EUROOPA KOHTU OTSUS (viies koda)

24. märts 2011 *

Kohtuasjas C-552/09 P,

mille ese on Euroopa Liidu Kohtu põhikirja artikli 56 alusel 23. detsembril 2009 esitatud apellatsioonkaebus,

Ferrero SpA, asukoht Alba (Itaalia), esindaja: advokaat C. Gielen,

apellatsioonkaebuse esitaja,

ja teised menetluspooled on:

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

kostja esimeses kohtuastmes,

* Kohtumenetluse keel: inglise.

Tirol Milch reg. Gen.mbH Innsbruck,

teine pool apellatsioonikoja menetluses,

EUROOPA KOHUS (viies koda),

koosseisus: kohtunikud A. Borg Barthet (ettekandja) viienda koja esimehe ülesannetes, M. Ilešič ja E. Levits,

kohtujurist: J. Kokott,
kohtusekretär: vanemametnik M. Ferreira,

arvestades kirjalikus menetluses ja 30. novembri 2010. aasta kohtuistungil esitatut,

arvestades pärast kohtujuristi ärakuulamist tehtud otsust lahendada kohtuasi ilma kohtujuristi ettepanekuta,

on teinud järgmise

otsuse

1 Ferrero SpA (edaspidi „Ferrero") palub oma apellatsioonkaebuses tühistada Euroopa Ühenduste Esimese Astme Kohtu 14. oktoobri 2009. aasta otsus kohtuasjas T-140/08: Ferrero *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Tirol Milch (TiMi KiNDERJOGHURT) (EKL 2009, lk II-3941; edaspidi „vaidlustatud kohtuotsus"), millega viimane jättis rahuldamata Ferrero hagi Siseturu Ühtlustamise Ameti (kaubamärgid ja tööstusdisainilahendused) (edaspidi „ühtlustamisamet") teise apellatsioonikoja 30. jaanuari 2008. aasta otsuse (asi R 682/2007-2) peale, mis käsitleb Ferrero ja Tirol Milch reg. Gen.mbH Innsbrucki vahelist kehtetuks tunnistamise menetlust (edaspidi „vaidlusalune otsus").

Õiguslik raamistik

2 Nõukogu 20. detsembri 1993. aasta määrus (EÜ) nr 40/94 ühenduse kaubamärgi kohta (EÜT 1994, L 11, lk 1; ELT eriväljaanne 17/01, lk 146) tunnistati kehtetuks nõukogu 26. veebruari 2009. aasta määrusega (EÜ) nr 207/2009 (ELT L 78, lk 1), mis hakkas kehtima 13. aprillil 2009. Faktiliste asjaolude asetleidmise kuupäeva arvestades tuleb kohtuasja suhtes siiski kohaldada määrust nr 40/94.

3 Määruse nr 40/94 põhjenduses 7 oli märgitud:

„ühenduse kaubamärgi eesmärk on eelkõige tagada kaubamärk kui päritolutähis ning sellega antav kaitse on absoluutne, kui märk ja tähis ning kaubad või teenused on identsed; kaitse kehtib ka siis, kui märk ja tähis ja kaubad või teenused on sarnased;

segiajamise tõenäosuse tõttu tuleks määratleda sarnasuse põhimõte; sellise kaitse eritingimus on tõenäoline segiajamine, mille hindamine sõltub mitmest asjaolust ja eelkõige kaubamärgi tuntusest turul, seostest, mis võivad tekkida kasutatava või registreeritud tähisega, ning kaubamärgi ja tähise ja identifitseeritud kaupade või teenuste vahelise sarnasuse ulatusest".

4 Sama määruse artikli 8 lõige 1 sätestas:

„Varasema kaubamärgi omaniku vastuseisu korral ei registreerita taotletavat kaubamärki, kui:

[…]

b) 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."

5 Määruse nr 40/94 artikli 8 lõige 5 nägi ette:

„Lõike 2 tähenduses varasema kaubamärgi omaniku vastuseisu korral ei registreerita taotletavat kaubamärki, kui see on identne või sarnane varasema kaubamärgiga ning seda tahetakse registreerida kaupade või teenuste jaoks, mis ei ole sarnased

nendega, mille jaoks on registreeritud varasem kaubamärk, kui varasema ühenduse kaubamärgi olemasolul on see omandanud ühenduses maine ja varasema siseriikliku kaubamärgi olemasolul on see omandanud maine asjaomases liikmesriigis ning kui taotletava kaubamärgi kasutamine ilma tungiva põhjuseta tähendaks varasema kaubamärgi eristusvõime või maine ärakasutamist või kahjustamist."

6 Sama määruse artikli 49 lõiked 1 ja 2 olid sõnastatud järgmiselt:

„1. Ühenduse kaubamärgist võib loobuda osa või kõigi kaupade ja teenuste puhul, mille jaoks see kaubamärk on registreeritud.

2. Kaubamärgiomanik teatab loobumisest kirjalikult [ühtlustamisametile]. Loobumine jõustub registrisse kandmisel."

7 Määruse nr 40/94 artikkel 52 „Suhtelised kehtetuks tunnistamise põhjused" sätestas lõikes 1:

„Ühenduse kaubamärk tunnistatakse kehtetuks [ühtlustamisametile] esitatud taotluse või rikkumise suhtes algatatud menetluses esitatud vastuhagi põhjal, kui:

a) on olemas varasem kaubamärk artikli 8 lõike 2 tähenduses ja kui nimetatud artikli lõikes 1 või lõikes 5 osutatud tingimused on täidetud;

[…]”

8 Sama määruse artikli 54 lõige 2 sätestas:

„Loetakse, et ühenduse kaubamärgil on algusest peale puudunud käesoleva määruse kohane toime sellises ulatuses, millises kaubamärk on kehtetuks tunnistatud.”

Vaidluse taust

9 Tirol Milch reg. Gen.mbH Innsbruck (edaspidi „Tirol Milch”), mille asukoht on Innsbruckis (Austria), esitas 8. aprillil 1998 ühtlustamisametile taotluse registreerida ühenduse kaubamärgina kujutismärk:



10 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 29 ning vastavad järgmisele kirjeldusele:

„jogurt, puuviljajogurt, jogurtijoogid, puuviljajogurtitest valmistatud joogid; põhiliselt või osaliselt jogurtist või jogurtipõhistest toodetest valmistatud toidud; jogurtist valmistatud kreemid."

11 Ferrero esitas 14. jaanuaril 1999 kõigi taotletud kaubamärgiga hõlmatud kaupade osas asjaomase kaubamärgi registreerimisele vastulause, tuginedes seejuures oma varasemale sõnamärgile KINDER, mis on Itaalias alates 28. jaanuarist 1965 registreeritud numbri 168843 all ja pärast registreeringu pikendamist numbri 684985 all kaupadele, mis kuuluvad klassi 30 ja vastavad järgmisele kirjeldusele:

„kohv, tee, suhkur, riis, tapiokk, saago, kohvi aseained; leib, küpsised, koogid, koogija kondiitritoodete taigen, kreemjäätised, mesi, melass, pärm ja pärmipulber; sool, sinep; pipar, äädikas, kastmed; vürtsid; jäätis; kakao, kakaotooted, sh kakaopasta kakaojookide jaoks, šokolaadipasta; koogitaigna kihid, eelkõige šokolaadist, šokolaad, pralineed, šokolaadist jõulukuuseehted, alkoholiga täidetud šokolaaditooted, maiustused ja kondiitritooted, sh kõvad ja pehmed koogitaignad".

12 Vastulausete osakond lükkas 29. septembri 2000. aasta otsusega vastulause määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b ja lõike 5 sätete alusel tagasi.

13 Ühtlustamisameti neljas apellatsioonikoda jättis nimetatud otsuse 3. novembri 2003. aasta otsusega jõusse.

14 Kaubamärk TiMi KiNDERJOGHURT registreeriti 20. augustil 2004 ja avaldati 11. oktoobri 2004. aasta väljaandes *Bulletin des marques communautaires*.

15 Ferrero esitas 19. augustil 2005 määruse nr 40/94 artikli 52 lõike 1 punkti a alusel taotluse tunnistada kõnealune ühenduse kaubamärk kehtetuks. Nimetatud taotlus esitati kõigi ühenduse kaubamärgis osutatud kaupade suhtes.

16 Ühtlustamisameti tühistamisosakond tunnistas 14. märtsi 2007. aasta otsusega ühenduse kaubamärgi TiMi KiNDERJOGHURT määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 5 alusel kehtetuks.

17 Tirol Milch esitas 4. mail 2007 ühtlustamisametile tühistamisosakonna otsuse peale määruse nr 40/94 artikli 59 alusel kaebuse.

18 Ühtlustamisameti teine apellatsioonikoda tühistas vaidlusaluse otsusega tühistamisosakonna otsuse ning lükkas kehtetuks tunnistamise taotluse tagasi.

19 Apellatsioonikoda leidis kõigepealt sisuliselt seda, et kuigi vastulausete osakonna otsustel puudub seadusjõud, on tühistamisosakond *nemo potest venire contra factum*

proprium'i põhimõtte alusel, mille kohaselt peab haldusasutus järgima enda antud akte, seda eriti siis, kui menetluspooled on nende aktide alusel õiguspäraselt omandanud registreeritud kaubamärgiõigusi, seotud ühtlustamisameti varasemates otsustes esitatud sedastustega ja faktiliste asjaolude kohta tehtud järeldustega. Seejärel kinnitas apellatsioonikoda vastulausete osakonna otsuses ja neljanda apellatsioonikoja 3. novembri 2003. aasta otsuses esitatud sedastusi, mille kohaselt asjaomased kaubamärgid on visuaalsete ja foneetiliste oluliste erinevuste tõttu üldiselt erinevad. Lõpuks lükkas apellatsioonikoda kehtetuks tunnistamise taotluse tagasi, kuna määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b ja lõike 5 kohaldamise tingimus, s.o tähiste identsuse või sarnasuse olemasolu, ei ole täidetud.

Üldkohtu menetlus ja vaidlustatud kohtuotsus

20 Üldkohtu kantseleisse 14. aprillil 2008 esitatud hagis palus Ferrero tühistada vaidlusalune otsus ja mõista kohtukulud välja ühtlustamisametilt.

21 Apellant põhjendas Üldkohtule esitatud hagi kahe väitega, millest esimeses viitas ta otsuse seadusjõu põhimõtte väärale kohaldamisele ning teises määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b ja lõike 5 rikkumisele.

22 Esimese väite osas märkis Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 32, et apellatsioonikoda viis läbi vaidluse sisuliste küsimuste iseseisva ja täieliku kontrolli, uurides muu seas asjaomaste tähiste sarnasust, mistõttu vaidlustatud otsuse punktis 30

esitatud järeldustest hoolimata ei ole apellatsioonikoda käesolevas asjas otsuse seadusjõu põhimõtet kohaldanud. Üldkohus järeldas kõnealuse kohtuotsuse punktis 33 sellest, et esimene väide põhineb vääral eeldusel ning tuleb sel alusel tagasi lükata.

23 Üldkohus märkis vaidlustatud kohtuotsuse punktis 36 samas, et apellatsioonikoda leidis vaidlusaluse otsuse punktis 30 vääralt, et kehtetuks tunnistamise menetluse raames on ühtlustamisameti talitused *nemo potest venire contra factum proprium*'i põhimõtte, omandatud õiguste kaitse ning õiguskindluse ja õiguspärase ootuse põhimõtete alusel seotud sedastustega, mis on esitatud vastulausemenetluses tehtud lõppotsuses.

24 Mis puutub Ferrero hagi toetuseks esitatud teise väitesse, siis märkis Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 53 kõigepealt, et varasema kaubamärgi ja vaidlustatud kaubamärgi sarnasuse olemasolu on määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b ja artikli 8 lõike 5 – millele viitab sama määruse artikli 52 lõike 1 punkt a – ühine kohaldamistingimus ning see eeldab muu hulgas visuaalsete, foneetiliste ja kontseptuaalsete sarnasuste olemasolu.

25 Üldkohus viitas vaidlustatud kohtuotsuse punktis 54 seejärel kohtupraktikale, mille kohaselt ei ole määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 5 tähenduses esineva sarnasuse tingimusele vastamiseks vaja tõendada, et on tõenäoline, et asjaomane avalikkus võib maine omandanud varasema kaubamärgi ja vaidlustatud kaubamärgi segi ajada, vaid piisab, kui asjaomane avalikkus neid kaubamärkide sarnasuse astmest tulenevalt seostab. Lõpuks tuletas Üldkohus meelde, et sellise seose olemasolu tuleb hinnata igakülgselt, arvestades kõiki konkreetses asjas tähtsust omavaid tegureid, ning et tähiste võrdlus asjaomaste kaubamärkide visuaalse, foneetilise ja kontseptuaalse sarnasuse osas peab rajanema neist jääval tervikmuljel, arvestades iseäranis nende eristavaid ja domineerivaid osi.

26 Kohus märkis vaidlustatud kohtuotsuse punktides 55–59 siiski, et hoolimata asjaolust, et koostisosa „kinder” esineb mõlemas tähises, välistavad mitmed visuaalsed ja foneetilised omadused käesoleval juhul võimaluse, et tähiseid tajutakse sarnasena.

27 Üldkohus märkis vaidlustatud kohtuotsuse punktis 61, et mis puutub varasema kaubamärgi mainekusel põhinevasse Ferrero argumenti ja vastandatud kaubamärkidega hõlmatud kaupade sarnasuse argumenti, siis tuleb märkida, et isegi kui neid asjaolusid võib segiajamise tõenäosuse hindamisel arvesse võtta, ei avalda need tähistevahelise sarnasuse hindamisele üldse mõju. Üldkohus leidis asjaomase kohtuotsuse punktis 62, et käesoleval juhul on asjaomaste tähiste sarnasuse puudumine niivõrd ilmne, et kaubamärgi KINDER maine ei saa sõltumata asjaolust, kas see on vaidlustatud või mitte, seada sarnasuse puudumist kahtluse alla.

28 Üldkohus märkis vaidlustatud kohtuotsuse punktis 63, et kaubamärkide perekonna või seeria olemasolu ei ole oluline selle hindamise raames, kas määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b ja artikli 8 lõike 5 koos kohaldamise tingimus on täidetud, st kas varasem kaubamärk ja vaidlustatud kaubamärk on sarnased. Kõnealune kohus järeldas vaidlustatud kohtuotsuse punktis 64 sellest, et isegi kui eeldada, et kaubamärkide perekonna või seeria olemasolu on sellise sarnasuse hindamisel oluline tegur, on tõenäosus, et tarbijad võivad käesoleval juhul tegelikult leida, et vaidlustatud kaubamärk kuulub sellesse kaubamärkide perekonda või seeriasse, väga väike või lausa olematu, kuna erinevused vaidlustatud kaubamärgi ja hagiavalduse punktis 5 loetletud tähiste vahel, mis sisaldavad kõik osa „kinder” ning täiendavat osa ja/või kujutisosa, on liiga suured.

29 Mis puutub argumenti, et apellatsioonikoda ei ole võtnud arvesse asjaolu, et määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 5 raames ei ole sarnasuse astme hindamisel vaja segiajamise

tõenäosuse olemasolu hinnata, siis märkis Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 67, et asjaolud, millele apellatsioonikoda tugines, tõendavad, et sarnasus puudub sõltumata sellest, kas teatav sarnasusaste võib tekitada segiajamise tõenäosuse.

30 Lõpuks leidis Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 68, et apellatsioonikoda ei teinud viga, kui ta viis läbi vaidlustatud kaubamärgi „analüütilise lahkamise". Kohus leidis selles osas, et kuigi sarnasusastme hindamise raames tuleb võtta arvesse kaubamärgi koostisosaks olevate osade kombinatsioonist jäävat tervikmuljet, ei ole see siiski vastuolus kõigi koostisosade ükshaaval uurimisega. Käesoleval juhul sedastas Üldkohus, et olles tuvastanud, et tähistevahelised erinevused tasakaalustavad ainsat sarnast koostisosa, rõhutas apellatsioonikoda, et kui neid tervikuna võrrelda, siis on asjaomastest tähistest jääv tervikmulje erinev, mistõttu nimetatud „analüütiline lahkamine" ei toimunud vastandatud kaubamärkide koostisosadest jääva tervikmulje arvessevõtmise arvelt.

31 Üldkohus lükkas Ferrero hagi toetuseks esitatud teise väite põhjendamatuse tõttu tagasi ning jättis hagi seetõttu rahuldamata.

Poolte nõuded

32 Ferrero palub apellatsioonkaebuses Euroopa Kohtul:

– tühistada vaidlustatud kohtuotsus;

– rahuldada vaidlusaluse otsuse tühistamise hagi või teise võimalusena suunata kohtuasi tagasi Üldkohtule uue otsuse tegemiseks;

– mõista nii esimeses kohtuastmes kui apellatsioonimenetluses kantud kohtukulud välja ühtlustamisametilt.

33 Ühtlustamisamet palub Euroopa Kohtul:

– kanda kohtuistungi protokolli asjaolu, et Tirol Milch loobus vaidlustatud ühenduse kaubamärgist, ning juhul, kui apellant nõustub menetlust lõpetama või ei oma põhjendatud õiguslikku huvi seda jätkata, tunnistada, et apellatsioonkaebusel puudub alus ja leida, et otsuse tegemise vajadus on ära langenud ning jätta kummagi poole kohtukulud tema enda kanda;

– kui Euroopa Kohus leiab, et apellandil on põhjendatud huvi menetlust jätkata, lubada ühtlustamisametil esitada apellatsioonkaebuse suhtes uusi argumente ja väiteid;

– teise võimalusena jätta apellatsioonkaebus tervikuna vastuvõetamatuse tõttu läbi vaatamata või põhjendamatuse tõttu rahuldamata ning jätta apellandi kohtukulud tema enda kanda.

Apellatsioonkaebus

Apellandi põhjendatud huvi

Poolte argumendid

34 Ühtlustamisamet märgib vastuses apellatsioonkaebusele, et Tirol Milch teavitas 15. veebruari 2010. aasta kirjas teda oma soovist loobuda vaidlustatud ühenduse kaubamärgist määruse nr 40/94 artikli 49 alusel tervikuna.

35 Ühtlustamisamet kinnitas 15. märtsi 2010. aasta kirjas Tirol Milchile, et ta nõustub kaubamärgist loobumisega ning et tema taotlusel registreeritud kaubamärk on kustutatud ühenduse kaubamärgi registrist. Järgmisel päeval saadetud kirjas teavitas ühtlustamisamet registrist kustutamisest ka Ferrerot.

36 Neil asjaoludel märgib ühtlustamisamet, et nüüd puudub apellandil vaidlustatud kohtuotsuse tühistamiseks põhjendatud huvi, mistõttu apellatsioonkaebuse kohta otsuse tegemise vajadus on ära langenud ning tuleb tunnistada, et menetluse alus on ära langenud.

37 Ferrero märkis kohtuistungil aga, et vaidlusalusel otsusel ja vaidlustatud kohtuotsusel on õiguslikke tagajärgi, mis seavad ta ebasoodsamasse olukorda.

38 Ferrero väidab lisaks, et hoolimata asjaolust, et Tirol Milch loobus vaidlustatud kaubamärgist, säilib Ferrerol nii vaidlustatud kohtuotsuse kui ka vaidlusaluse otsuse tühistamiseks põhjendatud huvi, kuna erinevalt loobumisest avaldab kehtetuks tunnistamine mõju alates kaubamärgitaotluse esitamise kuupäevast.

Euroopa Kohtu hinnang

39 Kõigepealt tuleb meenutada, et põhjendatud huvi on vastuvõetavuse tingimus, mis peab säilima kuni sisulise kohtuotsuse tegemiseni. Euroopa Kohtu praktika kohaselt säilib põhjendatud huvi nii kaua, kuni apellatsioonkaebus võib selle esitajale tuua lõpptulemuse kaudu mingit kasu (14. septembri 2010. aasta otsus kohtuasjas C-550/07 P: Akzo Nobel Chemicals ja Akcros Chemicals *vs.* komisjon, EKL 2010, lk I-8301, punktid 22 ja 23).

40 Käesoleval juhul tuleb esiteks märkida, et Üldkohus jättis vaidlustatud kohtuotsusega rahuldamata Ferrero hagi, millega ta soovis, et tühistataks vaidlusalune otsus, millega ühtlustamisameti apellatsioonikoda oli lükanud tagasi viimati nimetatud äriühingu esitatud taotluse tunnistada ühenduse kaubamärgi TiMi KiNDERJOGHURT registreering kehtetuks.

41 Kui käesoleval juhul on Ferrero apellatsioonkaebuse toetuseks esitatud väide põhjendatud, võib see apellatsioonkaebus tuua kaasa vaidlustatud kohtuotsuse või vajaduse korral vaidlusaluse otsuse tühistamise, mis tähendab 20. augustil 2004 kõnealuse kaubamärgi registreerimise kohta tehtud otsuse tühistamist.

42 Teiseks ei võta vastupidi ühtlustamisameti väidetele asjaolu, et Tirol Milch loobus ühenduse kaubamärgist TiMi KiNDERJOGHURT, iseenesest Ferrero esitatud apellatsioonkaebuselt alust.

43 Viimasel säilib põhjendatud huvi vaidlustatud kohtuotsuse peale kaevata, kuna nagu ta kohtuistungil märkis, ei ole loobumise ja kehtetuks tunnistamise mõju sama. Kui ühenduse kaubamärk, millest on loobutud, ei avalda enam mõju loobumise registreerimisest alates, siis loetakse, et kehtetuks tunnistatud ühenduse kaubamärgil puudub määruse nr 40/94 artikli 54 lõike 2 sätete kohaselt mõju juba algusest peale, arvestades kõigi selle kehtetusega kaasnevate õiguslike tagajärgedega.

44 Seetõttu säilib Ferrero põhjendatud huvi niivõrd, kuivõrd käesolev apellatsioonkaebus võib tuua talle kasu.

Sisulised küsimused

45 Ferrero esitab oma apellatsioonkaebuse toetuseks ühe väite, milles ta viitab määruse nr 40/94 artikli 8 rikkumisele. See väide koosneb viiest osast, millest:

– esimeses osutatakse määruse nr 40/94 artikliga 8 loodud süsteemi rikkumisele;

– teises osutatakse sellele, et muid elemente peale sarnasuse, iseäranis mainet ei arvestatud nõuetekohaselt;

– kolmandas osutatakse ebaõigete ja põhjendamatute tõendamiseeskirjade loomisele;

– neljandas osutatakse selle asjaolu arvestamata jätmisele, et varasemad kaubamärgid on osaliselt sõnamärgid, samas kui vaidlustatud kaubamärk on kujutismärk;

– viiendas osutatakse kaubamärkide perekonna olemasolu nõuetekohaselt arvestamata jätmisele.

Väite esimene osa

– Poolte argumendid

46 Ferrero heidab väite esimeses osas Üldkohtule ette, et viimane rikkus määruse nr 40/94 artikliga 8 loodud süsteemi, kui ta analüüsis määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b ja lõike 5 kohaldatavuse raames tähiste sarnasust faktiliste asjaolude osas ühiselt, olgugi et nende kahe sätte kohaldamiseks peavad olema täidetud täiesti erinevad kriteeriumid.

47 Ferrero sõnul tuleneb kohtupraktikast, et mõlema sätte raames tuleb sarnasust hinnata sõltuvalt mitmest muust elemendist, mis on iga asjaomase sätte puhul erinevad.

48 Eelkõige 27. novembri 2008. aasta otsusest C-252/07: Intel Corporation (EKL 2008, lk I-8823) tuleneb, et seoses määruse nr 40/94 artikli 8 lõikega 5 tuleb sarnasuse hindamisel arvestada mainega ning asjaomase tähise eristavate ja domineerivate osadega.

49 Seevastu asjaomase määruse artikli 8 lõike 1 punkti b kohaldamisel on maine ja eristusvõime olulised segiajamise tõenäosuse igakülgsel hindamisel.

50 Ühtlustamisamet väidab, et väite esimene osa on ilmselgelt põhjendamatu. Ta märgib, et Euroopa Kohus on juba sedastanud, et käesoleva kohtuotsuse punktis 46 nimetatud sätete osas tuleb sarnasust hinnata tähiste visuaalsete, foneetiliste ja kontseptuaalsete sarnasustega seoses (23. oktoobri 2003. aasta otsus kohtuasjas C-408/01: Adidas-Salomon ja Adidas Benelux, EKL 2003, lk I-12537, punkt 28). Ühtlustamisameti sõnul on see järeldus juhul, kui kontroll näitab, et tähised tervikuna ei ole sarnased, asjakohane nii määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b kui ka lõike 5 raames.

– Euroopa Kohtu hinnang

51 Nagu Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 53 märkis, tuleb kõigepealt meenutada, et varasema kaubamärgi ja vaidlustatud kaubamärgi vaheline sarnasus on määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b ja lõike 5 ühine kohaldamistingimus.

52 See asjaomase kaubamärgi ja tähise vahelise sarnasuse tingimus eeldab nii määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b kui ka selle artikli lõike 5 raames muu seas visuaalsete, foneetiliste ja kontseptuaalsete sarnasuste olemasolu (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus Adidas-Salomon ja Adidas Benelux, punkt 28).

53 Nendes kahes sättes nõutav sarnasuse aste on tõepoolest erinev. Kui määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punktiga b ette nähtud kaitse andmine sõltub sellise vastandatud kaubamärkide sarnasuse astme tuvastamisest, et asjaomane avalikkus ajab need tõenäoliselt omavahel segi, ei ole samas taolise tõenäosuse olemasolu nõutav sama artikli lõikes 5 ette nähtud kaitse saamiseks. Kõnealuses lõikes 5 osutatud rikkumised võivad olla varasema ja hilisema kaubamärgi vähese sarnasuse tagajärg, kui sarnasuse aste on piisav selleks, et asjaomane avalikkus neid kaubamärke seostab, st loob nende vahel seose (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsused Adidas-Salomon ja Adidas Benelux, punktid 27, 29 ja 31, ning Intel Corporation, punktid 57, 58 ja 66).

54 See-eest ei tulene ei nimetatud sätete sõnastusest ega kohtupraktikast, et vastandatud kaubamärkide sarnasust tuleb hinnata erinevalt vastavalt sellele, kas seda viiakse läbi ühe või teise asjaomase sättega seoses.

55 Mis puutub eespool viidatud kohtuotsusele Intel Corporation osutavasse Ferrero argumenti, siis tuleb märkida, et viimane põhineb nimetatud kohtuotsuse vääral tõlgendusel.

56 Euroopa Kohus kinnitas nimetatud otsuses oma praktikat, mille kohaselt tuleb nii vastandatud kaubamärkide vahelist seost kui ka segiajamise tõenäosust hinnata igakülgselt, arvestades kõiki konkreetses asjas tähtsust omavaid tegureid, mille hulka kuuluvad mitte üksnes vastandatud kaubamärkide sarnasuse aste, vaid ka varasema kaubamärgi eristusvõime ja maine tugevuse aste (vt eespool viidatud kohtuotsus Intel Corporation, punktid 41 ja 42 ning seal viidatud kohtupraktika).

57 Viimati nimetatud teguri osas on Euroopa Kohus märkinud, et vastandatud kaubamärkide vahelise seose olemasolu hindamiseks võib osutuda vajalikuks võtta arvesse varasema kaubamärgi maine tugevust, et teha kindlaks, kas kaubamärgi maine on levinud laiaulatuslikumalt kui üksnes selle kaubamärgi sihtgrupiks oleva avalikkuse piires. Euroopa Kohus on selles osas selgitanud muu seas, et on võimalik, et nende kaupade või teenuste asjaomane avalikkus, mille jaoks hilisem kaubamärk registreeriti, seostab vastandatud kaubamärke isegi siis, kui see ei kattu kuidagi nende kaupade või teenuste asjaomase avalikkusega, mille jaoks registreeriti varasem kaubamärk (vt eespool viidatud kohtuotsus Intel Corporation, punktid 52 ja 53).

58 Eespool viidatud kohtuotsusest Intel Corporation tuleneb seega selgesti, et vastupidi Ferrero väidetele leidis Euroopa Kohus nimetatud kohtuotsuses, et varasema kaubamärgi maine ja eristusvõime on asjakohased tegurid mitte vastandatud kaubamärkide sarnasuse hindamisel, vaid selle hindamisel, kas asjaomane avalikkus neid omavahel seostab.

59 Seetõttu tuleb väite esimene osa põhjendamatuse tõttu tagasi lükata.

Väite teine osa

– Poolte argumendid

60 Väite teises osas märgib Ferrero, et Üldkohus rikkus vaidlustatud kohtuotsuse punktides 55–59 õigusnormi, kui ta hindas segiajamise tõenäosust määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punktiga b ja lõikega 5 seoses üksnes vastandatud kaubamärkide sarnasuse seisukohalt ning keeldus kontrollimast muid kohaldatavaid tegureid, mis võivad olla asjakohased tähiste võimaliku vähese sarnasuse, eelkõige varasema kaubamärgi asjaomasel turul omandatud üldtuntuse kompenseerimiseks.

61 Ferrero märgib lisaks, et vaidlustatud kohtuotsuse punktis 62 esitatud Üldkohtu väide, mille kohaselt „asjaomaste tähiste sarnasuse puudumine […] on niivõrd ilmne, et kaubamärgi KINDER maine sõltumata sellest, kas see on vaidlustatud või mitte, ei saa seda sarnasuse puudumist kahtluse alla seada", on väär, kuna kaubamärgi mainel on sarnasust puudutavas osas otsene mõju kaubamärgi kaitse ulatusele. Apellandi sõnul on mainekal kaubamärgil paratamatult ka tugev eristusvõime. Seetõttu peab hilisema kaubamärgi ja maineka varasema kaubamärgi eristamiseks esinema olulisi erinevusi. Seega tähendab kahe kaubamärgi võrdlemine ilma nende vastavat mainet arvestamata õigusnormi rikkumist.

62 Ferrero märgib ka seda, et kui vaidlustatud kohtuotsuse punkti 62 tuleks tõlgendada nii, et esiteks eeldavad nii määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkt b kui ka selle artikli lõige 5 sarnasuse minimaalse astme olemasolu, ning teiseks, kui see aste ei

vasta vähemalt miinimumile, siis ei saa seda kompenseerida ülisuure mainega, siis tuleks sellise tõlgenduse kohta tehtud järeldus lükata tagasi ka põhjusel, et see ei ole asjaomase artikliga 8 õiguslikult põhjendatud. Ferrero sõnul tähendab sarnasuse ja maine vastastikune sõltuvus nende kahe sättega seoses vastupidi seda, et maine võib kompenseerida isegi minimaalse sarnasuse, luues nii seose lõike 5 tähenduses või segiajamise tõenäosuse selle lõike 1 punkti b tähenduses.

63 Ühtlustamisameti arvates on väite teine osa ilmselgelt põhjendamatu. Kohtupraktikast tuleneb, et kui asjaomased tähised on erinevad, ei too varasemate kaubamärkide võimalik maine kaasa asjaomaste sätete kohaldamist, kuna üks vastavates sätetes ette nähtud tingimus ei ole täidetud. See kehtib nii määruse nr 40/94 artikli 8 lõike l punkti b suhtes, mille kohaselt on tähiste ja kaupade vaheline sarnasus asjaomase sätte kohaldamise möödapääsmatu tingimus, kui ka sama artikli lõike 5 suhtes, mille kohaselt on tähiste sarnasus üks iseseisvatest ja kumulatiivsetest tingimusest, mis peavad olema täidetud.

– Euroopa Kohtu hinnang

64 Nagu käesoleva kohtuotsuse punktis 56 märgitud, tuleb nii varasema kaubamärgi ja vaidlustatud kaubamärgi vahelist seost määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 5 tähenduses kui ka segiajamise tõenäosust sama artikli lõike 1 punktiga b seoses hinnata igakülgselt, arvestades kõiki konkreetses asjas tähtsust omavaid tegureid, mille hulka kuuluvad nii vastandatud kaubamärkide ja neid kaubamärke kandvate kaupade sarnasuse aste kui ka varasema kaubamärgi maine tugevuse ja olemusest tuleneva või kasutamise käigus omandatud eristusvõime aste.

65 Kuigi igakülgne hindamine eeldab asjaomaste tegurite teatava vastastikuse sõltuvusega arvestamist, nii et kaubamärkide vähese sarnasuse võib kompenseerida varasema kaubamärgi suur eristusvõime (vt selle kohta 7. mai 2009. aasta otsus kohtuasjas C-398/07 P: Waterford Wedgwood *vs.* Assembled Investments (Proprietary) ja Siseturu Ühtlustamise Amet, punkt 33), ei piisa varasema kaubamärgi ja vaidlustatud kaubamärgi igasuguse sarnasuse puudumisel siiski varasema kaubamärgi üldtuntusest või mainest ega asjaomaste kaupade või teenuste identsusest või sarnasusest selleks, et tuvastada vastandatud kaubamärkide segiajamise tõenäosus või asjaomase avalikkuse silmis tekkinud seos (vt selle kohta 2. septembri 2010. aasta otsus kohtuasjas C-254/09 P: Calvin Klein Trademark Trust *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, EKL 2010, lk I-7989, punkt 53 ja seal viidatud kohtupraktika).

66 Nagu käesoleva kohtuotsuse punktist 51 tuleneb, on määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 5 kohaldamise vajalik tingimus vastandatud kaubamärkide identsus või sarnasus. Seetõttu on nimetatud sätted ilmselgelt kohaldamatud juhul, kui Üldkohus on vastandatud kaubamärkide sarnasuse välistanud (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus Calvin Klein Trademark Trust *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, punkt 68). Ainult juhul, kui vastandatud kaubamärgid on teataval, kas või vähesel määral sarnased, peab nimetatud kohus igakülgselt hindama, kas kaubamärkide vähesest sarnasusest hoolimata on muude asjakohaste tegurite nagu varasema kaubamärgi üldtuntuse või maine esinemise tõttu tõenäoline, et asjaomane avalikkus ajab need kaubamärgid tõenäoliselt segi või loob nende vahel seose.

67 Üldkohus leidis vaidlustatud kohtuotsuse punktides 55–59, et teatav arv asjaomaste tähiste visuaalseid ja foneetilisi omadusi välistavad võimaluse, et neid võidakse tajuda sarnasena.

68 Neil asjaoludel leidis Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuse punktides 61 ja 62 põhjendatult, et kuigi varasema kaubamärgi mainet ja vaidlusaluste kaubamärkidega hõlmatavate kaupade sarnasust võib segiajamise tõenäosuse hindamisel arvesse võtta, ei avalda need asjaomaste tähiste vahelise sarnasuse hindamisele mõju, mistõttu need ei saa seada sarnasuse tuvastatud puudumist kahtluse alla (vt selle kohta 11. detsembri 2008. aasta otsus kohtuasjas C-57/08 P: Gateway *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, punktid 55–57).

69 Sellest tuleneb, et väite teine osa tuleb põhjendamatuse tõttu tagasi lükata.

Väite kolmas osa

– Poolte argumendid

70 Väite kolmandas osas märgib Ferrero, et Üldkohus rikkus vaidlustatud kohtuotsuse punktides 56–58 õigusnormi või moonutas talle esitatud faktilisi asjaolusid, kui ta kohaldas asjaomaste tähiste sarnasuse hindamisel vääraid, alusetuid ja täiesti põhjendamatuid tõendamiseeskirju.

71 Ferrero sõnul seisnevad need eeskirjad esiteks selles, et sõnaliste osade koos esinemisel lõppeb nendest igaühe iseseisev ja sõltumatu eksisteerimine. Teiseks, kui kujutismärk koosneb kahe osa kujutisest, kusjuures üks on paigutatud tähise keskossa teisest

ülespoole, on tähise koondpunkt kõige kõrgemale paigutatud osa, ning see keskne paigutus võib kompenseerida väiksemad tähed ja halvema loetavuse, mis tuleneb keskele paigutatud osa tagapõhjast. Kolmandaks, kui tähis koosneb kahest osast, on selle koondpunkt esimene asjaomane osa. Neljandaks, kui tähis koosneb kolmest osast, on keskmine osa väheoluline.

72 Ühtlustamisamet väidab, et väite kolmas osa on ilmselgelt vastuvõetamatu, kuna selles ei ole tõstatatud ühtegi õigusküsimust ning Euroopa Liidu Kohtu põhikirja artikli 58 esimeses lõigus esitatud nõudeid rikkudes piirdutakse selles Üldkohtu faktilistele asjaoludele antud hinnangu vaidlustamisega.

– Euroopa Kohtu hinnang

73 Kõigepealt tuleb meenutada, et ELTL artikli 256 lõike 1 teisest lõigust ja Euroopa Kohtu põhikirja artikli 58 esimesest lõigust tuleneb, et edasi saab kaevata ainult õigusküsimustes. Seega on Üldkohtul ainupädevus tuvastada ja hinnata vastavas asjas olulisi fakte ning hinnata esitatud tõendeid. Välja arvatud juhul, kui tõendeid on moonutatud, ei ole nende faktide ja tõendite hindamine seega niisugune õigusküsimus, mis kuuluks Euroopa Kohtu poolt apellatsiooni korras läbivaatamisele (vt eelkõige eespool viidatud Calvin Klein Trademark Trust *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, punkt 49 ja seal viidatud kohtupraktika, ning 13. jaanuari 2011. aasta otsus kohtuasjas C-92/10 P: Media-Saturn-Holding *vs*. Siseturu Ühtlustamise Amet, punkt 27).

74 Kui aga apellatsioonkaebuse esitaja vaidlustab liidu õiguse tõlgendamise või kohaldamise Üldkohtu poolt, võivad esimeses kohtuastmes käsitletud õigusküsimused apellatsioonimenetluses siiski uuesti arutusele tulla (vt eelkõige 17. juuli 2008. aasta otsus kohtuasjas C-488/06 P: L & D *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, EKL 2008, lk I-5725, punkt 43).

75 Ferrero heidab väite kolmandas osas Üldkohtule ette, et viimane kohaldas sarnasuse hindamisel kaudseid tõendamiseeskirju, mida ei ole määruses nr 40/94 ette nähtud. Nii soovib ta selle tuvastamist, et Üldkohus on vaidlustatud kohtuotsuses rikkunud õigusnormi.

76 Seetõttu tuleb tunnistada asjaomane väiteosa vastuvõetavaks.

77 Siiski tuleb märkida, et asjaomast väiteosa ei toeta faktid. Üldkohus järeldas vaidlustatud kohtuotsuse punktis 59, et apellatsioonikoda ei rikkunud õigusnormi, kui tuvastas, et asjaomased tähised ei ole sarnased, ning viis selleks läbi vastavate tähiste visuaalsete ja foneetiliste omaduste konkreetse hindamise, kohaldamata vastupidi Ferrero väidetele üldisi tõendamiseeskirju.

78 Niivõrd, kuivõrd Ferrero viitab Üldkohtule esitatud asjaolude moonutamisele, tuleb meenutada, et ELTL artikli 256 lõike 1 teine lõige, Euroopa Kohtu põhikirja artikli 58 esimene lõige ja Euroopa Kohtu kodukorra artikli 112 lõike 1 esimese lõike punkt c kohustavad apellanti täpselt osutama tõenditele, mida Üldkohus on väidetavalt moonutanud, ning hindamisvigadele, mis tema arvates on selle moonutamise põhjustanud (vt eelkõige 7. jaanuari 2004. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-204/00 P,

C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P ja C-219/00 P: Aalborg Portland jt. *vs.* komisjon, EKL 2004, lk I-123, punkt 50).

79 Tuleb aga nentida, et Ferrero ei ole osutanud ühelegi asjaolule, mis võiks seda väidet toetada.

80 Seetõttu tuleb väite kolmas osa põhjendamatuse tõttu tagasi lükata.

Väite neljas osa

– Poolte argumendid

81 Väite neljandas osas märgib Ferrero, et kohtupraktika põhjal võib sarnasus määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b ja artikli 5 tähenduses olla visuaalne, foneetiline või kontseptuaalne ning et sarnasuse nimetatud aspekte tuleb hinnata igakülgselt. Üldkohus hindas aga vaidlustatud kohtuotsuse punktides 56–58 sarnasust põhiliselt üksnes visuaalselt ning teataval määral ka foneetiliselt, kusjuures rõhk oli asetatud eelkõige graafilise kujutamise üksikasjadele, nagu vaidlustatud kaubamärgis sisalduva kolme osa paigutus ja tähtede suurus ning nende tagapõhi.

82 Seda tehes ei arvestanud Üldkohus asjaoluga, et varasemad kaubamärgid ning eelkõige osa „KINDER" sisaldavad Hispaania, Prantsuse ja Itaalia kaubamärgid on sõnamärgid, mille kaitse ulatust ei mõjuta graafilise kujutamise üksikasjad, nagu kaubamärgi osade paigutus, tähtede suurus või kaubamärgi osade tagapõhi.

83 Ühtlustamisamet väidab, et väite neljas osa on ilmselgelt vastuvõetamatu, kuna selles ei ole tõstatatud ühtegi õigusküsimust ning selles piirdutakse Üldkohtu poolt faktilistele asjaoludele antud hinnangu vaidlustamisega.

– Euroopa Kohtu hinnang

84 Kõigepealt tuleb tagasi lükata ühtlustamisameti argument neljanda väiteosa vastuvõetamatuse kohta. Vastupidi ühtlustamisameti väidetele käsitletakse selles väiteosas õigusküsimust, kuna selles viidatakse asjaolule, et Üldkohus on eiranud määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b ja lõike 5 ulatust, kuna ta oleks pidanud asjaomaste tähiste sarnasuse hindamisel arvestama asjaoluga, et varasem kaubamärk on sõnamärk.

85 Sisuliste küsimuste osas tuleb meenutada, et asjaomaste kaubamärkide sarnasuse astme hindamiseks tuleb määrata kindlaks nende visuaalse, foneetilise ja kontseptuaalse sarnasuse aste ning vajaduse korral hinnata, millist kaalu need erinevad osad omavad, võttes arvesse asjaomaste kaupade ja teenuste liiki ning nende turustustingimusi (vt 12. juuni 2007. aasta otsus kohtuasjas C-334/05 P: Siseturu Ühtlustamise Amet *vs.* Shaker, EKL 2007, lk I-4529, punkt 36).

86 Lisaks tuleb asjaomaste tähiste visuaalseid, foneetilisi ja kontseptuaalseid sarnasusi hinnata igakülgselt, kusjuures foneetilise sarnasuse hindamine on vaid üks asjakohane tegur (vt selle kohta 23. märtsi 2006. aasta otsus kohtuasjas C-206/04 P: Mülhens *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, EKL 2006, lk I-2717, punkt 21).

87 Seega uuris Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuse punktides 56–58 õigustatult kahest asjaomasest tähisest jäävat tervikmuljet seoses nende võimalike visuaalsete ja foneetiliste sarnasustega.

88 Seetõttu tuleb väite neljas osa põhjendamatuse tõttu tagasi lükata.

89 Ülejäänud osas on see väiteosa niivõrd, kuivõrd selles soovitakse faktiliste asjaolude uut hindamist, vastavalt käesoleva kohtuotsuse punktis 73 osutatud kohtupraktikale vastuvõetamatu, kuna Ferrero ei ole osutanud Üldkohtule esitatud faktiliste asjaolude või tõendite moonutamisele.

Väite viies osa

– Poolte argumendid

90 Väite viiendas osas märgib Ferrero, et Üldkohus rikkus õigusnormi, kui ta ei tunnistanud käesoleval juhul kaubamärkide perekonna olemasolu põhjendusega, et see ei ole sarnasuse hindamise raames asjakohane.

91 Nii tõlgendas Üldkohus ebaõigelt kohtupraktikat, kuna juhul, kui määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punktiga b seoses suurendab kaubamärkide perekonna olemasolu segiajamise tõenäosust, suunates tarbijat eeldama, et vaidlustatud kaubamärk kuulub sellesse perekonda, suureneb segiajamise tõenäosus just vaidlustatud kaubamärgi sarnasuse tõttu kaubamärkide perekonnaga või konkreetsemalt nende ühise osa tõttu (13. septembri 2007. aasta otsus kohtuasjas C-234/06 P: Il Ponte Finanziaria *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, EKL 2007, lk I-7333, punkt 63).

92 Ferrero väidab lisaks, et kaubamärkide perekonna olemasolu ise suurendab tõenäosust, et asjaomane tarbija tajub kaubamärkide perekonna ühist osa sisaldavat kolmanda isiku kaubamärki automaatselt kui selle ühise osaga sarnanevat kaubamärki.

93 See eeskiri on täielikult kohaldatav olukorras, kus vaidlustatud kaubamärk sisaldab osa „KINDER", mis on väga mainekas, ning kus asjaomast kaubamärki võrreldakse 36 kaubamärgist koosneva perekonnaga, mis kõik sisaldavad sama koostisosa üksi või kombinatsioonis muude osadega.

94 Ühtlustamisamet väidab, et väite viies osa on nii vastuvõetamatu kui ka ilmselgelt põhjendamatu. Ühelt poolt tingiks Üldkohtu selle järelduse vaidlustamine, mille kohaselt Ferrero ei saa tugineda sarnaste kaubamärkide „perekonna" olemasolule, uue faktilistele asjaoludele antava hinnangu, mida apellatsioonimenetluses ei saa anda. Teiselt poolt väidab ühtlustamisamet, et võimalik kaubamärkide perekonna olemasolu on oluline üksnes määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punktiga b seoses, kuivõrd see võib luua teatava eriomase kaudse segiaetavuse, pannes avalikkuse uskuma, et hilisem kaubamärk on täiendav sellele perekonnale lisanduv kaubamärk. Seevastu sama artikli lõikega 5 seoses ei ole see argument õiguslikult põhjendatud, kuna segiajamine ei ole iseenesest oluline. Samuti piisab kaubamärkide seeriasse kuuluvate

kaubamärkide ja vaidlustatud tähise vahel sarnasuse puudumisest selleks, et välistada kindlalt segiajamise tõenäosuse võimalus ning tungiva põhjuseta ärakasutamine või kahjustamine.

– Euroopa Kohtu hinnang

95 Kõigepealt tuleb lükata tagasi ühtlustamisameti argument, mis puudutab väite viienda osa vastuvõetamatust. Ferrero esitatud argumendist ilmneb, et viimane soovib tugineda määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b ulatuse eiramisele Üldkohtu poolt, kuivõrd viimane leidis, et kaubamärkide perekonna olemasolu ei ole sarnasuse hindamise raames oluline.

96 Asjaomane väiteosa puudutab seega õigusküsimust ning seetõttu tuleb see tunnistada vastuvõetavaks.

97 Sisuliste küsimuste osas tuleb meenutada, et kohtupraktika kohaselt on kaubamärkide „perekonna" või „seeria" olemasolu üks asjaolu, mida tuleb segiajamise tõenäosuse hindamisel arvesse võtta. Sel juhul tuleneb segiajamise tõenäosus asjaolust, et tarbija võib eksida taotletava kaubamärgiga hõlmatud kaupade või teenuste päritolus või algupäras ning arvata ekslikult, et kaubamärk kuulub sellesse kaubamärkide perekonda või seeriasse (eespool viidatud kohtuotsus Il Ponte Finanziaria *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, punkt 63).

98 Nagu tuleneb käesoleva kohtuotsuse punktist 52, ei ole see asjaolu varasema kaubamärgi ja vaidlustatud kaubamärgi sarnasuse hindamise raames siiski oluline.

99 Nagu tuleneb käesoleva kohtuotsuse punktist 66, tuleb Üldkohtul võtta kaubamärkide „perekonna" või „seeria" olemasolu segiajamise tõenäosuse või nendevahelise seose igakülgsel hindamisel arvesse üksnes juhul, kui vastandatud kaubamärgid on teataval määral sarnased.

100 Kuna Üldkohus sedastas vaidlustatud kohtuotsuse punktides 55–59, et teatav arv asjaomaste tähiste visuaalseid ja foneetilisi omadusi välistavad võimaluse, et neid tähiseid võidakse tajuda sarnasena, siis võis Üldkohus õigusnormi rikkumata asjaomase kohtuotsuse punktides 63–66 leida, et seda järeldust ei sea kahtluse alla kaubamärkide „perekonna" või „seeria" olemasolu.

101 Seetõttu tuleb väite viies osa põhjendamatuse tõttu tagasi lükata ja sellest tulenevalt väide tervikuna tagasi lükata.

102 Kõiki eelnevaid kaalutlusi arvestades tuleb jätta apellatsioonkaebus põhjendamatuse tõttu rahuldamata.

Kohtukulud

103 Vastavalt Euroopa Kohtu kodukorra artikli 69 lõikele 2, mida kodukorra artikli 118 alusel kohaldatakse apellatsioonimenetluses, on kohtuvaidluse kaotanud pool kohustatud hüvitama kohtukulud, kui vastaspool on seda nõudnud. Kuna ühtlustamisamet on kohtukulude hüvitamist nõudnud ja Ferrero on kohtuvaidluse kaotanud, tuleb kohtukulud temalt välja mõista.

Esitatud põhjendustest lähtudes Euroopa Kohus (viies koda) otsustab:

1. Jätta apellatsioonkaebus rahuldamata.

2. Mõista kohtukulud välja Ferrero SpA-lt.

Allkirjad