Kohtulahendite kogumik

ÜLDKOHTU OTSUS (teine koda)

14. mai 2013 *

Ühenduse kaubamärk — Ühenduse sõnamärgi fluege.de taotlus — Absoluutsed keeldumispõhjused — Kirjeldavus — Eristusvõime puudumine — Kasutamise käigus omandatud eristusvõime — Määruse (EÜ) nr 207/2009 artikli 7 lõike 1 punktid b ja c ning lõiked 2 ja 3

Kohtuasjas T-244/12,

Unister GmbH, asukoht Leipzig (Saksamaa), esindajad: advokaadid H. Hug ja A. Kessler-Jensch,

hageja,

versus

Siseturu Ühtlustamise Amet (kaubamärgid ja tööstusdisainilahendused), esindaja: D. Walicka,

kostja,

mille ese on hagi Siseturu Ühtlustamise Ameti esimese apellatsioonikoja 14. märtsi 2012. aasta otsuse (asi R 2149/2011-1) peale, mis käsitleb sõnamärgi fluege.de registreerimist ühenduse kaubamärgina,

ÜLDKOHUS (teine koda),

koosseisus: koja esimees N. J. Forwood, kohtunikud F. Dehousse (ettekandja) ja J. Schwarcz,

kohtusekretär: E. Coulon,

arvestades 30. mail 2012 Üldkohtu kantseleisse saabunud hagiavaldust,

arvestades 6. septembril 2012 Üldkohtu kantseleisse saabunud vastust,

arvestades asjaolu, et ühe kuu jooksul alates pooltele teatise kättetoimetamisest kirjaliku menetluse lõpetamise kohta ei olnud nad esitanud taotlust kohtuistungi määramiseks, ning otsustades ettekandja-kohtuniku ettekande ja Üldkohtu kodukorra artikli 135a alusel lahendada kohtuasi ilma suulise menetluseta,

on teinud järgmise

* Kohtumenetluse keel: saksa.

otsuse

Vaidluse taust

1 Unister GmbH esitas 27. jaanuaril 2011 Siseturu Ühtlustamise Ametile (kaubamärgid ja tööstusdisainilahendused) (edaspidi „ühtlustamisamet") nõukogu 26. veebruari 2009. aasta määruse (EÜ) nr 207/2009 ühenduse kaubamärgi kohta (ELT L 78, lk 1) alusel ühenduse kaubamärgi registreerimise taotluse.

2 Kaubamärk, mille registreerimist taotleti, on sõnamärk fluege.de.

3 Kaubad ja teenused, mille jaoks registreerimist taotleti, kuuluvad 15. juuni 1957. aasta märkide registreerimisel kasutatava kaupade ja teenuste rahvusvahelise klassifikatsiooni Nizza kokkuleppe (uuesti läbi vaadatud ja parandatud kujul) (edaspidi „Nizza kokkulepe") klassidesse 25, 28, 35, 39, 41 ja 43.

4 Käsitletava hagi esemeks on nende kaupade ja teenuste hulgas üksnes need teenused klassides 35, 39 ja 43, mis vastavad alljärgnevatele kirjeldustele:

— klass 35: „reklaam; ärijuhtimine; kontoriteenused";

— klass 39: „transport (veondus); kaupade pakendamine ja ladustamine; reiside korraldamine";

— klass 43: „toitlustusteenused, tähtajaline majutus".

5 Kontrollija lükkas määruse nr 207/2009 artikli 7 lõike 1 punktide b ja c ning lõike 2 alusel 22. augusti 2011. aasta otsusega tagasi kaubamärgitaotluse vaidlusaluste teenuste osas, kuna taotletud kaubamärk on kirjeldav ega oma eristusvõimet.

6 Hageja esitas 17. oktoobril 2011 määruse nr 207/2009 artiklite 58–64 alusel kontrollija otsuse peale kaebuse.

7 Ühtlustamisameti esimene apellatsioonikoda jättis 14. märtsi 2012. aasta otsusega (edaspidi „vaidlustatud otsus") kaebuse rahuldamata põhjendusega, et taotletav kaubamärk on kirjeldav ning sellel puudub eristusvõime.

Poolte nõuded

8 Hageja palub Üldkohtul:

— tühistada vaidlustatud otsus;

— mõista kohtukulud välja ühtlustamisametilt.

9 Ühtlustamisamet palub Üldkohtul:

— jätta hagi rahuldamata;

— mõista kohtukulud välja hagejalt.

Õiguslik käsitlus

10 Oma hagiavalduse põhjendamiseks esitab hageja sisuliselt kolm tühistamisväidet, mis puudutavad esiteks määruse nr 207/2009 artikli 7 lõike 1 punkti c rikkumist, teiseks sama määruse artikli 7 lõike 1 punkti b rikkumist ja kolmandaks taotletud kaubamärgi kasutamise käigus omandatud eristusvõimet.

Esimene väide, mis puudutab määruse nr 207/2009 artikli 7 lõike 1 punkti c rikkumist

11 Hageja vaidlustab apellatsioonikoja järelduse, et taotletud kaubamärk on kirjeldav. Sõna „fluege" on saksa keelekasutusele võõras sõnamoodustis, mis koosneb üksnes mõistest „Flüge" (lennud), milles esineb „ü" täht, ja seetõttu näeb keskmine tarbija sõna „fluege" ebatavalisest õigekirjast tulenevalt taotletud kaubamärgis kaubandusliku päritolu tähist.]

12 Hageja leiab, et keskmine tarbija on harjunud isegi üldnimetusest koosneva teise astme domeeninime all leidma veebiportaali, mida haldab üksainus teenusepakkuja. Arvestades sõna „fluege" ebatavalist õigekirja, ei kujuta see kõnealusel juhul endast isegi mitte üldmõistet. Ühtlustamisamet ei võtnud arvesse asjaolu, et alates 2004. aastast on võimalik registreerida domeenimesid ka selliste erimärkidega nagu „ü" täht.

13 Isegi kui asjaomane avalikkus mõistab taotletud kaubamärki nii, et domeeninimi viitab lennupakkumisi sisaldavale saksakeelsele veebiaadressile, ei seondu vaidlusalused teenused mingil moel või mitte piisavalt lendude pakkumisega. Käesoleval juhul ei esine vajadust jätta kaubamärk vabalt kasutatavaks määruse nr 207/2009 artikli 7 lõike 1 punkti c tähenduses.

14 Ühtlustamisamet ei nõustu hageja seisukohaga.

15 Tuleb meenutada, et määruse nr 207/2009 artikli 7 lõike 1 punkti c kohaselt ei registreerita „kaubamärke, mis koosnevad ainult sellistest märkidest või tähistest, mis tähistavad kaubanduses sorti, kvaliteeti, kvantiteeti, otstarvet, väärtust, geograafilist päritolu või kaupade tootmise või teenuste pakkumise aega või muid kauba või teenuse omadusi". Lisaks sätestab määruse nr 207/2009 artikli 7 lõige 2, et „[l]õiget 1 kohaldatakse olenemata sellest, et registreerimata jätmise põhjused on ainult teatavas ühenduse osas".

16 Vastavalt kohtupraktikale takistab määruse nr 207/2009 artikli 7 lõike 1 punkt c sellega hõlmatud märkide ja tähiste kinnitamist ühele ettevõtjale ainult sellel põhjusel, et need on kaubamärkidena registreeritud. Selles sättes on järgitud üldise huvi eesmärki, mis nõuab, et need märgid ja tähised peavad olema vabaks kasutamiseks kõikide jaoks (Euroopa Kohtu 23. oktoobri 2003. aasta otsus kohtuasjas C-191/01 P: Siseturu Ühtlustamise Amet *vs.* Wrigley, EKL 2003, lk I-12447, punkt 31, Üldkohtu 27. veebruari 2002. aasta otsus kohtuasjas T-219/00: Ellos *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet (ELLOS), EKL 2002, lk II-753, punkt 27, ja Üldkohtu 7. juuli 2011. aasta otsus kohtuasjas T-208/10: Cree *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet (TRUEWHITE), kohtulahendite kogumikus ei avaldata, punkt 12).

17 Märke või tähiseid, mis võivad kaubanduses tähistada nende kaupade või teenuste omadusi, mille jaoks kaubamärki soovitakse registreerida, loetakse määruse nr 207/2009 artikli 7 lõike 1 punkti c tähenduses pealegi selliseks, mis ei saa täita kaubamärgi peamist ülesannet – identifitseerida kauba või teenuse päritolu, võimaldamaks seega 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 (vt eespool punktis 16 viidatud kohtuotsused Siseturu Ühtlustamise Amet *vs.* Wrigley, punkt 30, ja TRUEWHITE, punkt 13).

18 Seetõttu eeldab tähise kuulumine viidatud sättes sisalduva keelu kohaldamisalasse, et sellel on kõnealuste kaupade või teenustega piisavalt otsene ja konkreetne seos, mis võimaldab asjaomasel avalikkusel otsekohe ja ilma järele mõtlemata tajuda, et tegemist on kõnealuste kaupade või teenuste kategooria kirjeldusega või ühe nende omadusega (vt eespool punktis 16 viidatud kohtuotsus TRUEWHITE, punkt 14 ja seal viidatud kohtupraktika).

19 Samuti tuleb meenutada, et seda, kas tähis on kirjeldav, saab hinnata ainult esiteks seoses asjaoluga, kuidas asjaomane avalikkus tähist tajub, ja teiseks seoses asjaomaste kaupade või teenustega (vt Üldkohtu 27. veebruari 2002. aasta otsus kohtuasjas T-34/00: Eurocool Logistik *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet (EUROCOOL), EKL 2002, lk II-683, punkt 38, ja eespool punktis 16 viidatud kohtuotsus TRUEWHITE, punkt 17).

20 Asjaomase avalikkuse osas tuleb märkida, nagu vaidlustatud otsuse punktides 12 ja 13 sisuliselt õigesti järeldati, et vaidlusalused teenused on mõeldud nii keskmistele tarbijatele kui ka kutseala asjatundjatele ja kõige asjakohasem on saksakeelne avalikkus, kelle arvamusest tuleb lähtuda taotletud kaubamärgi kirjeldavuse hindamisel, võttes arvesse kõnealuse kaubamärgi elemente. Taotletud kaubamärgi kirjeldavuse hindamine peab seega – seda ei ole pealegi hageja vaidlustanud - toimuma lähtudes Euroopa Liidus asuva saksakeelse keskmise tarbija arvamusest.

21 Nagu apellatsioonikoda märkis, koosneb taotletud kaubamärk ühendatud elementidest „fluege” ja „de”; esimene on variatsioon saksa sõnast „Flüge” (lennud), mis on kirjutatud väiketähtedega ja „ü” tähe asemel on kasutatud tähekombinatsiooni „ue”, ja teine element on tippdomeen, mis seondub riigiga või sõltumatu territooriumiga (country code Top-Level Domain (ccTLD)), käesoleval juhul Saksamaaga.

22 Apellatsioonikoda leidis, et elemendi „fluege” hindamisel tuleb võtta arvesse asjaolu, et asjaomane avalikkus on harjunud veebiaadresside kirjutamisviisi puhul teatud erisustega. Nende eristuste hulgas toob ta esile, et tavaliselt väiketähtedes kirjutatud veebiaadressides asendatakse sellised erimärgid nagu tähed „ä”, „ü”, „ö” ja „β” tähekombinatsioonidega „ae”, „ue”, „oe” ja „ss” ning, et tehnilistel põhjustel ei ole olnud või ei ole võimalik kasutada erimärke. Ta märkis, et kuna asjaomane avalikkus teab neid erisusi, siis ei pea ta nende keelekasutust erinevaks.

23 Hageja ei ole suutnud sellele järeldusele tõsiseltvõetavaid vastuväiteid esitada. Tema väide, mille kohaselt ei võtnud apellatsioonikoda arvesse võimalust kasutada alates 2004. aastast veebiaadressides rõhumärkidega tähemärke (nagu „ü” täht), ei sea kahtluse alla vastulausete osakonna viidatud asjaolu, et rõhumärkidega tähemärgid asendatakse sageli tähekombinatsioonidega ja nimetatud osakonna hinnangut, et asjaomane avalikkus võib sisuliselt pidada sõna „fluege” kohe lihtsalt saksa sõna „Flüge” kirjapildi variatsiooniks, mis ei ole veebis ebatavaline.

24 Asjaolu et taotletud kaubamärgis järgneb sõnale „fluege” tippdomeen „de”, ei tähenda vastupidi hageja väidetele seda, et asjaomane avalikkus pöörab sellele võrreldes käsitletava sõnaga rohkem tähelepanu.

25 Asjaolu et asjaomane avalikkus võib taotletud tähist – arvestades selle lõppu „de” – pidada esmapilgul domeeninimeks ja seega viiteks veebiaadressile, on vastupidi eelduseks, et kõnealune avalikkus pöörab vähem tähelepanu seigale, et sõna „fluege” on koostatud väiketähest esitähega ja tähekombinatsiooniga „ue”.

26 Tuleb lisada, et kirjeldava ja eristusvõimeta sõnaga tippdomeeninime elemendi (näiteks tippdomeeninimi „de”) ühendamine ei anna eristusvõimet sellise toimingu tulemusel tekkinud tähisele, mida asjaomane avalikkus kohe määratleb kui domeeninime ja seega viidet veebiaadressile. Nimelt ei ole sellise domeeninime eristav osa mitte tippdomeen, mis võib koosneda punktist ja tähekombinatsioonist, mis vastab riiki tähistavale laiendile, vaid pigem teise astme domeen, mis on ühendatud tippdomeeniga.

27 Väite osas, milles hageja sisuliselt leiab, et domeeninimest koosnev kaubamärk peaks isegi juhul, kui selles esineb kirjeldav sõna, olema kaitstav põhjusel, et kõik internetikasutajad teavad, et kirjeldavast sõnast moodustatud domeeninime taga leidub üheainsa teenusepakkuja portaal, tuleb märkida, et selle argumendiga ei saa nõustuda.

28 Tuleb nimelt meenutada, et domeeninimi iseenesest viitab kõige enam üksnes ühele veebiaadressile ja mitte teatud kaupade või teenuste kaubandusliku päritolu seondumisele kindla tootja või tarnijaga. Domeeninimede eraldamise ja kasutamise tavad ei määra kindlaks seda, kas silmas pidades määruses nr 207/2009 määratletud absoluutseid keeldumispõhjuseid saab domeeninime registreerida ühenduse kaubamärgina.

29 Selles osas tuleb meenutada vajadust teha vahet esiteks domeeninime registreerimisest tulenevatel õigustel ja teiseks tähise ühenduse kaubamärgina registreerimisest tulenevatel õigustel. Lisaks ei tähenda asjaolu, et mõnele menetlusosalisele kuulub teatud domeeninimi, nagu näiteks domeeninimi „fluege.de", et nimetatud domeeninime saab sellest tulenevalt ühenduse kaubamärgina registreerida. Selleks on vaja nimelt, et domeeninimi vastaks kõigile määruses nr 207/2009 sätestatud tingimustele (Üldkohtu 12. detsembri 2007. aasta otsus kohtuasjas T-117/06: DeTeMedien *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet (suchen.de), kohtulahendite kogumikus ei avaldata, punkt 44).

30 Niisiis ei ole tulemuslik ükski argument, mida saab seostada sellega, et puudub vajadus jätta kaubamärk vabalt kasutavaks põhjusel, et kõnealuse domeeninime kasutamiseks on omandatud ainuõigus (vt seoses sellega eespool punktis 29 viidatud kohtuotsus suchen.de, punkt 44).

31 Kõigist eeltoodud kaalutlustest tuleneb, et apellatsioonikoda ei eksinud, kui ta leidis, et sisuliselt määratleb asjaomane avalikkus kohe taotletud kaubamärgi domeeninimena, mis viitab lennunduse ja lendude valdkonna veebiaadressile.

32 Hageja väidab, et isegi, kui asjaomane avalikkus tajub taotletud kaubamärki sellise domeeninime tähenduses, mis viitab lende pakkuvale veebiaadressile, ei seondu vaidlusalused teenused mingil moel või mitte piisavalt lendude pakkumisega.

33 Hageja leiab, et taotletud kaubamärgi puhul ei ole võimalik tajuda mingisugust kirjeldavat tähendust selliste teenuste osas nagu (klassi 35 kuuluvad) „reklaam", „ärijuhtimine" ja „kontoriteenused", mis on asjakohased igasuguse kaubandustegevuse puhul, ega (klassi 43 kuuluvate) „toitlustusteenuste" ja „tähtajalise majutuse" teenuste puhul ega ka mitte selliste (klassi 39 kuuluvate) teenuste puhul nagu „transport (veondus)", „kaupade pakendamine ja ladustamine" ja „reiside korraldamine".

34 Vaidlustatud otsuses asus apellatsioonikoda seisukohale, et taotletud kaubamärk on kirjeldav kõigi vaidlusaluste teenuste osas.

35 Vaidlustatud otsuse punktis 21 märkis apellatsioonikoda täpsemalt, et „reklaam" hõlmab ka lendude ja lennuettevõtjate reklaami; et „ärijuhtimisel" ja „kontoriteenustel" võib olla eriline laad, mis on suunatud lennuettevõtjate erinõudmistele; et „transport (veondus)" hõlmab lennutransporti; et „kaupade pakendamine ja ladustamine" võib olla kauba lennutransporti täiendav eesmärk; ja „toitlustusteenused" on hõlmatud lennureiside korraldamise ja lennureisijate toitlustamisega; ning lõpuks, et „tähtajalise majutamise" teenused võivad seonduda lennureisijate konkreetsete nõudmistega, näiteks lennujaamahotellide osas.

36 Apellatsioonikoda leidis, et taotletud kaubamärk annab asjaomasele avalikkusele edasi selget ja otsest teavet vaidlusaluste teenuste laadi kohta (vaidlustatud otsuse punktid 22 ja 23) ja seetõttu kirjeldab asjaomane kaubamärk neid teenuseid määruse nr 207/2009 artikli 7 lõike 1 punkti c tähenduses.

37 Vastupidi hageja väitele ei ole see apellatsioonikoja hinnang väär.

38 Kõigepealt tuleb meenutada, et taotletud kaubamärk osas, milles asjaomane avalikkus tajub seda kohe domeeninimena, mis viitab lennunduse ja lendude valdkonna veebiaadressile, kirjeldab määruse nr 207/2009 artikli 7 lõike 1 punkti c tähenduses klassi 39 kuuluvaid „transpordi (veondus)" teenuseid ja nende teenuste hulgas täpsemalt lennutranspordi teenuseid.

39 Selles osas on ilmselgelt ebaoluline hageja väidetud asjaolu, et tema konkreetne tegevus ei kujuta endast lennutransporditegevust, vaid lendude müügi vahendustegevust. Nimelt ei sõltu määruse nr 207/2009 artikli 7 lõike 1 punktis c sätestatud absoluutsetest keeldumispõhjustest lähtuv kaubamärgina registreeritavuse hindamine mingil moel kaubamärgi taotleja konkreetsest tegevusest, vaid üksnes küsimusest, kas see kaubamärk kirjeldab kaubamärgitaotluses nimetatud kaupu ja teenuseid.

40 Selles osas tuleb lisada, et asjaolu, et sõnamärk kirjeldab kaubamärgitaotluses osutatud ühte kauba- või teenuseliiki kui sellisesse kuuluvatest kaupadest või teenustest ainult mõningaid, ei takista selle tähise registreerimisest keeldumist. Kui sellisel juhul oleks kõnealune tähis registreeritud ühenduse kaubamärgina teatava liigi jaoks, ei takistaks miski kaubamärgi omanikku seda kasutamast ka asjaomasesse liiki kuuluvate kaupade või teenuste suhtes, mille osas see kaubamärk on kirjeldav (vt Üldkohtu 9. juuli 2008. aasta otsus kohtuasjas T-304/06: Reber *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet - Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli (Mozart), EKL 2008, lk II-1927, punkt 92, ja eespool punktis 16 viidatud kohtuotsus TRUEWHITE, punkt 27).

41 Mis seejärel puudutab küsimust, kas taotletud kaubamärk kirjeldab lisaks „transpordi (veondus)" teenustele ka muid kaubamärgitaotluses nimetatud teenuseid, tuleb märkida samamoodi nagu apellatsioonikoda ja eespool punktis 35 meenutatud põhjustel, et ülejäänud teenuseid, mis on kaubamärgitaotluses määratletud väga laialt, võib kõiki osutada lennutranspordi ja lendude valdkonnas ja need on sellega tihedas seoses.

42 Kuna hageja ei ole seadnud oma kaubamärgitaotluses mingeid piiranguid, et selle taotluse ulatusest jääks välja ülejäänud teenused osas, milles neid osutatakse lennutranspordi ja lendude valdkonnas, siis järeldas apellatsioonikoda õigesti - eelkõige vaidlustatud otsuse punktides 20–22 esitatud põhjendustel –, et taotletud kaubamärk kirjeldab määruse nr 207/2009 artikli 7 lõike 1 punkti c tähenduses kaubamärgitaotluses nimetatud muid teenuseid (Üldkohtu 8. juuni 2005. aasta otsus kohtuasjas T-315/03: Wilfer *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet (ROCKBASS), EKL 2005, lk II-1981, punkt 70, ja vt analoogia alusel Üldkohtu 11. veebruari 2010. aasta otsus kohtuasjas: T-289/08, Deutsche BKK *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet (Deutsche BKK), kohtulahendite kogumikus ei avaldata, punkt 49).

43 Eeltoodud kaalutlustest tuleneb, et käsitletav väide, mis puudutab määruse nr 207/2009 artikli 7 lõike 1 punkti c rikkumist, tuleb põhjendamatuse tõttu tagasi lükata.

Teine väide, mis puudutab määruse nr 207/2009 artikli 7 lõike 1 punkti b rikkumist

44 Hageja väidab, et võttes arvesse sõna „fluege" ebaharilikkust saksa keeles ja asjaomase avalikkuse erilist tähelepanu, mis tuleneb domeeninime veebis registreerimise ainulaadsusest, vastab taotletud kaubamärk selle registreerimiseks vajaliku eristusvõime osas miinimumnõuetele.

45 Ühtlustamisamet ei nõustu hageja seisukohaga.

46 Tuleb meenutada, et absoluutsete keeldumispõhjuste kohaldamisalade kattumine tähendab eelkõige seda, et kaupade või teenuste omadusi kirjeldaval sõnamärgil võib sel põhjusel puududa eristusvõime nende samade kaupade või teenuste suhtes, ilma et see piiraks siiski teiste põhjuste kohaldamist, mis võivad õigustada selle eristusvõime puudumist (vt Euroopa Kohtu 18. märtsi 2010. aasta määrus kohtuasjas C-282/09 P: CFCMCEE *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, EKL 2010, lk I-2395, punkt 52 ja seal viidatud kohtupraktika).

47 Käesoleval juhul ei ole vaidlust küsimuses, et apellatsioonikoda ei eksinud järeldades, et taotletud kaubamärk kirjeldab vaidlusaluseid teenuseid. Selles osas märkis ta nimelt, et asjaolu, et kirjeldava ja eristusvõimeta sõnaga on ühendatud punkt ja tähekombinatsioon, mis vastab tippdomeenile, ei anna eristusvõimet sellise toimingu tulemusel tekkinud tähisele, mida asjaomane avalikkus kohe määratleb kui domeeninime ja seega viidet veebiaadressile.

48 Seetõttu tuleb käsitletav väide, mis puudutab määruse nr 207/2009 artikli 7 lõike 1 punkti b rikkumist, põhjendamatuse tõttu tagasi lükata.

Kolmas väide, mille kohaselt on taotletud kaubamärk omandanud kasutamise käigus eristusvõime

49 Hageja väidab, et taotletud kaubamärk on omandanud eristusvõime kasutamise käigus, mis on toimunud Saksamaal ning teistes Euroopa Liidu saksakeelsetes piirkondades. Ta esitab selle kohta dokumendid ja väidab nende alusel, et taotletud kaubamärk tuleb registreerida ja vaidlustatud otsus tühistada.

50 Ühtlustamisamet väidab, et kasutamise käigus omandatud eristusvõimele on Üldkohtus viidatud hilinenult ja igal juhul ei ole seda tõendatud.

51 Selle kohta olgu meenutatud, et Üldkohtusse esitatud hagi eesmärk on ühtlustamisameti apellatsioonikodade otsuste õiguspärasuse kontrollimine määruse nr 207/2009 artikli 65 tähenduses. Üldkohtu kodukorra artikli 135 lõike 4 kohaselt ei või poolte avaldused muuta apellatsioonikoja menetluses oleva hagi eset.

52 Käesoleval juhul ilmneb kohtule esitatud toimikust, et hageja ei viidanud ühtlustamisametis toimunud menetluses asjaolule, et taotletud kaubamärk on kasutamise käigus omandanud eristusvõime määruse nr 207/2009 artikli 7 lõike 3 tähenduses. Seega ei ole ühtlustamisametis toimunud vaidluses käsitletud asjaolu, et kõnealune sõnamärk on kasutamise käigus muutunud eristavaks.

53 Selles osas tuleb märkida, et nii *ex parte* menetluses kui ka *inter partes* menetluses esitatud viide kasutamise käigus omandatud eristusvõimele kujutab endast sõltumatut õiguskaitsevahendit võrreldes käsitletava kaubamärgi olemusest tuleneva eristusvõimega. Seega ei pea juhul, kui menetlusosaline ei viidanud ühtlustamisametis oma kaubamärgi omandatud eristusvõimele, ühtlustamisamet omal algatusel sellise eristusvõime olemasolu hindama (vt Üldkohtu 10. märtsi 2010. aasta otsus kohtuasjas T-31/09: Baid *vs*. Siseturu Ühtlustamise Amet, EKL 2010, kohtulahendite kogumikus ei avaldata, punkt 41 ja seal viidatud kohtupraktika).

54 Seetõttu ei pea Üldkohus tegema otsust küsimuses, mida ei ole apellatsioonikojas toimunud vaidluses arutatud.

55 Kolmas väide tuleb seega tagasi lükata.

56 Eeltoodud kaalutlustest tuleneb, et hagi tuleb jätta rahuldamata.

Kohtukulud

57 Kodukorra artikli 87 lõike 2 alusel on kohtuvaidluse kaotanud pool kohustatud hüvitama kohtukulud, kui vastaspool on seda nõudnud. Kuna kohtuotsus on tehtud hageja kahjuks, tuleb kohtukulud vastavalt ühtlustamisameti nõudele välja mõista hagejalt.

Esitatud põhjendustest lähtudes

ÜLDKOHUS (teine koda)

otsustab:

1. Jätta hagi rahuldamata.

2. Jätta Unister GmbH kohtukulud tema enda kanda ning mõista temalt välja Siseturu Ühtlustamise Ameti (kaubamärgid ja tööstusdisainilahendused) kohtukulud.

Forwood Dehousse Schwarcz

Kuulutatud avalikul kohtuistungil 14. mail 2013. aastal Luxembourgis.

Allkirjad