ESIMESE ASTME KOHTU OTSUS (viies koda)

10. oktoober 2006 *

Kohtuasjas T-172/05,

Armacell Enterprise GmbH, asukoht Münster (Saksamaa), esindaja: advokaat O. Spuhler,

hageja,

versus

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

kostja,

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

* Kohtumenetluse keel: inglise.

nmc SA, asukoht Raeren-Eynatten (Belgia), esindaja: advokaadid P. Péters ja T. de Haan,

mille esemeks on hagi Siseturu Ühtlustamise Ameti (kaubamärgid ja tööstusdisainilahendused) esimese apellatsioonikoja 23. veebruari 2005. aasta otsuse (asi R 552/2004-1) peale, mis on tehtud vastulausemenetluses nmc SA ja Armacell Enterprise GmbH vahel

EUROOPA ÜHENDUSTE ESIMESE ASTME KOHUS (viies koda),

koosseisus: koja esimees M. Vilaras, kohtunikud F. Dehousse ja D. Šváby,
kohtusekretär: ametnik K. Andová,

arvestades kirjalikus menetluses ja 4. mail 2006 toimunud kohtuistungil esitatut,

on teinud järgmise

otsuse

Vaidluse aluseks olevad asjaolud

1 Armacell Enterprise GmbH (edaspidi „hageja") esitas 3. detsembril 2001 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 sõnamärk ARMAFOAM.

3 Kaubad, mille jaoks kaubamärgi registreerimist taotletakse, kuuluvad 15. juuni 1957. aasta märkide registreerimisel kasutatava kaupade ja teenuste rahvusvahelise klassifikatsiooni Nizza kokkuleppe (uuesti läbivaadatud ja parandatud kujul) klassi 20 ning vastavad järgmisele kirjeldusele: „elastomeerist, termoplastist või reaktoplastist valmistatud vahutooted toote osana või lõpp-tootena".

4 Kaubamärgi registreerimistaotlus avaldati 24. juuni 2002. aasta Ühenduse Kaubamärgibülletäänis.

5 Nmc SA (edaspidi „menetlusse astuja") esitas 9. juulil 2002 määruse nr 40/94 artikli 42 lõike 1 alusel selle kaubamärgi registreerimistaotluse vastu vastulause.

6 Vastulause tugines taotletava märgi ja menetlusse astujale kuuluva selle varasema sõnamärgi NOMAFOAM segiajamise tõenäosusele määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b tähenduses, mis registreeriti 31. oktoobril 1997 järgnevate kaupade jaoks:

— klass 17: „pooltöödeldud plastikmaterjalid, toppimis-, tihtimis- ja isoleerimismaterjalid, pooltöödeldud polüetüleenvaht, soojus- ja heliisolatsioonimaterjalid, plastikust täite- ja polstrimaterjalid, plastikust pakendmaterjalid (täite- ja

polstrimaterjalid), niiskus- ja külmakaitsesegud, mis kuuluvad sellesse klassi, heliisolatsioonimaterjalid, mittemetallist painduvad ehitustorud;"

— klass 19: „mittemetallist ehitusmaterjalid; mittemetallist jäigad ehitustorud; mittemetallist teisaldatavad ehitustarindid ja rajatised; mittemetallist mälestusmärgid; plastist seinakatted, mis kuuluvad sellesse klassi;"

— klass 20: „teistesse klassidesse mitte kuuluvad plastikmaterjalid, plastikmaterjalist pakendid, madratsid, padjad, plastikmaterjalist tugipadjad, mida kasutatakse istumiseks ja/või aia- ja/või kodutöödel, sportimisel, võimlemisel, puhkuse ning vaba aja veetmisel toestamiseks;"

— klass 27: „vaibad, libisemisvastased matid, autovaibad, uksematid, matid; vaibad, plastikmatid ja –uksematid, mida kasutatakse istumiseks ja/või aia- ja/või kodutöödel, sportimisel, võimlemisel, puhkuse ning vaba aja veetmisel toestamiseks; teistesse klassidesse mitte kuuluvad põrandakatted, seinakatted, isoleerimiskatted, mitte tekstiilist katted;"

— klass 28: „teistesse klassidesse mitte kuuluvad võimlemis- ja sportriistad".

7 Vastulausete osakond jättis 24. mai 2004. aasta otsusega vastulause rahuldamata põhjendusel, et taotletav kaubamärk ja varasem kaubamärk on piisavalt erinevad vältimaks ühenduse keskmise tarbija seisukohalt igasuguse segiajamise tõenäosuse tekkimist ühenduse territooriumil.

8 Menetlusse astuja esitas 5. juulil 2004 määruse nr 40/94 artiklite 57–62 alusel ühtlustamisametile kaebuse vastulausete osakonna otsuse peale. 23. septembril 2004 esitas ta esitas ta kirjaliku avalduse, mis sisaldas kaebuse põhjendusi. 17. detsembril 2004 esitas hageja oma märkused menetlusse astuja kaebuse kohta.

9 Ühtlustamisameti esimene apellatsioonikoda rahuldas kaebuse 23. veebruari 2005. aasta otsusega (edaspidi „vaidlustatud otsus"), mis tehti hagejale teatavaks 25. veebruari 2005. aasta kirjaga, tuues põhjenduseks segiajamise tõenäosuse esinemise.

Menetlus ja poolte nõuded

10 Hageja esitas käesoleva hagiavalduse, mis saabus Esimese Astme Kohtu kantseleisse 29. aprillil 2005. Hageja märkis hagiavalduses, et tema patendivolinik C. Hano esindab teda koos ta advokaadiga.

11 Ühtlustamisamet ja menetlusse astuja esitasid oma vastused vastavalt 10. ja 29. augustil 2005.

12 Esimese Astme Kohtu kantseleisse 19. septembril 2005 jõudnud 15. septembri 2005. aasta kirjas taotles hageja Esimese Astme Kohtu kodukorra artikli 135 lõike 2 kohaselt repliigi esitamist. Samuti kinnitas hageja, et tema patendivolinik osaleb kohtuistungil.

13 Esimese Astme Kohtu viienda koja esimehe 27. septembri 2005. aasta otsusega jäeti repliigi esitamise taotlus rahuldamata. Samal päeval koostatud kirjaga teavitas Esimese Astme Kohtu kohtusekretär taotluse rahuldamata jätmisest, asjaolust, et hageja võib esitada oma märkused kohtuistungil ning samuti sellest, et C. Hano võib kohtuistungil sõna võtta üksnes hageja advokaadi juuresolekul ja tema kontrolli all.

14 Hageja palub Esimese Astme Kohtul:

— tühistada vaidlustatud otsus

— mõista kohtukulud välja ühtlustamisametilt.

15 Ühtlustamisamet palub Esimese Astme Kohtul:

— jätta hagi rahuldamata;

— mõista kohtukulud välja hagejalt.

16 Menetlusse astuja palub Esimese Astme Kohtul:

— jätta hagi rahuldamata;

— mõista kohtukulud välja hagejalt.

Õiguslik käsitlus

17 Hageja toob tühistamise alusena välja üheainsa väite, mis hoolimata formaalsest viitest määruse nr 40/94 artikli 43 lõike 5 teise lause rikkumisele, põhineb sama määruse üksnes artikli 8 lõike 1 punkti b rikkumisel, esitades põhjenduseks, et apellatsioonikoda eksis, pidades segiajamist tõenäoliseks.

Poolte argumendid

18 Esiteks väidab hageja, et vaidlusalused kaubamärgid ei ole sarnased.

19 Nende kaubamärkide esimesed silbid, vastavalt „no" NOMAFOAM'i puhul ja „ar" ARMAFOAM'i puhul, on väga erinevad. Kuna need silbid asuvad tähiste esiosas, panevad tarbijad neid kergemini tähele. Seega on kõlalise ja visuaalse sarnasuse aste madal.

20 Tähenduse sarnasuse osas märgib hageja, et sõnu „armafoam" ja „nomafoam" kui sellised ei ole asjaomastes keeltes olemas, mistõttu asjaomane avalikkus käsitleb neid kui väljamõeldud sõnu. Hageja leiab siiski, et vaidlusaluste kaubamärkide teist osa, ingliskeelset sõna „foam" tajub asjaomane avalikkus üksnes nende märkidega tähistatud kaupu kirjeldavatena. Selles osas leiab hageja, et inglise keel on asjaomase avalikkuse vaatenurgast tähenduse sarnasuse hindamisel seetõttu otsustav. Seega on vaidlusaluste kaubamärkide teise osa „foam" eristatavus väga nõrk. See asjaolu muudab veelgi olulisemaks nimetatud kaubamärkide esimesed osad „arma" ja „noma", mis on asjaomase avalikkuse jaoks teineteisest täiesti erinevad mõisted ega

viita ühelegi tähenduse sarnasusele. Kuna nende tähiste esiosad on eriti eristusvõimelised, siis on need osad vaidlusalustest kaubamärkidest jäävas tervikmuljes domineerivad.

21 Seega väidab hageja, et asjaomane avalikkus ei pööra tähelepanu vaidlusaluste kaubamärkide üksnes kirjeldavale lõpuosale vaid märkide selgesti eristusvõimelistele esimestele osadele, mis ei ole üldse kirjeldavad. Vaidlusalused kaubamärgid ei ole tähenduselt sarnased. Pealegi ei ole apellatsioonikoda toonud vaidlusaluses otsuses välja ühtki elementi, mis viitaks tähenduse sarnasuse olemasolule.

22 Apellatsioonikoda on alusetult leidnud, et vaidlusalustest kaubamärkidest jääv tervikmulje põhineb asjaomaste kaubamärkide lõpuosal „foam", samas kui väljakujunenud kohtupraktikas on sedastatud, et üldiselt on eristatav sõnade algusosa, kuna see jääb paremini meelde. Apellatsioonikoda märkis samuti, et identne osa „foam" on asjaomaseid kaupu kirjeldav. Euroopa Kohtu praktika kohaselt ei pruugi aga kaubamärgi kirjeldav osa olla eristav, mis on vastuolus apellatsioonikoja käesoleva hinnanguga ning toob kaasa vaidlustatud otsuse tühistamise.

23 Teiseks ning teise võimalusena väidab hageja, et vaidlusaluste kaubamärkidega tähistatud kaubad ei ole sarnased. Kaubamärgi taotluses nimetatud vahutooted ja varasema kaubamärgiga hõlmatud klassi 20 kuuluvad plastiktooted ei ole sarnased. See kehtib ka muude varasema kaubamärgiga tähistatud kaupade suhtes.

24 Apellatsioonikoda nentis vaidlustatud otsuse punktis 21 üksnes, et kaubamärgi taotlus hõlmas muu seas ka elastomeerist ja termoplastist valmistatud vahutooted; et

klassi 20 kuuluvad kaubad, mida varasemad kaubamärgi hõlmasid, olid valmistatud plastikust, ja et plastikud, kautšuk ja elastsed polümeerid on sarnased materjalid, mida võib kasutada paljude klassi 20 kuuluvate kaupade valmistamiseks, nagu matid, madratsid ja tugipadjad.

25 Siiski ei piisa vaidlusaluste kaubamärkidega tähistatud kaupade samast materjalist valmistamisest tuvastamaks, et need kaubad on sarnased kaubad määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b tähenduses. Apellatsioonikoda eksis seega tõlgendades kaupade sarnasuse tingimust.

26 Ühtlustamisamet ja menetlusse astuja vaidlevad hageja kõnealustele argumentidele vastu. Apellatsioonikoda tuvastas õigesti segiajamise tõenäosuse olemasolu. Igal juhul vaidlustab menetlusse astuja kaupade võrdluse hageja poolse vaidlustamise vastuvõetavuse.

Esimese Astme Kohtu hinnang

27 Määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b alusel 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 kaubamärk seostatakse varasema kaubamärgiga".

28 Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt seisneb segiajamise tõenäosus selles, et avalikkus võib uskuda, et kõnealused kaubad või teenused pärinevad samalt ettevõtjalt või ka omavahel majanduslikult seotud ettevõtjatelt (Euroopa Kohtu 29. septembri 1998. aasta otsus kohtuasjas C-39/97: Canon, EKL 1998, lk I-5507, punkt 29; 22. juuni 1999. aasta otsus kohtuasjas C-342/97: Lloyd Schuhfabrik Meyer, EKL 1999, lk I-3819, punkt 17, ja Esimese Astme Kohtu 23. oktoobri 2002. aasta otsus kohtuasjas T-104/01: Oberhauser *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet — Petit Liberto (Fifties), EKL 2002, lk II-4359, punkt 25).

29 Nimetatud kohtupraktika kohaselt tuleb segiajamise tõenäosust hinnata igakülgselt ja arvestades kõiki asjaomaseid tegureid (Euroopa Kohtu 11. novembri 1997. aasta otsus kohtuasjas C-251/95: SABEL, EKL 1995, lk I-6191, punkt 22; eespool punktis 28 viidatud kohtuotsus Canon, punkt 16; eespool punktis 28 viidatud kohtuotsus Lloyd Schuhfabrik Meyer, punkt 18 ja eespool punktis 28 viidatud kohtuasi Fifties, punkt 26).

30 See segiajamise tõenäosuse igakülgne hindamine asjaomaste tähiste visuaalse, kõlalise ja tähenduse sarnasuse osas peab rajanema neist jäävale tervikmuljele, arvestades iseäranis nende eristavaid ja domineerivaid osi (eespool punktis 29 viidatud kohtuotsus SABEL, punkt 23).

31 Segiajamise tõenäosuse igakülgsel hindamisel tuleb võtta arvesse asjaomaste tegurite vahel esinevat teatavat vastastikust sõltuvust, eriti asjaomaste kaubamärkide vahel esinevat vastastikust sõltuvust ja nendega tähistatavate kaupade ja teenuste vahel esinevat vastastikust sõltuvust. Nii võib tähistatavate kaupade või teenuste vähese sarnasuse kompenseerida kaubamärkide suur sarnasus, ning vastupidi (eespool punktis 28 viidatud kohtuotsus Canon, punkt 17; eespool punktis 28 viidatud kohtuotsus Lloyd Schuhfabrik Meyer, punkt 19 ja eespool punktis 28 viidatud kohtuotsus Fifties, punkt 27).

32 Lisaks on sellel, kuidas asjaomaste kaupade või teenuste keskmine tarbija kaubamärke tajub, määrav tähendus segiajamise tõenäosuse igakülgsel hindamisel. Tavaliselt käsitleb keskmine tarbija kaubamärki tervikuna ega uuri selle erinevaid detaile (eespool punktis 29 viidatud kohtuotsus SABEL, punkt 23, ja eespool

punktis 28 viidatud kohtuotsus Lloyd Schuhfabrik Meyer, punkt 25; Esimese Astme Kohtu eespool punktis 28 viidatud kohtuotsus Fifties, punkt 28, ja 3. märtsi 2004. aasta otsus kohtuasjas T-355/02: Mühlens *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet — Zirh International (ZIRH), EKL 2004, lk II-791, punkt 41). Sellisel igakülgsel hindamisel lähtutakse keskmisest tarbijast, kes on eeldatavalt piisavalt informeeritud, mõistlikult tähelepanelik ja arukas. Peale selle tuleb arvesse võtta asjaolu, et keskmisel tarbijal on harva võimalus erinevaid kaubamärke vahetult võrrelda ning ta peab selle asemel usaldama ebatäiuslikku mälupilti nendest. Samuti tuleb arvestada sellega, et tema tähelepanu tase võib sõltuda asjaomaste kaupade ja teenuste liigist (eespool punktis 28 viidatud kohtuotsus Lloyd Schuhfabrik Meyer, punkt 26, ja eespool punktis 28 viidatud kohtuotsus Fifties, punkt 28).

33 Määruse nr 40/94 artikli 1 lõikes 2 nimetatud ühenduse kaubamärgi ühtsest olemusest tuleneb, et varasemat ühenduse kaubamärki kaitstakse kõigis liikmesriikides ühetaoliselt. Seega on varasemad ühenduse kaubamärgid takistuseks igale hilisemale kaubamärgi taotlusele, mis kahjustaks varasema kaubamärgi kaitset kas või ainult osa ühenduse territooriumi tarbijate tajus. Sellest tuleneb, et määruse nr 40/94 artikli 7 lõikes 2 sisalduv põhimõte, et kaubamärk jäetakse registreerimata, kui kas või teatavas ühenduse osas esineb absoluutne keeldumispõhjus, kehtib analoogselt ka määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b tähenduses suhtelise keeldumispõhjuse esinemise korral (Esimese Astme Kohtu 23. oktoobri 2002. aasta otsus kohtuasjas T-6/01: Matratzen Concord *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet — Hukla Germany (MATRATZEN), EKL 2002, lk II-4335, punkt 59; eespool punktis 32 viidatud kohtuotsus ZIRH, punkt 36; 6. oktoobri 2004. aasta otsused 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 34, ja 1. märtsi 2005. aasta otsus kohtuasjas T-185/03: Fusco *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet — Fusco International (ENZO FUSCO), EKL 2005, lk II-715, punkt 33).

34 Esiteks tuleb asjaomase avalikkuse määratluse osas apellatsioonikoja (vaidlustatud otsuse punktid 8 ja 9) ja menetlusosaliste eeskujul märkida, et asjaomase kaubamärgi taotluses nimetatud kaupu ja varasema kaubamärgiga tähistatud kaupu saab

turustada laiale avalikkusele, kelle hulka kuuluvad nii asjaomaste kutsealade asjatundjad kui ka erialateadmisteta isikud. Seega hõlmab asjaomane avalikkus kõiki ühenduse tarbijaid.

35 Teiseks leidis kaupade võrdluse osas apellatsioonikoda vaidlustatud otsuse punktis 21 sisuliselt, et kaubamärgi taotluses esitatud kaupade väga lai määratlus hõlmab varasema kaubamärgiga tähistatud kaupu. Viimaste seas tõi apellatsioonikoda eelkõige esile selliseid klassi 20 kuuluvaid kaupu, nagu plastikmaterjalist valmistatud teistesse klassidesse mittekuuluvad kaubad, matid, madratsid ja tugipadjad, st kaubad, mida apellatsioonikoja väitel valmistatakse samast materjalist kui on taotletava märgiga tähistatavate kaupade valmistamiseks kasutatav lähtematerjal. Apellatsioonikoda järeldas sellest, et vaidlusaluste kaubamärkidega tähistatud kaubad on väga sarnased, kui mitte identsed (vaidlustatud otsuse punkt 21).

36 Hageja väidab ilma seejuures ühtki selgitust esitamata, et vaidlusaluste kaubamärkidega tähistatud kaubad ei ole sarnased. Lisaks märgib ta, et vaidlusaluste kaubamärkidega tähistatud kaupade valmistamine samast lähtematerjalist, ei ole piisav tuvastamaks, et need kaubad on sarnased kaubad määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b tähenduses. Apellatsioonikoda tõlgendas seega valesti kaupade sarnasuse tingimust.

37 Ühtlustamisamet jagab apellatsioonikoja arvamust selles osas, et asjaomased kaubad on sarnased, kuid tugineb teistele põhjendustele. Ühtlustamisamet leiab vastupidiselt nimetatud apellatsioonikojale, et mitte taotletava kaubamärgiga tähistatud kaubad ei hõlma teatavaid asjaomase varasema kaubamärgiga tähistatud kaupu, vaid et varasema kaubamärgiga tähistatud kaubad, eelkõige „klassi 20 kuuluvad plastikmaterjalist kaubad, mis ei kuulu teistesse klassidesse", moodustavad kategooria, mis ühtlustamisameti arvates ei ole ei valmistamisel kasutatava plastiku liigi ega plastikust toote kasutusala osas piiritletud, hõlmavad taotletava kaubamärgiga tähistatud kaupu.

38 Menetlusse astuja väidab, et hageja algatatud kaupu puudutavad vaidlused ei ole kodukorra artikli 135 lõike 4 alusel Esimese Astme Kohtus vastuvõetavad, kuna neid ei vaidlustatud ühtlustamisametis toimunud menetluses. Teise võimalusena jagab menetlusse astuja apellatsioonikoja arvamust, mille kohaselt on kaubamärgi taotluse sõnastus selles märgitud kaupade osas nii lai, et see hõlmab varasema kaubamärgiga tähistatud klassi 20 kuuluvaid kaupu. Menetlusse astuja esitas teatavad äridokumendid, mida ta oli esitanud ühtlustamisametile.

39 Esiteks, mis puutub hageja algatatud kaupu puudutavate vaidluste väidetavat vastuvõetamatust, siis tuleb meelde tuletada, et määruse nr 40/94 artikli 63 lõike 2 alusel esitatud kaebuse eesmärk on kontrollida apellatsioonikodade otsuste õiguspärasust (vt Esimese Astme Kohtu 12. detsembri 2002. aasta otsus kohtuasjas T-247/01: eCopy *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet (ECOPY), EKL 2002, lk II-5301, punkt 46; 22. oktoobri 2003. aasta otsus kohtuasjas T-311/01: Éditions Albert René *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet — Trucco (Starix), EKL 2003, lk II-4625, punkt 70, ja eespool viidatud kohtupraktika). Määruse nr 40/94 raames peab selle määruse artikli 74 alusel nimetatud kontrolli teostama lähtuvalt apellatsioonikojas aset leidnud vaidluse faktilisest ja õiguslikust raamistikust (Esimese Astme Kohtu 5. märtsi 2003. aasta otsus kohtuasjas T-194/01: Unilever *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet (munakujuline tablett), EKL 2003, lk II-383, punkt 16, ja 1. veebruari 2005. aasta otsus kohtuasjas T-57/03: SPAG *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet — Dann et Backer (HOOLIGAN), EKL 2005, lk II-287, punkt 17). Lisaks ei või Esimese Astme Kohtu kodukorra artikli 135 lõike 4 kohaselt poolte avaldused muuta apellatsioonikoja menetluses olnud vaidluse eset.

40 Seega tuleb kontrollida, kas alles esimest korda Esimese Astme Kohtus väites, et vaidlusaluste kaubamärkidega tähistatud kaubad on erinevad, on hageja muutnud vaidluse eset.

41 Neil asjaoludel tuleb sedastada, et taotletava kaubamärgi registreerimisele määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b alusel esitatud vastulause menetlemise raames on ühtlustamisameti ülesanne kontrollida vaidlusaluste kaubamärkidega tähistatud kaupade identsuse või sarnasuse küsimust.

42 See kehtib ka olukorras, kus ühtlustamisamet või üks menetluspool ei pea asjaomaste kaupade ja teenuste identsuse või sarnasuse küsimuse kontrollimist asjaomaste kaubamärkide vaheliste suurte erinevuste tõttu vajalikuks, välistades igal juhul igasuguse segiajamise tõenäosuse. Lisaks ei ole see asjaolu, et käesoleval juhul nõustus hageja vastulausete osakonna menetluses sellega, et asjaomaste tähistega tähistatud kaubad on võib-olla identsed, kuna väitis apellatsioonikojas, et kaupade sarnasuse küsimuse võib vaidlusaluste kaubamärkide erinevuste olemasolu tõttu jätta lahendamata, sugugi võtnud ühtlustamisametilt ülesannet kontrollida asjaomaste kaubamärkidega tähistatud kaupade identsuse või sarnasuse küsimust. See asjaolu ei ole seega võtnud hagejalt õigust vaidlustada apellatsioonikoja menetluse õiguslike ja faktiliste raamide piires apellatsioonikoja selles küsimuses tehtud järeldusi (vt samuti analoogia põhjal Esimese Astme Kohtu 23. novembri 2004. aasta otsus kohtuasjas T-360/03: Frischpack *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet (juustukarbi kuju), EKL 2004, lk II-4097, punktid 32–35).

43 Seetõttu tuleb sedastada, et hageja algatatud kaupade võrdlust puudutav vaidlus Esimese Astme Kohtus ei välju apellatsioonikojale esitatud vaidluseseme raamidest. Hageja üksnes vaidlustab asjas tehtud järeldusi ning nendeni viinud põhjendusi. Järelikult ei ole hageja oma algatatud vaidluses muutnud vaidluse eset ning seega on asjaomane vaidlus Esimese Astme Kohtus vastuvõetav.

44 Lähtudes kohtupraktikast tuleb kõnealuste kaupade või teenuste sarnasuse hindamiseks arvesse võtta kõiki nende kaupade või teenuste vahelist suhet iseloomustavaid asjaomaseid tegureid, eriti kaupade ja teenuste olemust, otstarvet, kasutusviisi ning samuti nende üksteisega konkureerivat või üksteist täiendavat iseloomu (Euroopa Kohtu 29. septembri 1998. aasta otsus kohtuasjas C-39/97: Canon, EKL 1998, lk I-5507, punkt 23; Esimese Astme Kohtu 8. juuli 2004. aasta otsus T-203/02: Sunrider *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet — Espadafor Caba (VITAFRUIT), EKL 2004, lk II-2811, punkt 65, ja 4. mai 2005. aasta otsus kohtuasjas T-359/02: Chum *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet — Star TV (STAR TV), EKL 2005, lk II-1515, punkt 31).

45 Käesoleval juhul on kaubamärgi taotluses märgitud asjaomaste kaupade loetelu nende kaupade olemuse osas eriti lai, sest see hõlmab kaupu, mis on „süsteemi osad või lõpp-tooted", seega teoreetiliselt mis tahes kaupu. Ainus selle määratluse piirang on seotud materjaliga, millest asjaomased kaubad on valmistatud: tegemist on elastomeerist, termoplastist või reaktoplastist valmistatud vahutoodetega.

46 Varasem kaubamärk tähistab peale nende väheste apellatsioonikoja vaidlustatud otsuse punktis 21 viidatud klassi 20 kuuluvate kaupade veel laia kaupade valikut, millest enamus võib vastata kirjeldusele „süsteemi osad" või „lõpp-tooted" ning olla valmistatud vahumaterjalidest.

47 Hageja ei ole kordagi väitnud, et tema kaubamärgi taotluses viidatud vahumaterjalidel on sellised keemilised või füüsilised eriomadused, mis on sobivad ainult teatavate väga eriliste kaupade valmistamiseks, mida ei ole varasema kaubamärgiga tähistatud kaupade loetelus nimetatud.

48 Hageja väidab hagiavalduse punktis 65 üksnes, et ühelt poolt vahutooted ja teisalt klassi 20 kuuluvad plastiktooted ei ole sarnased ning lisab, et see käib ka varasema kaubamärgiga tähistatud teiste kaupade kohta.

49 See hageja väide, mida ei ole pealegi üldse põhjendatud, ei sea kahtluse alla apellatsioonikoja vaidlustatud otsuse punktis 21 antud hinnangut, mille kohaselt „plastik, kautšuk ja elastsed polümeerid" on sarnased materjalid, ning see on igal juhul järgnevate kaalutluste valguses juba ümber lükatud.

50 Esiteks, nagu ühtlustamisamet märgib oma vastuses, ei ole elastomeerist, termoplastist või reaktoplastist valmistatud vahutooted midagi muud kui plastikmaterjalid. Tundub, et hageja möönab seda asjaolu, sest hagiavalduse punktis 63 viitab ta võimalusele, et vaidlusaluste kaubamärkidega tähistatud kaupu valmistatakse samast lähtematerjalist.

51 Teiseks on hageja väide vastuolus tema esitatud seisukohaga tähiste sarnasuse hindamise osas, mille kohaselt järelliide „foam" on vaidlusaluste kaubamärkidega tähistatud kaupu „üksnes kirjeldav" (hagiavalduse punkt 43). Seega on hageja kaudselt möönnud, et menetlusse astujale kuuluva kaubamärgiga tähistatud kaubad on samuti vahutooted.

52 Kolmandaks tuleneb menetlusse astuja ühtlustamisametis toimunud menetluses esitatud dokumentidest, mis on lisatud tema vastusele, et hageja valmistab kaubamärgi ARMAFOAM all kaupu, mis vastavad kaubamärgi taotluses esitatud määratlusele ning on identsed või analoogsed teatavatele kaupadele, mida menetlusse astuja turustab kaubamärgi NOMAFOAM all, s.o vahumaterjalist valmistatud kaitseprofiilid õrnade kaupade pakendamiseks. Seega illustreerivad need dokumendid konkreetselt, olgugi et vaid teatavate kaupade osas, vaidlusaluste kaubamärkidega tähistatud kaupade sarnasust või identsust. Peale selle ei olnud hageja kohtuistungil Esimese Astme Kohtu esitatud küsimusele vastates usutavalt suuteline eitama asjaolu, et teatavad kaubamärgi taotlusega tähistatud kaubad konkureerivad otseselt menetlusse astuja varasema kaubamärgi all turustatavate kaupadega.

53 Eeltoodust tulenevalt ei ole hageja suutnud põhjendatult seada kahtluse alla apellatsioonikoja hinnangut, mille kohaselt on „kaubamärgi taotluse sõnastus (elastomeerist või termoplastist valmistatud vahutooted) piisavalt lai, et hõlmata kaupu, mis on nimetatud varasemas registreeringus (teistesse klassidesse mitte kuuluvad plastikmaterjalid)" (vaidlustatud otsuse punkt 21).

54 Peale selle ei ole vastupidiselt hageja väitele apellatsioonikoja nimetatud hinnangus üleüldse üritatud siduda asjaomaste kaupade sarnasuse olemasolu tuvastamist üksnes asjaoluga, kas kõnealuseid kaupu valmistatakse samast lähtematerjalist. Kui apellatsioonikoda pidas oma kohustuseks käsitleda vaidlustatud otsuse punktis 21

asjaomaste kaupade valmistamisel kasutatavaid materjale, siis tegi ta seda üksnes seepärast, et asjaomases kaubamärgi taotluses olid tähistatud kaubad määratletud mitte nende olemuse kaudu, mis võis jääda liiga laiaks („süsteemi osad või lõpptooted"), vaid nende lähtematerjali („vaht") kaudu.

55 Seetõttu järeldas apellatsioonikoda vaidlustatud otsuse punktis 21 õigesti, et taotletava märgiga tähistatud kaupade kirjeldus kattub varasema kaubamärgiga tähistatud kaupade kirjeldusega ning tuvastas seega asjakohaselt, et vaidlusaluste kaubamärkidega tähistatud kaubad on sarnased, kui mitte identsed määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b tähenduses.

56 Kolmandaks tuvastas apellatsioonikoda seoses vaidlusaluste kaubamärkide võrdlusega asjaomaste kaubamärkide sarnasuse olemasolu eelkõige inglise keelt mitte kõneleva asjaomase avalikkuse jaoks (vaidlustatud otsuse punkt 23).

57 Vaidlusaluste kaubamärkide tähenduse võrdluse osas märkis apellatsioonikoda esmalt, et asjaomased kaubamärgid on tervikuna vaadeldes väljamõeldud konstruktsioonid, millel ei ole ühemõttelist tähendust ning mille tähendust ei saa seetõttu võrrelda (vaidlustatud otsuse punkt 18). Apellatsioonikoda leidis aga, et asjaomaste kaupade tarbijate hulgas oskasid vaid inglise keelt kõnelevad tarbijad vaidlusalustes kaubamärkides spontaanselt eristada järelliite „foam", mis vastab ingliskeelsele sõnale „vaht" (vaidlustatud otsuse punkt 13).

58 Sisuliselt väidab hageja, et vaidlusalused kaubamärgid ei ole üldse sarnased. Selle toetuseks märgib ta, et kuna asjaomane avalikkus tajub järelliidet „foam" spontaanselt üksnes asjaomaseid kaupu kirjeldavana, siis ei pööra see avalikkus tähelepanu sellele järelliitele vaid nende tähelepanu keskendub vaidlusaluste kaubamärkide esimestele osadele „arma" ja „noma", millel, kui neil üldse tähendus olemas on, puudub vähemalt igasugune mõisteline sarnasus kõigis ühenduse keeltes.

59 Ühtlustamisamet ja menetlusse astuja on apellatsiooniga samal arvamusel, et inglise keelt mitte kõnelevaid tarbijaid puudutavat tähenduse võrdlust ei ole asjakohane läbi viia. Inglise keelt kõnelevate tarbijate kohta arvab ühtlustamisamet, et viimaste poolt vaidlusalustes kaubamärkides ingliskeelse mõiste, mis tähendab „vahtu", eristamisest ei piisa tähenduste sarnasuse olemasolu tuvastamiseks. Menetlusse astuja leiab, et see asjaolu viitab vaidlusaluste kaubamärkide tähenduse suhtelise sarnasuse olemasolule.

60 Esimese Astme Kohus leiab, et apellatsioonikoja järeldus on põhjendatud vähemalt osas, mis puudutab inglise keelt mitte kõnelevaid tarbijaid, kelle puhul ei ole vaidlusaluste kaubamärkide tähenduse võrdlust asjakohane läbi viia. Selles osas on hageja arvamus, mille kohaselt inglise keelt mitte kõnelevad tarbijad nagu ka inglise keelt kõnelevad tarbijad eristavad spontaanselt järelliite „foam" kui ingliskeelse sõna „vaht" kui seega vaidlusaluste kaubamärkidega tähistatud kaupu kirjeldava mõiste, ilmselgelt ebaõige, sest seda arvamust ei ole pealegi toimiku materjalide juurde arvatud tõenditega üldse põhjendatud.

61 Apellatsioonikoda järeldas sisuliselt, et inglise keelt mitte kõneleva avalikkuse jaoks esineb vaidlusaluste kaubamärkide visuaalse ja foneetilise võrdluse osas suuri sarnasusi (vaidlustatud otsuse punktid 11-19). Ta märkis, et vaidlusaluste kaubamärkide kaheksast tähest kuus ning neljast silbist kolm on samad ja et eesliited „ar" ja „no", mis on asetatud küll vaidlusaluste kaubamärkide algusesse, ei sea kahtluse alla nende kaubamärkide visuaalset ja foneetilist sarnasust. Menetlusse astuja ja ühtlustamisamet jagavad seda arvamust.

62 Apellatsioonikoda leidis, et inglise keelt kõneleva avalikkuse jaoks järelliite „foam" kirjeldav olemus pigem suurendab vaidlusaluste kaubamärkide terviku visuaalseid ja foneetilisi sarnasusi (vaidlustatud otsuse punktid 16 ja 17). Ühtlustamisamet leiab, et selle järelliite kirjeldav olemus suunab selle avalikkuse tähelepanu vaidlusaluste kaubamärkide suhteliselt eristatavatele esiosadele „arma" ja „noma".

63 Hageja rõhutab, et tema arvates eristavad eesliited „ar" ja „no" nende paiknemise tõttu vaidlusaluste kaubamärkide alguses selgesti asjaomaseid kaubamärke visuaalselt ja foneetiliselt. Ta väidab ka, et eesliited „arma" ja „noma", mis tema arvates on vaidlusaluste kaubamärkide domineerivad osad, on visuaalselt ja foneetiliselt selgesti eristatavad.

64 Esimese Astme Kohus märgib, et vaidlusaluste kaubamärkide ainukesed visuaalsed ja foneetilised erinevused, mis objektiivselt võttes võivad inglise keelt mitte kõneleva avalikkusele ilmneda, tulenevad nende kaubamärkide eesliidetest „ar" ja „no".

65 Siinkohal tuleb märkida, et tarbijatele jääb tavaliselt tõesti tähise algus paremini meelde kui lõpp (vt selle kohta Esimese Astme Kohtu 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, punkt 81, ja 16. märtsi 2005. aasta otsus kohtuasjas T-112/03: L'Oréal *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet — Revlon (FLEXI AIR), EKL 2005, lk II-949, punktid 64 ja 65). Siiski ei kehti see järeldus kõigis olukordades (vt selle kohta Esimese Astme Kohtu 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 50, ja 6. juuli 2004. aasta otsus kohtuasjas T-117/02: Grupo El Prado Cervera *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet — Héritiers Debuschewitz (CHUFAFIT), EKL 2004, lk II-2073, punkt 48). See ei sea aga kahtluse alla põhimõtet, mida on väljendatud eespool punktides 29–32 viidatud kohtupraktikas, et kaubamärkide sarnasuse hindamisel tuleb võtta arvesse neist jäävat tervikmuljet, kuna tavaliselt käsitleb keskmine tarbija kaubamärki tervikuna ega uuri selle erinevaid detaile.

66 Käesoleval juhul leiab Esimese Astme Kohus samamoodi kui apellatsioonikoda, menetlusse astuja ja ühtlustamisamet, et inglise keelt mitte kõneleva avalikkuse osas ei ole vaidlusaluste kaubamärkide eesliidete „ar" ja „no" (vaheline) erinevus selline, mis hoolimata nende asumisele kaubamärgi alguses, kaotab nende kaubamärkide loodava suure visuaalse ja foneetilise sarnasuse mulje, mis tuleneb asjaolust, et need kaubamärgid on täpselt ühesuguse pikkusega (mõlemad kaheksa tähte ja neli silpi) ning sellest, et peale nimetatud erinevuse on need kaubamärgid visuaalselt (kuus tähte on paigutatud samas järjekorras: „m", „a", „f", „o", „a" ja „m") ja häälikuliselt („ma", „fo" ja „am") rangelt identsed.

67 Eeltoodust tuleneb, et visuaalselt ja foneetiliselt on vaidlusalused kaubamärgid sarnased vähemalt inglise keelt mitte kõneleva avalikkuse jaoks. Seetõttu ning võttes arvesse seda, et asjaomaste kaubamärkide tähenduse võrdlust ei ole selle avalikkuse osas asjakohane läbi viia, tuleb järeldada, et need kaubamärgid on selle avalikkuse jaoks sarnased.

68 Võttes arvesse nimetatud järeldust ning eespool punktis 33 viidatud kohtupraktikat, mille kohaselt on varasemad ühenduse kaubamärgid takistuseks igale hilisemale kaubamärgi taotlusele, mis kahjustaks varasema kaubamärgi kaitset kas või ainult osa ühenduse territooriumi tarbijate tajus, tuleb märkida, et apellatsioonikoda leidis vaidlustatud otsuse punktis 19 õigesti, et vaidlusalused kaubamärgid on sarnased määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b tähenduses ilma, et oleks vaja lahendada nende kaubamärkide sarnasuse küsimus inglise keelt kõneleva avalikkuse osas.

69 Eeltoodust tuleneb, et määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b rikkumisest tulenev ainus väide tuleb põhjendamatuse tõttu tagasi lükata. Neil asjaoludel tuleb hagi jätta rahuldamata.

Kohtukulud

70 Kodukorra artikli 87 lõike 2 alusel on kohtuvaidluse kaotanud pool kohustatud hüvitama kohtukulud, kui vastaspool on seda nõudnud. Kuna kohtuotsus on tehtud hageja kahjuks, jäetakse kohtukulud vastavalt ühtlustamisameti ja menetlusse astuja nõudele hageja kanda.

Esitatud põhjendustest lähtudes

ESIMESE ASTME KOHUS (viies koda)

otsustab:

1. **Jätta hagi rahuldamata.**

2. **Mõista Siseturu Ühtlustamise Ameti (kaubamärgid ja tööstusdisainilahendused) ning nmc SA kohtukulud välja hagejalt, kes ühtlasi kannab ise oma kohtukulud.**

Vilaras Dehousse Šváby

Kuulutatud avalikul kohtuistungil 10. oktoobril 2006. aastal Luxembourgis.

Kohtusekretär Koja esimees

E. Coulon M. Vilaras