ESIMESE ASTME KOHTU OTSUS (neljas koda)

10. november 2004 *

Kohtuasjas T-396/02,

August Storck KG, asukoht Berliin (Saksamaa), esindajad: advokaadid H. Wrage-Molkenthin, T. Reher, A. Heise ja I. Rohr, kohtudokumentide kättetoimetamise aadress Luxembourgis,

hageja,

versus

Siseturu Ühtlustamise Amet (kaubamärgid ja tööstusdisainilahendused), esindajad: B. Müller ja G. Schneider,

kostja,

mille esemeks on tühistamishagi Siseturu Ühtlustamise Ameti neljanda apellatsioonikoja 14. oktoobri 2002. aasta otsuse (asi R 187/2001-4) peale, millega lükati tagasi taotlus registreerida ruumiline kaubamärk, mis koosneb helepruuni värvi kompveki väliskujust,

* Kohtumenetluse keel: saksa.

EUROOPA ÜHENDUSTE ESIMESE
ASTME KOHUS (neljas koda),

koosseisus: koja esimees H. Legal, kohtunikud V. Tiili ja M. Vilaras,
kohtusekretär: kohtusekretäri abi B. Pastor,

arvestades 27. detsembril 2002 Esimese Astme Kohtu kantseleisse saabunud hagiavaldust,

arvestades 14. aprillil 2003 Esimese Astme Kohtu kantseleisse saabunud kostja vastustust,

arvestades 16. juunil 2004. aasta kohtuistungil esitatut,

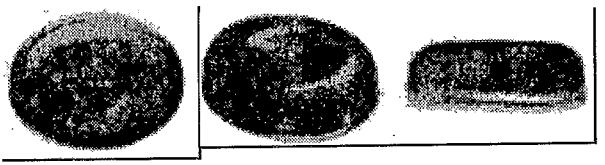
on teinud järgmise

otsuse

Vaidluse taust

1 Hageja esitas 30. märtsil 1998 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) alusel ühenduse kaubamärgi taotluse.

2 Kaubamärk, mille registreerimist taotleti, on alljärgnev helepruuni värvi karamellkompveki-kujuline ruumiline kaubamärk:



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 30 ning vastavad selles klassis järgmisele kirjeldusele: „maiustused".

4 Kontrollija jättis 25. jaanuari 2001. aasta otsusega registreerimistaotluse rahuldamata põhjusel, et taotletaval kaubamärgil puudub eristusvõime määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punkti b tähenduses. Samuti leidis ta, et kaubamärk ei ole omandanud eristusvõimet kasutamise käigus.

5 Hageja esitas 14. veebruaril 2001 ühtlustamisametile määruse nr 40/94 artikli 59 alusel kontrollija otsuse peale kaebuse. Kaebuses taotles hageja kontrollija asjaomase otsuse osalist muutmist ning seda, et lubataks avaldada kaubamärgi registreerimine „maiustuste, täpsemalt karamellkompvekkide" jaoks. Seevastu kaebuse 14. mail 2001 esitatud põhjendustes palus hageja kontrollija otsuse tühistamist täies ulatuses, ja teise võimalusena taotles „nende kaupade loetelu, mille jaoks taotletakse asjaomase kaubamärgi registreerimist, [piiramist] „karamellkompvekkidega", juhul kui registreerimistaotlus jäetakse rahuldamata seetõttu, et [kaubamärgil] puudub seoses

„maiustustega" nii eriomane eristusvõime kui ka kasutamise käigus omandatud eristusvõime".

6 Ühtlustamisameti neljas apellatsioonikoda jättis 14. oktoobri 2002. aasta otsusega (edaspidi „vaidlustatud otsus"), millest teavitati hagejat 18. oktoobri 2002. aasta faksiga ja 31. oktoobri 2002. aasta tähitud kirjaga, kaebuse rahuldamata sellel põhjusel, et taotletaval kaubamärgil puudub eristusvõime määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punkti b tähenduses ning kuna kaubamärki ei saa registreerida ka nimetatud määruse artikli 7 lõike 3 alusel.

7 Apellatsioonikoda leidis sisuliselt, et taotletava kaubamärgi kuju ja värvi kombinatsioon ei saa oma olemusest tulenevalt tähistada asjaomaste kaupade, st maiustuste päritolu. Lisaks leidis apellatsioonikoda, et hageja esitatud tõendid ei kinnitanud seda, et taotletud kaubamärk on kasutamise käigus omandanud karamellkompvekkide osas eristusvõime.

Menetlus ja poolte nõuded

8 Hageja taotles Esimese Astme Kohtu kantseleisse 21. mai 2003. aastal esitatud kirjaga Esimese Astme Kohtu kodukorra artikli 135 lõike 2 alusel repliigi esitamise luba. Esimese Astme Kohtu neljanda koja esimees jättis selle taotluse rahuldamata.

9 Hageja palub Esimese Astme Kohtul:

— tühistada vaidlustatud otsus;

— mõista kohtukulud välja ühtlustamisametilt.

10 Ühtlustamisamet palub Esimese Astme Kohtul:

— jätta hagi rahuldamata;

— mõista kohtukulud välja hagejalt.

Vaidluse ese

Poolte argumendid

11 Viitamata otseselt käesoleva vaidluse esemele, heidab hageja vaidlustatud otsusele ette seda, et tulenevalt kaubamärgi registreerimise taotlusega hõlmatud kaupade nimekirja piiramisest, mis tema väidete kohaselt tulenes kaebuse 14. mai 2001. aasta põhjendustes teise võimalusena esitatud nõudest, peaks käesolevas vaidluses asjakohane turg olema üksnes „karamellkompvekkide" mitte „üldiselt kompvekkide" turg.

12 Ühtlustamisamet väidab selle kohta, et võttes ühelt poolt arvesse hageja nõude eesmärki, milleks on asjaomase kaubamärgi registreerimine „maiustuste" jaoks ja teisalt hageja apellatsioonikojale esitatud kaebuse ning nimetatud kaebuse põhjendustes esitatud nõuete vastukäivust (vt eespool punkt 5), on apellatsioonikoda hageja vastukäivalt väljendatud nõudeid õigesti tõlgendanud ning järeldanud, et kontrollija otsus vaidlustati täies ulatuses. Ühtlustamisamet väidab samuti, et kuna kontrollija jättis taotluse rahuldamata „maiustuste" osas üldiselt, mitte „maiustuste, st karamellkompvekkide" või „karamellkompvekkide" osas, ei saa hageja piirata oma kaebuse ulatust viimati mainitutega, kuna kontrollija otsus on selles osas „jagamatu".

13 Lisaks ülaltoodule ei ole hageja 14. mai 2001. aasta põhjendustes teise võimalusena esitatud kaupade loetelu piiramine käesolevas kohtumenetluses ühtlustamisameti arvates tähtis. Hageja ei saa teise võimalusena piirata kaupade loetelu juhuks, kui hageja peamist nõuet ei rahuldata (Esimese Astme Kohtu 27. veebruari 2002. aasta otsus kohtuasjas Ellos *v.* Siseturu Ühtlustamise Amet (ELLOS): T-219/00, EKL 2002, lk II-753).

14 Ühtlustamisamet väidab eespool esitatu alusel, et apellatsioonikojas oli vaidluse esemeks kaubamärgitaotluse rahuldamata jätmine maiustuste (klass 30) jaoks ning et käesoleva menetluse vaidluse esemeks on apellatsioonikoja vaidlustatud otsus, milles hinnati kaubamärgi registreerimise taotluse rahuldamata jätmist õigesti.

Esimese Astme Kohtu hinnang

15 Määruse nr 40/94 artiklitest 57–61 tuleneb, et kontrollijate otsuste peale võib esitada kaebuse ning et kaebuse võib esitada menetluspool, kelle kahjuks otsus tehti.

Komisjoni 13. detsembri 1995. aasta määruse (EÜ) nr 2868/95, millega rakendatakse nõukogu määrus (EÜ) nr 40/94 ühenduse kaubamärgi kohta (EÜT L 303, lk 1; ELT eriväljaanne 17/01, lk 189) artikli 48 lõike 1 järgi peab kaebus sisaldama teatavaid andmeid, nagu „märget vaidlustatava otsuse kohta ja selle kohta, millises ulatuses otsuse muutmist või tühistamist nõutakse".

16 Käesoleval juhul on selge, et kontrollija jättis kaubamärgi registreerimise taotluse rahuldamata kõikide selles viidatud kaupade, st klassi 30 kuuluvate „maiustuste" osas. Hageja piiras oma 14. veebruaril 2001 apellatsioonikojale esitatud kaebuse ulatust, vaidlustamata seejuures kaubamärgi registreerimise taotluse rahuldamata jätmist „maiustuste, st karamellkompvekkide" osas. Niisiis palus ta, et kontrollija asjaomast otsust muudetaks osalist ning seda, et lubataks avaldada kaubamärgi registreerimine „maiustuste, st karamellkommide" suhtes. Siiski palus hageja kaebuse 14. mail 2001 esitatud põhjendustes peamise nõudena kontrollija otsuse tühistamist täies ulatuses, ja teise võimalusena registreerimistaotlusega hõlmatud kaupade loetelu piiramist üksnes „karamellkompvekkidega" kui registreerimistaotlus jäetakse rahuldamata seetõttu, et kaubamärgil puudub seoses „maiustustega" nii eriomane eristusvõime kui kasutamise käigus omandatud eristusvõime. Hageja arvates on ilmselgelt võimatu eitada asjaolu, et taotletava kaubamärgi kuju on kasutamise käigus omandanud eristusvõime karamellkompvekkide suhtes.

17 Apellatsioonikoda leidis vaidlustatud otsuse punktis 6, et kaebuse peamises taotluses palutakse kontrollija asjaomase otsuse muutmist ja luba piiranguteta avaldada kaubamärgi registreerimine „maiustuste" suhtes sel alusel, et taotletav kaubamärk on määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punkti b tähenduses eristatav, ning teise võimalusena väidetakse, et kaubamärk on registreeritav eelkõige „karamellide" jaoks kasutamise käigus omandatud eristusvõime tõttu. Hinnanud kaebuses esitatud väiteid, jättis apellatsioonikoda kaebuse täies ulatuses põhjendamatuse tõttu rahuldamata.

18 Nõuetes ning Esimese Astme Kohtule esitatud hagiavalduse teatavates lõikudes palub hageja vaidlustatud otsuse tühistamist täies ulatuses. Samas väidab hageja hagiavalduse teatavates teistes lõikudes (nt punktid 20, 21 ja 30), et arvestades kaupade loetelu piiramist, mis esitati tema 14. mai 2001. aasta põhjendustes, on taotluse objektiks nüüdsest üksnes karamellkompvekid. Seetõttu tegi apellatsioonikoda hageja arvates vea, jättes kaubamärgi eristusvõime hindamisel eristamata karamellkompvekkide turgu kompvekkide turust üldiselt.

19 Siin on kohane meelde tuletada, et määruse nr 40/94 artikli 44 lõike 1 kohaselt võib taotluse esitaja ühenduse kaubamärgi taotluse igal ajal tagasi võtta või piirata selles loetletud kaupade või teenuste loetelu. Seega on kaupade või teenuste loetelu piiramise õigus üksnes ühenduse kaubamärgi taotlejal, kes võib igal ajal esitada sellekohase taotluse ühtlustamisametile. Selline ühenduse kaubamärgitaotluse osaline või täies ulatuses tagasi võtmine või kaupade või teenuste loetelu piiramine peab toimuma selgesõnaliselt ja tingimusteta (vt selles osas eespool viidatud kohtuotsus ELLOS, punktid 60 ja 61).

20 Käesoleval juhul taotles hageja vaid teise võimalusena kaubamärgitaotlusega hõlmatud kaupade loetelu piiramist „karamellkompvekkidega", seega üksnes juhul, kui apellatsioonikoda jätab selle taotluse kõikide taotletud kaupade osas (st „maiustuste" osas) rahuldamata. Järelikult ei ole hageja piiranud kaupade loetelu selgesõnaliselt ja tingimusteta ning seetõttu ei saa nimetatud piiramist arvesse võtta (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus ELLOS, punkt 62).

21 Vastavalt kohtupraktikale peab kaubamärgitaotluses esitatud kaupade või teenuste loetelu piiramise arvesse võtmiseks olema see tehtud ka teatava erikorra kohaselt, st määruse nr 40/94 artikli 44 ja määruse nr 2868/95 eeskirja 13 kohase taotluse

muutmise taotluse vormis (Esimese Astme Kohtu 5. märtsi 2003. aasta otsus kohtuasjas T-194/01: Unilever *v.* Siseturu Ühtlustamise Amet (munakujuline tablett), EKL 2003, lk II-383, punkt 13 ja 25. novembri 2003. aasta otsus kohtuasjas T-286/02: Oriental Kitchen *v.* Siseturu Ühtlustamise Amet (KIAP MOU), lk II-4953, punkt 30).

22 Seda korda ei ole käesoleval juhul järgitud, sest hageja taotles oma 14. mai 2001. aasta põhjendustes üksnes teise võimalusena asjaomaste kaupade loetelu piiramist, esitamata seejuures eespool nimetatud sätete kohast taotluse muutmise taotlust.

23 Neid asjaolusid arvestades tuleb käesolevat hagi tõlgendada nii, et selle eesmärk on vaidlustatud otsuse tühistamine määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punkti b rikkumise tõttu kõigi taotletud kaubamärgiga hõlmatud kaupade (st „maiustuste") osas ning sama määruse artikli 7 lõike 3 rikkumise tõttu nimetatud kaupade, st karamellkompvekkide osas.

Esmakordselt alles Esimese Astme Kohtus esitatud tõendite vastuvõetavus

24 Hagiavaldusele lisatud dokumente, mida apellatsioonikoda ei ole hinnanud, st 1997. aastal Saksamaal läbi viidud avaliku arvamuse küsitluse tulemused, mis käsitlevad kompveki „Werther's Echte" kuju ning mis esitati esmakordselt alles Esimese Astme Kohtule, ei saa võtta arvesse, kuna Esimese Astme Kohtu menetluse eesmärgiks on ühtlustamisameti apellatsioonikoja otsuste õiguspärasuse kontrollimine määruse nr 40/94 artikli 63 tähenduses. Kuna Esimese Astme Kohtu ülesandeks ei ole uuesti hinnata faktilisi asjaolusid esmakordselt Esimese Astme Kohtus esitatud tõendeid silmas pidades, tuleb nimetatud dokumendid jätta tähelepanuta, ilma et oleks vajadust kontrollida nende tõenduslikku jõudu (Esimese Astme Kohtu 18. veebruari

2004. aasta otsus kohtuasjas T-10/03: Koubi *v.* Siseturu Ühtlustamise Amet — Flabesa (CONFORFLEX), EKL 2004, lk II-719, punkt 52; 29. aprilli 2004. aasta otsus kohtuasjas T-399/02: Eurocermex *v.* Siseturu Ühtlustamise Amet (õllepudeli kuju), EKL 2002, lk II-1391, punkt 52 ja viidatud kohtupraktika).

Põhiküsimus

25 Hageja esitab oma hagi toetuseks sisuliselt kaks väidet; esimene väide tuleneb määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punkti b rikkumisest ja teine sama artikli lõike 3 rikkumisest.

Esimene väide, mis tuleneb määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punkti b rikkumisest

Poolte argumendid

26 Hageja väidab, et vastupidiselt apellatsioonikoja järeldustele on taotletud kaubamärgil minimaalne nõutav eristusvõime määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punkti b tähenduses.

27 Selles osas leiab hageja esiteks, et apellatsioonikoja väär hinnang tuleneb hindamisel aluseks võetava turu väärast määratlusest. Kuna hageja soovis piirata kaubamärgi registreerimise taotluses esitatud kaupade loetelu, on käesoleval juhul ainus

asjakohane turg „karamellkompvekkide", mitte „üldiselt kompvekkide" turg. Nimelt on karamellkompvekkide turuosal omaseid jooni, mis eristavad seda turuosa teiste kompvekkide turuosast. See, kas valitakse üks kompvekiliik (nt kummikompvekid, puuvilja- või šokolaadikompvekid) või teine kompvekiliik (nt „tugevamaitselised" kompvekid nagu suure mentoolisisaldusega kommid), oleneb tarbijate erinevatest vajadustest ja maitse-eelistustest. Sellest tulenevalt ei seostata karamellkompvekke mis tahes muude kompvekkidega. Need erinevad omadused, mida tarbija võtab ostu tegemisel arvesse, avaldavad mõju erinevate kompvekkide kujule, nii et apellatsioonikoda ja Esimese Astme Kohus ei saa teha järeldust karamellkompvekkide ühtse kuju olemasolu kohta enne nimetatud kompvekiliigi tarbijate eristamist.

28 Samuti märgib hageja, et taotletud kaubamärk on oma kuju ja värvi kombinatsiooni osas sellist laadi, mis võimaldab eristada hageja valmistatud kompvekke teiste tootjate kompvekkidest. Ta väidab siinkohal, et nimetatud kaubamärk on midagi enamat kui lihtne tähise mittekaitstavate koostisosade kombinatsioon. Taotletud kaubamärgi põhikuju ei ole ring vaid ellips, mille põhi on lame, servad on kumerad ning pealispinda iseloomustab ümar õõnsus kommi keskosas. Seega on tegemist karamellkompvekkide turul ebatavalise kujuga, mis on võrreldes teiste kompvekikujudega (ümarad, kolmnurksed, nelinurksed, tahukakujulised kompvekid või ilma erilise kujuta kompvekid) peenelt välja töötatud. Lisaks ei ole asjaomasel kujul funktsionaalset eesmärki ning see ei tulene ka kohustuslikest tehnilistest kaalutlustest ega ole tavaline.

29 Ühtlustamisamet väidab hageja argumentidele vastu, leides, et taotletaval kaubamärgil puudub eristusvõime määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punkti b tähenduses ja seda ka juhul, kui käesoleva vaidluse eset oleks võimalik piirata karamellkompvekkidega.

Esimese Astme Kohtu hinnang

30 Vastavalt määruse nr 40/94 artiklile 4 võivad ühenduse kaubamärgi moodustada kaupade või nende pakendi kuju, kui selliste tähiste põhjal on võimalik eristada ühe ettevõtja kaupu või teenuseid teiste ettevõtjate omadest. Sama määruse artikli 7 lõike 1 punkti b järgi ei registreerita kaubamärke, „millel puudub eristusvõime". Asjaomase määruse artikli 7 lõikes 2 on sätestatud, et „[l]õiget 1 kohaldatakse olenemata sellest, et registreerimata jätmise põhjused on ainult teatavas ühenduse osas".

31 Siinkohal tuleb esiteks meelde tuletada, et kohtupraktika kohaselt on määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punktiga b silmas peetud eelkõige selliseid kaubamärke, mida kõnealuse avalikkuse seisukohalt vaadatuna kasutatakse kaubanduses tavaliselt asjaomaste kaupade või teenuste tähistamiseks või sellised kaubamärke, mille puhul on olemas konkreetsed asjaolud, mis viitavad sellele, et neid võib kõnealusel viisil kasutada. Nimetatud sättes viidatud kaubamärgid ei ole võimelised täitma kaubamärgi peamist ülesannet — eristama kauba või teenuse päritolu, et võimaldada kaubamärgiga tähistatud kaupa või teenust ostnud tarbijal hilisemate ostude korral teha sama otsus juhul, kui kogemus osutus positiivseks või teha teistsugune otsus, kui kogemus osutus negatiivseks (Esimese Astme Kohtu eespool viidatud otsus munakujulise tableti kohta, punkt 39; 20. aprilli 2003. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-324/01 ja T-110/02: Axions ja Belce *v.* Siseturu Ühtlustamise Amet (pruuni sigari kuju ja kuldse toru kuju), EKL 2003 lk II-1897, punkt 29; 3. detsembri 2003. aasta otsus kohtuasjas T-305/02: Nestlé Waters France *v.* Siseturu Ühtlustamise Amet (pudeli kuju), EKL 2003, lk II-5207, punkt 28, ja eespool viidatud kohtuotsus õllepudeli kuju kohta, punkt 18).

32 Nii saab kaubamärgi eristusvõimet hinnata vaid esiteks seoses kaupade ja teenustega, millele kaubamärgi registreerimist taotletakse ja teiseks seoses sellega, kuidas kaubamärki tajub asjaomane avalikkus (vt analoogia alusel Euroopa Kohtu 8. aprilli 2003. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-53/01–C-55/01: Linde jt, EKL 2003, lk I-3161, punkt 41; 12. veebruari 2004. aasta otsus kohtuasjas C-218/01:

Henkel, EKL 2004, lk I-1725, punkt 50; 12. veebruari 2004. aasta otsus kohtuasjas C-363/99: Koninklijke KPN Nederland, EKL 2004, lk I-1619, punkt 34; 29. aprilli 2004. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-456/01 P ja C-457/01 P: Henkel *v.* Siseturu Ühtlustamise Amet, EKL 2004, lk I-5089, punkt 35; 29. aprilli 2004. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-468/01 P-C-472/01 P: Procter & Gamble *v.* Siseturu Ühtlustamise Amet, EKL 2004, lk I-5141, punkt 33; 29. aprilli 2004. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-473/01 P ja C-474/01 P: Procter & Gamble *v.* Siseturu Ühtlustamise Amet, EKL 2004, lk I-5173, punkt 33, ning eespool viidatud otsused kohtuasjades munakujulise tableti kohta, punkt 40, pruuni sigari kuju ja kuldse toru kuju kohta, punkt 30 ja pudeli kuju kohta, punkt 29).

33 Esimese eelnimetatud hinnangu andmisel tuleb meelde tuletada, et vaidlusaluseks kaubamärgiks on kauba enda kujust koosnev ruumiline kaubamärk, st ellipsikujulise helepruuni kompveki kuju, mida iseloomustavad kumerad servad, ümar õõnsus keskosas ning lame põhi.

34 Asjaomase avalikkuse osas märkis apellatsioonikoda õigesti, et kaubad, millele taotletakse käesoleval juhul kaubamärgi registreerimist — maiustused — „on suunatud põhimõtteliselt piiritlematule klientuurile, mis hõlmab kõiki vanusegruppe" ning kujutavad endast „masstoodanguga toidukaupu, mille asjaomane avalikkus on [...] kõik tarbijad" (vaidlustatud otsuse punkt 11). Seega tuleb taotletud kaubamärgi eristusvõime hindamisel võtta arvesse piisavalt informeeritud, mõistlikult tähelepaneliku ja aruka keskmise tarbija eeldatavat ootust (vt samuti analoogia alusel Euroopa Kohtu eespool viidatud kohtuotsused Linde jt, punkt 41; Koninklijke KPN Nederland, punkt 34; Henkel *v.* Siseturu Ühtlustamise Amet, punkt 35; liidetud kohtuasjades C-468/01 P–C-472/01 P: Procter & Gamble *v.* Siseturu Ühtlustamise Amet, punkt 33; liidetud kohtuasjades C-473/01 P ja C-474/01 P: Procter & Gamble *v.* Siseturu Ühtlustamise Amet, punkt 33; eespool viidatud kohtuotsused munaja tableti kuju kohta, punkt 42; pruuni sigari kuju ja kuldse toru kuju kohta, punkt 31, ja pudeli kuju kohta, punkt 33).

35 Teiseks tuleb märkida, et vastavalt väljakujunenud kohtupraktikale ei erine kauba enda kujust koosnevate ruumilise kaubamärkide hindamiskriteeriumid nendest, mida kohaldatakse teiste kaubamärgiliikide suhtes (vt analoogia alusel Euroopa Kohtu 18. juuni 2002. aasta otsus kohtuasjas C-299/99: Philips, EKL 2002, lk I-5475,

punkt 48 ja eespool viidatud kohtuotsused Linde jt, punktid 42 ja 46; munaja tableti kuju kohta, punkt 44; pruuni sigari kuju ja kuldse toru kuju kohta, punkt 32; pudeli kuju kohta, punkt 35 ja õllepudeli kuju kohta, punkt 22).

36 Ometi tuleb silmas pidada, et nende kriteeriumide kohaldamisel ei pruugi asjaomane avalikkus tajuda kauba enda kujust koosnevat ruumilist kaubamärki samamoodi kui sõna-, kujutis- või ruumilist kaubamärki, mis ei koosne kauba enda välimusest. Kuigi avalikkus kaldub sõna- ja kujutismärke kohe tajuma viitena toote päritolule, ei pruugi sama kehtida tähiste suhtes, mis ei eristu asjaomase kauba enda välimusest (vt analoogia alusel Euroopa Kohtu eespool viidatud kohtuotsus Linde jt, punkt 48; 6. mai 2003. aasta otsus kohtuasjas C-104/01: Libertel, EKL 2003 lk I-3793, punkt 65; eespool viidatud kohtuotsused Henkel, punkt 52 ja Henkel *v.* Siseturu Ühtlustamise Amet, punkt 38; eespool viidatud otsus liidetud kohtuasjades C-468/01 P–C-472/01 P: Procter & Gamble *v.* Siseturu Ühtlustamise Amet, punkt 36, ja otsus liidetud kohtuasjades C-473/01 P ja C-474/01 P: Procter & Gamble *v.* Siseturu Ühtlustamise Amet, punkt 36; eespool viidatud kohtuotsused munakujulise tableti kohta, punkt 45, ja õllepudeli kuju kohta, punkt 23).

37 Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt mõjutab kaubamärgi tajumist asjaomase avalikkuse, käesoleval juhul keskmise tarbija, tähelepanu tase, mis võib erinevate asjaomaste kaupade või teenuste puhul olla erinev (eespool viidatud kohtuotsused munakujulise tableti kohta, punkt 42 ja pudeli kuju kohta, punkt 34).

38 Hindamaks, kas avalikkus võib asjaomase kauba kuju ja värvi kombinatsiooni tajuda kauba päritolutähisena, tuleb analüüsida sellest kombinatsioonist jäävat tervikmuljet, mis samas ei takista erinevate kasutatud esituselementide ükshaaval uurimist (Esimese Astme Kohtu 19. septembri 2001. aasta otsus kohtuasjas T-337/99: Henkel *v.* Siseturu Ühtlustamise Amet (punane ja valge ümmargune tablett), EKL 2001, lk II-2597, punkt 49 ja eespool viidatud kohtuotsus munakujulise tableti kohta, punkt 54), milleks on näiteks kasutatud kuju ja värv.

39 Käesoleval juhul on apellatsioonikoda leidnud õigesti, et selliste laiatarbekaupade puhul, nagu need, mida käsitletakse käesolevas asjas, „ei osuta tarbija suurt tähelepanu maiustuste kujule ja värvile", mille tõttu „on ebatõenäoline, et kompveki kuju määrab keskmise tarbija valiku" (vaidlusaluse otsuse punkt 12).

40 Apellatsioonikoda on teinud õiguslikult piisavalt kindlaks, et kõnealuse kaubamärgi kuju ühelgi elemendil ei ole ei eraldi ega ka koos teistega eristusvõimet. Selles osas leidis apellatsioonikoda, et „asjaomane kuju, mis on peaaegu ümmargune, sarnaneb ringile kui geomeetrilisele põhivormile" ning et keskmine tarbija „on harjunud kujult ümmarguste (ringikujuliste, ovaalsete, ellipsikujuliste või silindrikujuliste) maiustustega". Kompveki kumerate servade osas leidis apellatsioonikoda, et „kompvekkidel on kumerad servad kujust olenemata" ning see tuleneb funktsionaalsetest põhjustest. Apellatsioonikoda leidis kompveki keskel oleva ümara õõnsuse ja lameda alumise külje kohta veel, et „need elemendid ei muuda oluliselt kompveki kujust jäävat tervikmuljet", mistõttu „on vähetõenäoline, et asjaomane tarbija pöörab neile tähelepanu sel määral, et käsitleks neid elemente teatavale kaubanduslikule päritolule viitavatena" (vaidlusaluse otsuse punkt 13).

41 Asjaomase kauba värvi, st pruuni või selle erinevate toonide osas märkis apellatsioonikoda, et tegemist on „kompvekkide tavalise värviga" (vaidlusaluse otsuse punkt 13). Tuleb märkida, et asjaomane avalikkus on harjunud maiustuste puhul selle värviga.

42 Eeltoodust tuleneb, et registreerimistaotluse objektiks olev ruumiline kuju on geomeetriline põhivorm ja üks neist kujudest, mis tuleb tarbijale selliste laiatarbekaupade nagu kompvekid puhul tavaliselt meelde.

43 Seetõttu tuleb hageja argument taotletava kaubamärgi ja teiste maiustuste kuju ja värvi oluliste erinevuste kohta tagasi lükata.

44 Eeltoodut arvesse võttes tuleb asuda seisukohale, et taotletav ruumiline kaubamärk koosneb selliste esituselementide kombinatsioonist, mis on asjaomase kauba puhul loomulikud ja tavalised. Kõnealune kuju ei eristu oluliselt turul laialt levinud asjaomaste kaupade teatavatest põhikujudest, vaid on pigem üks nende variantidest. Kuna väidetavad erinevused ei ole kergesti märgatavad, siis ei eristu kõnealune kuju piisavalt teistest tavaliselt kasutatavatest kompvekkide kujudest ning asjaomane kuju ei võimalda asjaomasel avalikkusel viivitamata ja kindlalt eristada hageja kompvekke teise kaubandusliku päritoluga kompvekkidest.

45 Sellest tulenevalt ei võimalda taotletud kaubamärk piisavalt informeeritud, mõistlikult tähelepanelikul ja arukal keskmisel tarbijal eristada asjaomaseid kaupu neist kaupadest, millel on teine kaubanduslik päritolu. Järelikult puudub sellel kujul seoses nende kaupadega eristusvõime.

46 Seega tuleb määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punkti b rikkumisest tulenev esimene väide tagasi lükata.

Teine väide, mis tuleneb määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 3 rikkumisest

Poolte argumendid

47 Hageja leiab, et taotletava kaubamärgi registreerimine tuleb igal juhul heaks kiita, kuna taotletav kaubamärk on kasutamise käigus muutunud karamellide turul

eristatavaks. Kaubamärgi kasutamine ilmneb selle suurest käibest, tutvustamiseks kantud reklaamikuludest ning mitmesuguste avaliku arvamuse küsitluste tulemustest kõnealuse kaubamärgi tuntuse kohta, mida hageja on ühtlustamiseametile esitanud.

48 Hageja väidab, et maiustuste turul on laialt levinud kasutada maiustuste päritolu tähistena mitte ainult maiustuste nime vaid ka kuju. Ta märgib, et just nimelt sel põhjusel on pakenditel, käesoleval juhul kottidel, nime „Werther's Original" („Werther's Echte") kõrval taotluslikult kujutatud kauba eriti iseloomulikud elemendid, nagu pressitud õõnsus kommi keskosas ning kommi kumerad servad. Seesugust kauba kujutamist ei saa käsitleda üksnes pakendi sisu kujutamisena, millel ei ole päritolu tähistamise osas mingitki tähendust. Kuna ruumilistel kaubamärkidel on kahesugune funktsioon, nimelt kaubamärgi ja kauba kujutamine, on neid võimatu rangelt eristada, sest kaubamärk vastab alati kaubale. Siiski on apellatsioonikoda käesoleval juhul jätnud nimetatud kahesuguse funktsiooni arvesse võtmata.

49 Asjaolu, et pakendil on lugeda ja näha kauba teisi kaubamärke ja kirjeldusi, ei mõjuta kauba kuju esitamist kaubamärgina. On täiesti võimalik kasutada kauba mitut kaubamärki samaaegselt ja kõrvuti, seda eriti kaupade puhul, mida eristatakse ruumiliste kaubamärkide abil. Avalikkus tunneb ruumilise kaubamärgi ära kauba kohta käivast teabest sõltumata. Sellest tulenevalt ei ole apellatsioonikoja arutluskäik kaubamärgi kujutamise kohta veenev.

50 Ühtlustamisamet viitab kasutamise käigus omandatud eristusvõime hindamiskriteeriumitele, mis tulenevad kohtupraktikast ning leiab, et taotletud kaubamärgi registreerimist määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 3 alusel ei saa heaks kiita.

51 Ühtlustamisameti arvates on kontrollija ja apellatsioonikoda õigesti leidnud, et hageja esitatud tõenditest ei piisa taotletud kaubamärgi kasutamise käigus karamellkompvekkide osas omandatud eristusvõime tuvastamiseks.

52 Ühelt poolt ei võimalda hageja esitatud andmed aastate 1994–1998 käibe kohta hinnata asjaomast turuosa ning on seetõttu ebapiisavad. Laiatarbekaupade puhul, nagu käesolevas vaidluses, on otsustavaks kriteeriumiks asjaomase kauba turuosa, mitte ainuüksi andmed käibe kohta, millest ei piisa kaubamärgi tuntuse tõendamiseks.

53 Teisalt ei ole ka kompveki „Werther's Original" reklaamikulud summas 27 729 000 Saksa marka, mida hageja kandis 1998. aastal mitmes Euroopa Liidu riigis, samuti käsitletavad tõendina. Hageja selle väite tõenduseks esitatud tabelist asjaomase kompveki reklaamikulude kohta aastatel 1994–1998 ei ole kuidagi võimalik välja lugeda, millega seoses neid kulusid kanti: kas seoses tähisega „Werther's Original", seoses kompveki kujuga või seoses mõne teise tähisega.

54 Peale eelnimetatu viidati Euroopa Liidu seitsmes liikmesriigis ja Norras läbi viidud avaliku arvamuse küsitlustes tähistele „WERTHER'S", „Werther's Original" või „W. O" ning neis ei viidatud kordagi kõnealusele kujule. Seetõttu ei ole esitatud ühtegi tõendit selle kohta, et hageja on suutnud teha asjaomase kompveki kuju avalikkuse seas tuntuks. Määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 3 kohaldamiseks ei piisa kauba teatava kuju kasutamise tõendamisest, vaid tuleb lisaks tõendada, et asjaomast kuju on kasutatud nagu kaubamärki (eespool nimetatud kohtuotsus Philips, punkt 65).

Esimese Astme Kohtu hinnang

55 Määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 3 järgi ei kohaldata lõike 1 punkte b ja d, kui kaubamärk on kasutamise käigus muutunud neid kaupu või teenuseid eristavaks, mille jaoks registreerimist taotletakse. Määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 3 mõistes tuleneb asjaolu, et asjaomane avalikkus tajub tähist, millest koosneb kaubamärk kui viidet kauba või teenuse kaubanduslikule päritolule, kaubamärgi taotleja majanduslikust ponnistusest. Sellest tulenevalt on põhjendatud sama artikli lõike 1 punktides b–d nimetatud avaliku huvi kaalutluste, mis näevad ette, et nende sätetega hõlmatud kaubamärke võivad kõik vabalt kasutada, selleks et vältida ühele ainsale ettevõtjale õigusvastase konkurentsieelise loomist (eespool viidatud kohtuotsus õllepudeli kuju kohta, punkt 41) arvesse võtmata jätmine.

56 Esiteks tuleneb kohtupraktikast, et kaubamärgi kasutamise käigus eristusvõime omandamise tingimuseks on vähemalt see, et oluline osa asjaomasest avalikkusest eristab tänu kaubamärgile kõnealuseid kaupu või teenuseid kindlalt ettevõtjalt pärinevatena. Siiski ei või kasutamise käigus omandatud eristusvõimet tõendavad asjaolud põhineda üldisel või abstraktsel teabel, nagu näiteks teatavad protsentuaalsed näitajad (vt analoogia alusel Euroopa Kohtu 4. mai 1999. aasta otsused kohtuasjades C-108/97 ja C-109/97: Windsurfing Chiemsee, EKL 1999, lk I-2779, punkt 52, eespool viidatud kohtuotsus Philips, punktid 61 ja 62, ja eespool viidatud kohtuotsus õllepudeli kuju kohta, punkt 42).

57 Teiseks tuleb kaubamärgi registreerimiseks määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 3 alusel tõendada, et see kaubamärk on kasutamise käigus muutunud eristatavaks selles Euroopa Liidu osas, kus tähisel puudus eristusvõime sama määruse artikli 7 lõike 1 punktide b–d tähenduses (Esimese Astme Kohtu 30. märtsi 2000. aasta otsus

kohtuasjas T-91/99: Ford Motor *v.* Siseturu Ühtlustamise Amet (OPTIONS), EKL 2000, lk II-1925, punkt 27 ja eespool viidatud kohtuotsus õllepudeli kuju kohta, punktid 43 ja 47).

58 Kolmandaks tuleb käesoleval juhul kasutamise käigus omandatud eristusvõime hindamiseks eelkõige arvestada selliste asjaoludega, nagu kaubamärgi turuosa, kaubamärgi kasutamise intensiivsus, geograafiline ulatus ja kestus, ettevõtja kaubamärgi müügi edendamiseks tehtud investeeringute maht, suhteline osa asjaomasest avalikkusest, kes kaubamärgi põhjal eristab kaupa ühelt kindlalt ettevõtjalt pärinevana, kaubandus- ja tööstuskodade ning teiste erialaliitude seisukoht. Kui nendest asjaoludest ilmneb, et asjaomane sihtrühm või vähemalt oluline osa sellest eristab kaubamärgi alusel asjaomast kaupa ühelt kindlalt ettevõtjalt pärinevana, tuleb järeldada, et määruse nr 40/94 artikli 7 lõikes 3 olev registreerimise tingimus on täidetud (eespool viidatud kohtuotsused Windsurfing Chiemsee, punktid 51 ja 52, Philips, punktid 60 ja 61 ja õllepudeli kuju kohta, punkt 44).

59 Neljandaks tuleb kohtupraktika kohaselt kaubamärgi eristusvõimet, sh kasutamise käigus omandatud eristusvõimet, hinnata lähtuvalt kaupadest ja teenustest, mille jaoks kaubamärgi registreerimist taotletakse, ning võtta arvesse seda, kuidas asjaomaste kaupade keskmine tarbija, kes on piisavalt informeeritud, mõistlikult tähelepanelik ja arukas, eeldatavalt kaubamärki tajub (vt analoogia alusel eespool punktis 24 viidatud kohtuotsus Philips, punktid 59 ja 63).

60 Neid põhjendusi silmas pidades tuleb uurida, kas käesolevas asjas rikkus apellatsioonikoda õigusnorme, kui ta lükkas tagasi hageja väited, mille kohaselt oleks pidanud taotletava kaubamärgi määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 3 alusel asjaomaste kaupade jaoks registreerima.

61 Esiteks ei tõenda andmed käibe kohta ja karamellkompveki „Werther's Original" („Werther's Echte") suurtel reklaamikuludel põhinevad hageja argumendid, et taotletud kaubamärk on omandanud kasutamise käigus eristusvõime.

62 Kuigi apellatsioonikoda möönis, et andmed käibe ja reklaamikulude kohta tõendavad, et asjaomane kompveki liik on turul laialt levinud, leidis ta samas, et need andmed ei tõenda asjaolu, mis käesoleval juhul on esmatähtis, nimelt, et taotletud kaubamärki kasutati hageja kompvekkide ruumilise tähisena (vaidlustatud otsuse punkt 16).

63 Apellatsioonikoda põhjendas seda hinnangut vaidlustatud otsuse punktides 17–21 järgmiselt:

„17. Hageja on näidisena esitanud kompvekkide pakendamiseks kasutatavad kilekotid ja seejuures väitnud, et nendel esitatud kuju on tarbija jaoks „keskne viide ja tunnusmärk". Hageja arvates tõendab selline kasutamine seda, et kuju kasutatakse reklaamis asjaomase kauba kaubamärgina ning tarbija tajub seda niimoodi. Apellatsioonikoda ei nõustu selle arvamusega, kuna hageja väidete ja viisi, kuidas kompvekid on kotil kujutatud, vahel on vastuolu.

18. Kuigi on tõsi, et hageja nimetatud pruune kompvekke kujutatakse asjaomasel pakendil, tuleb siiski hinnata selle kujutamise eesmärki. Tegemist ei saa olla

üksnes abstraktse hinnanguga. Vastupidi, tuleb arvestada viisi, kuidas keskmine tarbija tõenäoliselt tajub kompvekkide kujutist pakendil.

19. Nähes hageja kompvekkide kotti, märkab asjaomane tarbija kõigepealt nime „Werther's Original", mis suurte tähtedega kirjutatult võtab enda alla peaaegu poole koti pinnast, ning seda ümbritsevaid lisaelemente, nagu väike ovaalne tähis nimega „Storck" ja stiliseeritud pilti väikesest külast, mille alla on kirjutatud „Traditional Werther's Quality" (Werther'i traditsiooniline kvaliteet). Koti alumisel osal on kujutatud värvifoto umbes viieteistkümnest kuhjatud kompvekist ja nende juurde lisatud tekstist: „The classic candy made with real butter and fresh cream" (klassikaline ehtsast võist ja värskest koorest valmistatud karamell).

20. Hageja väidete kohaselt vastab see kujutis ruumilisele kaubamärgile, mille registreerimist ta taotleb. Apellatsioonikoda on siiski eri meelt selle väite põhjendatuse osas. Viis, kuidas kompvekid on kotil kujutatud, ei vasta viisile, kuidas kujutatakse kaubamärki kaubal tavapäraselt. Apellatsioonikoda leiab, et sellise kujutise eesmärk on (pigem) edasi anda koti sisu. Vastupidi hageja väidetele ei ole kotil kujutatud kuju, vaid foto pakendamata kompvekkidest. Tuleb märkida, et sellise kujutamise eesmärgiks ei ole tõsta esile neid omadusi, mis hageja arvates annavad kaubamärgile eristusvõime (lame põhi, kumerad servad ning õõnsus kommi keskosas). Sellest tulenevalt leiab apellatsioonikoda, et omavahel on vastuolus viis, kuidas kompvekke on pakendil kujutatud ja väide, mille kohaselt asjaomane kujutis on ruumiline kaubamärk, mida keskmine tarbija sellisena tajub. Apellatsioonikoja arvates näeb tarbija asjaomases kujutises üksnes koti sisu kujutist. Toidukaupade, sh maiustustetööstuses on laialt levinud pakenditel kauba omaduste või serveerimisviiside kujutamine isuärataval moel, mille eesmärgiks on pigem kauba turustamine kui kauba eristamine kaubamärgi abil. Apellatsioonikoda leiab seetõttu, et asjaomane kujutis ei täida kaubamärgi funktsiooni, vaid üksnes kujutab kaupa. Kujutise kõrval olev lause „The classic candy made with real butter and fresh cream" kinnitab veelgi, et mõistlikult tähelepanelik kommiostja tajub seda kujutist tõenäoliselt nii. Lause ja kujutis täiendavad teineteist: lause kirjeldab kompvekkide olemust ja kujutisel on kompvekid näha. Apellatsioonikoda

möönab, et hageja väide selle kohta, et kaubal võib samal ajal olla mitu kaubamärki, on õige. Eelnimetatu ei takista apellatsioonikoda jõudmast järeldusele, mis põhineb asjaolul, et kotid on hageja kompvekkide pakendid, et kompvekkide kujutamine nimetatud pakenditel ei ole kaubamärgi kujutamine.

21. Eelnimetatud põhjendustel tuleb järeldada, et tõendina esitatud andmed käibe ja reklaamikulude kohta tõepoolest tõendavad, et kompvekke „Werther's" on turul müügil, kuid mitte seda, et nende kuju kasutatakse kaubamärgina [...]"

64 Ei ole alust vaidlustada ülaltoodud hinnangut. Hageja esitatud reklaammaterjal ei sisalda ühtki tõendit asjaomase kaubamärgi kasutamise kohta sellisena, nagu seda on taotletud. Kõigil esitatud kujutistel lisanduvad taotletava kuju ja värvi kujutisele sõna- ja kujutismärgid. Nii ei saa nimetatud materjal olla tõendiks selle kohta, et asjaomane avalikkus tajub taotletavat kaubamärki kui sellist ja sõltumatuna sõna- ja kujutismärkidest, mis kaubamärgile lisanduvad reklaamis ja kaupade müügil, kauba kaubandusliku päritolu tähisena (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus õllepudeli kuju kohta, punkt 51).

65 Lisaks tuleb meelde tuletada, et hageja on hagis ka ise märkinud, et kõnealuseid kompvekke ei müüda pakendamata vaid pakendis, kus iga kompvekk on omakorda

eraldi pakendatud. Sellest tuleneb, et ostuotsuse tegemise hetkel ei ole keskmisel tarbijal otseselt võimalik näha asjaomast kompveki kuju, mis võimaldaks tal lähtuda sellest kui kaubandusliku päritolu tähisest.

66 Teiseks võib samale järeldusele jõuda apellatsioonikojale hageja esitatud avaliku arvamuse küsitluste põhjal, millega hageja üritab tõendada kaubamärgi kasutamise käigus omandatud eristusvõimet. Vaidlustatud otsuse punkti 21 lõpuosast ilmneb selgesti, et hageja turustatava kompveki kaubamärki ei tunta asjaomase kuju vaid selle nime „Werther's" järgi.

67 Eelnevatest kaalutlustest tuleneb, et apellatsioonikoda ei rikkunud õigusnorme, kui ta järeldas, et hageja ei ole tõendanud, et taotletav kaubamärk oleks kasutamise käigus — kas karamellkompvekkidega seoses või maiustustega seoses üldiselt — omandanud eristusvõime.

68 Järelikult tuleb lükata tagasi teine väide ja jätta hagi täielikult rahuldamata.

Kohtukulud

69 Esimese Astme Kohtu kodukorra artikli 87 lõike 2 alusel on kohtuvaidluse kaotanud pool kohustatud hüvitama kohtukulud, kui vastaspool on seda nõudnud. Kuna kohtuotsus on tehtud hageja kahjuks, mõistetakse kohtukulud vastavalt kostja nõudele välja hagejalt.

Esitatud põhjendustest lähtudes

ESIMESE ASTME KOHUS (neljas koda)

otsustab:

1. Jätta hagi rahuldamata.

2. Mõista kohtukulud välja hagejalt.

Legal Tiili Vilaras

Kuulutatud avalikul kohtuistungil 10. novembril 2004 Luxembourgis.

Kohtusekretär

H. Jung

Koja esimees

H. Legal