ÜLDKOHTU OTSUS (teine koda)

3. september 2010 *

Kohtuasjas T-472/08,

Companhia Muller de Bebidas, asukoht Pirassununga (Brasiilia), esindajad: advokaadid G. Da Cunha Ferreira ja I. Bairrão,

hageja,

versus

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

kostja,

* Kohtumenetluse keel: inglise.

teine pool Siseturu Ühtlustamise Ameti apellatsioonikoja menetluses oli

Missiato Industria e Comercio Ltda, asukoht Santa Rita Do Passa Quatro (Brasiilia),

mille ese on hagi, mis on esitatud Siseturu Ühtlustamise Ameti esimese apellatsioonikoja 4. juuli 2008. aasta otsuse (asi R 1687/2007-1) peale, mis käsitleb Companhia Muller de Bebidase ja Missiato Industria e Comercio Ltda vahelist vastulausemenetlust,

ÜLDKOHUS (teine koda),

koosseisus: koja esimees I. Pelikánová (ettekandja), kohtunikud K. Jürimäe ja S. Soldevila Fragoso,

kohtusekretär: E. Coulon,

arvestades 22. oktoobril 2008 Üldkohtu kantseleisse saabunud hagiavaldust,

arvestades 9. märtsil 2009 Üldkohtu kantseleisse saabunud Siseturu Ühtlustamise Ameti vastust,

arvestades 12. mail 2009 Üldkohtu kantseleisse saabunud repliiki,

arvestades asjaolu, et ühe kuu jooksul alates kirjaliku menetluse lõpetamisest teatamisest ei olnud pooled esitanud taotlust kohtuistungi määramiseks, ning otsustades ettekandja-kohtuniku ettekande ja Üldkohtu kodukorra artikli 135a alusel teha otsuse ilma suulise menetluseta,

arvestades kirjaliku menetluse uuendamist,

arvestades Üldkohtu kirjalikke küsimusi pooltele,

arvestades 1. ja 10. märtsil 2010 Üldkohtu kantseleisse saabunud poolte märkusi,

on teinud järgmise

otsuse

Vaidluse taust

1 Missiato Industria e Comercio Ltda esitas 2. detsembril 2003 Siseturu Ühtlustamise Ametile (kaubamärgid ja tööstusdisainilahendused) (edaspidi „ühtlustamisamet”) nõukogu 20. detsembri 1993. aasta määruse (EÜ) nr 40/94 ühenduse kaubamärgi

kohta (EÜT 1994, L 11, lk 1; ELT eriväljaanne 17/01, lk 146) (muudetud kujul) (asendatud nõukogu 26. veebruari 2009. aasta määrusega (EÜ) nr 207/2009 ühenduse kaubamärgi kohta (ELT L 78, lk 1)) alusel ühenduse kaubamärgi registreerimise taotluse.

2 Kaubamärk, mille registreerimist taotleti (edaspidi „taotletav kaubamärk"), on järgmine kujutismärk:

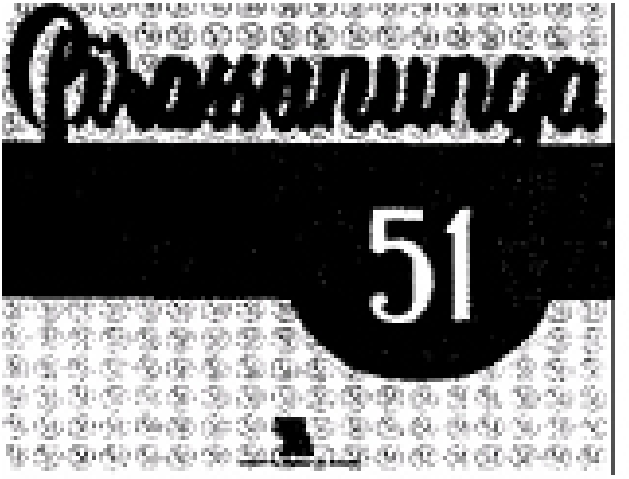


3 Kaubad, mille jaoks kaubamärgi registreerimist taotleti, kuuluvad 15. juuni 1957. aasta märkide registreerimisel kasutatava kaupade ja teenuste rahvusvahelise klassifikatsiooni Nizza kokkuleppe (uuesti läbi vaadatud ja parandatud kujul) klassi 33 ning vastavad järgmisele kirjeldusele: „alkoholjoogid (v.a õlu)".

4 Registreerimistaotlus avaldati 27. septembri 2004. aasta väljaandes *Bulletin des marques communautaires* nr 39/2004.

5 Hageja Companhia Muller de Bebidas esitas 27. detsembril 2004 määruse nr 40/94 artikli 42 (nüüd määruse nr 207/2009 artikkel 41) alusel taotletava kaubamärgi registreerimisele kõigi registreerimistaotluses tähistatud kaupade osas vastulause. Vastulause põhines eelkõige järgmistel varasematel kaubamärkidel (edaspidi „varasemad kaubamärgid”):

– alljärgnev Portugali kujutismärk, mis on taotletud 19. aprillil 1991 ja registreeritud 30. märtsil 1993 numbri 273105 all Nizza kokkuleppe klassi 33 kuuluvatele kaupadele „alkoholjoogid”:



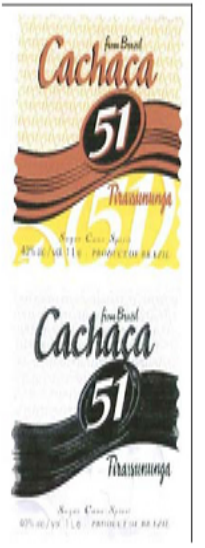
– alljärgnev Portugali kujutismärk, mis on taotletud 10. augustil 1998 ja registreeritud 21. augustil 2001 numbri 331952 all Nizza kokkuleppe klassi 33 kuuluvatele kaupadele „alkoholjoogid”:



– alljärgnev Taani kujutismärk, mis on taotletud 30. juunil 1995 ja registreeritud 10. novembril 1998 numbri VR 199803649 all Nizza kokkuleppe klassi 33 kuuluvatele kaupadele „suhkruroolikõõr”:



– alljärgnevate Ühendkuningriigi selliste kujutismärkide seeria, mis on taotletud ja registreeritud 11. oktoobril 2000 numbri 2248316 all Nizza kokkuleppe klassi 33 kuuluvatele kaupadele „suhkrurooviin”:



– alljärgnev Hispaania kujutismärk, mis on registreeritud 22. oktoobril 2001 numbri 2354943 all Nizza kokkuleppe klassi 33 kuuluvatele kaupadele „suhkruroost valmistatud alkoholjoogid (v.a õlu)”:



– alljärgnev Austria kujutismärk, mis on taotletud 29. juunil 1995 ja registreeritud 18. detsembril 1995 numbri 161564 all Nizza kokkuleppe klassi 33 kuuluvatele kaupadele „destilleeritud suhkruroost valmistatud alkoholjoogid”:



– alljärgnev kujutismärk, mis on Portugalis üldtuntud seoses Nizza kokkuleppe klassi 33 kuuluvate kaupadega „alkoholjoogid”:



– sõnamärk CACHAÇA 51, mis on Portugalis üldtuntud seoses Nizza kokkuleppe klassi 33 kuuluvate kaupadega „alkoholjoogid”.

6 Hageja väitis vastulausete osakonnas, et vastandatud kaubamärkide segiajamine on määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b (nüüd määruse nr 207/2009 artikli 8 lõike 1 punkt b) tähenduses tõenäoline. Ta tugines seejuures ka kahele kaubamärgile, mis on Portugalis väidetavalt määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 2 punkti c (nüüd määruse nr 207/2009 artikli 8 lõike 2 punkt c) tähenduses üldtuntud.

7 Vastulausete osakond lükkas 4. septembril 2007 vastulause tervikuna tagasi. Hageja esitas selle otsuse peale 29. oktoobril 2007 ühtlustamisametile määruse nr 40/94 artiklite 57–62 (nüüd määruse nr 207/2009 artiklid 58–64) alusel kaebuse.

8 Ühtlustamisameti esimene apellatsioonikoda lükkas 4. juuli 2008. aasta otsusega (edaspidi „vaidlustatud otsus") kaebuse tagasi. Toetades vastulausete osakonna argumente, järeldas apellatsioonikoda, et vastandatud kaubamärkide vahelised erinevused välistavad igasuguse segiajamise tõenäosuse määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b tähenduses.

Poolte nõuded

9 Hageja palub Üldkohtul:

– tühistada vaidlustatud otsus niivõrd, kuivõrd sellega jäeti jõusse vastulausete osakonna otsus lubada taotletavat kaubamärki registreerida;

– mõista kohtukulud välja ühtlustamisametilt.

10 Üldkohtu kantseleisse 10. märtsil 2010 saabunud kirjas loobus hageja vaidlustatud otsuse muutmise ja taotletava kaubamärgi registreeringu kehtetuks tunnistamise nõudest.

11 Ühtlustamisamet palub Üldkohtul:

– jätta hagi rahuldamata;

– mõista kohtukulud välja hagejalt.

Esimest korda Üldkohtus esitatud dokumentide vastuvõetavus

12 Hageja esitas hagiavalduse lisades 9–11 dokumendid, mis sisaldavad vande all antud ütlusi väite kohta, et varasemad sõna- ja kujutismärgid CACHAÇA 51 ja Cachaça 51 on Portugalis üldtuntud (vt eespool punkt 5).

13 Ühtlustamisamet väidab, et nimetatud dokumentidega arvestamine muudaks apellatsioonikojas toimunud menetluse eset.

14 Hagiavalduse lisades 9–11 osutatud dokumente, mis esitati esimest korda Üldkohtus, ei saa arvesse võtta. Üldkohtusse esitatud hagi eesmärk on ühtlustamisameti apellatsioonikodade otsuste õiguspärasuse kontrollimine määruse nr 40/94 artikli 63

tähenduses (nüüd määruse nr 207/2009 artikkel 65), mistõttu ei ole Üldkohtu ülesanne hinnata uuesti faktilisi asjaolusid, arvestades esimest korda alles nimetatud kohtus esitatud tõendeid. Seega tuleb nimetatud tõendid tagasi lükata, ilma et oleks vaja uurida nende tõenduslikku jõudu (vt selle kohta Üldkohtu 24. novembri 2005. aasta otsus kohtuasjas T-346/04: Sadas *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – LTJ Diffusion (ARTHUR ET FELICIE), EKL 2005, lk II-4891, punkt 19 ja seal viidatud kohtupraktika).

Põhiküsimus

15 Vaidlustatud otsuse tühistamise nõude toetuseks esitab hageja üheainsa väite, mis koosneb kahest osast. Esimeses osas viitab ta määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b ning teises määruse nr 40/94 artikli 52 lõike 1 punkti a (nüüd määruse nr 207/2009 artikli 53 lõike 1 punkt a) rikkumisele.

1. *Vaidlustatud otsuse tühistamisväite teine osa määruse nr 40/94 artikli 52 lõike 1 punkti a rikkumise kohta*

16 Nagu ühtlustamisamet õigesti märkis, puudub vaidlustatud otsuse määruse nr 40/94 artikli 52 lõike 1 punkti a rikkumisele osutaval tühistamisväite teisel osal ese. Selles sättes nimetatakse juba registreeritud ühenduse kaubamärgi suhtelised kehtetuks tunnistamise põhjused, taotletav kaubamärk ei ole aga registreeritud.

17 Seega tuleb vaidlustatud otsuse tühistamisväite teine osa põhjendamatuse tõttu tagasi lükata.

2. *Vaidlustatud otsuse tühistamisväite esimene osa määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b rikkumise kohta*

18 Vaidlustatud otsuse tühistamisväite esimese osaga määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b rikkumise kohta heidab hageja apellatsioonikojale ette väärjäreldust, mille kohaselt vastandatud tähiste vahelistest erinevustest piisab välistamaks võimalust, et asjaomasel territooriumil, sh Portugalis, kus varasemad sõna- või kujutismärgid CACHAÇA 51 ja Cachaça 51 on hageja väitel üldtuntud, ajab avalikkus need omavahel segi.

Poolte argumendid

19 Hageja esitab määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b rikkumist käsitleva tühistamisväite esimese osa toetuseks sisuliselt seitse väidet, millest tuleneb, et apellatsioonikoda on tõlgendanud asjaomast artiklit ja väljakujunenud kohtupraktikalt vääralt, kuna viimase kohaselt tuleb vastandatud kaubamärke hinnata igakülgselt seoses nende eristavate ja domineerivate osadega, ning sellest väitest tulenevalt on apellatsioonikoja analüüsis seega tehtud mitu viga.

20 Esimeses väites märgib hageja, et apellatsioonikoda eksis, jättes segiajamise tõenäosuse tegeliku asjaomase avalikkusega seoses hindamata ning leides eelkõige, et asjaomane tarbija on lai avalikkus.

21 Teises väites märgib hageja sisuliselt, et apellatsioonikoda eksis, pidades varasemate kaubamärkide domineerivateks ja eristavateks osadeks osasid „cachaça" ja „51".

22 Kolmandas väites märgib hageja, et apellatsioonikoda eksis, leides, et vastandatud kaubamärgid ei jäta sarnast visuaalset muljet.

23 Hageja kinnitab neljandas väites, et apellatsioonikoda eksis, leides, et vastandatud kaubamärgid ei jäta foneetiliselt väga sarnast muljet.

24 Hageja märgib viiendas väites, et apellatsioonikoda eksis, järeldades, et vastandatud kaubamärgid ei ole kontseptuaalselt sarnased.

25 Kuuendas väites märgib hageja sisuliselt, et eelnimetatud vead avaldavad vaidlustatud otsusele mõju, kuivõrd need juhivad apellatsioonikoja väärarvamusele, et asjaomane avalikkus ei aja asjaomaseid tähiseid segi.

26 Seitsmenda väitena leiab hageja, et tema esitatud dokumentidest piisab varasemate sõna- ja kujutismärkide CACHAÇA 51 ja Cachaça 51 üldtuntuse või vähemalt nende üldiselt suure eristusvõime tuvastamiseks Portugalis. Apellatsioonikoda leidis vääralt, et kaubamärgi üldtuntus tuli tuvastada numbri 51 suhtes ning et see üldtuntus ei ole tõendatud.

27 Ühtlustamisamet palub jätta hagi rahuldamata, kuna apellatsioonikoda võis õigusega järeldada, et käesoleval juhul ei ole segiajamine määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b tähenduses tõenäoline.

Üldkohtu hinnang

28 Määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b kohaselt ei registreerita varasema kaubamärgi omaniku vastuseisu korral taotletavat kaubamärki, 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 kaubamärki seostatakse varasema kaubamärgiga.

29 Vastavalt väljakujunenud kohtupraktikale on segiajamine tõenäoline, kui avalikkus võib arvata, et kõnealused kaubad ja teenused pärinevad samalt ettevõtjalt või ka omavahel majanduslikult seotud ettevõtjatelt. Samast kohtupraktikast tuleneb, et segiajamise tõenäosust tuleb hinnata igakülgselt, vastavalt sellele, kuidas asjaomane avalikkus kõnealuseid tähiseid ning kaupu või teenuseid tajub, ning pidades silmas

kõiki asjakohaseid tegureid, eelkõige kõnealuste tähiste sarnasuse ning nendega tähistatud kaupade või teenuste sarnasuse vastastikust sõltuvust (vt Esimese Astme Kohtu 9. juuli 2003. aasta otsus kohtuasjas T-162/01: Laboratorios RTB *vs*. Siseturu Ühtlustamise Amet – Giorgio Beverly Hills (GIORGIO BEVERLY HILLS), EKL 2003, lk II-2821, punktid 30–33 ja seal viidatud kohtupraktika).

30 Määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b seisukohast eeldab segiajamise tõenäosus samal ajal nii vastandatud kaubamärkide identsust või sarnasust kui ka tähistatud kaupade või teenuste identsust või sarnasust. Tegemist on kumulatiivsete tingimustega (vt Üldkohtu 22. jaanuari 2009. aasta otsus kohtuasjas T-316/07: Commercy *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – easyGroup IP Licensing (easyHotel), EKL 2009, lk II-43, punkt 42 ja seal viidatud kohtupraktika).

31 Käesoleval juhul tuleb tühistamisväite esimest osa määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b rikkumise kohta uurida seoses eespool punktides 28–30 nimetatud põhimõtetega.

Asjaomane avalikkus

32 Kohtupraktika kohaselt tuleb segiajamise tõenäosuse igakülgse hindamise raames arvestada asjaomase kauba- ja teenuseliigi keskmise tarbijaga, kes on piisavalt informeeritud, mõistlikult tähelepanelik ja arukas. Samuti tuleb arvestada asjaoluga, et keskmise tarbija tähelepanelikkuse tase võib vastavalt kõnealusele kauba- või teenuseliigile erineda (vt Üldkohtu 13. veebruari 2007. aasta otsus kohtuasjas T-256/04:

Mundipharma *vs*. Siseturu Ühtlustamise Amet – Altana Pharma (RESPICUR), EKL 2007, lk II-449, punkt 42 ja seal viidatud kohtupraktika).

33 Apellatsioonikoda leidis vaidlustatud otsuse punktis 20, et tegemist on laia avalikkusega, mille hulka kuuluvad Portugali, Hispaania, Ühendkuningriigi, Austria ja Taani keskmised tarbijad, kes eelduste kohaselt on piisavalt informeeritud, mõistlikult tähelepanelikud ja arukad.

34 Esiteks tuleb segiajamise tõenäosuse hindamisel arvesse võetava territooriumi osas märkida, et nagu apellatsioonikoda vaidlustatud otsuse punktis 20 õigesti märkis – ning seda ka ei vaidlustatud –, on põhjusel, et varasemad kaubamärgid on siseriiklikud kaubamärgid, asjaomane territoorium nende liikmesriikide territoorium, kus asjaomased kaubamärgid on kaitstud, nimelt Portugal, Hispaania, Ühendkuningriik, Austria ja Taani.

35 Teiseks märgib hageja oma esimeses väites asjaomase avalikkuse sekka kuuluvate tarbijatega seoses, et vaidlustatud otsuses on tehtud viga, kuna asjaomaste tarbijatena ei tuleks määratleda „avalikkust tervikuna", vaid asjaomased tarbijad on üksnes noored ja keskealised tarbijad. Hageja märgib selles osas, et ta on ühtlustamisameti menetluses tõendanud, et jooki cachaça tarbib just see avalikkus, mille seast tuleb välja arvata lapsed ja vanurid.

36 Käesoleval juhul kuuluvad taotletava kaubamärgi ja varasemate kaubamärkidega tähistatud kaubad Nizza kokkuleppe klassi 33, mis hõlmab kaupu „(alkoholjoogid (v.a õlu)". Taani, Ühendkuningriigi, Hispaania ja Austria varasemad kaubamärgid on

registreeritud üksnes kaupadele „suhkruroolikööör", „destilleeritud suhkruroost valmistatud alkoholjoogid" või „suhkrurooviin".

37 Hageja on küll sisuliselt märkinud, et ta kasutab varasemaid kaubamärke ühe teatava Brasiilias toodetud alkoholjoogi või suhkruroost valmistatud likööri, nimelt cachaça turustamiseks, ning arvestades asjaolu, et ta juba turustab selle kaubamärgi all jooki cachaça, on alust arvata, et Missiato Industria e Comercio turustab asjaomast alkoholjooki taotletava kaubamärgi all ka tulevikus.

38 Siiski tuleb märkida, et vastandatud kaubamärkidega antud või antavad õigused laienevad kõigile kauba- või teenuseliikidele, mida asjaomane kaubamärk tähistab, või kõigile kaubaliikidele, mida registreerimistaotlus hõlmab. Vastandatud kaubamärkide omanike tehtud või tehtavad ärilised valikud on tegurid, mida tuleb kaubamärgist tulenevatest õigustest eristada ning kuivõrd need sõltuvad üksnes asjaomaste kaubamärkide omanike tahtest, saab neid muuta. Niikaua, kui vastandatud kaubamärkidega hõlmatavate kaupade loetelu ei ole muudetud, ei saa nimetatud tegurid määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b tähenduses segiajamise tõenäosuse olemasolu hindamisel arvesse võetavat asjaomast avalikkust mingilgi moel mõjutada (vt selle kohta Üldkohtu 13. aprilli 2005. aasta otsus kohtuasjas T-286/03: Gillette *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Wilkinson Sword (RIGHT GUARD XTREME sport), kohtulahendite kogumikus ei avaldata, punkt 33).

39 Arvestades seda, et varasemate kaubamärkidega tähistatavad kaubad ning taotletava kaubamärgiga hõlmatavad kaubad on laiatarbekaubad, st need ei ole suunatud erialaspetsialistidest avalikkusele, leidis apellatsioonikoda vaidlustatud otsuse punktis 20

õigesti, et asjaomase avalikkuse moodustavad Portugali, Hispaania, Ühendkuningriigi, Austria ja Taani keskmised, eeldatavasti piisavalt informeeritud, mõistlikult tähelepanelikud ja arukad tarbijad.

40 Isegi kui alkoholjooke, sh suhkrurooviina müüakse restoranides või baarides eelkõige kokteilina, nagu caipirinha, ning isegi kui teatavate asjaomaste jookide reklaamikampaaniad on suunatud just noortele täisealistele ja keskealistele, turustatakse neid siiski laiaulatuslikult ning neid müüakse mitte üksnes erikauplustes, vaid ka selvehallides, mistõttu need on kättesaadavad laiale avalikkusele (vt selle kohta Üldkohtu 14. detsembri 2006. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-81/03, T-82/03 ja T-103/03, Mast-Jägermeister *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Licorera Zacapaneca (VENADO raamiga jm), EKL 2006, lk II-5409, punkt 82). Lisaks tuleneb hageja poolt ühtlustamisametile esitatud tõenditest nr 1 ja 2, millele osutatakse vaidlustatud otsuse punktis 41, et varasemaid Portugali kaubamärkidega tähistatud kaupu turustatakse toiduainete jaeturul, eelkõige supermarketites.

41 Mis puutub hageja argumenti, et apellatsioonikoda ei ole vaidlustatud otsuses sõnaselgelt märkinud, et asjaomane avalikkus koosneb üksnes täisealistest tarbijatest, siis piisab sellest, kui märkida, et üldise huvi kaalutlustel on alkoholjookide müük alaealistele üldiselt keelatud ning seega on asjaomane avalikkus seadusest tulenevalt piiratud täiskasvanud tarbijatega. Ükski vaidlustatud otsuses esitatud asjaolu ei anna alust järeldada, et apellatsioonikoda on jätnud igas liikmesriigis, millega seoses ta segiajamise tõenäosuse olemasolu hindas, arvestamata asjaomaste kehtivate õiguslike piirangutega keskmise tarbija vanuse kohta, ning järeldada, et seda hinnangut on mõjutatud.

42 Seetõttu tuleb lükata tagasi hageja esimene väide, et apellatsioonikoda on vaidlustatud otsuse punktis 20 osutatud asjaomase avalikkuse määratlemisel eksinud.

Kaupade sarnasus

43 Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt tuleb kaupade ja teenuste sarnasuse hindamisel arvesse võtta kõiki nendevahelist suhet iseloomustavaid olulisi tegureid. Sellisteks teguriteks on eriti kaupade ja teenuste olemus, otstarve, kasutusviis ning samuti see, kas kaubad ja teenused on konkureerivad või teineteist täiendavad. Arvesse võib võtta ka muid tegureid, näiteks asjaomaste kaupade turustuskanaleid (vt Üldkohtu 11. juuli 2007. aasta otsus kohtuasjas T-443/05: El Corte Inglés *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Bolaños Sabri (PiraÑAM diseño original Juan Bolaños), EKL 2007, lk II-2579, punkt 37 ja seal viidatud kohtupraktika).

44 Kui varasema kaubamärgiga tähistatud kaubad hõlmavad kaubamärgi registreerimise taotluses nimetatud kaupu, tuleb neid kaupu vaadelda kui identseid (vt eespool punktis 14 viidatud kohtuotsus ARTHUR ET FELICIE, punkt 34 ja seal viidatud kohtupraktika).

45 Hageja ei lükka ümber vaidlustatud otsuse punktides 22 ja 36 esitatud apellatsioonikoja hinnangut, et varasemate kaubamärkidega tähistatavad kaubad on registreerimistaotluses osutatud kaupadega identsed, kuivõrd viimati nimetatud kaubad „hõlmavad varasemate kaubamärkidega kaitstud kaupu või registreerimistaotluses osutatud kaubad kuuluvad varasemate kaubamärkidega kaitstud kaupade hulka".

Vastavalt eespool punktis 44 osutatud kohtupraktikale tuleb apellatsioonikoja hinnangut kinnitada.

Tähiste sarnasus

– Eristavad ja domineerivad osad

46 Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt peab segiajamise tõenäosuse igakülgne hindamine vastandatud tähiste visuaalse, foneetilise ja kontseptuaalse sarnasuse osas rajanema neist jääval tervikmuljel, võttes eelkõige arvesse nende eristavaid ja domineerivaid osi. Segiajamise tõenäosuse igakülgsel hindamisel on otsustav roll sellel, kuidas selle kauba- või teenuseliigi keskmine tarbija kaubamärke tajub. Selles osas tajub keskmine tarbija tavaliselt kaubamärki kui tervikut ega uuri selle eri detaile (vt Euroopa Kohtu 12. juuni 2007. aasta otsus kohtuasjas C-334/05 P: Siseturu Ühtlustamise Amet *vs.* Shaker, EKL 2007, lk I-4529, punkt 35 ja seal viidatud kohtupraktika).

47 Selleks et hinnata kaubamärgi ühe osa eristusvõimet, tuleb uurida, kas sellel osal on tugev või nõrk võime identifitseerida teatud ettevõtjalt pärinevaid kaupu või teenuseid, mille jaoks see registreeriti, ning seega võime eristada neid kaupu või teenuseid teiste ettevõtjate omadest. Nimetatud hindamisel tuleb arvestada eelkõige kõnealuse osa eriomaseid omadusi, et välja selgitada, kas sellel puudub eristusvõime seoses kaupade või teenustega, mille jaoks kaubamärk registreeriti (vt Üldkohtu 13. juuni 2006. aasta otsus kohtuasjas T-153/03: Inex *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Wiseman (lehmanaha kujutis), EKL 2006, lk II-1677, punkt 35 ja seal viidatud kohtupraktika, ning 13. detsembri 2007. aasta otsus kohtuasjas T-242/06:

Cabrera Sánchez *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Industrias Cárnicas Valle (el charcutero artesano), kohtulahendite kogumikus ei avaldata, punkt 51).

48 Kahe kaubamärgi sarnasuse hindamine ei tähenda seda, et arvesse tuleb võtta vaid kombineeritud kaubamärgi ühte koostisosa ja võrrelda seda teise kaubamärgiga. Selle asemel tuleb võrdlemisel uurida iga kõnealust kaubamärki tervikuna, mis ei välista seda, et asjaomase avalikkuse mälus tekkinud tervikmuljes võib kombineeritud kaubamärgist mõnel juhul domineerida üks või mitu selle koostisosa (vt eespool punktis 46 viidatud kohtuotsus Siseturu Ühtlustamise Amet *vs.* Shaker, punkt 41 ja seal viidatud kohtupraktika). Üksnes siis, kui kaubamärgi kõik teised koostisosad on tähtsusetud, võib hinnata sarnasust ainult domineeriva osa põhjal (eespool punktis 46 viidatud kohtuotsus Siseturu Ühtlustamise Amet *vs.* Shaker, punkt 42, ja 20. septembri 2007. aasta otsus kohtuasjas C-193/06 P: Nestlé *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, kohtulahendite kogumikus ei avaldata, punkt 42). Sellise juhtumiga saab olla tegemist siis, kui nimetatud koostisosa võib asjaomase avalikkuse mällu jäänud kaubamärgi kujutises üksi domineerima hakata, nii et selle kaubamärgi teised koostisosad on märgi tervikmuljes tähtsusetud (eespool viidatud kohtuotsus Nestlé *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, punkt 43). Euroopa Kohus on täpsustanud, et asjaolu, et osa ei ole tähtsusetu, ei tähenda, et osa on domineeriv, samuti nagu asjaolu, et osa ei ole domineeriv ei tähenda sugugi, et see on tähtsusetu (eespool viidatud kohtuotsus Nestlé *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, punkt 44).

49 Kui kaubamärgi mõni osa kirjeldab kaupa või teenust, mille osas see kaubamärk on kaitstud, või registreerimistaotluses osutatud kaupa või teenust, saab neile osadele omistada vaid nõrga või isegi väga nõrga eristusvõime (vt selle kohta Üldkohtu 12. septembri 2007. aasta otsus kohtuasjas T-363/04: Koipe *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Aceites del Sur (La Española), EKL 2007, lk II-3355, punkt 92, ja eespool punktis 47 viidatud kohtuotsus el charcutero artesano, punkt 52 ning seal viidatud kohtupraktika). Tavaliselt saab eristusvõime neile osadele omistada üksnes kombinatsiooni tõttu, mille need moodustavad koos kaubamärgi teiste osadega. Kuna kaubamärgi kirjeldavatel osadel on nõrk või isegi väga nõrk eristusvõime, ei pea avalikkus neid tavaliselt kaubamärgi tervikmuljes domineerivaks, välja arvatud siis, kui need osad võivad eelkõige paigutuse või mõõtmete tõttu olla avalikkuse tajus valdavad ning

jääda avalikkusele meelde (vt selle kohta eespool punktis 47 osutatud Üldkohtu otsus el charcutero artesano, punkt 53 ja seal viidatud kohtupraktika, ning Üldkohtu 12. novembri 2008. aasta otsus kohtuasjas T-7/04: Shaker *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Limiñana y Botella (Limoncello della Costiera Amalfitana shaker), EKL 2008, lk II-3085, punkt 44 ja seal viidatud kohtupraktika). See ei tähenda siiski, et kaubamärgi kirjeldavad osad on sellest jäävas tervikmuljes tingimata tähtsusetud. Sellega seoses tuleb eelkõige uurida, kas teised kaubamärgi osad võivad asjaomase avalikkuse mälus püsivas kaubamärgikujutises üksi domineerida (vt eespool punkt 48).

50 Tuleb ka meenutada, et miski ei takista kontrollida sõna- ja kujutismärgi visuaalset sarnasust, kui neil kaubamärgiliikidel on visuaalselt tajutav graafiline kujutis (vt Üldkohtu 4. mai 2005. aasta otsus kohtuasjas T-359/02: Chum *vs*. Siseturu Ühtlustamise Amet – Star TV (STAR TV), EKL 2005, lk II-1515, punkt 43 ja seal viidatud kohtupraktika).

51 Apellatsioonikoda leidis vaidlustatud otsuse punktis 24, et varasema Portugali sõnamärgi domineeriv osa on sõna „cachaça", kuna see on paigutatud esikohale ning kuna kohtupraktika kohaselt avaldab tähise algus tarbijale suuremat mõju kui selle lõpp.

52 Apellatsioonikoda märkis vaidlustatud otsuse punktis 25, et varasemate kujutismärkide domineerivaks osaks on keskne kujutisosa, mis koosneb valget värvi numbrist 51, mis on kujutatud tähist vasakult paremale läbiva laia riba sisse poolenisti ulatuvas ringis, ning sellest kujutisosast ülalpool esitatud sõnast, mis on alati „cachaça", v.a ainsa erandi, Portugali registreeringu nr 273105 puhul, milles asjaomaseks sõnaks on

„pirassununga". Nimetatud osade domineeriv olemus tuleneb nende paigutusest ning suurusest võrreldes asjaomaste kaubamärkide muude osadega.

53 Apellatsioonikoda märkis vaidlustatud otsuse punktides 26 ja 27, et sõna „cachaça" on varasemate Hispaania, Ühendkuningriigi, Austria ja Taani kaubamärkide eristav osa, kuna Hispaania, Ühendkuningriigi, Austria ja Taani tarbijad peavad seda väljamõeldud sõnaks. Nimetatud riikide territooriumil on see sõna asjaomaste tähiste isegi kõige eristavam osa, kuna ühelt poolt on kõnealusel osal kui sõnaosal tarbijale suurem mõju kui sellele lisatud kujutisosal – avalikkus ei tavatse tähiseid analüüsida ning viitab teatavale tähisele hõlpsamini selle tähise sõnaosa abil –, ning kuna teiselt poolt on numbrite olemusest tulenev eristusvõime piiratud, sest „tavaliselt osutavad need kaupade kogusele, teatavale perioodile, tellimusele jms ning seetõttu ei ole tarbijatel harjumust neid kaubamärgina tajuda". Peale selle kasutatakse kahekohalisi numbreid tavaliselt selleks, et tähistada „alkoholjookide" konkreetseid omadusi, nagu alkoholisisaldus mahuühiku kohta või vajalik küpsemisaeg.

54 Peale selle leidis apellatsioonikoda vaidlustatud otsuse punktides 26–28, et sõnadel „cachaça" ja „pirassununga" ei ole Portugalis eristusvõimet, kuna seal tajub keskmine tarbija neid kirjeldavate sõnadena, esimene neist kirjeldab vastandatud kaubamärkidega tähistatavat kaubaliiki ning teine tähistab „kohta Brasiilias", mis vastab joogi valmistamiskohale.

55 Apellatsioonikoda järeldas vaidlustatud otsuse punktides 28 ja 29, et Hispaania, Ühendkuningriigi, Austria ja Taani kaubamärkide domineeriv ja kõige eristavam osa on „cachaça", arvestades aga sõnade „cachaça" või „pirassununga" kirjeldavat tähendust Portugali tarbija jaoks ning alkoholjookide suhtes kasutatavate kahekohaliste

numbrite vähest eristusvõimet, seisneb varasemate Portugali sõna- ja kujutismärkide eristusvõime „nende osade" kombinatsioonis või nende „kõige domineerivamates osades", milleks on „cachaça 51" või „Pirassununga 51".

56 Hageja märgib teises väites sisuliselt seda, et apellatsioonikoda eksis, kui leidis, et osa „cachaça" on varasemate kaubamärkide domineeriv ja eristav osa. Kuna sõna „cachaça" on kirjeldav, puudub sellel olemusest tulenev eristusvõime ning see kehtib nii Portugali kui ka Hispaania, Ühendkuningriigi, Austria ja Taani tarbijate osas. Segiajamise tõenäosust tuleb hinnata üksnes seoses osadega „51" ja „61", mida seostatakse või saab seostada joogiga cachaça.

57 Seetõttu tuleb asuda vastandatud kaubamärkide võrdluse juurde, tehes kõigepealt iga varasema kaubamärgi ning seejärel taotletava kaubamärgi osas kindlaks nende võimalikud domineerivad või tähtsusetud osad.

58 Seoses varasema Portugali sõnamärgiga tuleb märkida, et see koosneb kahe osa kombinatsioonist, esimene neist on sõna „cachaça" ning teine „51".

59 Ei ole vaidlustatud asjaolu, et keskmine Portugali tarbija tajub sõna „cachaça" kui teatava alkoholjoogi, nimelt suhkrurooviina üksnes kirjeldavat sõnalist osa.

60 Number 51 paistab aga olevat varasema Portugali sõnamärgi suvaline numbriosa. Apellatsioonikoda leidis küll vaidlustatud otsuse punktis 27, et numbrite, eelkõige kahekohaliste numbrite olemusest tulenev eristusvõime on piiratud, kuna neid kasutatakse tavaliselt kaupade, eelkõige just alkoholjookide teatavate omaduste tähistamiseks ning kuna tarbijad ei ole harjunud neid kaubamärgina käsitama. Samas jättis apellatsioonikoda arvestamata asjaoluga, et nagu hageja õigesti märkis, ei taju asjaomane avalikkus numbrit 51 vahetult kui asjaomase kauba teatava omaduse kirjeldust, kuna varasemas Portugali sõnamärgis ei seostata seda ühegi elemendiga, mille põhjal alkoholjookide mõnda omadust, nagu alkoholisisaldus mahuühiku kohta, kogus või vajalik käärimisaeg tavaliselt mõõdetakse. Ühtlustamisamet märgib oma vastuses ka seda, et „numbrite [51 ja 61] tähendus on teadmata".

61 Kuigi vastab tõele, et apellatsioonikoda määratles vaidlustatud otsuse punktis 24 sõna „cachaça" varasema Portugali sõnamärgi domineeriva osana, märkides otsuse punktides 26–28 samas, et sel sõnal puudub Portugalis olemusest tulenev eristusvõime, kuna seal tajutakse teda kui asjaomase kaubaliigi kirjeldust, ei ole apellatsioonikoda vaidlustatud otsuse punktides 28 ja 29 leidnud, et osa „51" ei ole sellest kaubamärgist jäävas tervikmuljes tähtsusetu, kuivõrd asjaomase kaubamärgi eristusvõime seisneb osade „cachaça" ja „51" kombinatsioonis.

62 Seega ei saa väita, et apellatsioonikoda jättis segiajamise tõenäosuse hindamise analüüsis määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b tähenduses varasema Portugali sõnamärgi osaga „51" arvestamata. Lisaks ei saa apellatsioonikojale sama analüüsi raames ette heita, et ta arvestas ka osaga „cachaça". Kuigi Portugali keskmine tarbija tajub nimetatud osa asjaomaste kaubaliikide kirjeldusena, on see osa varasemas Portugali sõnamärgis osa „51" suhtes siiski iseseisev ja omab täiendavat eristusvõimet,

mis tuleneb kombinatsioonist osaga „51" ning sellest, et varasema Portugali sõnamärgi esimese osana on tal visuaalselt ja foneetiliselt tarbijale suurem mõju kui selle lõpuosal (vt selle kohta Üldkohtu 17. märtsi 2004. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-183/02 ja T-184/02: El Corte Inglés *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – González Cabello ja Iberia Líneas Aéreas de España (MUNDICOR), EKL 2004, lk II-965, punktid 81 ja 83).

63 Seega apellatsioonikoda ei eksinud, kui ta võttis varasema Portugali sõnamärgi määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b tähenduses esineva segiajamise tõenäosuse hindamisel arvesse osi „cachaça" ja „51".

64 Varasemate kujutismärkide osas tuleb märkida, et need koosnevad mitme sõna- ja kujutisosa kombinatsioonist.

65 Pooled ei ole vaidlustanud asjaolu, et asjaomaseid kaubamärke moodustavad osad peale osa „cachaça" või „pirassununga" ning osa „51", mis on tähist vasakult paremale läbiva laia riba sisse poolenisti ulatuvas ringis kujutatud valget värvi number, on kaubamärkidest jäävas tervikmuljes tähtsusetud ning nendega võib määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b tähenduses esineva segiajamise tõenäosuse hindamisel arvestamata jätta.

66 Mis puutub varasematesse Portugali kujutismärkidesse, siis ei ole vaidlustatud seda, et keskmine Portugali tarbija tajub neis kaubamärkides sõnu „cachaça" ja „pirassununga" kui osi, mis üksnes kirjeldavad asjaomaste kaubamärkidega tähistatud kaubaliiki, nimelt suhkrurooviina ja selle Brasiilias asuvat valmistamiskohta.

67 Samadel põhjustel, mida käsitleti eespool punktis 60, tuleb numbrit 51 pidada varasemate Portugali kujutismärkide meelevaldseks osaks.

68 Apellatsioonikoda märkis vaidlustatud otsuse punktides 25 ja 29, et nendest kaubamärkidest jäävas tervikmuljes domineerivad osad „cachaça" või „pirassununga" ja „51" ning et nende eristusvõime seisneb asjaomaste osade kombinatsioonis.

69 Seega ei ole õige väita, et apellatsioonikoda jättis määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b tähenduses esineva segiajamise tõenäosuse hindamisel arvesse võtmata varasemate Portugali kujutismärkide osa „51", mis on tähist vasakult paremale läbiva laia riba sisse poolenisti ulatuvas ringis kujutatud valget värvi number. Pealegi ei saa apellatsioonikojale heita ette, et ta võttis viimati nimetatud analüüsis arvesse osa „cachaça" või „pirassununga". Kuigi keskmine Portugali tarbija tajub seda osa kui asjaomase kaubaliigi või kauba valmistuskoha kirjeldust, on asjaomane osa varasemates Portugali kujutismärkides osa „51" suhtes siiski iseseisev ning sellel on täiendav eristusvõime, mis tuleneb kombinatsioonist osaga „51" ning sellest, et sõnal „cachaça" või „pirassununga" on tähistes osaga „51" võrreldes vähemalt võrdväärne positsioon. Seega ei saa kõnealust osa pidada viimati nimetatud osaga võrreldes isegi visuaalselt tähtsusetuks.

70 Sellest tuleneb, et varasemate Portugali kujutismärkide osas ei eksinud apellatsioonikoda, kui võttis määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b tähenduses esineva segiajamise tõenäosuse analüüsimisel arvesse nii osa „cachaça" või „pirassununga" kui tähist vasakult paremale läbiva laia riba sisse poolenisti ulatuvas ringis kujutatud valget värvi osa „51" ning nende kombinatsioonist jäävat muljet.

71 Hispaania, Ühendkuningriigi, Austria ja Taani varasemate kaubamärkide osas märkis apellatsioonikoda vaidlustatud otsuse punktides 27 ja 29, et „cachaça" on nende domineeriv ja kõige eristavam osa, kuna see on sõnaline ja Hispaania, Ühendkuningriigi, Austria ja Taani tarbijate silmis väljamõeldud tähis ning kuna kahekohalistel numbritel on alkoholjookidega seoses vähene eristusvõime. Apellatsioonikoda ei leidnud aga vaidlustatud otsuses, et osa „51" on kõnealustest kaubamärkidest jäävas tervikmuljes tähtsusetu, vaid võttis seda osa määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b tähenduses esineva segiajamise tõenäosuse hindamisel nõuetekohaselt arvesse. Ta märkis vaidlustatud otsuse punktis 31, et „foneetilisest küljest viitavad Hispaania, Taani, Ühendkuningriigi ja Austria asjaomased tarbijad varasematele kaubamärkidele, kutsudes neid sõnadega „cachaça" või „cachaça 51", kuna need on asjaomaste kaubamärkide domineerivad ja eristavad osad".

72 Seega ei saa väita, et apellatsioonikoda jättis määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b tähenduses esineva segiajamise tõenäosuse hindamisel arvestamata Hispaania, Taani, Ühendkuningriigi ja Austria kaubamärkides tähist vasakult paremale läbiva laia riba sisse poolenisti ulatuvas ringis kujutatud valget värvi numbriga „51". Pealegi ei saa viimati nimetatud analüüsi raames heita apellatsioonikojale ette seda, et ta võttis arvesse ka osa „cachaça". Isegi kui eeldada, et kogu Hispaania, Taani, Ühendkuningriigi ja Austria avalikkus või selle märkimisväärne osa võib tajuda nimetatud osa üldnimetusena või selle kaubamärgiga tähistatud kaubaliigi vajaliku tähistusena, nagu hageja väidab, on see igas kaubamärgis osa „51" suhtes ikkagi iseseisev ning omab täiendavat eristusvõimet, mis tuleneb kombinatsioonist osaga „51" ning sellest, et sõnal „cachaça" on tähises osaga „51" vähemalt võrdväärne positsioon, ja seda ei saa viimasega võrreldes pidada isegi visuaalselt tähtsusetuks.

73 Seega ei ole hagejal alust väita, et Hispaania, Ühendkuningriigi, Austria ja Taani varasemate kaubamärkide puhul on apellatsioonikoda eksinud nii osa „cachaça", valget värvi osa „51", mis on kujutatud tähist vasakult paremale läbiva laia riba sisse

poolenisti ulatuvas ringis, kui ka nende kombinatsioonist jäävat tervikmuljet määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b tähenduses esineva segiajamise tõenäosuse hindamisel arvesse võttes.

74 Kõiki eelnimetatud kaalutlusi arvestades ei ole hagejal alust väita, et apellatsioonikoda eksis, kui ta võttis määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b tähenduses esineva segiajamise tõenäosuse hindamisel kõigi varasemate kaubamärkide osas arvesse nii osa „cachaça" või „pirassununga" kui osa „51", mistõttu tuleb teine väide tervikuna tagasi lükata.

75 Apellatsioonikoda märkis vaidlustatud otsuse punktis 30 taotletava kaubamärgiga seoses, et selle eristav ja domineeriv osa on keskne numbri- ja kujutisosa „61", mis tuleneb esiteks selle kesksest paigutusest, mida rõhutavad seda mõlemalt poolt ümbritsevad suhkrurootaimed, ning seejärel asjaolust, et muid osi tajutakse nende kirjeldavuse (vaat või kaks suhkrurootaime) või väiksuse (ribal olev kiri „a nossa alegria", mida tajutakse „kaunistusliku pealiskirjana") tõttu teisejärguliste kaunistuselementidena. Siiski tuleneb vaidlustatud otsusest, et apellatsioonikoda ei pidanud vaadist ja suhkrurootaimedest koosnevaid kujutisosi ning väljendist „a nossa alegria" koosnevat sõnaosa asjaomasest kaubamärgist jäävas tervikmuljes tähtsusetuteks osadeks. Vastandatud kaubamärkide võimaliku foneetilise sarnasuse analüüsimisel märkis apellatsioonikoda vaidlustatud otsuse punktis 31, et „ei saa välistada võimalust, et [taotletavat kaubamärki] kutsutakse „[a nossa alegria]", kuna tegemist on tähise ainsa sõnaosaga". Samuti võttis apellatsioonikoda vaidlustatud otsuse punktis 34 vastandatud kaubamärkide võimaliku kontseptuaalse sarnasuse analüüsimisel arvesse asjaolu,

et „taotletava kaubamärgi number 61 kujutab vaati, varasemates kaubamärkides sellist osa aga ei esine".

76 Käesoleva menetluse raames väidab hageja, et määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b tähenduses esineva segiajamise tõenäosuse analüüs peab toimuma üksnes osa „61" suhtes, mis domineerib taotletavast kaubamärgist jäävas tervikmuljes. Ühtlustamisamet märgib aga hagi rahuldamata jätmist paludes, et selles analüüsis tuleb arvestada nii osaga „61", vaati ja suhkrurootaimi kujutavate kujutisosadega kui ka väljendist „a nossa alegria" koosneva sõnaosaga, mis ei ole taotletavast kaubamärgist jäävas tervikmuljes tähtsusetud.

77 Apellatsioonikojale ei saa ette heita, et ta ei ole määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b tähenduses esineva segiajamise tõenäosuse analüüsis võtnud taotletava kaubamärgi väljendit „a nossa alegria" arvesse. See ainus taotletavas kaubamärgis esitatud väljend on asjaomase kaubamärgi hääldamise seisukohalt oluline ning seega ei saa seda kaubamärgist jäävas tervikmuljes pidada tähtsusetuks. Samuti võttis apellatsioonikoda õigesti arvesse teatavaid taotletava kaubamärgi kujutisosi, nagu vaadi kujutist. Kuigi vaat ja kaks suhkrurootaime viitavad otseselt suhkruroost valmistatud alkoholile, mida saab kääritada tammevaadis, ning seega on neil asjaomaste kaupade suhtes nõrk eristusvõime, on vaat ja kaks suhkrurootaime taotletavas kaubamärgis iseseisvad ja omavad täiendavat eristusvõimet, mis tuleneb nende kombinatsioonist osaga „61" ning sellest, et neil on asjaomases kaubamärgis osaga „61" vähemalt võrdväärne positsioon. Seega märkis apellatsioonikoda käesoleva menetluse raames õigesti, et neid osi ei saa pidada viimati nimetatud osaga võrreldes vähemalt visuaalselt tähtsusetuks.

78 Eeltoodut ning eespool punktis 46 nimetatud kohtupraktikat arvestades peab hindama varasema Portugali sõnamärgi ja taotletava kaubamärgi vahelist sarnasust,

lähtudes üldmuljest, mille ühelt poolt jätavad osa „cachaça" ja osa „51" kombinatsioon ning teiselt poolt kombinatsioon, mille moodustavad osa „61", mis on valgete tähtedega kirjutatud tähise keskel, vaadi kujutisest koosnev osa, mida ümbritsevad mõlemalt poolt suhkrurootaimed, ning osa, mis vastab väljendit „a nossa alegria" kandvale ribale. Varasemate kujutismärkide ja taotletava kaubamärgi vahelises võrdluses tuleb hinnang anda tervikmulje põhjal, mis jääb ühelt poolt osa „cachaça" või „pirassununga" ja tähist vasakult paremale läbiva laia riba sisse poolenisti ulatuvas ringis kujutatud valget värvi osa „51" kombinatsioonist, ning teiselt poolt kombinatsioonist, mille moodustavad osa „61", mis on valgete tähtedega kirjutatud tähise keskel, vaadi kujutisest koosnev osa, mida ümbritsevad mõlemalt poolt suhkrurootaimed, ning osa, mis vastab väljendit „a nossa alegria" kandvale ribale.

– Visuaalne sarnasus

79 Vastandatud kaubamärkide visuaalse sarnasuse osas järeldas apellatsioonikoda vaidlustatud otsuse punktides 32 ja 33, et need ühtivad vaid numbri 1 kujutise osas. „Suhtelisi visuaalseid sarnasusi" numbrite 5 ja 6 vahel, mis on kirjutatud üpris tavalises kirjastiilis, ei saa arvesse võtta, kuna asjaomane avalikkus on harjunud neid numbreid nägema ning eristab tavaliselt üksikasju, mis neid eristavad. Vastandatud kaubamärkide ühtivusest numbri 1 kujutamises nende olemuse, struktuuri ja kompositsiooni erinevustest tulenevalt sarnase tervikmulje loomiseks ei piisa.

80 Kolmandas väites märgib hageja, et apellatsioonikoda eksis, kui leidis, et vastandatud kaubamärgid ei ole visuaalselt sarnased. Osad „51" ja „61" on visuaalselt sarnased, kuna need sisaldavad kaht numbrit, millest üks on identne, kuna nende pikkus on

võrdväärne, need mõlemad on kirjutatud valges kirjas tumedal ringikujulisel taustal ning kuna numbrid 5 ja 6 sisaldavad ka suuri graafilisi sarnasusi. Peale selle jätavad taotletava kaubamärgi portugalikeelsed sõnaosad mulje, et selle kaubamärgiga tähistatav kaubaliik pärineb portugalikeelsest riigist, mis suurendab segiajamise tõenäosust.

81 Ühtlustamisamet palub sisuliselt kolmas väide tagasi lükata. Ta väidab, et vastandatud kaubamärgid on visuaalselt üldiselt erinevad. Isegi numbrid 51 ja 61 erinevad numbrite 5 ja 6 erinevast kujust tulenevalt teineteisest visuaalselt.

82 Taotletavast kaubamärgist jäävas visuaalses tervikmuljes on kõige eristavamad osad „61" ning vaati ja kaht suhkrurootaime kujutavad kaunistuslikud kujutisosad. Osal „a nossa alegria", millele hageja viitab, on vaid väga väike visuaalne mõju, kuna see on väike, paikneb tähise allosas ning sellel on lihtne graafiline kujundus. Varasemate kaubamärkide graafilises kujutises domineerivad visuaalses tervikmuljes – või varasema Portugali sõnamärgi puhul võivad domineerida – osad „cachaça" või „pirassununga" ja „51" ning varasemates kujutismärkides kaunistav kujutisosa, mis koosneb tähist vasakult paremale läbivast laiast ribast.

83 Vastandatud kaubamärgid erinevad teineteisest visuaalselt sõnaosade „a nossa alegria", „cachaça" ja „pirassununga" poolest ning sõltuvalt tähisest kaunistavate kujutisosade poolest, mis on kujutatud lihtsalt ja suhteliselt tavapäraselt. Seevastu ühtivad need kaubamärgid visuaalselt niivõrd, kuivõrd tegemist on kahekohaliste numbrite kujutisega, millest teine, number 1, on identne. Kuigi numbri 5 graafika erineb teatavates üksikasjades numbri 6 graafikast, on nende kahe numbri vahelised graafilised

erinevused vähem silmatorkavad kui neid kaht numbrit teistest numbritest eristavad erinevused. Peale selle on vastandatud kujutismärkide kahekohalised numbrid, st varasemates kujutismärkides 51 ja taotletavas kaubamärgis 61, kujutatud sarnast viisi suurelt, need on paigutatud tähise keskele, nii et nende valge värv on kontrastis tumeda taustaga. Peale selle on selle tausta kuju suhteliselt sarnane varasemate kujutismärkide ümarale kujule ning taotletavas kaubamärgis kujutatud vaadi ovaalse kuju kontuurile.

84 Vastandatud kaubamärkide visuaalne sarnasus on isegi juhul, kui see tundub nendest jääva visuaalse tervikmuljega võrreldes nõrk, kogu asjaomase avalikkuse silmis tajumiseks piisavalt märkimisväärne. Seetõttu tuleb leida, et apellatsioonikoda eksis, kui järeldas, et vastandatud kaubamärgid ei ole visuaalselt sarnased, ning seetõttu tuleb hageja kolmanda väitega nõustuda.

– Foneetiline sarnasus

85 Vastandatud kaubamärkide foneetilise sarnasuse osas märkis apellatsioonikoda vaidlustatud otsuse punktis 31, et varasemaid kaubamärke kutsutakse vastavalt olukorrale kas „cachaça", „cachaça 51" või „pirassununga 51", samas kui taotletavat kaubamärki hakatakse kutsuma „61", ilma et saaks välistada, et seda hakatakse kutsuma „a nossa alegria". Ainuüksi numbri „1" identsest häälduses ei piisa vastandatud kaubamärkide foneetilise sarnasuse tuvastamiseks.

86 Neljandas väites märgib hageja, et apellatsioonikoda eksis, kui leidis, et vastandatud kaubamärgid ei jäta foneetiliselt väga sarnast muljet. Kuna asjaomane avalikkus on harjunud varasemate kaubamärkidega tähistatud kaupu baarides ja restoranides suuliselt tellima ning kuna Missiato Industria e Comercio kasutab ja võib tulevikus kasutada esisõna „cachaça" oma kaupade identifitseerimiseks, siis tellitakse vastandatud kaubamärke kandvaid kaupu tulevikus nimedega „cachaça 51" või „cachaça 61". Kaubamärkide vaheline foneetiline sarnasus on kõige suurem keeltes, milles numbreid 5 ja 6 hääldatakse samade algus- ja lõputähtedega, nagu portugali ja hispaania keel (vastavalt „s" ja „enta"). Portugali ja Hispaania tarbijad hääldavad numbreid 51 ja 61 peaaegu sama moodi: „sin-cu-enta y um" ja „se-senta y um" Portugali tarbijate puhul ja peaaegu identselt „sin-cuenta e uno" ja „se-senta e uno" Hispaania tarbijate puhul. Tähiste foneetiline sarnasus seisneb Hispaania ja Portugali tarbijate osas vaid vastavalt tähtede „incu" ja „ess" olemasolus numbrite keskel, nagu avalikkus neid hääldab. Foneetiline erinevus vastandatud kaubamärkide teatavate osade vahel on vähem oluline, kuivõrd neil osadel on kõnealustes tähistes kaunistav või kirjeldav ülesanne.

87 Ühtlustamisamet palub sisuliselt neljas väide tagasi lükata. Isegi kui võtta vastandatud kaubamärkides arvesse üksnes numbreid 51 ja 61, on foneetilised erinevused kuuldavad. Hispaanias ei jää „cincuenta y uno" ja „sesenta y uno" vahelised foneetilised erinevused tähele panemata. Erinevused on veelgi silmatorkavamad inglise keeles „fifty one" ja „sixty one" vahel, saksa keeles „einundfünfzig" ja „einundsechzig" vahel ning taani keeles „enoghalvtreds" ja „enogtres" vahel, kus sõnade „50" ja „60" algust hääldatakse täiesti erinevat moodi. Vastandatud kaubamärkide vahelised foneetilised erinevused on veelgi suuremad, kui Hispaanias, Ühendkuningriigis, Austrias ja Taanis võetakse arvesse, nagu ühtlustamisamet peab vajalikuks, sõna „cachaça", mille tähendust asjaomane avalikkus ei tea, ning Hispaanias väljendit „a nossa alegria",

mille tähendusest võib asjaomane avalikkus aru saada. Parimal juhul on vastandatud kaubamärkide foneetiline sarnasus nõrk või lausa minimaalne Hispaanias ning veelgi nõrgem Ühendkuningriigis, Austrias ja Taanis. Portugalis on vastandatud kaubamärkide vaheline foneetiline sarnasus vähene või lausa minimaalne, kuna foneetilised erinevused „sincuenta y um" ja „sesenta y um" vahel ei jää märkamata ning võidakse välja häälda ka väljendit „a nossa alegria".

88 Asjaomane avalikkus viitab vastandatud kaubamärkidele tõenäoliselt nii, et hääldab välja kombinatsiooni, mis koosneb neist kahest sõnamärgist, millest jääv tervikmulje ei ole tähtsusetu. Nii nimetatakse varasemaid kaubamärke „cachaça 51" või „pirassununga 51", samas kui taotletavat kaubamärki hakatakse kutsuma „61" või isegi „61 a nossa alegria".

89 Vastandatud kaubamärgid erinevad foneetiliselt sõnaosade „a nossa alegria", „cachaça" ja „pirassununga" poolest. Numbriosa häälduse poolest ühtivad kaubamärgid aga osaliselt. Kõigepealt tuleb märkida, et kõigis asjaomastes keeltes vastavad asjaomased sõnad numbritele 51 ja 61, mis väljendavad ühe ühiku lisamist numbritele 50 ja 60. Foneemid, mis väljendavad ühiku lisamist kümnelistele, hääldatakse numbrite 51 ja 61 osas neis keeltes eraldi ja ühtmoodi välja. Foneeme „einund" ja „enog" hääldatakse saksa ja taani keeles vastavalt sõnades „einundfünfzig" ja „einundsechzig" või „enoghalvtreds" ja „enogtres" lausa esimesena. Vastupidi hageja väidetele erinevad vastandatud kaubamärgid foneetiliselt aga nende foneemide häälduse poolest, mis vastavad kümnelistele 50 või 60. Portugali ja hispaania keeles on vastavad häälduserinevused esiteks foneemide „cinquenta" ja „sessenta" ja teiseks „cincuenta" ja „sesenta" vahel märkimisväärsed ning asjaomane avalikkus ei jäta neid tähele panemata. Vastupidi hageja väidetele ei ühti asjaomastes sõnades isegi tähtedele „c" ja „s" vastavad

foneemid Portugalis ja Hispaania valdavas osas. Nagu ühtlustamisamet õigesti märkis, on erinevused veelgi kuuldavamad inglise („fifty" ja „sixty"), saksa („fünfzig" ja „sechzig") ning taani keeles („halvtreds" ja „tres"), kus numbrite 50 ja 60 algusi hääldatakse täiesti erinevat moodi.

90 Sellest tuleneb, et vastandatud kaubamärkide foneetiline sarnasus, mis on neist jääva tervikmuljega seoses küll nõrk, on kogu asjaomase avalikkuse silmis siiski piisavalt märkimisväärne. Seetõttu tuleb leida, et apellatsioonikoda tegi vea, järeldades sisuliselt, et vastandatud kaubamärkide foneetiline sarnasus puudub, ning sedavõrd nõustuda hageja neljanda väitega.

– Kontseptuaalne sarnasus

91 Vastandatud kaubamärkide kontseptuaalse sarnasuse osas märkis apellatsioonikoda vaidlustatud otsuse punktis 34, et kõnealune sarnasus saab igal juhul tuleneda üksnes sellest, et neist mõlema puhul kujutatakse kahekohalist arvu. Kuna aga asjaomased numbrid on oma olemusliku absoluutväärtuse erinevuse tõttu täiesti erinevad ning kuna number 61 tähistab taotletavas kaubamärgis vaati, siis on vastandatud kaubamärgid kontseptuaalselt erinevad.

92 Hageja märgib viiendas väites, et apellatsioonikoda eksis, kui järeldas, et vastandatud kaubamärgid ei ole kontseptuaalselt sarnased. Nende kaubamärkide eristav osa on kahekohaline number, millest viimane on identne, ning seda kahekohalist numbrit seostatakse ühe ja sama kaubaliigiga, nimelt Brasiilias valmistatud suhkrurooviinaga

ning mõlemal puhul portugali keelest tulenevate sõnaosadega. Lisaks eelneb või võib eelneda asjaomastele numbritele sõna „cachaça". Nii ei ole vastandatud kaubamärgid kontseptuaalselt fundamentaalselt erinevad.

93 Ühtlustamisamet palub sisuliselt viies väide tagasi lükata. Ta vaidlustab väite, et vastandatud kaubamärgid tervikuna on kontseptuaalselt erinevad. Kuivõrd väärtus, millele numbrid 51 ja 61 viitavad, ei ole teada, siis on asjaomastel numbritel keeruline vastandatud kaubamärkide kontseptuaalset sarnasust või erinevust toetada. Taotletava kaubamärgi kujutisosa, nimelt kahe suhkrurootaimega ümbritsetud vaat on kontseptuaalselt rikas, seda enam, et toimikust ei tulene, et alkoholikaubanduse ettevõtjate seas on nende kahe graafilise elemendi kasutamine mis tahes kujunduses levinud. Taotletava kaubamärgi kujutisosa toetab seega vastandatud kaubamärkide kontseptuaalset eristamist. Väljend „a nossa alegria" lisab vastandatud kaubamärkidele eelkõige Hispaanias eristava elemendi. Asjaomase väljendi semantiline sisu jäetakse tõenäoliselt meelde ning see kehtib seda enam, et tegemist on taotletava kaubamärgi ainsa semantiliselt selge sisuga osaga. Portugalis toovad väljend „a nossa alegria" ning sõnad „cachaça" ja „pirassununga" kaubamärki täiendavad kontseptuaalse eristamise elemendid.

94 Taotletavast kaubamärgist jäävas kontseptuaalses tervikmuljes on kõige eristavam osa „61", kuna see on asjaomase kaubaliigiga seoses meelevaldne. Vaat ja kaks suhkrurootaime kui kaunistavad kujutisosad ning väljend „a nossa alegria" ise on kontseptuaalselt vähese eristusvõimega, kuna need osutavad selgesti asjaomasele kaubaliigile, päritolukohale (riigile, kus kõneldakse portugali keelt) või nende teatavatele omadustele või olemusele, ning seega kasutatakse neid üksnes selleks, et seostada asjaomase avalikkuse silmis teatavat kaubaliiki, selle päritolukohta, omadusi või olemust taotletava kaubamärgi kõige eristavamate osadega. Varasemates kaubamärkides on osa „51" kõige eristavam, kuna see on asjaomase kaubaliigiga seoses (vt eespool

punktid 60 ja 67) meelevaldne. Varasemate kaubamärkide kaunistuslik kujutisosa, mis koosneb kujutismärke vasakult paremale läbivast laiast ribast, rõhutab kontseptuaalselt numbri 51 seost nende kaubamärkidega tähistatud kaupade liigiga. Seega on nimetatud kujutisosa kaubamärkidest jäävas tervikmuljes teisejärguline. Portugali varasemate kaubamärkide osad „cachaça" või „pirassununga" on kontseptuaalselt vaid vähese eristusvõimega, kuna need osutavad tugevasti asjaomasele kaubaliigile või selle valmistamiskohale ning seega on nende mõte vaid selles, et seostada asjaomase avalikkuse silmis teatavat kaubaliiki või selle päritolukohta taotletava kaubamärgi kõige eristavamate osadega. Seevastu ning eeldades, et suur osa Hispaania, Taani, Ühendkuningriigi ja Austria asjaomasest avalikkusest tajub sõna „cachaça" väljamõeldisena, nagu apellatsioonikoda vaidlustatud otsuse punktis 26 leidis ning millele hageja vastu vaidleb (eespool punkt 72), võib osa „cachaça" koos osaga „51" pidada üheks varasemate Hispaania, Ühendkuningriigi, Austria ja Taani asjaomaste kujutismärkide kõige eristavamaks osaks.

95 Vastandatud kaubamärgid erinevad kontseptuaalselt sõnaosade „a nossa alegria", „cachaça" ja „pirassununga" ning vastavalt olukorrale nende kaunistuslike kujutisosade poolest. Samas ühtivad need kaubamärgid numbriosade „51" ja „61" poolest osaliselt. Ei ole kahtlust, et asjaomane avalikkus tajub neid osi vahetult kui numbreid, mis võimaldavad hinnata ja võrrelda mahtusid või vanuse suhet või tellida asjaomast toodet numbri järgi. Eespool punktis 60 nimetatud põhjustel ei saa käesolevatel asjaoludel siiski leida, et asjaomane avalikkus tajub kõnealuseid numbreid nii, et need puudutavad vastandatud kaubamärkidega tähistatud kaubaliigi teatavaid kindlaid omadusi, nagu alkoholisisaldus mahuühiku kohta, maht või käärimiseks vajalik aeg. Sellest tuleneb, et asjaomane avalikkus tajub neid numbreid kui iseseisvaid mõisteid

ning nad ei oska neile asjaomaste kaupadega seoses konkreetset, selget ja kindlat tähendust omistada, nagu möönis ka ühtlustamisamet (vt eespool punktid 60 ja 93).

96 Osadel „51” ja „61” kui numbritel on teatavad kontseptuaalsed sarnasused. Mõlemad on kahekohalised paaritud naturaalarvud, mille teine number, nimelt number 1 on identne. Seevastu erinevad asjaomased arvud üksteisest kümneliste poolest, s.o varasemates kaubamärkides 5 ja taotletavas kaubamärgis 6. Siiski vähendab vastandatud kaubamärkide kümneliste erinevusest tulenevat kontseptuaalset erinevust asjaolu, et kümneliste kasvavas järjekorras eelneb number 50, mille kümneline on „5”, vahetult numbrile 60, mille kümneline on „6”, ning et seetõttu tajutakse väärtust „50” väärtusele „60” suhteliselt lähedal olevana.

97 Ühelt poolt võib varasemate Hispaania, Ühendkuningriigi, Austria ja Taani kujutismärkide ja teiselt poolt taotletava kaubamärgi vahel esineva osadest „51” ja „61” tuleneva kontseptuaalse sarnasuse astet veidi vähendada asjaolu, et suur osa Hispaania, Taani, Ühendkuningriigi ja Austria avalikkust tajub osa „cachaça” väljamõeldud sõnana, nagu ühtlustamisamet väidab, ning kui ta moodustab koos numbriga 51 seega Hispaania, Ühendkuningriigi, Austria ja Taani kaubamärkide ühe kõige eristavama osa.

98 Eespool nimetatud kaalutlusi arvestades esineb käesoleval juhul teatav kontseptuaalne sarnasus, mille astet võib varasemate Portugali kaubamärkide ja taotletava kaubamärgi vahel pidada üldiselt keskmiseks, ning väljatoodud eelduste kohaselt ühelt poolt Hispaania, Ühendkuningriigi, Austria ja Taani ning teiselt poolt taotletava kaubamärgi vahel keskmiseks või väheseks. Seetõttu tuleb märkida, et apellatsioonikoda

tegi vea, kui järeldas sisuliselt, et vastandatud kaubamärgid ei ole kontseptuaalselt sarnased, ning nõustuda seega hageja viienda väitega.

Segiajamise tõenäosus

99 Segiajamise tõenäosuse igakülgne hindamine eeldab arvestamist asjaomaste teguri-te teatava vastastikuse sõltuvusega, eriti asjaomaste kaubamärkide vastastikuse sõltuvusega ja nendega tähistatavate kaupade ja teenuste vastastikuse sõltuvusega (vt eespool punkt 29). Nii võib tähistatavate kaupade või teenuste vähese sarnasuse kompenseerida kaubamärkide suur sarnasus ning vastupidi (Euroopa Kohtu 29. septembri 1998. aasta otsus kohtuasjas C-39/97: Canon, EKL 1998, lk I-5507, punkt 17, ja 22. juuni 1999. aasta otsus kohtuasjas C-342/97: Lloyd Schuhfabrik Meyer, EKL 1999, lk I-3819, punkt 19; eespool punktis 40 viidatud Üldkohtu kohtuotsus VENADO raamiga jm, punkt 74).

100 Samuti tuleb meenutada, et segiajamise tõenäosuse igakülgse hindamise raames tuleb arvesse võtta asjaolu, et väljakujunenud kohtupraktika kohaselt on asjaomase kaubaliigi keskmisel tarbijal harva võimalik erinevaid kaubamärke otseselt võrrelda, vaid ta peab usaldama neist jäänud ebatäiuslikku mälupilti (eespool punktis 99 viidatud kohtuotsus Lloyd Schuhfabrik Meyer, punkt 26).

101 Igakülgse hindamise puhul ei ole vastandatud tähiste visuaalsel, foneetilisel ja kontseptuaalsel küljel alati sama kaal ning tuleb hinnata objektiivseid tingimusi, milles asjaomased kaubamärgid võivad turul esineda (vt selle kohta Üldkohtu 3. juuli 2003. aasta otsus kohtuasjas T-129/01: Alejandro *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Anheuser-Busch (BUDMEN), EKL 2003, lk II-2251, punkt 57, ja 6. oktoobri 2004. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-117/03–T-119/03 ja T-171/03: New Look *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Naulover (NLSPORT, NLJEANS, NLACTIVE ja NLCollection), EKL 2004, lk II-3471, punkt 49).

102 Kaubamärkide foneetilise sarnasuse aste on väiksema tähtsusega siis, kui tegemist on toodetega, mida turustatakse sellisel viisil, et tavaliselt tajub asjaomane avalikkus ostu sooritamisel neid tooteid tähistavat kaubamärki visuaalselt (Üldkohtu 14. oktoobri 2003. aasta otsus kohtuasjas T-292/01: Phillips-Van Heusen *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Pash Textilvertrieb und Einzelhandel (BASS), EKL 2003, lk II-4335, punkt 55, ja 28. juuni 2005. aasta otsus kohtuasjas T-301/03: Canali Ireland *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Canal Jean (CANAL JEAN CO. NEW YORK), EKL 2005, lk II-2479, punkt 55).

103 Järeldus vastandatud kaubamärkide segiajamise tõenäosuse puudumise kohta, millele apellatsioonikoda vaidlustatud otsuses jõudis, põhines asjaolul, et kaubamärgid on visuaalselt, foneetiliselt ja kontseptuaalselt üldiselt erinevad.

104 Nagu on eespool punktides 84, 90 ja 98 märgitud, on vaidlustatud otsuses eksitud, kuivõrd selles järeldatakse, et vastandatud kaubamärgid ei ole foneetiliselt, visuaalselt ja kontseptuaalselt sarnased. Asjaomaste tarbijate silmis jätavad vastandatud kaubamärgid visuaalselt ja foneetiliselt vähesel määral sarnase ning kontseptuaalselt keskmise või vähesel määral sarnase mulje.

105 Hageja märgib kuuendas väites sisuliselt, et need vead on vaidlustatud otsust mõjutanud, kuna need on viinud apellatsioonikoja väärarvamusele, et asjaomase avalikkuse silmis segiajamise tõenäosus puudub. Noored täisealised ja keskealised, kes baarides, restoranides ning eraüritustel tavaliselt kokteile tarbivad, peavad sõnale „cachaça" järgnevate osade „61" ja „51" foneetilise sarnasuse meeles ning taotletava kaubamärgi kujutisosa kaubamärkidest jäävasse ebatäiuslikku mälupilti ei kuulu. Isegi kui asjaomane avalikkus oleks võimeline vastandatud kaubamärke eristama, võib nendest

jääv foneetiline, visuaalne ja kontseptuaalne sarnasus panna neid uskuma, et nende kaubamärkidega tähistatud kaubad pärinevad samalt ettevõtjalt.

106 Olgugi et, nagu ühtlustamisamet väidab, jookide valdkonnas omistatakse kaubamärkide foneetilisele käsitusele ülekaalukas roll (Üldkohtu 15. jaanuari 2003. aasta otsus kohtuasjas T-99/01: Mystery Drinks *vs.* Sisetura Ühtlustamise Amet – Karlsberg Brauerei (MYSTERY), EKL 2003, lk II-43, punkt 48), ei saa seda käesoleval juhul teha. Nagu eespool punktis 40 märgitud, turustatakse asjaomaseid kaupu laiaulatuslikult ning müüakse mitte üksnes erikauplustes, vaid ka selvehallides. Lisaks väidab hageja, et ühtlustamisamet ei ole vaidlustanud asjaolu, et kuigi vastandatud kaubamärkidega tähistatavaid suhkrurooviinasid või -likööre tarbitakse baarides või restoranides, kuuluvad need tavaliselt teatavate kokteilide, nagu caipirinha koostisesse. Sellest tuleneb, et nimetatud jooke tellitakse tavaliselt suuliselt nende kokteilide, mitte joogi oma nimetuse all.

107 Käesolevatel asjaoludel tuleb vastandatud kaubamärkidest jäävas tervikmuljes omistada foneetilisele käsitusele seega teisejärguline tähtsus. Seevastu visuaalne ja kontseptuaalne käsitus on tervikmuljes valdavad.

108 Tuleb arvestada asjaoluga, et vastandatud kaubamärgid vastavad seoses suhkrurooviina või -likööriga ning täpsemalt varasemate Portugali kaubamärkidega cachaça visuaalselt ja kontseptuaalselt teatavale numbrile, milleks varasemate kaubamärkide puhul on 51 ning taotletava kaubamärgi puhul 61, mis ei viita asjaomase avalikkuse tajus kõnealuse kauba konkreetsele omadusele või ei tee seda vahetult. Asjaomane number on kõigi vastandatud kaubamärkide osas ühtmoodi paaritu kahekohaline naturaalarv, millest teine number ehk üheline on 1. Peale selle vähendab vastandatud kaubamärkide visuaalseid ja kontseptuaalseid erinevusi, mis tulenevad graafilistest erinevustest ning väärtuse erinevusest numbrite 50 ja 60 vahel, asjaolu, et ühelt poolt

sarnaneb numbri 5 kuju pigem numbri 6 kui muude numbrite kujule ning vastupidi, ning et teiselt poolt eelneb kümneliste kasvavas järjekorras number 50 vahetult numbrile 60, mistõttu piisavalt informeeritud, mõistlikult tähelepanelik ja arukas asjaomane avalikkus tajub nende numbrite väärtust suhteliselt ligilähedasena.

109 Lisaks on ühelt poolt varasemate kaubamärkide ja võib-olla varasema Portugali sõnamärgi ning teiselt poolt taotletava kaubamärgi visuaalse kujutise ühiseks jooneks numbrite suurus, paigutus tähise keskosas ning esitamine lihtsas kirjastiilis, valgena, mis eristub tumedast taustast.

110 Vastandatud kujutismärkide kujutisosadel ei ole konkreetset kontseptuaalset sisu ning visuaalselt on need, nagu ka sõnamärgid „cachaça", „pirassununga" või „a nossa alegria" Portugali tarbijate silmis osad, millega soovitakse rõhutada numbrilise osa, st numbrite 51 või 61 mõju seoses asjaomase kaubaliigiga, milleks on suhkrurooviin või -liköör, mida valmistatakse riigis, kus kõneldakse portugali keelt, käesoleval juhul Brasiilias. Peale selle ühtivad vastandatud kaubamärgid teatavates kujutisosades, nagu vaadi kontuuri ümar või ovaalne kuju, millel varasemates kujutismärkides on kujutatud number 51 ja taotletavas kaubamärgis number 61. Seetõttu ei erista kujutisosad ning Portugali avalikkuse seas ka asjaomased sõnaosad varasemaid kujutismärke taotletavast kaubamärgist piisavalt ega välista segiajamise tõenäosust määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b tähenduses.

111 Vastandatud kaubamärkide foneetilised erinevused, kui märkimisväärsed need ka ei ole, tunduvad käesoleval juhul eespool punktides 106 ja 107 osutatud põhjustel suhteliselt teisejärgulised.

112 Isegi kui asjaomane avalikkus on võimeline teatavaid erinevusi vastandatud kaubamärkide vahel tajuma, on tõenäosus, et ta loob nende kaubamärkide vahel seose, kõiki eespool toodud kaalutlusi ning nende kaubamärkidega tähistatud kaupade identsust arvestades olemas. Kindlasti ei tundu need erinevused käesoleval juhul piisavad, et välistada tõenäosus, et asjaomane avalikkus või vähemalt keskmise tähelepanelikkuse tasemega Portugali alkoholjookide tarbija võib neist kaubamärkidest jäänud ebatäituslikku mälupilti usaldades uskuda, et nendega tähistatud kaubad pärinevad samalt ettevõtjalt või majanduslikult seotud ettevõtjatelt.

113 Seetõttu tuleb märkida, et apellatsioonikoda tegi vea, kui järeldas, et vastandatud kaubamärkide segiajamine ei ole määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b tähenduses tõenäoline, ning nõustuda seega hageja kuuenda väitega.

114 Seetõttu ning ilma et oleks vaja uurida, kuivõrd on põhjendatud seitsmes väide, mille kohaselt apellatsioonikoda eksis nende tõendite hindamisel, mis puudutavad varasemate sõna- ja kujutismärkide CACHAÇA 51 ja Cachaça 51 üldtuntust Portugalis või vähemalt nende kaubamärkide suurt üldist eristusvõimet, tuleb nõustuda väitega, et määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b on rikutud, ning sellest tulenevalt vaidlustatud otsus tühistada.

Kohtukulud

115 Üldkohtu kodukorra artikli 87 lõike 2 alusel on kohtuvaidluse kaotanud pool kohustatud hüvitama kohtukulud, kui vastaspool on seda nõudnud. Kuna ühtlustamisamet on kohtuvaidluse kaotanud, mõistetakse kohtukulud vastavalt hageja nõudele välja ühtlustamisametilt.

Esitatud põhjendustest lähtudes

ÜLDKOHUS (teine koda)

otsustab:

1. **Tühistada Siseturu Ühtlustamise Ameti (kaubamärgid ja tööstusdisainilahendused) esimese apellatsioonikoja 4. juuli 2008. aasta otsus (asi R 1687/2007-1).**

2. **Mõista kohtukulud välja Siseturu Ühtlustamise Ametilt.**

Pelikánová Jürimäe Soldevila Fragoso

Kuulutatud avalikul kohtuistungil 3. septembril 2010 Luxembourgis.

Allkirjad

Sisukord

Vaidluse taust ..... II - 3914

Poolte nõuded ..... II - 3920

Esimest korda Üldkohtus esitatud dokumentide vastuvõetavus ..... II - 3921

Põhiküsimus ..... II - 3922

1. Vaidlustatud otsuse tühistamisväite teine osa määruse nr 40/94 artikli 52 lõike 1 punkti a rikkumise kohta ..... II - 3922

2. Vaidlustatud otsuse tühistamisväite esimene osa määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b rikkumise kohta ..... II - 3923

Poolte argumendid ..... II - 3923

Üldkohtu hinnang ..... II - 3925

Asjaomane avalikkus ..... II - 3926

Kaupade sarnasus ..... II - 3930

Tähiste sarnasus ..... II - 3931

– Eristavad ja domineerivad osad ..... II - 3931

– isuaalne sarnasus ..... II - 3942

– Foneetiline sarnasus ..... II - 3944

– Kontseptuaalne sarnasus ..... II - 3947

Segiajamise tõenäosus ..... II - 3951

Kohtukulud ..... II - 3956