PIRMĀS INSTANCES TIESAS SPRIEDUMS (pirmā palāta)

2009. gada 29. septembrī *

Lieta T-139/08

The Smiley Company SPRL, Brisele (Beļģija), ko pārstāv A. Doičs [*A. Deutsch*], *avocat*,

prasītāja,

pret

Iekšējā tirgus saskaņošanas biroju (preču zīmes, paraugi un modeļi) (ITSB), ko pārstāv H. Krespo Kariljo [*J. Crespo Carrillo*], pārstāvis,

atbildētājs,

par prasību, kas celta par ITSB Apelāciju ceturtās padomes 2008. gada 7. februāra lēmumu R 958/2007-4 attiecībā uz starptautisku reģistrāciju, ko attiecina uz Eiropas Kopienu, preču zīmei, kas attēlo pusi no *smiley* smaida.

* Tiesvedības valoda — angļu.

EIROPAS KOPIENU
PIRMĀS INSTANCES TIESA (pirmā palāta)

šādā sastāvā: priekšsēdētāja V. Tīli [*V. Tiili*], tiesneši F. Deuss [*F. Dehousse*] un I. Višņevska-Bjalecka [*I. Wiszniewska-Białecka*] (referente),

sekretāre K. Poheca [*K. Pocheć*], administratore,

ņemot vērā prasības pieteikumu, kas Pirmās instances tiesas kancelejā iesniegts 2008. gada 11. aprīlī,

ņemot vērā atbildes rakstu, kas Pirmās instances tiesas kancelejā iesniegts 2008. gada 31. jūlijā,

ņemot vērā Pirmās instances tiesas rakstveida jautājumu lietas dalībniekiem,

ņemot vērā lietas dalībnieku apsvērumus, kas Pirmās instances tiesas kancelejā iesniegti 2009. gada 8., 15. un 30. aprīlī,

ņemot vērā 2009. gada 4. jūnija rīkojumu, ar kuru atļauts aizstāt lietas dalībniekus,

pēc tiesas sēdes 2009. gada 10. jūnijā

pasludina šo spriedumu.

Spriedums

Prāvas priekšvēsture

1 2006. gada 14. aprīlī Franklins Loufrani [*Franklin Loufrani*] attiecībā uz tālāk attēloto grafisko preču zīmi (turpmāk tekstā — "attiecīgā preču zīme") ieguva starptautisku reģistrāciju, ko attiecina uz Eiropas Kopienu:



2 Iekšējā tirgus saskaņošanas birojs (preču zīmes, paraugi un modeļi) (ITSB) 2006. gada 14. septembrī saņēma paziņojumu par attiecīgās preču zīmes starptautisko reģistrāciju.

3 Preces un pakalpojumi, attiecībā uz kuriem ir pieteikta reģistrācija Kopienā, ietilpst 14., 18. un 25. klasē atbilstoši pārskatītajam un grozītajam 1957. gada 15. jūnija Nicas Nolīgumam par preču un pakalpojumu starptautisko klasifikāciju preču zīmju reģistrācijas vajadzībām un attiecībā uz katru klasi atbilst šādam aprakstam:

— 14. klase: "cēlmetāli un to sakausējumi, kas nav paredzēti izmantošanai stomatoloģijā, juvelierizstrādājumi, bižutērija, dārgakmeņi, pulksteņi un hronometriskie izstrādājumi, sudrablietas (trauki), mākslas priekšmeti no cēlmetāliem, kastes, etvijas un šķirstiņi no cēlmetāliem, rokassprādzes (bižutērija), piespraudes (bižutērija), saules pulksteņi, pelnu trauki (no cēlmetāliem), ķēdītes (bižutērija), cepuru dekori (no cēlmetāliem), hronogrāfi (pulksteņi), hronometri, atslēgu piekariņi brīvā formā, kaklarotas (bižutērija), kaklasaites adatas, trauki virtuvei un mājsaimniecība, virtuves un mājsaimniecības piederumi no cēlmetāliem, adatas (bižutērija), pulksteņi, nozīmītes no cēlmetāliem, aproču pogas, naudas maki no cēlmetāliem, pulksteņi, pulksteņu aproces, cēlmetālu izstrādājumi (izņemot nažu izstrādājumus, dakšiņas un karotes), rotaslietas (bižutērija), svārsti (pulksteņu), salvešu turētāji no cēlmetāliem, modinātājpulksteņi, servīzes (trauku) no cēlmetāliem, urnas no cēlmetāliem, sakrālās vāzes no cēlmetāliem";

— 18. klase: "čemodāni un koferi, lietussargi, saulessargi un spieķi, pātagas un segli, dzīvnieku kakla siksnas un pavadas, ādas vai ādas un kartona kastes, maisiņi, spieķsoliņš, portfeļi, kredītkaršu maciņi (kabatas portfeļi), cepuru kastes no ādas, atslēgu etvijas (ādas izstrādājumi), šķirstiņi, kas paredzēti tualetes piederumiem, tā dēvētie "vanity cases", dokumentu mapes, skolas somas, iepirkumu maisiņi, dzīvnieku apģērbi, somiņas, maki (kas nav no cēlmetāliem), saulessargi, portfeļi, somas bērnu pārnēsāšanai, mugursomas, rokas somas, pludmales somas, ceļasomas, somas (apvalki, futrāli) iesaiņošanai (no ādas), somas–pārvalki drēbēm (ceļojumiem), dokumentu mapes (ādas izstrādājumi), ceļojumu šķirsti (ādas izstrādājumi";

— 25. klase: "apģērbi (drēbes), apavi (izņemot ortopēdiskos apavus), peldkostīmi, peldmēteļi, krūšautiņi, kas nav no papīra, beretes, trikotāžas veļa, zābaki, lences, apakšbikses, naģenes, jostas (drēbes), cepures, sporta apavi, karnevāla tērpi,

autiņbiksītes, ausu sargi (drēbes), kaklasaites, šalles, lakati, cimdi (drēbes), zīdaiņu drēbītes, čības, zoles, apakšveļa, priekšauti (apģērbi), sporta apģērbi".

4 2007. gada 1. februārī ITSB paziņoja par *ex officio* provizorisku atteikumu attiecīgās preču zīmes aizsardzībai Kopienā saskaņā ar 5. pantu Protokolam, kas pievienots Madrides Nolīgumam par preču zīmju starptautisko reģistrāciju un pieņemts Madridē 1989. gada 27. jūnijā (OV 2003, L 296, 22. lpp.), un 113. noteikumam Komisijas 1995. gada 13. decembra Regulā (EK) Nr. 2868/95, ar ko īsteno Padomes Regulu (EK) Nr. 40/94 par Kopienas preču zīmi (OV L 303, 1. lpp.), ar grozījumiem, attiecībā uz visām precēm, ko aptvēra starptautiskā reģistrācija, ko attiecina uz Kopienu. Norādītais pamatojums bija attiecīgās preču zīmes atšķirtspējas neesamība Padomes 1993. gada 20. decembra Regulas (EK) Nr. 40/94 par Kopienas preču zīmi (OV 1994, L 11, 1. lpp.) ar grozījumiem 7. panta 1. punkta b) apakšpunkta izpratnē (tagad — Padomes 2009. gada 26. februāra Regulas (EK) Nr. 207/2009 par Kopienas preču zīmi (OV L 78, 1. lpp.) 7. panta 1. punkta b) apakšpunkts).

5 Noteiktajā termiņā nesaņemot atbildi uz šo paziņojumu, pārbaudītājs ar 2007. gada 23. aprīļa lēmumu atteica aizsardzību Kopienā attiecīgajai preču zīmei attiecībā uz visām precēm, uz ko attiecas starptautiskā reģistrācija, ko attiecina uz Kopienu, pamatojot ar to, ka attiecīgajai preču zīmei nav atšķirtspējas Regulas Nr. 40/94 7. panta 1. punkta b) apakšpunkta izpratnē.

6 2007. gada 22. jūnijā F. Loufrani par šo lēmumu iesniedza apelācijas sūdzību ITSB, pamatojoties uz Regulas Nr. 40/94 57.–62. pantu (tagad — Regulas Nr. 207/2009 58.–64. pants).

7 Ar 2008. gada 7. februāra lēmumu (turpmāk tekstā — "apstrīdētais lēmums") ITSB Apelāciju ceturtā padome apelācijas sūdzību noraidīja. Apelāciju padome uzskatīja, ka preces, kurām tika lūgta aizsardzība, bija plaša patēriņa preces, ka konkrētā sabiedrības daļa bija Kopienas sabiedrība kopumā un ka attiecībā uz "bižutērijas izstrādājumiem, ādas izstrādājumiem, apģērbiem un līdzīgiem izstrādājumiem", tā parādīja relatīvi augstu uzmanības līmeni, izdarot savu izvēli. Par attiecīgo preču zīmi, pirmkārt,

Apelāciju padome apstiprināja pārbaudītāja vērtējumu, ka tā bija ļoti vienkāršs un banāls motīvs, kuram ir tikai dekoratīva funkcija un ko konkrētā sabiedrības daļa neuztver kā atšķirīgu apzīmējumu. Otrkārt, tā noraidīja kā nepārliecinošus piemērus reģistrētām preču zīmēm, kas tika izvirzīti apelācijas sūdzības pamatojumam. Ņemot vērā šos pierādījumus, tā konstatēja, ka attiecīgajai preču zīmei nebija atšķirtspējas Regulas Nr. 40/94 7. panta 1. punkta b) apakšpunkta izpratnē un ka līdz ar to attiecīgās preču zīmes aizsardzība Kopienā ir jāatsaka.

8 Prasītājai *The Smiley Company SPRL* tika atļauts aizstāt F. Loufrani šīs tiesvedības ietvaros pēc attiecīgās preču zīmes starptautiskās reģistrācijas cesijas.

Lietas dalībnieku prasījumi

9 Prasītājas prasījumi Pirmās instances tiesai ir šādi:

— atcelt apstrīdēto lēmumu;

— piespriest ITSB atlīdzināt tiesāšanās izdevumus.

10 ITSB prasījumi Pirmās instances tiesai ir šādi:

— noraidīt prasību;

— piespriest prasītājai atlīdzināt tiesāšanās izdevumus.

Juridiskais pamatojums

11 Prasītāja izvirza tikai vienu pamatu, kas attiecas uz Regulas Nr. 40/94 7. panta 1. punkta b) apakšpunkta pārkāpumu. Tā būtībā apgalvo, ka konkrēto sabiedrības daļu veido vidusmēra patērētāji, no kuriem daži parāda īpaši augstu uzmanības līmeni, vismaz attiecībā uz daļu no attiecīgajām precēm, un kuri ir raduši kā izcelsmes norādi uztvert daudzus apzīmējumus, kas ir līdzīgi attiecīgajai preču zīmei. Turklāt pēdējā minētā jau esot izmantota kā komerciālās izcelsmes norāde noteiktām precēm un tai esot pietiekami specifiskas iezīmes, lai to uzskatītu par tādu, kam piemīt minimālā atšķirtspēja, kas nepieciešama tās aizsardzībai Kopienā.

12 ITSB apstrīd prasītājas argumentāciju.

13 Saskaņā ar Regulas Nr. 40/94 146. panta 1. punktu (tagad — Regulas Nr. 207/2009 151. panta 1. punkts) starptautiskai reģistrācijai, ko attiecina uz Kopienu, no dienas, kad tā reģistrēta atbilstoši Madrides protokola 3. panta 4. punktam, vai no dienas, kad tā pēc tam attiecināta uz Kopienu atbilstoši Madrides protokola 3. panta 4. punktam, ir tādas pašas sekas kā pieteikumam par Kopienas preču zīmi. Regulas Nr. 40/94 149. panta 1. punktā (tagad — Regulas Nr. 207/2009 154. panta 1. punkts) noteikts, ka

starptautiskās reģistrācijas, ko attiecina uz Kopienu, pakļauj pārbaudei attiecībā uz atteikuma absolūto pamatojumu tādā pašā veidā kā Kopienas preču zīmju pieteikumus.

14 Atbilstoši Regulas Nr. 40/94 7. panta 1. punkta b) apakšpunktam netiek reģistrētas preču zīmes, kam nav atšķirtspējas. Saskaņā ar pastāvīgo judikatūru Regulas Nr. 40/94 7. panta 1. punkta b) apakšpunktā norādītie apzīmējumi nevar veikt preču zīmes pamata funkciju, proti, identificēt preces vai pakalpojuma komerciālo izcelsmi, sniedzot iespēju patērētājam, kurš ir iegādājies ar preču zīmi apzīmēto preci vai pakalpojumu, nākamās iegādes gadījumā atkārtoti izdarīt to pašu izvēli, ja pieredze ir bijusi pozitīva, vai izdarīt citādu izvēli, ja tā ir bijusi negatīva (Pirmās instances tiesas 2002. gada 27. februāra spriedums lietā T-34/00 *Eurocool Logistik*/ITSB ("EUROCOOL"), *Recueil*, II-683. lpp., 37. punkts, un 2009. gada 5. maija spriedums lietā T-449/07 *Rotter*/ITSB (Savienotu desiņu forma), Krājums, II-1071. lpp., 18. punkts).

15 Preču zīmes atšķirtspēja ir jāizvērtē, pirmkārt, attiecībā uz precēm vai pakalpojumiem, saistībā ar kuriem ir pieteikta reģistrācija, un, otrkārt, attiecībā uz konkrētās sabiedrības daļas, ko veido samērā informēts, uzmanīgs un apdomīgs minēto preču vai pakalpojumu vidusmēra patērētājs, uztveri (Pirmās instances tiesas 2002. gada 7. februāra spriedums lietā T-88/00 *Mag Instrument*/ITSB (Kabatas lukturīša forma), *Recueil*, II-467. lpp., 30. punkts, un iepriekš 14. punktā minētais spriedums Savienotu desiņu formas lietā, 19. punkts).

16 Tomēr pietiek ar minimālu atšķirtspēju, lai Regulas Nr. 40/94 7. panta 1. punkta b) apakšpunktā minētais absolūtais atteikuma pamats nebūtu piemērojams (Pirmās instances tiesas 2001. gada 19. septembra spriedums lietā T-337/99 *Henkel*/ITSB (Apaļa sarkanbalta tablete), *Recueil*, II-2597. lpp., 44. punkts, un 2009. gada 20. maija spriedums apvienotajās lietās T-405/07 un T-406/07 *CFCMCEE*/ITSB ("P@YWEB CARD" un "PAYWEB CARD"), Krājums, II-1441. lpp., 57. punkts).

17 Izskatāmajā lietā attiecīgās preču zīmes aizsardzība Kopienā tika atteikta attiecībā uz visām precēm, attiecībā uz kurām šī aizsardzība tika lūgta. Būtībā tas attiecas uz dārgmetāliem, precēm no dārgmetāliem, bižutērijas izstrādājumiem un pulksteņiem, kas visi ietilpst 14. klasē, bagāžas un ādas izstrādājumiem, kas ietilpst 18. klasē, un apģērbiem un apģērbu aksesuāriem, kas ietilpst 25. klasē. Tā kā vairumā gadījumu šīs preces ir paredzētas sabiedrībai kopumā, Apelāciju padome pamatoti uzskatīja, ka konkrētā sabiedrības daļa bija Kopienas sabiedrība kopumā. Turklāt prasītāja to neapstrīdēja.

18 To, kā konkrētā sabiedrības daļa uztver preču zīmi, ietekmē vidusmēra patērētāja uzmanības līmenis, kas var mainīties atkarībā no attiecīgo preču vai pakalpojumu kategorijas (Pirmās instances tiesas iepriekš 16. punktā minētais spriedums Apaļas sarkanbaltas tabletes lietā, 48. punkts, un 2007. gada 12. septembra spriedums lietā T-358/04 *Neumann*/ITSB (Mikrofona galviņas forma), Krājums, II-3329. lpp., 40. punkts).

19 Izskatāmajā lietā, pat ja konkrētā sabiedrības daļa, izvēloties attiecīgās preces, varētu pievērst samērā augstu uzmanību, kā to norādījusi Apelāciju padome, nevar uzskatīt, kā norādījusi prasītāja, ka konkrētā sabiedrības daļa par attiecībā uz daļu attiecīgo preču izrādītu īpaši augstu uzmanību. Faktiski, lai gan šīs preces patiešām var uzskatīt par tādām, kas ietilpst modes jomā tās plašākajā izpratnē, un varētu atzīt, ka vidusmēra patērētājs pievērš noteiktu uzmanību savam ārējam izskatam, un ka tādējādi tas, pērkot preces, spēj novērtēt to stilu, kvalitāti, apdari un cenu, no attiecīgo preču apraksta tomēr neizriet, ka tās būtu luksusa preces, vai preces, kas ir tik izsmalcinātas vai par tādu cenu, ka konkrētā sabiedrības daļa varētu būt īpaši uzmanīga attiecībā uz šīm precēm.

20 Tādējādi ir jānovērtē attiecīgās preču zīmes atšķirtspēja visām precēm, attiecībā uz kurām lūgta šīs preču zīmes aizsardzība, ņemot vērā prezumētās vidusmēra patērētāja gaidas, kas nepierāda īpaši augstu uzmanības līmeni.

21 Attiecīgo preču zīmi veido izliekta un kāpjoša līnija, pielīdzināma apļa ceturtdaļai, zem kuras vidū novietota neliela vertikāla svītra un kura tās labajā pusē beidzas ar otru īsu līniju, kas ir gandrīz perpendikulāra pirmajai. Abu galveno līniju krustošanās punktu iezīmē viegli trīsstūraina forma. Šie dažādie elementi veido kopumu.

22 Tiesas sēdē prasītāja apgalvoja, ka attiecīgās preču zīmes nelielā vertikālā svītra, kas atrodas zem kāpjošās līknes, ir nevis [šīs preču zīmes] daļa, bet gan iznākums sliktai drukas kvalitātei, ko Pirmās instances tiesa ņēma vērā. Tomēr ITSB apgalvoja, ka šis arguments nav pieņemams, jo tas grozot Apelāciju padomē izskatāmā procesa priekšmetu, pārkāpjot Pirmās instances tiesas Reglamenta 135. panta 4. punktu, ko Pirmās instances tiesa arī ņēma vērā.

23 No procesa ITSB lietas materiāliem izriet, ka pārbaudītājs attiecīgo preču zīmi aprakstīja šādi: "melna, kāpjoša līnija, kas augšējā labajā pusē beidzas ar īsu līniju, kura perpendikulāra šai pašai līnijai", un ka, savā procesuālajā dokumentā norādot pamatus savai apelācijas sūdzībai Apelāciju padomē, F. Loufrani ir norādījis, ka "ir jāpievērš uzmanība mazajai vertikālajai līnijai, kas atrodas zem līknes [..] elementam, kuru pārbaudītājs nepiemin". Tādējādi pēc F. Loufrani tieši izteikta pieprasījuma Apelāciju padome uzskatīja, ka nelielā līnija bija attiecīgās preču zīmes daļa.

24 Saskaņā ar judikatūru — no Regulas Nr. 40/94 63. panta (tagad — Regulas Nr. 207/2009 65. pants) un Reglamenta 135. panta 4. punkta izriet, ka prasītājs Pirmās instances tiesā nevar mainīt tiesvedības noteikumus, kā tie izriet no pretenzijām un apgalvojumiem, kas izvirzīti ITSB. Līdz ar to arguments, kas pirmo reizi izvirzīts Pirmās instances tiesā, kuram ir šāds iespaids, ir jānoraida kā nepieņemams (šajā sakarā skat. Tiesas 2007. gada 26. aprīļa spriedumu lietā C-412/05 P *Alcon*/ITSB, Krājums, I-3569. lpp., 43.–45. punkts un tajos minētā judikatūra).

25 Izskatāmajā lietā prasītājas tiesas sēdē izvirzītā argumenta sekas ir tādas, ka tiek grozīta preču zīme, par kuru tā pieprasījusi aizsardzību Kopienā un attiecībā uz kuru ir lēmusi Apelāciju padome. Kā norādīja ITSB, šis arguments groza procesa Apelāciju padomē priekšmetu, kā tas izrietēja no pretenzijām un apgalvojumiem, ko prasītāja bija izvirzījusi ITSB. Līdz ar to šis arguments ir jānoraida kā nepieņemams un ir jāuzskata, ka šī mazā vertikālā līnija ir attiecīgās preču zīmes daļa.

26 Attiecībā uz šīs preču zīmes atšķirtspēju ir jāatgādina, kas saskaņā ar judikatūru pārliecīgi vienkāršs apzīmējums, ko veido parasta ģeometriska pamatfigūra, tāda kā aplis, līnija, taisnstūris vai piecstūris, pats par sevi nevar sniegt ziņu, ko patērētāji varētu atcerēties, tā ka patērētāji to neuzskata par preču zīmi, ja vien tas nav ieguvis atšķirtspēju izmantošanas rezultātā (Pirmās instances tiesas 2007. gada 12. septembra spriedums lietā T-304/05 *Cain Cellars*/ITSB (Piecstūra attēls), Krājumā nav publicēts, 22. punkts).

27 Šādi preču zīmes atšķirtspējas konstatēšana Regulas Nr. 40/94 7. panta 1. punkta b) apakšpunkta izpratnē nav pakļauta nosacījumam, ka jākonstatē zināms preču zīmes īpašnieka lingvistiskās vai mākslinieciskās izdomas vai iztēles līmenis. Pietiek ar to, ka preču zīme ļauj konkrētajai sabiedrības daļai identificēt ar to apzīmēto preču vai pakalpojumu izcelsmi un atšķirt tos no citu uzņēmumu precēm un pakalpojumiem (Tiesas 2004. gada 16. septembra spriedums lietā C-329/02 P *SAT.1*/ITSB, Krājums, I-8317. lpp., 41. punkts, un Pirmās instances tiesas 2009. gada 29. aprīļa spriedums lietā T-23/07 *Borco-Marken-Import Matthiesen*/ITSB (“α”), Krājums, II-861. lpp., 43. punkts).

28 Izskatāmajā lietā pastāv vienprātība, ka attiecīgā preču zīme neattēlo ģeometrisku figūru. Lietas dalībnieki tomēr nav vienisprātis par šīs preču zīmes vienkāršību un līdz ar to par tās atšķirtspēju, prasītājai būtībā apgalvojot, ka attiecīgā preču zīme ir “pietiekami sarežģīta divu līniju kombinācija [..], kas atgādina mazo burtu “t””, un ka tādēļ tā esot atšķirīga.

29 Šajā sakarā, pirmkārt, ir jānorāda, ka pretēji prasītājas norādītajam Apelāciju padome ir ņēmusi vērā līniju, kas atrodas līknes tālākajā labajā pusē, un apstākli, ka tā ļauj attiecīgajai preču zīmei piešķirt atšķirīgu iespaidu no iespaida, kāds būtu vienkāršai liektai līnijai. No apstrīdētā lēmuma izriet, ka Apelāciju padome vispirms netieši pieņēma attiecīgās preču zīmes aprakstu, ko bija veicis pārbaudītājs, kurš minēts iepriekš 23. punktā, un ka tā to pēc tam papildināja, atbilstoši apelācijas sūdzības Apelāciju padomē pamatos norādītajam attiecībā uz to, ka pastāv "neliela svītra, kas parādās līknes vidū, vērsta lejup", un ka visbeidzot tā konstatēja, ka šī nelielā svītra negrozīja to, kā tiek uztverta attiecīgā preču zīme, proti, ka tā ir "ļoti vienkāršs, banāls motīvs, kam ir vienīgi dekoratīva funkcija un kas nav preču komerciālās izcelsmes norāde".

30 Otrkārt, protams, prasītāja pamatoti uzskata, ka apstāklis, ka preču zīme veic dekoratīvu vai ornamentālu funkciju, neiespaido tās atšķirtspējas vērtējumu. Tomēr apzīmējums, kas veic citādas funkcijas nekā preču zīme klasiskā izpratnē Regulas Nr. 40/94 7. panta 1. punkta b) apakšpunkta nozīmē, ir atšķirtspējīgs tikai tad, ja to kopumā var uztvert kā komerciālās izcelsmes norādi attiecībā uz precēm vai pakalpojumiem, kas apzīmēti, lai konkrētā sabiedrības daļa spētu nekļūdīgi atšķirt preču zīmes īpašnieka preces un pakalpojumus no precēm un pakalpojumiem ar citu komerciālo izcelsmi (Pirmās instances tiesas 2002. gada 5. decembra spriedums lietā T-130/01 *Sykes Enterprises*/ITSB ("REAL PEOPLE, REAL SOLUTIONS"), *Recueil*, II-5179. lpp., 20. punkts, un 2005. gada 15. septembra spriedums lietā T-320/03 *Citicorp*/ITSB ("LIVE RICHLY"), Krājums, II-3411. lpp., 66. punkts). Tādējādi šim apzīmējumam, pat ja tas ir dekoratīvs, ir jābūt minimālai atšķirtspējai.

31 Attiecīgajai preču zīmei nav nekāda aspekta, ko konkrētā sabiedrības daļa, pat ja tā ir relatīvi uzmanīga, varētu viegli un uzreiz iegaumēt, kas ļautu to uzreiz aptvert kā attiecīgo preču komerciālās izcelsmes norādi. Kā to pamatoti norādīja Apelāciju padome, tā tiks uztverta tikai kā dekoratīvs elements gan attiecībā uz precēm, kas ietilpst 14. klasē, gan arī attiecībā uz precēm, kas ietilpst 18. un 25. klasē. Tātad attiecīgā preču zīme neļaus individualizēt nevienu no attiecīgajām precēm salīdzinājumā ar konkurējošām precēm.

32 Apstāklis, ka konkrētā sabiedrības daļa esot pieradusi uztvert vienkāršus grafiskus apzīmējumus, kas sastāv no sloksnēm vai svītrām, kā preču zīmes, vai ka daudzi ražotāji esot reģistrējuši šādas preces, lai apzīmētu preces, kas ietilpst 25. klasē, šo konstatējumu neliek apšaubīt.

33 Pretēji prasītājas apgalvotajam Apelāciju padome neapgalvoja, ka konkrētā sabiedrības daļa (it īpaši preču, kas ietilpst 25. klasē, patērētāji) nebija radusi uztvert apzīmējumus no vienkāršām strēmelēm kā atšķirtspējīgus apzīmējumus. Turklāt tā neapgalvoja, ka patērētāji nepievērš uzmanību šiem apzīmējumiem, kas sastāv no strēmelēm, lai atšķirtu preces. No apstrīdētā lēmuma izriet, ka Apelāciju padome vienīgi atzīmēja, ka tai sniegtie piemēri nebija pārliecinoši, jo attiecās uz atšķirīgām preču zīmēm, kas turklāt bija sarežģītākas par attiecīgajām preču zīmēm.

34 Šī Apelāciju padomes nostāja ir jāapstiprina. Pirmkārt, te ir jāizlemj, vai attiecīgā preču zīme pati par sevi ir tāda, ka konkrētā sabiedrības daļa var to uztvert kā norādi, kas tai ļauj identificēt attiecīgo preču komerciālo izcelsmi, bez iespējamas sajaukšanas ar citām precēm, kam ir cita izcelsme. Tādējādi tikai apstāklis, ka ir uzskatīts, ka citām preču zīmēm, kaut gan arī tās ir vienkāršas, ir šāda kapacitāte, un attiecīgi ka tām piemīt atšķirtspēja, nav izšķirošs, lai izlemtu, vai attiecīgajai preču zīmei arī ir minimālā atšķirtspēja, kas nepieciešama, lai to varētu aizsargāt Kopienā.

35 Otrkārt, pieņemot, ka prasītājas argumentācija būtu pilnībā pieņemama, jo noteiktas preču zīmes pirmo reizi izvirzītas Pirmās instances tiesā, ir jāatzīst, ka daudzas preču zīmes, uz kurām prasītāja izdarījusi norādi, ir vienkāršas. Tomēr tās visas sastāv nevis tikai no vienkāršām līnijām vai svītrām, kā attiecīgā preču zīme, bet vai nu tām ir identificējamas formas un noteikta virsma (vienkārša vai to kontūru dēļ), tādas kā strēmeles, paralēlskaldņi, komati, stilizēti burti, vai šādu formu kombinācijas. Tādējādi Apelāciju padome pamatoti norādīja, ka [Apelāciju padomē] izvirzītās preču zīmes veidoja zīmējums, kas radīja vispārēju virsmas iespaidu. Tā tas nav attiecīgās preču zīmes gadījumā. Attiecīgi nevar piekrist prasītājas apgalvojumam, ka preču zīmes, uz kurām tā izdarījusi norādi, ir ar tādām pašām iezīmēm kā attiecīgās preču zīmes iezīmes

vai ka pēdējā minētā ir tikpat sarežģīta kā preču zīmes, uz kurām prasītāja izdara atsauci. No tā izriet, ka apstāklis, ka noteiktu preču, kas ietilpst 25. klasē, patērētājs ir radis šādas formas vai šādas formu kombinācijas uztvert kā šo preču komerciālās izcelsmes norādes, izskatāmajā lietā nav izšķirošs.

36 Treškārt, minimālā atšķirtspēja, kas tiek izvirzīta kā prasība reģistrācijai vai aizsardzībai Kopienā, ir jānovērtē katrā gadījumā atsevišķi, ņemot vērā lietas apstākļus. Faktiski lēmumi, ko Apelāciju padomes pieņem saskaņā ar Regulu Nr. 40/94 attiecībā uz apzīmējuma reģistrēšanu kā Kopienas preču zīmi, tiek pieņemti, īstenojot saistošo kompetenci. Līdz ar to minēto Apelāciju padomju lēmumu likumība ir jāizvērtē, pamatojoties tikai uz šo regulu, kā to ir interpretējusi Kopienu tiesa, nevis pamatojoties uz Apelāciju padomju agrāko lēmumu pieņemšanas praksi (skat. Tiesas 2005. gada 15. septembra spriedumu lietā C-37/03 P *BioID*/ITSB, Krājums, I-7975. lpp., 47. punkts, un iepriekš 24. punktā minēto spriedumu lietā *Alcon*/ITSB, 65. punkts). Līdz ar to apstāklim, ka vienkāršus apzīmējumus no strēmelēm vai svītrām ITSB ir reģistrējis kā Kopienas preču zīmes, nav nozīmes, izvērtējot, vai attiecīgajai preču zīmei ir vai nav pilnībā trūkstoša atšķirtspēja Regulas Nr. 40/94 7. panta 1. punkta b) apakšpunktā.

37 No tā izriet, ka Apelāciju padome pamatoti uzskatīja, ka attiecīgā preču zīme bija ļoti vienkāršs un banāls motīvs, kam ir vienīgi dekoratīva funkcija un ka tas netika uztverts kā attiecīgo preču komerciālās izcelsmes norāde.

38 Arguments, kas saistīts ar apstākli, ka attiecīgā preču zīme jau tikusi izmantota kā komerciālās izcelsmes norāde, nevar likt apšaubīt šo secinājumu. Regulas Nr. 40/94 7. panta 1. punkta b) apakšpunkts paredz pienākumu analizēt preču zīmes atšķirtspēju, abstrahējoties no visa veida faktiskās izmantošanas šīs pašas regulas 7. panta 3. punkta izpratnē (tagad — Regulas Nr. 207/2009 7. panta 3. punkts) (Pirmās instances tiesas 2001. gada 5. aprīļa spriedums lietā T-87/00 *Bank für Arbeit und Wirtschaft*/ITSB ("EASYBANK"), *Recueil*, II-1259. lpp., 40. punkts, un 2004. gada 23. novembra spriedums lietā T-360/03 *Frischpack*/ITSB (Siera kārbas forma), Krājums, II-4097. lpp., 29. punkts). Turklāt prasība Pirmās instances tiesā ir vērsta uz ITSB Apelāciju padomju lēmumu tiesiskuma kontroli Regulas Nr. 40/94 63. panta izpratnē. Tādējādi Pirmās

instances tiesai nav atkārtoti jāpārbauda faktiskie apstākļi to pierādījumu kontekstā, kurus tai iesniedz pirmo reizi. Šādu pierādījumu pieņemšana ir pretrunā Pirmās instances tiesas Reglamenta 135. panta 4. punktam, kur noteikts, ka lietas dalībnieki procesuālajos rakstos nevar mainīt Apelāciju padomē izskatītā strīda priekšmetu (Pirmās instances tiesas 2003. gada 6. marta spriedums lietā T-128/01 *Daimler-Chrysler*/ITSB (Radiatora režģis), *Recueil*, II-701. lpp., 18. punkts, un iepriekš 27. punktā minētais spriedums lietā "α", 9. punkts). No procesa ITSB lietas materiāliem izriet, ka fotogrāfijas, ko prasītāja iesniedza, lai pamatotu šo argumentu, pirmo reizi tika iesniegtas Pirmās instances tiesā, un ka prasītāja nav apgalvojusi ITSB, ka attiecīgā preču zīme būtu ieguvusi atšķirtspēju pēc tās izmantošanas. Attiecīgi šis arguments un tā pamatojumam iesniegtie pierādījumi ir jānoraida kā nepieņemami.

39 Visbeidzot, attiecībā uz argumentu, ka attiecīgo preču zīmi konkrētā sabiedrības daļa identificējot kā "puse no "smiley" smaida", ievērojot, ka "smiley" ir reģistrēts kā Kopienas preču zīme Nr. 517 383, un ka tā tādēļ esot atšķirīga, pat pieņemot, ka šis arguments, kas pirmo reizi izvirzīts Pirmās instances tiesā, ir pieņemams, tam nevar piekrist. Kā to norāda ITSB, šāda pieeja nozīmētu atzīt, ka ikviens reģistrētas preču zīmes fragments — un attiecīgi ikviens atšķirīgas preču zīmes fragments — tikai šī iemesla dēļ arī ir atšķirīgs Regulas Nr. 40/94 7. panta 1. punkta b) apakšpunkta izpratnē. Tam nevar piekrist. Faktiski salīdzinājumā ar šī paša veida precēm vai pakalpojumiem, ko piedāvā konkurenti, preču zīmes atšķirtspējas vērtējums šīs normas izpratnē balstās uz šīs preču zīmes kapacitāti individualizēt reģistrācijas pieteikuma iesniedzēja preces vai pakalpojumus tirgū (Pirmās instances tiesas 2002. gada 27. februāra spriedums lietā T-79/00 *Rewe-Zentral*/ITSB ("LITE"), *Recueil*, II-705. lpp., 30. punkts). Šajā sakarā nav nozīmes apstāklim, ka attiecīgā preču zīme sastāv no jau reģistrētas preču zīmes daļas.

40 Katrā ziņā, lai gan, salīdzinot preču zīmes, tām atrodoties blakus, var konstatēt, ka attiecīgā preču zīme atgādina daļu no mutes, kas atrodama Kopienas preču zīmē Nr. 517 383, tomēr ir jāatgādina, ka vidusmēra patērētājam ir jāpaļaujas uz nepilnīgu preču zīmes attēlu, ko tas ir saglabājis atmiņā (Pirmās instances tiesas 2002. gada 25. septembra spriedums lietā T-316/00 *Viking-Umwelttechnik*/ITSB (Zaļā un pelēkā sastatījums), *Recueil*, II-3715. lpp., 28. punkts, un 2008. gada 12. novembra spriedums lietā T-400/07 *GretagMacbeth*/ITSB (24 krāsainu kvadrātu salikums), Krājumā nav publicēts, 47. punkts). Turklāt tas, lai konkrētā sabiedrības daļa attiecīgajā preču zīmē atpazītu daļu no Kopienas preču zīmes Nr. 517 383, prasa, lai konkrētā sabiedrības daļa zinātu šo pēdējo minēto preču zīmi, ko prasītāja nav pierādījusi. Tādējādi nevar

uzskatīt, ka, uztverot attiecīgo preču zīmi, konkrētā sabiedrības daļa to identificēs kā pusi *smiley* mutes vai pusi no smaida, kas parādās Kopienas preču zīmē Nr. 517 383. Šajā sakarā, sekojot ITSB piemēram, tāpat ir jākonstatē, ka mazā vertikālā svītra, kas atrodama zem attiecīgās preču zīmes galvenās līknes, neparādās mutē, kas atrodama Kopienas preču zīmē Nr. 517 383. Iespējamā attiecīgās preču zīmes saistība ar preču zīmi, ko norādījusi prasītāja, tādējādi nav pierādīta.

41 No visa iepriekš iztirzātā izriet, ka Apelāciju padome nav pieļāvusi kļūdu, uzskatot, ka attiecīgajai preču zīmei trūka minimālās atšķirtspējas, kas tiek izvirzīta kā prasība, lai nebūtu piemērojams Regulas Nr. 40/94 7. panta 1. punkta b) apakšpunktā paredzētais absolūtais atteikuma pamatojums, un ka tādēļ tās aizsardzība Kopienā bija jāatsaka. Attiecīgi vienīgais pamats, kas saistīts ar Regulas Nr. 40/94 7. panta 1. punkta b) apakšpunkta pārkāpumu, ir jānoraida kā nepamatots, tāpat kā ir jānoraida visa prasība kopumā.

Par tiesāšanās izdevumiem

42 Atbilstoši Reglamenta 87. panta 2. punktam lietas dalībniekam, kuram spriedums ir nelabvēlīgs, piespriež atlīdzināt tiesāšanās izdevumus, ja to ir prasījis lietas dalībnieks, kuram spriedums ir labvēlīgs. Tā kā prasītājai spriedums ir nelabvēlīgs, jāpiespriež prasītājai atlīdzināt tiesāšanās izdevumus, tostarp izdevumus, kas saistīti ar F. Loufrani kā prasītāja aizstāšanu, atbilstoši ITSB prasījumiem.

Ar šādu pamatojumu

PIRMĀS INSTANCES TIESA (pirmā palāta)

nospriež:

1) prasību noraidīt.

2) *The Smiley Company SPRL* atlīdzina tiesāšanās izdevumus, ietverot izdevumus, kas saistīti ar Franklina Loufrani aizstāšanu.

Tiili Dehousse Wiszniewska-Białecka

Pasludināts atklātā tiesas sēdē Luksemburgā 2009. gada 29. septembrī.

[Paraksti]