegemist ruumilise kaubamärgiga, millena keskmine tarbija seda ka tajub. Apellatsioonikoja hinnangul on tõenäolisem, et tarbija näeb kompvekkide piltkujutist üksnes koti sisu illustratsioonina. Pakendite ligitõmbaval viisil illustreerimine kauba mingi omaduse või serveerimisvõimaluste näitamiseks on toiduainetetööstuses, sh maiustustetööstuses, laialt levinud meetod, mis on tingitud pigem kauba turundamisest kui vajadusest tuvastada kaupu kaubamärgi kaudu. Seega leiab apellatsioonikoda, et piltkujutis ei täida kaubamärgi funktsiooni, vaid see ainult illustreerib kaupa. Piltkujutise juurde kuuluv lause, nimelt „The

classic candy made with real butter and fresh cream", kinnitab veelgi, et kompvekkide mõistlikult tähelepanelik ostja tajub seda nii. Lause ja piltkujutis täiendavad teineteist: lause kirjeldab kompvekkide olemust ja piltkujutis näitab neid. Apellatsioonikoda nõustub kaebuse esitaja seisukohaga, et kaup võib samaaegselt kanda mitmeid kaubamärke. See ei takista apellatsioonikoda kaebuse esitaja kompvekkide pakendina kasutatavate kottide põhjal leidmast, et neil pakenditel kompvekkide kujutamine ei ole kaubamärgi kujutamine.

21. Eespool toodud kaalutlustest lähtudes tuleb tõdeda, et tõenditena esitatud arvandmed müügikäibe ja reklaamikulude kohta tõendavad, et kompvekke „Werther's" turustatakse, kuid mitte seda, et nende kuju kasutatakse kaubamärgina [...]".

64 Eespool esitatud kaalutlusi ei ole põhjust kahtluse alla seada. Hageja poolt esitatud reklaammaterjal ei sisalda ühtki tõendit selle kaubamärgi kasutamise kohta sellisel kujul, nagu seda soovitakse registreerida. Kõigil esitatud piltkujutistel kuuluvad taotletava kuju ja värvi juurde sõna- ja kujutismärgid. Seega ei saa see materjal olla tõendiks selle kohta, et asjaomane avalikkus tajub taotletavat kaubamärki — kui sellist ja sõltumatuna sellega reklaamis või müügil kaasnevatest sõna- ja kujutismärkidest — kõnealuste kaupade kaubanduslikku päritolu tähistavana [...].

65 Lisaks tuleb märkida, et hageja on oma hagis ise teatanud, et kõnealust kompvekki ei müüda pakendamata, vaid pakendkotis, milles iga kompvek on lisaks eraldi pakendis. Sellest järeldub, et ostuotsustust tehes ei näe keskmine

tarbija vahetult asjaomase kompveki kuju, mis võimaldaks tal omistada sellele kujule kompveki päritolutähise funktsiooni.

66 Teiseks tuleb sama järeldus teha ka nende küsitlustulemuste kohta, mille hageja esitas apellatsioonikojale hinnangu andmiseks, tõendamaks et taotletav kaubamärk on kasutamise käigus omandanud eristusvõime. [Vaidlusaluse] otsuse punkti 21 lõpuosast tuleneb selgelt, et hageja poolt turustatava kompveki tuntus kaubamärgina tuvastati mitte asjaomase kuju, vaid selle nimetuse „Werther's" alusel."

12 Seega jättis Esimese Astme Kohus hagi rahuldamata ja mõistis kohtukulud välja apellatsioonkaebuse esitajalt.

Apellatsioonkaebus

13 Apellatsioonkaebuse esitaja palub apellatsioonkaebuses, mille toetuseks ta esitab neli väidet, Euroopa Kohtul:

— tühistada vaidlustatud kohtuotsus;

— esimese võimalusena teha asjas lõplik otsus, rahuldades esimeses kohtuastmes esitatud nõuded;

— teise võimalusena saata asi lahendamiseks tagasi Esimese Astme Kohtusse;

— mõista kohtukulud välja ühtlustamisametilt.

14 Ühtlustamisamet palub jätta apellatsioonkaebus rahuldamata ja mõista kohtukulud välja apellatsioonkaebuse esitajalt.

Esimene väide

Poolte argumendid

15 Esimeses väites, mis jaguneb kaheks osaks, väidab apellatsioonkaebuse esitaja, et Esimese Astme Kohus on rikkunud määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punkti b.

16 Esiteks on Esimese Astme kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 44 ebaõigesti seadnud taotletava kaubamärgi eristusvõime tuvastamise tingimuseks selle, et kaubamärk peab tavapäraselt kaubanduses kasutatavatest kompvekkide väliskujudest sisuliselt erinema ja on seega kehtestanud ruumilistele kaubamärkidele rangemad nõuded kui sõna- või kujutismärkidele.

17 Samuti on Esimese Astme Kohus ebaõigesti nõudnud, et taotletav kaubamärk peab sisuliselt erinema võimalikest maiustustesektoris olemasolevatest sarnastest kaubamärkidest.

18 Apellatsioonkaebuse esitaja sõnul on asjaolu, et kaupu võidakse teist päritolu kaupadega segi ajada, asjakohane ainult sellise vastulause puhul, mis põhineb taotletava kaubamärgi ja varasema kaubamärgi segiajamise tõenäosusel.

19 Teiseks ei ole apellatsioonikoda ja Esimese Astme Kohus uurinud, kas taotletaval kaubamärgil on iseenesest, sõltumata turul olevatest sarnastest kompvekkide väliskujudest, minimaalne eristusvõime. Apellatsioonkaebuse esitaja on seisukohal, et kui Esimese Astme Kohus oleks seda uurinud, oleks ta teinud järelduse, et kõnealusel kaubamärgil ei puudu eristusvõime.

20 Seoses sellega ei ole apellatsioonkaebuse esitaja nõus Esimese Astme Kohtu kinnitusega vaidlustatud kohtuotsuse punktis 39, mille kohaselt on ebatõenäoline, et keskmise tarbija valiku tegemisel on otsustav kompveki kuju. Samuti ei ole ta nõus Esimese Astme Kohtu kinnitusega vaidlustatud kohtuotsuse punktis 42, et kuju, mille kaubamärgina registreerimist taotletakse, on geomeetriline põhikujund.

21 Ühtlustamisamet vastab esiteks, et Esimese Astme Kohus ei ole taotletava kaubamärgi suhtes kohaldanud rangemaid kriteeriume kui sõna- või kujutismärkide puhul, vaid on kohaldanud väljakujunenud kohtupraktikat, mille kohaselt peab kauba kuju, mille kaubamärgina registreerimist taotletakse, erinema oluliselt sellest, mis on asjaomases sektoris keskmiselt kombeks ja tavaks.

22 Teiseks seatakse etteheitega, et Esimese Astme Kohus oleks pidanud otsustama, et taotletaval kaubamärgil on eristusvõime, kahtluse alla viimase hinnang faktilistele asjaoludele, ja seega on see etteheide apellatsioonkaebuse raames vastuvõetamatu.

Euroopa Kohtu hinnang

23 Esimese väite esimese osaga seoses tuleneb väljakujunenud kohtupraktikast, et eristusvõimet määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punkti b mõttes tuleb hinnata ühest küljest seoses kaupade ja teenustega, mille jaoks registreerimist taotletakse, ning teisest küljest seoses sellise asjaomase avalikkuse tajuga, kes koosneb nende kaupade

ja teenuste piisavalt informeeritud, mõistlikult tähelepanelikust ja arukast tarbijast (vt 29. aprilli 2004. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-456/01 P ja C-457/01 P: Henkel *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, EKL 2004, lk I-5089, punkt 35, ja 12. jaanuari 2006. aasta otsus kohtuasjas C-173/04 P: Deutsche SiSi-Werke *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, EKL 2006, lk I-551, punkt 25).

24 Samuti ei erine vastavalt väljakujunenud kohtupraktikale kauba enda kujust koosnevate ruumiliste kaubamärkide eristusvõime hindamise kriteeriumid teiste kaubamärgiliikide puhul kohaldatavatest kriteeriumidest (eespool viidatud kohtuotsus Henkel *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, punkt 38; ja 7. oktoobri 2004. aasta otsus kohtuasjas C-136/02 P: Mag Instrument *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, EKL 2004, lk I-9165, punkt 30, ja eelpool viidatud kohtuotsus Deutsche SiSi-Werke *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, punkt 27).

25 Ometi ei pruugi nende kriteeriumide kohaldamise kontekstis asjaomane avalikkus tajuda kauba enda kujust koosnevat ruumilist kaubamärki samamoodi kui sõna- või kujutismärki, mis koosneb tähisest, mis ei sõltu selle kauba välimusest, mida see tähistab. Mis tahes graafilise või sõnalise osa puudumisel ei tee keskmised tarbijad harilikult kauba päritolu kohta järeldusi kauba kuju või selle pakendi kuju alusel, mistõttu võib olla ruumilise kaubamärgi eristusvõimet raskem määratleda kui sõna- või kujutismärgi puhul (vt eelkõige eespool viidatud kohtuotsused Henkel *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, punkt 38; Mag Instrument *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, punkt 30, ja Deutsche SiSi-Werke *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, punkt 28).

26 Neil asjaoludel omab määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punkti b tähenduses eristusvõimet ainult kaubamärk, mis oluliselt erineb asjaomases sektoris keskmiselt kombeks ja tavaks olevast ja seega täidab edukalt päritolutähisena oma peamist ülesannet (vt eespool viidatud kohtuotsused Henkel *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, punkt 39; Mag Instrument *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, punkt 31, ja Deutsche SiSi-Werke *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, punkt 31).

27 Seega on Esimese Astme Kohus, hinnates seda, kas kaubamärgil on eristusvõime või see puudub, õigustatult arvestanud kompvekkide selliste kujude ja värvidega, mida kaubanduses tavaliselt kasutatakse.

28 Vaidlustatud kohtuotsuse punktis 44 tõdeb Esimese Astme kohus, et asjaomane kompveki kuju „ei erine [sisuliselt] neist kõnealuste kaupade põhikujudest, mida tavaliselt kaubanduses kasutatakse". Kuivõrd sisulise erinevuse nõue on laiem käesoleva otsuse punktis 26 viidatud kohtupraktikast tulenevast lihtsast olulise erinevuse nõudest, siis oleks Esimese Astme Kohus, nõudes, et eristusvõime tuvastamiseks peab taotletav kaubamärk sellele nõudele vastama, teinud õigusliku vea.

29 Sellega ei ole siiski tegemist. Vaidlustatud kohtuotsuse samast punktist nähtub, et Esimese Astme Kohus on tuginenud järeldusele, et taotletav kaubamärk koosneb selliste esituselementide kombinatsioonist, mis tavaliselt meenuvad ja mis on asjaomastele kaupadele tüüpilised, et see näib olevat pigem teisend üldiselt maiustustesektoris kasutatavatest teatavatest kaupade põhikujudest, et kuna väidetavad erinevused ei ole hõlpsasti märgatavad, siis ei erine asjaomane kuju seega piisavalt muudest kompvekkide puhul tavaliselt kasutatavatest kujudest, ja et see ei võimalda asjaomasel avalikkusel otsekohe ja kindlalt eristada apellatsioonkaebuse esitaja kompvekke muu kaubandusliku päritoluga kompvekkidest.

30 Nende järeldustega on Esimese Astme Kohus õiguslikult piisavalt tuvastanud, et taotletav kaubamärk ei erine oluliselt sellest, mis on maiustustesektoris keskmiselt kombeks ja tavaks. Seega ei teinud Esimese Astme Kohus õiguslikku viga, kui ta leidis, et kõnealusel kaubamärgil puudub eristusvõime.

31 Apellatsioonkaebuse esitaja etteheide, et Esimese Astme Kohus on nõudnud, et taotletav kaubamärk erineks sisuliselt võimalikest maiustustesektoris olemasolevatest sarnastest kaubamärkidest, rajaneb vaidlustatud kohtuotsusest ebaõigesti arusaamisel, kuna Esimese Astme Kohus üldse ei uurinud, kas seda liiki kaupade jaoks kasutatavad teised kaubamärgid on taotletava kaubamärgiga identsed või sarnased.

32 Seega tuleb esimese väite esimene osa põhjendamatuse tõttu tagasi lükata.

33 Mis puutub esimese väite teise osasse, siis esiteks, nagu nähtub käesoleva otsuse punktist 27, ei teinud Esimese Astme Kohus õiguslikku viga, kui ta hinnates seda, kas kaubamärgil on eristusvõime või see puudub, arvestas kompvekkide kujude ja värvidega, mida kaubanduses tavaliselt kasutatakse.

34 Teiseks, kuivõrd esimese väite selles osas heidetakse Esimese Astme Kohtule ette järeldust, et taotletaval kaubamärgil puudub eristusvõime, siis taotletakse väite selles osas tegelikult seda, et Euroopa Kohus asendaks Esimese Astme Kohtu hinnangu faktilistele asjaoludele enda hinnanguga.

35 Esimese Astme Kohtu poolt vaidlustatud kohtuotsuse punktides 39–42 tehtud järelduste puhul, mille kohaselt ei ole esiteks keskmise tarbija tähelepanu tase maiustuste kuju ja värvi osas kõrge ja teiseks on ruumiline kuju, millest taotletav kaubamärk koosneb, geomeetriline põhikujund, on tegemist faktiliste asjaolude hindamisega (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsused Henkel *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, punkt 56, ja Deutsche SiSi-Werke *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, punkt 47).

36 Nagu on sätestatud EÜ artikli 225 lõikes 1 ja Euroopa Kohtu põhikirja artikli 58 esimeses lõigus, võib Esimese Astme Kohtu otsuseid edasi kaevata ainult õigusküsimustes. Seega on Esimese Astme Kohtul ainupädevus määratleda ja hinnata antud asjas olulisi faktilisi asjaolusid ning analüüsida tõendeid. Kõnealuste faktiliste asjaolude hindamine ja tõendite analüüs — välja arvatud juhul, kui neid on moonutatud — ei ole seega niisugune õigusküsimus, mis kuuluks Euroopa Kohtu poolt apellatsiooni korras läbivaatamisele (vt eelkõige 19. septembri 2002. aasta otsus kohtuasjasC-104/00 P: DKV *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, EKL 2002, lk I-7561, punkt 22, ja eespool viidatud kohtuotsus Deutsche SiSi-Werke *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, punkt 35).

37 Kuna käesolevas asjas pole väidetud, et Esimese Astme Kohtule esitatud faktilisi asjaolusid ja tõendeid on moonutatud, siis tuleb esimese väite teine osa tagasi lükata osaliselt põhjendamatuse tõttu ja osaliselt vastuvõetamatuse tõttu ning seega tuleb tagasi lükata ka kogu väide tervikuna.

Teine ja kolmas väide

Poolte argumendid

38 Teise ja kolmanda väite kohaselt on Esimese Astme Kohus apellatsioonkaebuse esitaja sõnul rikkunud nii määruse nr 40/94 artikli 74 lõiget 1, mille kohaselt kontrollib ühtlustamisamet faktilisi asjaolusid omal algatusel, kui ka sama määruse artiklit 73, mille kohaselt ühtlustamisameti otsuste aluseks võivad olla üksnes põhjused või tõendid, mille kohta huvitatud isikutel on olnud võimalik esitada oma seisukoht.

39 Esiteks kohustab määruse nr 40/94 artikli 74 lõige 1 ühtlustamisametit kontrollima ise faktilisi asjaolusid, millega ta kavatseb oma otsust põhistada. Kuna ühtlustamisamet ei esitanud — nagu ta oleks pidanud tegema — näiteid konkreetsetest kompvekkidest, millel on väidetavalt taotletava kaubamärgiga identseid külgi, ja mille olemasolule ta tugines, järeldamaks, et kõnealune kaubamärk on „tavaline", siis jättis ühtlustamisamet apellatsioonkaebuse esitaja ilma võimalusest vaidlustada nende näidete asjakohasust.

40 Kuna Esimese Astme Kohus nõustus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 40 nende apellatsioonikoja poolt tõendamata väidetega ja esitas vaidlustatud kohtuotsuse punktides 41 ja 42 ise sarnaseid seisukohti, neid kontrollitavate faktiliste asjaoludega põhistamata, siis rikkus ta määruse nr 40/94 artikli 74 lõiget 1.

41 Teiseks, kuna apellatsioonikoda ei esitanud neid kompvekke, mis väidetavalt on taotletava kaubamärgiga sarnased, siis ei olnud apellatsioonkaebuse esitajal üheski menetluse staadiumis võimalik väljendada selles küsimuses oma seisukohta ja seega jäeti ta ilma võimalusest tõendada, et tegelikult erinevad need kompvekid otsustaval määral taotletavast kaubamärgist. Nii rikuti apellatsioonkaebuse esitaja õigust olla asjas ära kuulatud.

42 Kuna Esimese Astme Kohus nõustus apellatsioonikoja nende väidetega, mille suhtes apellatsioonkaebuse esitaja ei saanud seisukohta esitada, ja põhistas enda otsust nende väidetega, rikkus ta määruse nr 40/94 artiklit 73.

43 Ühtlustamisamet toob esile, et kuna apellatsioonkaebuse esitaja esitas väite määruse nr 40/94 artiklite 73 ja 74 rikkumise kohta esmakordselt alles Euroopa Kohtus, tuleb teine ja kolmas väide tunnistada vastuvõetamatuks.

44 Ühtlustamisamet lisab kolmanda väite osas, milles apellatsioonkaebuse esitaja heidab Esimese Astme Kohtule ette kaitseõiguste rikkumist, et see etteheide on põhjendamata, kuna apellatsioonikoja järeldused, mida apellatsioonkaebuse esitaja vaidlustab, olid selles apellatsioonikojas vaidluse keskseks esemeks ja need vaidlustati uuesti Esimese Astme Kohtus.

Euroopa Kohtu hinnang

45 Väljakujunenud kohtupraktikast tuleneb, et kui poolel oleks õigus esitada esmakordselt Euroopa Kohtus väiteid, mida ta ei ole esitanud Esimese Astme Kohtus, oleks tal õigus Esimese Astme Kohtus arutatud asjaga võrreldes laiendada kohtuasja ulatust Euroopa Kohtus, kellel on apellatsioonimenetluses piiratud pädevus. Apellatsioonimenetluses piirdub Euroopa Kohtu pädevus Esimese Astme Kohtus arutatud väidetele antud õigusliku hinnangu kontrollimisega (vt eelkõige

11. novembri 2004. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-186/02 P ja C-188/02 P: Ramondín jt *vs.* komisjon, EKL 2004, lk I-10653, punkt 60).

46 Käesolevas asjas ei ole apellatsioonkaebuse esitaja Esimese Astme Kohtus väitnud, et kuna apellatsioonikoda ei esitanud apellatsioonkaebuse esitaja poolt turustatavate kompvekkidega sarnaste või identsete kompvekkide näidiseid, rikkus ta määruse nr 40/94 artiklit 73 ja artikli 74 lõiget 1.

47 Kuna teises ja kolmandas väites heidetakse Esimese Astme Kohtule ette seda, et see ei tühistanud neil põhjustel vaidlusalust otsust, tuleb neid väiteid pidada sellisteks, mis esitati esimest korda apellatsioonkaebuse raames ja need tuleb seega jätta vastuvõetamatuse tõttu läbi vaatamata.

48 Need väited on põhjendamata osas, milles heidetakse ette, et Esimese Astme Kohus rikkus ka omaenda põhjendamatute väidetega määruse nr 40/94 artiklit 73 ja artikli 74 lõiget 1. Neid sätteid tuleb järgida ühtlustamisameti üksustes registreerimistaotluste läbivaatamise käigus, kuid mitte Esimese Astme Kohtu menetluses, mida reguleerivad Euroopa Kohtu põhikiri ja Esimese Astme Kohtu kodukord.

49 Lisaks, kuna apellatsioonkaebuse esitajal oli võimalik vaidlustada Esimese Astme Kohtus apellatsioonikoja väidet, mille kohaselt asjaomane kompveki kuju ei erine oluliselt arvukatest maiustusteturul tavaliselt kasutatavatest kujudest, siis ei ole selles kohtuastmes rikutud tema kaitseõigust ja eelkõige õigust olla asjas ära kuulatud.

50 Seega tuleb teine ja kolmas väide tagasi lükata kui osaliselt vastuvõetamatud ja osaliselt põhjendamatud.

Neljas väide

Poolte argumendid

51 Neljandas väites, mis jaguneb kolmeks osaks, toob apellatsioonkaebuse esitaja esile, et kuna Esimese Astme Kohus kohaldas ebaõigeid nõudeid nende tõendite suhtes, mille kohaselt taotletav kaubamärk on kasutamise käigus omandanud eristusvõime, rikkus ta määruse nr 40/94 artikli 7 lõiget 3.

52 Esiteks on Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 64 tõdenud, et tõendeid ruumilise kaubamärgi kasutamise kohta ei saa esitada selliste dokumentide kujul, nagu seda on nende kaupade pakendid, mille jaoks kaubamärgi registreerimist taotletakse, või reklaammaterjal nende kaupade kohta, juhul kui need dokumendid kannavad kõrvuti selle kaubamärgiga ka muid sõna- või kujutismärke. Seega leidis Esimese Astme Kohus, et asjaomase kauba ruumilisest kujust koosnev kaubamärk ei saa omandada eristusvõimet, kui sellega kaasneb sõna- või kujutismärk.

53 See analüüs ei ole kooskõlas sellega, kuidas keskmine tarbija kaubamärke tajub. Asjaolu, et kaubale on kantud samaaegselt mitmeid kaubamärke, ei takista tarbijal tajumast neist igaühte eraldi kui päritolutähist; need erinevad kaubamärgid võivad isegi üksteist vastastikku tugevdada, nii et ühe tuntus aitab kaasa teise tuntusele. Lisaks, kuna ruumilisi kaubamärke kasutatakse nende olemuse tõttu samaaegselt koos muude sõna- või kujutismärkidega, oleks Esimese Astme Kohtu analüüsi tulemuseks see, et ruumilise kaubamärgi kasutamist ei saa kunagi tõendada, mis aga on vastuolus ühenduse seadusandja eesmärgiga.

54 Teiseks on Esimese Astme Kohus teinud vea, kui ta esiteks on vaidlustatud kohtuotsuse punktis 64 kinnitanud apellatsioonikoja hinnangu, mille kohaselt on sellel kotil, milles asjaomaseid kompvekke müüakse, oleva taotletava kaubamärgi kujutamise eesmärgiks üksnes koti sisu illustreerimine, ja kui ta teiseks on sama otsuse punktis 65 olnud seisukohal, et kuna kõnealuseid kompvekke müüakse kotis, ei näe tarbija ostuotsuse tegemise hetkel taotletavat kaubamärki vahetult. Kõnealune kaubamärk on esitatud pakendkottidel ja kuna samaaegselt on tegemist ka kauba endaga, ei ole selline kujutamine mitte üksnes teabeks koti sisu kohta, vaid samuti kauba päritolule osutav tähis.

55 Kolmandaks on Esimese Astme Kohus teinud vea, võttes vaidlustatud kohtuotsuse punktis 65 arvesse vaid keskmise tarbija taju ostuotsuse tegemise hetkel. Selleks et määrata kindlaks, millisel määral tarbija kaubamärgi ära tunneb, tuleb arvestada seda, kuidas ta kaubamärki näeb mitte üksnes ostuotsuse tegemise hetkel, vaid ka enne seda, näiteks reklaami kaudu ja kauba tarbimise ajal.

56 Ühtlustamisamet on seisukohal, et apellatsioonikoda ja Esimese Astme Kohus ei ole nõudnud, et tõendid ruumilise kaubamärgi kasutamise kohta peavad puudutama üksnes seda kaubamärki, vaid nad on õigustatult märkinud, et esitatud reklaammaterjal ei sisalda mingit tõendit kaubamärgi kasutamise kohta taotletaval kujul. Eriti, nagu ilmneb ka vaidlustatud kohtuotsuse punktist 63, on apellatsioonikoda tõdenud, et tal ei olnud võimalik reklaammaterjali põhjal eristada kompveki kuju eriomadusi ja et kompveki kujutamine kauba pakendkotil, mis esitati tõendina, ei ole kaubamärgi kujutamine. Samuti on Esimese Astme Kohus nimetatud otsuse punktis 64 tõdenud, et kompveki kuju on pakendil kujutatud nii ebaselgelt ja teiste tähiste poolt varjatuna, et tarbija ei taju seda taotletava kaubamärgi kujutisena.

Euroopa Kohtu hinnang

57 Mis puutub neljanda väite esimesse osasse, siis on Euroopa Kohus 7. juuli 2005. aasta otsuses kohtuasjas C-353/03: Nestlé (EKL 2005, lk I-6135) otsustanud, et nõukogu 21. detsembri 1988. aasta esimese direktiivi 89/104/EMÜ kaubamärke käsitlevate liikmesriikide õigusaktide ühtlustamise kohta (EÜT 1989, L 40, lk 1; ELT eriväljaanne 17/01, lk 92) artikli 3 lõike 3 tähenduses eristusvõime võib kaubamärk omandada teise registreeritud kaubamärgi osana või sellega koos kasutamise käigus.

58 Sama kehtib määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 3 tähenduses eristusvõime omandamise kohta, kuna see säte ja direktiivi 89/104 artikli 3 lõige 3 on sisuliselt identsed.

59 Seega võib ruumiline kaubamärk teataval juhul kasutamise käigus omandada eristusvõime, kuigi seda kasutatakse koos sõna- või kujutismärgiga. Nii on see siis, kui kaubamärk koosneb kauba või selle pakendi kujust ja need on süstemaatiliselt varustatud sõnamärgiga, mille all neid turustatakse.

60 Siiski tuleb rõhutada, et sisuliselt ei ole ruumiline kaubamärk segi aetav oma kahemõõtmelise graafilise kujutisega. Selle tõttu ei näe tarbijad siis, kui sarnaselt käesoleva juhuga on pakendil kauba kujutis, kaubamärki ennast kui kauba ruumilisest kujutisest koosnevat kaubamärki. Siiski ei saa välistada, et sellise kaubamärgi kahemõõtmeline kujutis võib teataval juhul kaasa aidata kaubamärgi tuntusele asjaomase avalikkuse seas, kuna see võimaldab tajuda kauba ruumilise kuju olulisi elemente.

61 Lisaks sellele tuleb meenutada, et mis puudutab kasutamise käigus eristusvõime omandamist, siis peab olukord, kus kaupade või teenuste sihtrühm seostab neid teatava ettevõtjaga, tekkima tänu kaubamärgi kasutamisele kaubamärgina (18. juuni 2002. aasta otsus kohtuasjas C-299/99: Philips, EKL 2002, lk I-5475, punkt 64, ja eespool viidatud kohtuotsus Nestlé, punkt 26). Väljendit „kaubamärgi kasutamine kaubamärgina" tuleb mõista nii, et sellega viidatakse kaubamärgi kasutamisele selleks, et sihtrühma jaoks identifitseerida kaupu või teenuseid kui teatavalt ettevõtjalt pärinevaid (eespool viidatud kohtuotsus Nestlé, punkt 29).

62 Seega ei ole kaubamärgi mis tahes kasutamine, *a fortiori* ruumilise kaubamärgi kahemõõtmelise kujutise kasutamine, tingimata selle kasutamine kaubamärgina.

63 Käesolevas asjas ei ole Esimese Astme Kohus õiguslikku viga teinud.

64 Esiteks leidis Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktides 63 ja 64 apellatsioonikoja hinnangut kasutades, et viis, kuidas kompvekid on kujutatud kotil, milles apellatsioonkaebuse esitaja neid turustab — umbes 15 kompvekist koosneva kuhjana —, ei ole kaubamärgi kujutamine, eelkõige kuna selline kujutamine ei too esile kompveki kuju, mille kaubamärgina registreerimist taotletakse, vaid esitab realistliku piltkujutise kompvekkide kuhjast, ja et selliselt kujutamise eesmärgiks ei ole rõhutada neid omadusi, mis apellatsioonkaebuse esitaja hinnangul annavad kaubamärgile eristusvõime (keskel olev süvend, tasapinnaline alumine külg ja ümarad servad), nii et omavahel on vastuolus viis, kuidas kompvekid on pakendil esitatud ja ruumiline kaubamärk, mille registreerimist taotletakse.

65 Tegemist on faktilistele asjaoludele antava hinnanguga, mis ei kuulu apellatsiooni korras läbivaatamisele, välja arvatud juhul, kui faktilisi asjaolusid on moonutatud, mida aga käesolevas asjas väidetud ei ole.

66 Teiseks ei nähtu neist vaidlustatud kohtuotsuse punktidest, et Esimese Astme Kohus oleks põhimõtteliselt välistanud selle, et asjaomase toote kujust koosnev ruumiline kaubamärk võib kasutamise käigus omandada eristusvõime, kui seda kasutatakse koos sõna- või kujutismärgiga.

67 Esimese Astme Kohus on otsesõnu kasutanud vaidlusaluse otsuse punktides 17–21 olevaid apellatsioonikoja järeldusi. Selle otsuse punktis 20 on apellatsioonikoda möönnud, et kaubale võib samaaegselt kanda mitmeid kaubamärke.

68 Vaidlustatud kohtuotsuse punktis 64 on Esimese Astme Kohus piirdunud tõdemusega, et mis puutub nende omadustesse, siis ei saa apellatsioonkaebuse esitaja kaupade turustamiseks kasutatavad kotid olla tõendiks selle kohta, et taotletavat kaubamärki tajutakse nende kaupade päritolutähisena. Tegemist on samuti hinnanguga faktilistele asjaoludele, mis ei kuulu apellatsiooni korras läbivaatamisele, välja arvatud juhul, kui neid asjaolusid on moonutatud.

69 Seega on neljanda väite esimene ja teine osa põhjendamata.

70 Mis puutub selle väite kolmandasse osasse, siis tuleb meenutada, et kui kaubamärgil puudub *ab initio* eristusvõime määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punkti b mõttes, võib ta selle omandada taotluse esemeks olevate kaupade ja teenuste osas selle kaubamärgi kasutamise käigus, nagu sätestab mainitud artikli lõige 3. Eristusvõime võib omandada muu hulgas ka pärast seda, kui asjaomasele sihtgrupile on kaupa tavapärasel viisil tutvustatud (6. mai 2003. aasta otsus kohtuasjas C-104/01: Libertel, EKL 2003, lk I-3793, punkt 67, ja eespool viidatud kohtuotsus Mag Instrument *vs.* Siseturu ühtlustamise Amet, lk 47).

71 Sellest tuleneb, et hindamaks, kas kaubamärk on kasutamise käigus omandanud eristusvõime, tuleb arvestada kõiki tingimusi, mille raames asjaomane avalikkus seda kaubamärki näeb. Sellise olukorraga on tegemist mitte üksnes ostuotsuse tegemise hetkel, vaid ka enne seda, näiteks reklaamiga seoses ja kauba tarbimise hetkel.

72 Siiski on keskmine tarbija kõige tähelepanelikum hetkel, mil ta valmistub tegema ja teeb valiku asjaomase liigi eri kaupade ja teenuste vahel (vt selle kohta 12. jaanuari 2006. aasta otsus kohtuasjas C-361/04 P: Ruiz-Picasso jt *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, EKL 2006, lk I-643, punkt 41), nii et hinnates seda, kas kaubamärk on kasutamise käigus omandanud eristusvõime, omab erilist tähtsust, kas keskmine tarbija näeb ostuhetkel kaubamärki või mitte.

73 Käesolevas asjas ei nähtu vaidlustatud kohtuotsuse punktist 65, et Esimese Astme Kohus oleks, hinnates seda, kas kaubamärk on omandanud kasutamise käigus eristusvõime, arvestanud üksnes ostuotsuse tegemise hetkega.

74 Apellatsioonkaebuse esitaja tõi esimeses kohtuastmes esitatud teises väites peamiselt esile selle, et taotletav kaubamärk on esitatud tema kompvekkide pakenditel, ja vaidlustas apellatsioonikoja vastupidise hinnangu. Vaidlustatud kohtuotsuse punktides 63–65 kummutas Esimese Astme Kohus selle argumentatsiooni, sedastades, et nähes üht neist pakenditest, ei näe keskmine tarbija otseselt kompveki kuju, mille registreerimist ruumilise kaubamärgina taotletakse. Seda tehes lähtus Esimese Astme Kohus loogiliselt ostuhetkest.

75 Siiski tuleb märkida, et Esimese Astme Kohus on vaidlustatud kohtuotsuse punktis 66 analüüsinud apellatsioonkaebuse esitaja poolt kaubamärgi üldtuntuse tõendamise eesmärgil esitatud küsitlustulemusi. Nendes küsitlustulemustes puudub siiski vahetegemine selle alusel, millises olukorras tarbijad kaubamärki näevad. Esimese

Astme Kohus tõdes, et esitatud küsitlustulemused ei saa olla tõendiks selle kohta, et taotletav kaubamärk on tuntud.

76 Neil asjaoludel näib, et neljanda väite kolmas osa on samuti põhjendamata ja seega tuleb see väide tervikuna tagasi lükata.

77 Kuna kõik apellatsioonkaebuse esitaja väited on tagasi lükatud, tuleb apellatsioonkaebus jätta rahuldamata.

Kohtukulud

78 Kodukorra artikli 69 lõike 2 alusel, mida kohaldatakse kodukorra artikli 118 alusel ka apellatsioonimenetluse suhtes, on kohtuvaidluse kaotanud pool kohustatud hüvitama kohtukulud, kui vastaspool on seda nõudnud. Kuna ühtlustamisamet on kohtukulude hüvitamist nõudnud ja apellatsioonkaebuse esitaja on kohtuvaidluse kaotanud, tuleb kohtukulud mõista välja apellatsioonkaebuse esitajalt.

Esitatud põhjendustest lähtudes Euroopa Kohus (esimene koda) otsustab:

1. Jätta apellatsioonkaebus rahuldamata.

2. Mõista kohtukulud välja August Storck KG-lt.

Allkirjad