TIESAS SPRIEDUMS (piektā palāta)

2011. gada 24. martā *

Lieta C-552/09 P

par apelācijas sūdzību atbilstoši Eiropas Savienības Tiesas Statūtu 56. pantam, kas iesniegta 2009. gada 23. decembrī,

Ferrero SpA, Alba [*Alba*] (Itālija), ko pārstāv K. Gīlens [*C. Gielen*], advokāts,

apelācijas sūdzības iesniedzēja,

pārējie lietas dalībnieki —

Iekšējā tirgus saskaņošanas birojs (preču zīmes, paraugi un modeļi) (ITSB), ko pārstāv D. Botis [*D. Botis*], pārstāvis,

atbildētājs pirmajā instancē,

* Tiesvedības valoda — angļu.

Tirol Milch reg. Gen.mbH Innsbruck,

procesa ITSB Apelāciju padomē dalībniece.

TIESA (piektā palāta)

šādā sastāvā: piektās palātas priekšsēdētāja pienākumu izpildītājs A. Borgs Bartets [*A. Borg Barthet*] (referents), tiesneši M. Ilešičs [*M. Ilešič*] un E. Levits,

ģenerāladvokāte J. Kokote [*J. Kokott*],
sekretāre M. Ferreira [*M. Ferreira*], galvenā administratore,

ņemot vērā rakstveida procesu un 2010. gada 30. novembra tiesas sēdi,

ņemot vērā pēc ģenerāladvokātes uzklausīšanas pieņemto lēmumu izskatīt lietu bez ģenerāladvokāta secinājumiem,

pasludina šo spriedumu.

Spriedums

1 Ar savu apelācijas sūdzību *Ferrero SpA* (turpmāk tekstā — "*Ferrero*") lūdz atcelt Eiropas Kopienu Pirmās instances tiesas 2009. gada 14. oktobra spriedumu lietā T-140/08 *Ferrero*/ITSB — *Tirol Milch* ("TiMi KiNDERJOGHURT") (Krājums, II-3941. lpp.; turpmāk tekstā — "pārsūdzētais spriedums"), ar kuru tā noraidīja apelācijas sūdzības iesniedzējas prasību par Iekšējā tirgus saskaņošanas biroja (preču zīmes, paraugi un modeļi) (ITSB) Apelāciju otrās padomes 2008. gada 30. janvāra lēmumu lietā R 682/2007-2 attiecībā uz spēkā neesamības atzīšanas procesu starp *Ferrero* un *Tirol Milch reg. Gen.mbH Innsbruck* (turpmāk tekstā — "apstrīdētais lēmums").

Atbilstošās tiesību normas

2 Padomes 1993. gada 20. decembra Regula (EK) Nr. 40/94 par Kopienas preču zīmi (OV 1994, L 11, 1. lpp.) tika atcelta ar Padomes 2009. gada 26. februāra Regulu (EK) Nr. 207/2009 par Kopienas preču zīmi (OV L 78, 1. lpp.), kas stājās spēkā 2009. gada 13. aprīlī. Tomēr, ņemot vērā lietas apstākļu norises laiku, lietai ir piemērojama Regula Nr. 40/94.

3 Saskaņā ar Regulas Nr. 40/94 preambulas septīto apsvērumu:

"tā kā Kopienas preču zīmes piešķirtā aizsardzība, kuras funkcija ir jo īpaši garantēt preču zīmi kā izcelsmes norādi, ir pilnīga, ja preču zīme un apzīmējums un preces vai pakalpojumi ir identiski; tā kā aizsardzība attiecas arī uz tiem gadījumiem, kad preču

zīme un apzīmējums un preces vai pakalpojumi ir identiski; tā kā būtu jāizskaidro jēdziens; saistībā ar līdzības iespēju radīt neskaidrību [sajaukšanas iespēju]; tā kā sajaukšanas iespēja, kuras novērtējums ir atkarīgs no vairākiem elementiem un jo īpaši no preču zīmes atpazīstamības tirgū, no asociācijām, ko var saistīt ar izmantoto vai reģistrēto apzīmējumu, līdzības pakāpe starp preču zīmi un apzīmējumu un starp norādītajām precēm vai pakalpojumiem, ir īpašs šīs aizsardzības priekšnosacījums."

4 Minētās regulas 8. panta 1. punktā bija paredzēts:

"Ja agrākas preču zīmes īpašnieks iebilst, pieprasīto preču zīmi nereģistrē:

[…]

b) ja tās identiskuma vai līdzības dēļ ar agrāko preču zīmi un preču vai pakalpojumu, ko aptver preču zīmes, identiskuma vai līdzības dēļ pastāv iespēja maldināt sabiedrību tajā teritorijā, kur ir aizsargāta agrākā preču zīme; iespēja maldināt ir asociāciju iespēja ar agrāko preču zīmi [ja tās identiskuma vai līdzības dēļ ar agrāko preču zīmi un preču vai pakalpojumu, ko aptver preču zīmes, identiskuma vai līdzības dēļ sabiedrībai pastāv sajaukšanas iespēja tajā teritorijā, kurā ir aizsargāta agrākā preču zīme; sajaukšanas iespēja ir asociāciju iespēja ar agrāko preču zīmi]."

5 Regulas Nr. 40/94 8. panta 5. punktā bija paredzēts:

"Turklāt, ja 2. punkta nozīmē agrākās preču zīmes īpašnieks iebilst, pieprasīto preču zīmi nereģistrē, ja tā ir identiska vai līdzīga agrākajai preču zīmei un to reģistrē precēm vai pakalpojumiem, kas nav līdzīgi tiem, attiecībā uz kuriem ir reģistrēta agrākā

preču zīme, ja attiecībā uz agrāku Kopienas preču zīmi, tā ir Kopienā pazīstama, un attiecībā uz agrāku valsts preču zīmi, tā ir pazīstama attiecīgajā dalībvalstī, un ja pieteiktās preču zīmes izmantošanā bez pietiekama iemesla varētu netaisnīgi gūt labumu no agrākās preču zīmes atšķirīguma vai atpazīstamības vai tai kaitēt."

6 Minētās regulas 49. panta 1. un 2. punkts bija formulēti šādi:

"1. No Kopienas preču zīmes var atteikties attiecībā uz dažām vai visām precēm vai pakalpojumiem, uz kuriem tā ir reģistrēta.

2. Par atteikšanos preču zīmes īpašnieks rakstveidā paziņo Birojam [ITSB]. Atteikšanās nav spēkā līdz brīdim, kamēr tā ievadīta reģistrā."

7 Regulas Nr. 40/94 52. panta ar nosaukumu "Relatīvs spēkā neesamības pamats" 1. punktā bija paredzēts:

"Kopienas preču zīmi paziņo par spēkā neesošu, ja Birojā [ITSB] iesniegts attiecīgs iesniegums, vai pamatojoties uz pretprasību lietas izskatīšanas procesā attiecībā uz pārkāpumu:

a) ja pastāv 8. panta 2. punktā minētā agrāka preču zīme un ir izpildīti 8. panta 1. vai 5. punkta nosacījumi;

[…].”

8 Minētās regulas 54. panta 2. punktā bija paredzēts:

“Uzskata, ka Kopienas preču zīmei jau no paša sākuma nav bijis šajā regulā noteikto seku, ja preču zīme ir paziņota par spēkā neesošu.”

Tiesvedības priekšvēsture

9 1998. gada 8. aprīlī *Tirol Milch reg. Gen.mbH Innsbruck* (turpmāk tekstā — “*Tirol Milch*”), kas reģistrēta Insbrukā (Austrija), iesniedza ITSB pieteikumu, lūdzot reģistrēt kā Kopienas preču zīmi šādu grafisku apzīmējumu:



10 Preces, attiecībā uz kurām tika pieteikta reģistrācija, ietilpst 29. klasē atbilstoši pārskatītajam un grozītajam 1957. gada 15. jūnija Nicas Nolīgumam par preču un pakalpojumu starptautisko klasifikāciju preču zīmju reģistrācijas vajadzībām un atbilst šādam aprakstam:

"Jogurts, augļu jogurts, dzērieni uz jogurta pamata, dzērieni uz jogurta pamata, kuru sastāvā ietilpst augļi; pagatavoti un daļēji pagatavoti ēdieni, kuru pamatā galvenokārt ir jogurts vai produkti, kuru pamatā ir jogurts; jogurta krēms."

11 1999. gada 14. janvārī *Ferrero* iesniedza iebildumus pret pieteiktās preču zīmes reģistrāciju attiecībā uz visām ar to aptvertajām precēm, pamatojoties uz tai piederošo agrāku vārdisku preču zīmi "KINDER", kas kopš 1965. gada 28. janvāra ir reģistrēta Itālijā ar numuru 168843, bet pēc pagarināšanas — ar numuru 684985, attiecībā uz precēm, kuras ietilpst 30. klasē un atbilst šādam aprakstam:

"Kafija, tēja, cukurs, rīsi, tapioka, sāgo, kafijas aizstājēji; maize, cepumi, pīrāgi, mīkla pīrāgiem un konditorejas izstrādājumiem, saldējumi, medus, melase, raugs un cepamais pulveris; sāls, sinepes; pipari, etiķis, mērces; garšvielas; pārtikas ledus; kakao, kakao produkti, tas ir, kakao pasta kakao dzērieniem, šokolādes pasta; mīklas kabatiņas, it īpaši šokolādes mīklas kabatiņas, šokolāde, pralinē, šokolādes rotājumi ziemassvētku eglītēm, ar alkoholu pildīti šokolādes produkti, cukura konditoreja, saldumu konditoreja, ieskaitot mīksto un cieto mīklu pīrāgiem."

12 Ar 2000. gada 29. septembra lēmumu ITSB Iebildumu nodaļa, pamatojoties uz Regulas Nr. 40/94 8. panta 1. punkta b) apakšpunktu un 5. punktu, noraidīja iebildumus.

13 2003. gada 3. novembrī ITSB Apelāciju ceturtā padome atstāja spēkā šo lēmumu.

14 Preču zīme "TiMi KiNDERJOGHURT" tika reģistrēta 2004. gada 20. augustā un 2004. gada 11. oktobrī publicēta *Bulletin des marques communautaires* [*Kopienas Preču Zīmju Biļetenā*].

15 2005. gada 19. augustā *Ferrero*, pamatojoties uz Regulas Nr. 40/94 52. panta 1. punkta a) apakšpunktu, iesniedza pieteikumu par minētās Kopienas preču zīmes reģistrācijas atzīšanu par spēkā neesošu. Šis pieteikums tika iesniegts attiecībā uz visām ar šo preču zīmi aptvertajām precēm.

16 Ar 2007. gada 14. marta lēmumu ITSB Anulēšanas nodaļa, pamatojoties uz Regulas Nr. 40/94 8. panta 5. punktu, atzina Kopienas preču zīmi "TiMi KiNDERJOGHURT" par spēkā neesošu.

17 2007. gada 4. maijā *Tirol Milch*, pamatojoties uz Regulas Nr. 40/94 59. pantu, iesniedza ITSB apelācijas sūdzību par minēto Anulēšanas nodaļas lēmumu.

18 ITSB Apelāciju otrā padome ar apstrīdēto lēmumu atcēla Anulēšanas nodaļas lēmumu un noraidīja pieteikumu par spēkā neesamības atzīšanu.

19 Apelāciju padome būtībā vispirms uzskatīja, ka, lai gan lēmumiem par iebildumiem neesot *res judicata* spēka, tomēr Anulēšanas nodaļai esot saistoši agrākajos ITSB

lēmumos veiktie konstatējumi un secinājumi par lietas būtību, pamatojoties uz noteikumu *nemo potest venire contra factum proprium*, saskaņā ar kuru iestādei ir saistoši tās pašas izdotie akti, it īpaši gadījumos, kad šie akti procesa dalībniekiem ir ļāvuši leģitīmi iegūt tiesības uz reģistrētu preču zīmi. Pēc tam Apelāciju padome apstiprināja Iebildumu nodaļas lēmumā un Apelāciju ceturtās padomes 2003. gada 3. novembra lēmumā izdarītos konstatējumus, saskaņā ar kuriem preču zīmes esot pilnīgi atšķirīgas, ņemot vērā to būtiskās vizuālās un fonētiskās atšķirības. Visbeidzot tā noraidīja pieteikumu par spēkā neesamības atzīšanu, motivējot ar to, ka neesot īstenojušies Regulas Nr. 40/94 8. panta 1. punkta b) apakšpunkta un 5. punkta piemērošanas nosacījumi, proti, apzīmējumu identiskums vai līdzība.

Tiesvedība Pirmās instances tiesā un apstrīdētais lēmums

20 Ar prasības pieteikumu, kas Pirmās instances tiesas [tagad — Vispārējā tiesa] kancelejā iesniegts 2008. gada 14. aprīlī, *Ferrero* lūdza atcelt apstrīdēto lēmumu un piespriest ITSB atlīdzināt tiesāšanās izdevumus.

21 Pamatojot savu prasību Pirmas instances tiesai, *Ferrero* izvirzīja divus pamatus — attiecīgi *res judicata* principa kļūdainu piemērošanu un Regulas Nr. 40/94 8. panta 1. punkta b) apakšpunkta un 5. punkta pārkāpumu.

22 Attiecībā uz pirmo pamatu Pirmās instances tiesa pārsūdzētā sprieduma 32. punktā norādīja, ka Apelāciju padome ir patstāvīgi un pilnīgi izvērtējusi strīdu pēc būtības, it īpaši attiecīgo apzīmējumu līdzību, tādējādi, lai gan bija apstrīdētā lēmuma 30. punktā

veiktie konstatējumi, Apelāciju padome nav piemērojusi *res judicata* principu. Tas Pirmās instances tiesai minētā sprieduma 33. punktā ļāva secināt, ka pirmais pamats balstās uz kļūdainu pieņēmumu, un šī iemesla dēļ tas ir jānoraida.

23 Tomēr Pirmās instances tiesa pārsūdzētā sprieduma 36. punktā norādīja, ka Apelāciju padome ir kļūdaini uzskatījusi, ka, pamatojoties uz noteikumu *nemo potest venire contra factum proprium* iegūto tiesību aizsardzību, kā arī tiesiskās drošības un tiesiskās paļāvības aizsardzības principiem, spēkā neesamības atzīšanas procesa ietvaros ITSB iestādēm esot saistoši iebildumu procesā pieņemtajos galīgajos lēmumos ietvertie konstatējumi.

24 Attiecībā uz otro pamatu, ko *Ferrero* bija izvirzījusi savas prasības pamatojumam, Pirmās instances tiesa pārsūdzētā sprieduma 53. punktā vispirms norādīja, ka agrākās preču zīmes un apstrīdētās preču zīmes līdzības esamība ir kopīgs nosacījums gan Regulas Nr. 40/94 8. panta 1. punkta b) apakšpunkta, gan arī šīs regulas 8. panta 5. punkta, uz ko veikta atsauce šīs paša regulas 52. panta 1. punkta a) apakšpunktā, piemērošanai un ka šis nosacījums it īpaši paredz vizuālās, fonētiskās vai konceptuālās līdzības elementu esamību.

25 Pēc tam Pirmās instances tiesa pārsūdzētā sprieduma 54. punktā atsaucās uz judikatūru, saskaņā ar kuru, lai izpildītu nosacījumu par līdzību Regulas Nr. 40/94 8. panta 5. punkta izpratnē, nav jāpierāda, ka konkrētās sabiedrības daļas apziņā pastāv agrākās preču zīmes ar reputāciju un apstrīdētās preču zīmes sajaukšanas iespēja, bet pietiek ar to, ka šo preču zīmju līdzības pakāpes dēļ konkrētā sabiedrības daļa starp tām veido saikni. Pirmās instances tiesa visbeidzot norādīja, ka šādas saiknes esamība ir jāvērtē visaptveroši, ņemot vērā visus faktorus, kuriem ir nozīme konkrētajā lietā, un ka apzīmējumu salīdzinājumam attiecībā uz konkrēto preču zīmju vizuālo, fonētisko un konceptuālo līdzību ir jābalstās uz preču zīmju radīto kopējo iespaidu, it īpaši ņemot vērā minēto preču zīmju atšķirtspējīgos un dominējošos elementus.

26 Pirmās instances tiesa pārsūdzētā sprieduma 55.–59. punktā tomēr uzskatīja, ka, lai gan abos attiecīgajos apzīmējumos ir elements "kinder", vairākas vizuālās un fonētiskās īpašības izslēdz iespēju, ka šajā gadījumā apzīmējumi tiks uztverti kā līdzīgi.

27 Pirmās instances tiesa pārsūdzētā sprieduma 61. punktā, izvērtējot *Ferrero* izvirzīto argumentu par agrākās preču zīmes reputāciju un argumentu par preču, ko aptver konfliktējošās preču zīmes, līdzību, uzskatīja, ka, lai gan šos elementus var ņemt vērā sajaukšanas iespējas vērtējumā, tomēr tiem nav nekādas ietekmes uz apzīmējumu līdzības vērtējumu. Pirmās instances tiesa pārsūdzētā sprieduma 62. punktā turklāt uzskatīja, ka attiecīgo apzīmējumu līdzības neesamība ir tik izteikta, ka preču zīmes "KINDER" reputācija neatkarīgi no tā, vai tā ir vai nav apstrīdēta, nevar kompensēt šo līdzības neesamību.

28 Pirmās instances tiesa pārsūdzētā sprieduma 63. punktā nosprieda, ka preču zīmju saimes vai sērijas esamībai nav nozīmes, vērtējot jautājumu par to, vai ir vai nav īstenojies Regulas Nr. 40/94 8. panta 1. punkta b) apakšpunkta un 5. punkta piemērošanas kopīgais nosacījums, proti, agrākās preču zīmes un apstrīdētās preču zīmes līdzības esamība. Turklāt tiesa pārsūdzētā sprieduma 64. punktā konstatēja, ka, pat ja pieņem, ka preču zīmju saimes vai sērijas esamība ir nozīmīgs faktors šādas līdzības esamības novērtējumā, risks, ka šajā lietā patērētāji varētu patiešām uzskatīt, ka apstrīdētā preču zīme ir preču zīmju saimes vai sērijas daļa, ir ļoti mazs vai tā nav vispār, ņemot vērā būtiskās atšķirības starp apstrīdēto preču zīmi un prasības pieteikuma 5. punktā norādītajiem apzīmējumiem, kuros visos ir ietverts elements "kinder", kā arī papildu elements un/vai grafiskie elementi.

29 Attiecībā uz argumentu, ka Apelāciju padome neesot ņēmusi vērā faktu, ka Regulas Nr. 40/94 8. panta 5. punkta nozīmē līdzības pakāpes vērtējums nenozīmē, ka būtu

jāvērtē sajaukšanas iespējas esamība, Pirmās instances tiesa pārsūdzētā sprieduma 67. punktā uzskatīja, ka Apelāciju padomes norādītie elementi pierāda līdzības neesamību neatkarīgi no līdzības pakāpes eventuālās spējas radīt sajaukšanas iespēju.

30 Visbeidzot Pirmās instances tiesa pārsūdzētā sprieduma 68. punktā nosprieda, ka Apelāciju padome nav pieļāvusi kļūdu, veicot apstrīdētās preču zīmes "analītisku sadalīšanu sastāvdaļās". Tiesa uzskatīja, ka, lai gan līdzības pakāpes vērtējumā ir jāņem vērā preču zīmes veidojošo elementu kombinācijas radītais kopējais iespaids, tas tomēr nav nesaderīgi ar šo elementu secīgu izvērtēšanu. Tāpat Pirmās instances tiesa norādīja, ka šajā lietā Apelāciju padome pēc tam, kad bija konstatējusi, ka attiecīgo apzīmējumu atšķirības atsver to vienīgo kopīgo elementu, uzsvēra, ka, ja attiecīgie apzīmējumi tiktu salīdzināti kā veselums, to radītais kopējais iespaids būtu bijis citāds, tādējādi minētā "analītiskā sadalīšana sastāvdaļās" netika veikta uz konfliktējošo preču zīmju veidojošo elementu kombinācijas radītā kopējā iespaida vērā ņemšanas rēķina.

31 Līdz ar to Pirmās instances tiesa noraidīja kā nepamatotu otro pamatu, ko *Ferrero* bija izvirzījusi savas prasības pamatojumam, un attiecīgi noraidīja tās prasību.

Lietas dalībnieku prasījumi

32 Ar savu apelācijas sūdzību *Ferrero* lūdz Tiesu:

— atcelt pārsūdzēto spriedumu;

— apmierināt tās prasību par apstrīdētā lēmuma atcelšanu vai pakārtoti — nodot lietu atpakaļ Vispārējai tiesai jaunai izskatīšanai un

— piespriest ITSB atlīdzināt izdevumus, kas tai radušies gan tiesvedībā pirmajā instancē, gan apelācijas tiesvedībā.

33 ITSB prasījumi Tiesai ir šādi:

— pieņemt lēmumu par *Tirol Milch* atteikšanos no apstrīdētās Kopienas preču zīmes un gadījumā, ja apelācijas sūdzības iesniedzēja piekrīt izbeigt tiesvedību vai nepierāda, ka tai ir tiesiskas intereses to turpināt, atzīt, ka apelācijas sūdzībai ir zudis priekšmets, un konstatēt, ka tiesvedība ir izbeigta, un katrs lietas dalībnieks sedz savus tiesāšanās izdevumus pats;

— ja Tiesa lemtu, ka apelācijas sūdzības iesniedzējai ir interese turpināt tiesvedību, atļaut ITSB izvirzīt jaunus argumentus un pamatus, kas vērsti pret apelācijas sūdzību, un

— pakārtoti — tieši noraidīt apelācijas sūdzību kopumā kā nepieņemamu vai acīmredzami nepamatotu, un piespriest apelācijas sūdzības iesniedzējai atlīdzināt ITSB radušos izdevumus.

Par apelācijas sūdzību

Par apelācijas sūdzības iesniedzējas interesi celt prasību

Lietas dalībnieku argumenti

34 Savā atbildes rakstā uz prasības pieteikumu ITSB norāda, ka ar 2010. gada 15. februāra vēstuli *Tirol Milch* informēja to par savu vēlmi pilnībā atteikties no apstrīdētās Kopienas preču zīmes, pamatojoties uz Regulas Nr. 40/94 49. pantu.

35 Ar 2010. gada 15. marta vēstuli ITSB apstiprināja *Tirol Milch*, ka tās atteikšanās ir pieņemta un ka preču zīme, kuras reģistrāciju tā bija ieguvusi, ir izslēgta no Kopienas preču zīmju reģistra. Ar vēstuli, kas datēta ar nākošo dienu, ITSB informēja *Ferrero* par šo atteikšanos.

36 Ņemot vērā šos apstākļos, ITSB apgalvo, ka šobrīd apelācijas sūdzības iesniedzējai nav intereses, lai tiktu atcelts pārsūdzētais spriedums, tādējādi ir jāizbeidz tiesvedība par šo apelācijas sūdzību un tiesvedība ir jāzīst par tādu, kam zudis priekšmets.

37 Tiesas sēdē *Ferrero* tomēr norādīja, ka apstrīdētais lēmums un pārsūdzētais spriedums tai ir radījuši nelabvēlīgas juridiskās sekas.

38 Turklāt *Ferrero a*pgalvo, ka, lai gan *Tirol Milch* atteicās no apstrīdētās preču zīmes, tai joprojām ir interese gan pārsūdzētā sprieduma, gan apstrīdētā lēmuma atcelšanā, jo atzīšana par spēkā neesošu atšķirībā no atteikšanās radot sekas no datuma, kurā tika iesniegts šīs preču zīmes reģistrācijas pieteikums.

Tiesas vērtējums

39 Vispirms ir jāatgādina, ka interese celt prasību ir uzskatāma par tādu prasības pieņemamības nosacījumu, kuram ir jāturpina pastāvēt līdz tiesas nolēmuma pasludināšanai. Saskaņā ar Tiesas judikatūru šāda interese pastāv, ja apelācijas iznākums var radīt labumu lietas dalībniekam, kas to ir ierosinājis (2010. gada 14. septembra spriedums lietā C-550/07 P *Akzo Nobel Chemicals* un *Akcros Chemicals*/Komisija, Krājums, I-8301. lpp., 22. un 23. punkts).

40 Izskatāmajā lietā ir jākonstatē, pirmkārt, ka ar pārsūdzēto spriedumu Pirmās instances tiesa ir noraidījusi *Ferrero* prasību atcelt apstrīdēto lēmumu, ar kuru ITSB Apelāciju padome noraidīja spēkā neesamības atzīšanas pieteikumu, kuru šī sabiedrība bija iesniegusi attiecībā uz Kopienas preču zīmes "TiMi KiNDERJOGHURT" reģistrāciju.

41 Izskatāmajā lietā, ja pamats, ko *Ferrero* izvirzījusi savas apelācijas sūdzības pamatojumam, ir pamatots, tas var izraisīt pārsūdzētā sprieduma un attiecīgā gadījumā apstrīdētā lēmuma, un līdz ar to 2004. gada 20. augusta lēmuma par minētās preču zīmes reģistrāciju atcelšanu.

42 Otrkārt, pretēji ITSB apgalvotajam, tas, ka *Tirol Milch* ir atteikusies no Kopienas preču zīmes "TiMi KiNDERJOGHURT", pats par sevi nekādi nevar būt pamats, lai zustu *Ferrero* ierosinātās apelācijas priekšmets.

43 Šai iepriekš minētajai sabiedrībai saglabājas interese attiecībā uz savu apelācijas sūdzību par pārsūdzēto spriedumu, jo atteikšanās un atzīšana par spēkā neesošu nerada vienas un tās pašas sekas, kā tā to arī ir norādījusi tiesas sēdē. Tādējādi, ja Kopienas preču zīme, kas ir bijusi atteikšanās priekšmets, izbeidz radīt sekas vienīgi no šīs atteikšanās reģistrācijas brīža, Kopienas preču zīme, kas ir atzīta par spēkā neesošu, atbilstoši Regulas Nr. 40/94 54. panta 2. punktam tiks uzskatīta par tādu, kurai jau no paša sākuma nav bijušas nekādas sekas, ar visām no šādas spēkā neesamības izrietošajām juridiskajām sekām.

44 Tādējādi, tā kā šī apelācija var dot labumu *Ferrero*, tā saglabā interesi celt prasību.

Par lietas būtību

45 Pamatojot savu apelācijas sūdzību, *Ferrero* izvirza vienu vienīgu pamatu — Regulas Nr. 40/94 8. panta pārkāpumu. Šis pamats ietver piecas daļas, attiecīgi:

— pirmā daļa — ar Regulas Nr. 40/94 8. pantu iedibinātās sistēmas pārkāpums;

— otrā daļa — citu atbilstošo elementu, izņemot līdzības, konkrēti, reputācijas, neņemšana vērā;

— trešā daļa — kļūdainu un nepamatotu noteikumu par pierādījumiem formulēšana;

— ceturtā daļa — fakta, ka agrākās preču zīmes ir daļēji vārdiskas preču zīmes, turpretim apstrīdētā preču zīme ir grafiska preču zīme, neņemšana vērā,

— piektā daļa — preču zīmju saimes esamības pienācīga neņemšana vērā.

Par vienīgā pamata pirmo daļu

— Lietas dalībnieku argumenti

46 Saistībā ar šo apelācijas sūdzības vienīgā pamata pirmo daļu *Ferrero* pārmet Pirmās instances tiesai, ka tā ir pārkāpusi ar Regulas Nr. 40/94 8. pantu iedibināto sistēmu, kā vienīgo faktisko apstākli vērtējot līdzību Regulas Nr. 40/94 8. panta 1. punkta b) apakšpunkta un 5. punkta nozīmē, lai gan šīs divas atšķirīgās normas paredzot pilnīgi atšķirīgu kritēriju virknes piemērošanu.

47 *Ferrero* uzskata, ka no judikatūras izriet, ka katras no šīm normām nozīmē līdzība esot jāvērtē savstarpējā saistībā ar visiem pārējiem elementiem, kas atšķiroties atkarībā no konkrētās normas.

48 Konkrēti, no 2008. gada 27. novembra sprieduma lietā C-252/07 *Intel Corporation* (Krājums, I-8823. lpp.) izrietot, ka attiecībā uz Regulas Nr. 40/94 8. panta 5. punktu līdzības vērtējuma mērķiem ir jāņem vērā reputācija, kā arī attiecīgā apzīmējuma atšķirtspējīgie un dominējošie elementi.

49 Savukārt attiecībā uz minētās regulas 8. panta 1. punkta b) apakšpunktu sajaukšanas iespējas visaptveroša vērtējuma mērķiem esot atbilstoši ņemt vērā reputāciju un atšķirtspēju.

50 ITSB apgalvo, ka šī vienīgā pamata pirmā daļa ir acīmredzami nepamatota. Tas norāda, ka Tiesa attiecībā uz šī sprieduma 46. punktā minētajām abām normām jau ir nospriedusi, ka līdzība ir jāvērtē vizuālās, fonētiskās un konceptuālās līdzības elementu kontekstā (2003. gada 23. oktobra spriedums lietā C-408/01 *Adidas-Salomon* un *Adidas Benelux*, *Recueil*, I-12537. lpp., 28. punkts). ITSB uzskata, ka, ja šis vērtējums atklāj, ka kopumā apzīmējumi nav līdzīgi, šo konstatējumu var izmantot gan Regulas Nr. 40/94 8. panta 1. punkta b) apakšpunkta, gan 5. punkta nozīmē.

— Tiesas vērtējums

51 Vispirms ir jāatgādina, tāpat kā to izdarīja Pirmās instances tiesa pārsūdzētā sprieduma 53. punktā, ka agrākās preču zīmes un konfliktējošās preču zīmes līdzība ir kopīgs nosacījums Regulas Nr. 40/94 8. panta 1. punkta b) apakšpunkta un 5. punkta piemērošanai.

52 Šis nosacījums par preču zīmes un apzīmējuma līdzību gan Regulas Nr. 40/94 8. panta 1. punkta b) apakšpunkta, gan minētā panta 5. punkta nozīmē paredz tostarp vizuālās, fonētiskās vai konceptuālās līdzības elementu esamību (šajā ziņā skat. iepriekš minēto spriedumu lietā *Adidas-Salomon* un *Adidas Benelux*, 28. punkts).

53 Protams, vienā vai otrā no minētajām normām paredzētās līdzības pakāpe ir atšķirīga. Ja aizsardzības, kas iedibināta ar Regulas Nr. 40/94 8. panta 1. punkta b) apakšpunktu, nosacījums ir konstatējums, ka konfliktējošo preču zīmju līdzības pakāpe ir tāda, ka konkrētās sabiedrības daļas apziņā eksistē šo preču zīmju sajaukšanas iespēja, tad aizsardzībai, kas piešķirta ar šī paša panta 5. punktu, tādas iespējas esamība nav vajadzīga. Tādējādi šajā 5. punktā paredzētais kaitējums var būt sekas agrākas un vēlākas preču zīmes mazākas pakāpes līdzībai, ja vien tā ir pietiekama, lai konkrētā sabiedrības daļa saistītu minētās preču zīmes, proti, izveidotu starp tām saikni (šajā ziņā skat. iepriekš minēto spriedumu lietā *Adidas-Salomon* un *Adidas Benelux*, 27., 29. un 31. punkts, kā arī iepriekš minēto spriedumu lietā *Intel Corporation*, 57., 58. un 66. punkts).

54 Savukārt ne no minēto normu formulējuma, ne no judikatūras neizriet, ka konfliktējošo preču zīmju līdzība būtu jāvērtē atšķirīgi, atkarībā no tā, vai to veic saskaņā ar vienu vai otru no šīm normām.

55 Ir jākonstatē, ka arguments, ko *Ferrero* izsecinājusi no iepriekš minētā sprieduma lietā *Intel Corporation*, pamatojas uz kļūdainu minētā sprieduma izpratni.

56 Tiesa minētajā spriedumā ir apstiprinājusi savu judikatūru, saskaņā ar kuru saikne starp konfliktējošajām preču zīmēm, tāpat kā sajaukšanas iespēja, ir jāvērtē visaptveroši, ņemot vērā visus faktorus, kam ir nozīme konkrētajā lietā, starp kuriem ir ne vien konfliktējošo preču zīmju līdzības pakāpe, bet arī atšķirtspējas pakāpe un agrākās preču zīmes reputācijas intensitāte (skat. iepriekš minēto spriedumu lietā *Intel Corporation*, 41. un 42. punkts un tajā minētā judikatūra).

57 Attiecībā uz konkrēti šo pēdējo no minētajiem faktoriem Tiesa ir norādījusi, ka, lai izvērtētu saiknes starp konfliktējošajām preču zīmēm esamību, var būt nepieciešams ņemt vērā agrākās preču zīmes reputācijas intensitāti, lai noteiktu, vai šī reputācija sniedzas plašāk par sabiedrības daļu, uz kuru attiecas šī preču zīme. Tiesa šajā ziņā ir izskaidrojusi, ka ir iespējams, ka sabiedrības daļa, uz kuru attiecas preces vai pakalpojumi, attiecībā uz kuriem ir reģistrēta vēlāka preču zīme, saista konfliktējošās preču zīmes, lai arī šī sabiedrības daļa pilnībā atšķiras no sabiedrības daļas, uz kuru attiecas preces vai pakalpojumi, attiecībā uz kuriem ir reģistrēta agrāka preču zīme (skat. iepriekš minēto spriedumu lietā *Intel Corporation*, 52. un 53. punkts).

58 Tādējādi no iepriekš minētā spriedumu lietā *Intel Corporation* skaidri izriet, ka pretēji tam, ko apgalvo *Ferrero*, Tiesa šajā spriedumā ir nospriedusi, ka agrākās preču zīmes reputācija un atšķirtspēja ir faktori, kam ir nozīme, lai vērtētu nevis konfliktējošo preču zīmju līdzību, bet saiknes starp tām esamību konkrētās sabiedrības daļas apziņā.

59 Līdz ar to pamata pirmā daļa ir jānoraida kā nepamatota.

Par vienīgā pamata otro daļu

— Lietas dalībnieku argumenti

60 Saistībā ar šo sava vienīgā pamata otro daļu *Ferrero* apgalvo, ka Pirmās instances tiesa pārsūdzētā sprieduma 55.–59. punktā ir pieļāvusi kļūdu tiesību piemērošanā, vērtējot sajaukšanas iespēju Regulas Nr. 40/94 8. panta 1. punkta b) apakšpunkta un 5. punkta nozīmē vienīgi no konfliktējošo preču zīmju līdzības viedokļa un atsakoties izvērtēt citus piemērojamos faktorus, kuriem varētu būt nozīme, lai kompensētu apzīmējumu iespējamo vājo līdzību un it īpaši agrākās preču zīmes atpazīstamību konkrētajā tirgū.

61 *Ferrero* turklāt apgalvo, ka Pirmās instances tiesas apstiprinājums pārsūdzētā sprieduma 62. punktā, saskaņā ar kuru attiecīgo apzīmējumu "līdzības neesamība […] ir tik izteikta, ka preču zīmes"KINDER" reputācija neatkarīgi no fakta, vai tā ir vai nav apstrīdēta, nevar atspēkot šo līdzības neesamību", ir kļūdains, jo preču zīmes reputācijai ir tiešas sekas attiecībā uz tās aizsardzības apjomu līdzības dēļ. Apelācijas sūdzības iesniedzēja uzskata, ka preču zīme ar nozīmīgu reputāciju ir noteikti ieguvusi arī ļoti stipru atšķirtspēju. Līdz ar to esot jābūt būtiskām atšķirībām, lai vēlāku preču zīmi atšķirtu no agrākas preču zīmes ar reputāciju. Tādēļ abu preču zīmju salīdzinājuma veikšana, neņemot vērā to attiecīgo reputāciju, esot kļūda tiesību piemērošanā.

62 *Ferrero* norāda arī, ka, lai gan pārsūdzētā sprieduma 62. pants ir jāinterpretē tādējādi, ka tas nozīmē, ka gan Regulas Nr. 40/94 8. panta 1. punkta b) apakšpunktā, gan 5. punktā ir paredzēta minimāla līdzības pakāpe un, ja tā nesasniedz šo minimumu, to nevar kompensēt pārliecinoša reputācija, šo secinājumu arī esot jānoraida tādēļ, ka

tam šajā 8. pantā nav nekāda juridiskā pamata. *Ferrero* uzskata, ka līdzības un reputācijas savstarpējā saistība šo abu normu ietvaros gluži pretēji nozīmē, ka pat minimālu līdzības pakāpi var kompensēt reputācija, tādējādi radot saikni šī panta 5. punkta izpratnē vai pat sajaukšanas iespēju minētā panta 1. punkta b) apakšpunkta izpratnē.

63 ITSB uzskata, ka šī vienīgā pamata otrā daļa ir acīmredzami nepamatota. No judikatūras izrietot, ka, ja attiecīgie apzīmējumi ir atšķirīgi, agrāko preču zīmju eventuālā reputācija nevar būt pamats minēto normu piemērošanai tādēļ, ka viens no tajās paredzētajiem nosacījumiem nav īstenojies. Tas attiecoties gan uz Regulas Nr. 40/94 8. panta 1. punkta b) apakšpunktu, saskaņā ar kuru apzīmējumu un preču līdzība ir nepieciešamais nosacījums šīs normas piemērošanai, gan uz šī paša panta 5. punktu, saskaņā ar kuru apzīmējumu līdzība ir viens no neatkarīgajiem un kumulatīvajiem nosacījumiem, kuriem jābūt izpildītiem.

— Tiesas vērtējums

64 Kā tas arī ir atgādināts šī sprieduma 56. punktā, saiknes esamība starp agrāko preču zīmi un apstrīdēto preču zīmi Regulas Nr. 40/94 8. panta 5. punkta izpratnē, tāpat kā sajaukšanas iespēja šī paša panta 1. punkta b) apakšpunkta izpratnē, ir jāvērtē visaptveroši, ņemot vērā visus faktorus, kam ir nozīme konkrētajā lietā, starp kuriem it īpaši ir konfliktējošo preču zīmju līdzības pakāpe un preču, ko aptver šīs preču zīmes, līdzības pakāpe, kā arī agrākās preču zīmes reputācijas intensitāte un raksturīgās vai izmantošanas rezultātā iegūtās atšķirtspējas pakāpe.

65 Ja šis sajaukšanas iespējas visaptverošais vērtējums nozīmē noteiktu savstarpējo saistību starp vērā ņemamajiem faktoriem tādējādi, ka preču zīmju vāju līdzības pakāpi var kompensēt augsta agrākās preču zīmes atšķirtspēja (šajā ziņā skat. 2009. gada 7. maija spriedumu lietā C-389/07 P *Waterford Wedgwood*/*Assembled Investments* ("Proprietary"), 33. punkts), tomēr, ja agrākā preču zīme un apstrīdētā preču zīme vispār nav līdzīgas, agrākās preču zīmes atpazīstamība vai reputācija, tāpat arī attiecīgo preču vai pakalpojumu identiskums vai līdzība, nav pietiekamas, lai konstatētu konfliktējošo preču zīmju sajaukšanas iespējas vai saiknes starp tām esamību konkrētās sabiedrības daļas apziņā (šajā ziņā skat. 2010. gada 2. septembra spriedumu lietā C-254/09 P *Calvin Klein Trademark Trust*/ITSB, Krājums, I-7989. lpp., 53. punkts un tajā minētā judikatūra).

66 Kā tas arī izriet no šī sprieduma 51. punkta, konfliktējošu preču zīmju identiskums vai līdzība ir obligāts nosacījums Regulas Nr. 40/94 8. panta 1. punkta b) apakšpunkta un 5. punkta piemērošanai. Tādējādi, ja Vispārējā tiesa izslēdz jebkādu konfliktējošu preču zīmju līdzību, šīs tiesību normas ir acīmredzami nepiemērojamas (šajā ziņā skat. iepriekš minēto spriedumu lietā *Calvin Klein Trademark Trust*/ITSB, 68. punkts). Vienīgi gadījumā, ja konfliktējošajām preču zīmēm ir zināma, pat vāja līdzība, minētajai tiesai ir jāveic visaptverošs vērtējums, lai noteiktu, vai, lai gan ir šo preču zīmju vāja līdzības pakāpe, citu atbilstošo faktoru — tādu kā agrākās preču zīmes atpazīstamība vai reputācija — dēļ konkrētās sabiedrības daļas apziņā eksistē šo preču zīmju sajaukšanas iespēja vai saikne starp tām.

67 Pārsūdzētā sprieduma 55.–59. punktā Pirmās instances tiesa ir uzskatījusi, ka zināms attiecīgo apzīmējumu vizuālo vai fonētisko īpašību skaits izslēdz, ka tos var uztvert kā līdzīgus.

68 Pastāvot šādiem apstākļiem, Pirmās instances tiesa pārsūdzētā sprieduma 61. un 62. punktā ir pamatoti secinājusi, ka, pat ja sajaukšanas iespējas vērtējumā var ņemt vērā agrākās preču zīmes reputāciju un ar konfliktējošajām preču zīmēm aptverto preču līdzību, tām nav nekādas ietekmes uz līdzības, kas eksistē starp šiem attiecīgajiem apzīmējumiem, vērtējumu tādējādi, ka tās nevar atspēkot arī konstatētās līdzības neesamību (šajā ziņā skat. 2008. gada 11. decembra spriedumu lietā C-57/08 P *Gateway*/ITSB, 55.–57. punkts).

69 No tā izriet, ka pamata otrā daļa ir jāatzīst par nepamatotu.

Par vienīgā pamata trešo daļu

— Lietas dalībnieku argumenti

70 Ar šo vienīgā pamata trešo daļu *Ferrero* apgalvo, ka Pirmās instances tiesa pārsūdzētā sprieduma 56.–58. punktā ir pieļāvusi kļūdu tiesību piemērošanā jeb sagrozījusi tai iesniegtos faktus, attiecīgo apzīmējumu līdzības vērtējumā izmantojot kļūdainas normas par pierādījumiem, kas nav pamatotas un kurām trūkst jebkādas motivācijas.

71 *Ferrero* uzskata, ka minētās normas nozīmē, pirmkārt, ka, elementi, kas veido grupu, katrs no tiem izbeidz eksistēt īpašā autonomā veidā. Otrkārt, ja grafiskais apzīmējums ir veidots no divu elementu attēliem, no kuriem viens ir izvietots centrā virs otra,

apzīmējuma līdzības punkts esot visaugstāk izvietotais elements, jo šis centrālais izvietojums var kompensēt vismazākā izmēra šriftu un mazāku salasāmību, kas rodas fona dēļ, uz kura atrodas centrā izvietotais elements. Treškārt, ja apzīmējums ietver divus elementus, tā līdzības punkts esot pirmais no šiem elementiem. Ceturtkārt, ja apzīmējums ietver trīs elementus, centrālais elements esot nenozīmīgs.

72 ITSB apgalvo, ka vienīgā pamata trešā daļa ir acīmredzami nepieņemama, ņemot vērā, ka tajā netiek izvirzīts neviens tiesību jautājums un ar to vienīgi apstrīd Pirmās instances tiesas veikto faktu vērtējumu, tādējādi pārkāpjot Eiropas Savienības tiesas Statūtu 58. panta pirmās daļas prasības.

— Tiesas vērtējums

73 Vispirms ir jāatgādina, ka no LESD 256. panta 1. punkta otrās daļas un Tiesas Statūtu 58. panta pirmās daļas izriet, ka apelācijas sūdzību var iesniegt vienīgi par tiesību jautājumiem. Tādējādi vienīgi Pirmās instances tiesas kompetencē ietilpst konstatēt un izvērtēt atbilstošos faktus, kā arī tai iesniegtos pierādījumus. Tātad šo faktu un pierādījumu izvērtēšana, izņemot gadījumus, kad tie tiek sagrozīti, nav tiesību jautājums, kas ir pakļauts Tiesas kontrolei apelācijas ietvaros (skat. tostarp iepriekš minēto spriedumu lietā *Calvin Klein Trademark Trust*/ITSB, 49. punkts un tajā minētā judikatūra, kā arī 2011. gada 13. janvāra spriedumu lietā C-92/10 P *Media-Saturn-Holding*/ITSB, 27. punkts).

74 Tomēr, ja apelācijas sūdzības iesniedzēja apstrīd Savienības tiesību interpretāciju vai piemērošanu Vispārējā tiesā, tad pirmajā instancē izskatītos tiesību jautājumus var no jauna izskatīt apelācijas tiesvedībā (skat. tostarp 2008. gada 17. jūlija spriedumu lietā C-488/06 P *L & D*/ITSB, Krājums, I-5725. lpp., 43. punkts).

75 Ar sava vienīgā pamata trešo daļu *Ferrero* pārmet Pirmās instances tiesai, ka tā līdzības vērtējuma mērķiem esot izmantojusi netiešas normas par pierādījumiem, kas nav paredzētas Regulā Nr. 40/94. Tādējādi tā tieši cenšas panākt, lai tiktu konstatētas kļūdas tiesību piemērošanā, ko Pirmās instances tiesa esot pieļāvusi pārsūdzētajā spriedumā.

76 Attiecīgi minētā [pamata] daļa ir jāatzīst par pieņemamu.

77 Tomēr ir jākonstatē, ka patiesībā šīs daļas nav. Pirmās instances tiesa, lai pārsūdzētā sprieduma 59. punktā secinātu, ka Apelāciju padome nav pieļāvusi kļūdu, konstatējot attiecīgo apzīmējumu līdzības neesamību, ir veikusi konkrētu šo apzīmējumu vizuālo un fonētisko īpašību vērtējumu, kurā — pretēji tam, ko apgalvo *Ferrero*, — nav izmantojusi vispārpiemērojamās normas par pierādījumiem.

78 Turklāt, tā kā *Ferrero* apgalvo, ka ir notikusi Pirmās instances tiesas vērtējumam iesniegto faktu sagrozīšana, ir jāatgādina, ka LESD 256. panta 1. punkta otrajā daļā, Tiesas Statūtu 58. panta pirmajā daļā un Tiesas Reglamenta 112. panta 1. punkta pirmās daļas c) apakšpunktā apelācijas sūdzības iesniedzējam ir noteikts pienākums precīzi norādīt faktus, kurus Vispārējā tiesa esot sagrozījusi, un norādīt kļūdas vērtējumā, kuras, apelācijas sūdzības iesniedzēja ieskatā, esot izraisījušas to, ka Vispārējā tiesa pieļāvusi šo sagrozīšanu (it īpaši skat. 2004. gada 7. janvāra spriedumu apvienotajās

lietās C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P un C-219/00 P *Aalborg Portland* u.c./Komisija, *Recueil*, I-123. lpp., 50. punkts).

79 Ir jākonstatē, ka *Ferrero* nav iesniegusi nevienu elementu, kas var pamatot minēto apgalvojumu.

80 Līdz ar to pamata trešā daļa ir jānoraida kā nepamatota.

Par vienīgā pamata ceturto daļu

— Lietas dalībnieku argumenti

81 Saistībā ar vienīgā pamata ceturto daļu *Ferrero* apgalvo, ka no judikatūras izriet, ka līdzība Regulas Nr. 40/94 8. panta 1. punkta b) apakšpunkta un 5. punkta izpratnē var būt vizuāla, fonētiska un konceptuāla, un ka šie līdzības aspekti ir jāvērtē visaptveroši. Pirmās instances tiesa pārsūdzētā sprieduma 56.–58. punktā esot veikusi vērtējumu lielākoties no vizuālā viedokļa un zināmā mērā no fonētiskā viedokļa, jo galvenokārt esot uzsvērti jautājumi par grafiskajiem attēlojumiem, tādiem kā apstrīdētajā preču zīmē ietverto trīs elementu izvietojums un šrifts, kā arī fons, uz kura tie izvietoti.

82 Šādi Pirmās instances tiesa neesot ņēmusi vērā faktu, ka agrākās preču zīmes un konkrēti Spānijas, Francijas un Itālijas preču zīmes attiecībā uz elementiem "KINDER" ir vārdiskas preču zīmes, kuru aizsardzības apjomam neesot ietekmes uz tādiem jautājumiem saistībā ar grafisko attēlojumu kā elementu izvietojums, šrifts vai fons, uz kura šie elementi ir attēloti.

83 ITSB apgalvo, ka vienīgā pamata ceturtā daļa ir acīmredzami nepieņemama tādēļ, ka tajā nav izvirzīts neviens tiesību jautājums un ar to vienīgi apstrīd Pirmās instances tiesas veikto faktu vērtējumu.

— Tiesas vērtējums

84 Vispirms ir jānoraida ITSB argumentācija par vienīgā pamata ceturtās daļas nepieņemamību. Pretēji ITSB apgalvotajam, minētā [pamata] daļa attiecas uz tiesību jautājumu, jo ar to tiek apgalvots, ka Pirmās instances tiesa nav ņēmusi vērā Regulas Nr. 40/94 8. panta 1. punkta b) apakšpunkta un 5. punkta piemērošanas jomu, ciktāl tai, veicot attiecīgo apzīmējumu līdzības vērtējumu, esot bijis jāņem vērā fakts, ka agrākā preču zīme ir vārdiska preču zīme.

85 Attiecībā uz jautājuma būtību ir jāatgādina, ka, lai novērtētu attiecīgo preču zīmju līdzības pakāpi, ir jānosaka to vizuālās, fonētiskās un konceptuālās līdzības pakāpe un attiecīgā gadījumā jānovērtē nozīme, kas piešķirama šiem atšķirīgajiem elementiem, ņemot vērā konkrēto preču vai pakalpojumu kategoriju un apstākļus, kādos tos tirgo (2007. gada 12. jūnija spriedums lietā C-334/05 P ITSB/*Shaker*, Krājums, I-4529. lpp., 36. punkts).

86 Turklāt attiecīgo apzīmējumu vizuālo, fonētisko un konceptuālo līdzību ir jāvērtē visaptveroši, un šajā vērtējumā iespējamā fonētiskā līdzība ir tikai viens no nozīmīgajiem faktoriem (šajā ziņā skat. 2006. gada 23. marta spriedumu lietā C-206/04 P *Mülhens*/ITSB, Krājums, I-2717. lpp., 21. punkts).

87 Tādējādi Pirmās instances tiesa pārsūdzētā sprieduma 56.–58. punktā attiecībā uz konkrēto apzīmējumu iespējamo vizuālo un fonētisko līdzību ir pamatoti vērtējusi šo abu apzīmējumu radīto kopējo iespaidu.

88 Līdz ar to vienīgā pamata ceturtā daļa ir jānoraida kā nepamatota.

89 Pārējā daļā, ciktāl tas ir vērsts uz jaunu faktu vērtējumu, šī pamata daļa saskaņā ar šī sprieduma 73. punktā atgādināto judikatūru ir nepieņemama tādēļ, ka *Ferrero* nav norādījusi ne uz vienu faktu vai pierādījumu, kuru būtu sagrozījusi Pirmās instances tiesa.

Par vienīgā pamata piekto daļu

— Lietas dalībnieku argumenti

90 Saistībā ar šo vienīgā pamata piekto daļu *Ferrero* apgalvo, ka Pirmās instances tiesa ir pieļāvusi kļūdu tiesību piemērošanā, izskatāmajā lietā neņemot vērā preču zīmju saimes esamību, motivējot ar to, ka tai nav nozīmes līdzības vērtējumā.

91 Šādi Pirmās instances tiesa esot kļūdaini interpretējusi judikatūru, jo, ja Regulas Nr. 40/94 8. panta 1. punkta b) apakšpunkta izpratnē preču zīmju saimes esamība palielina sajaukšanas iespēju, vedinot patērētāju pieņemt, ka apstrīdētā preču zīme ir šīs saimes daļa, tad tas ir tieši līdzības dēļ starp apstrīdēto preču zīmi, no vienas puses, un preču zīmju saimi, no otras puses, vai, konkrētāk, tām kopīgo elementu dēļ (2007. gada 13. septembra spriedums lietā C-234/06 P *Il Ponte Finanziaria*/ITSB, Krājums, I-7333. lpp., 63. punkts).

92 *Ferrero* turklāt apgalvo, ka pati preču zīmju saimes esamība palielina iespēju, ka trešās personas preču zīmi, kurā ietverts [preču zīmju] saimei kopīgs elements, konkrētais patērētājs automātiski uztvers kā šim kopīgajam elementam līdzīgu.

93 Šis noteikums esot pilnībā piemērojams situācijai, kurā apstrīdētā preču zīme ietver elementu "KINDER", kam ir liela reputācija, jo šī preču zīme ir salīdzināma ar 36 preču zīmju saimi, kuras visas ietver to pašu elementu — vienu pašu vai kombinācijā ar citiem elementiem.

94 ITSB norāda, ka vienīgā pamata piektā daļa ir vienlaikus gan nepieņemama, gan acīmredzami nepamatota. Pirmkārt, Pirmās instances tiesas konstatējuma, saskaņā ar kuru *Ferrero* nevar pamatoties uz līdzīgu preču zīmju "saimes" esamību, apšaubīšana nozīmējot jaunu faktu vērtējumu, kuru nevar veikt apelācijas ietvaros. Otrkārt, ITSB apgalvo, ka iespējamajai preču zīmju saimes esamībai ir nozīme vienīgi Regulas Nr. 40/94 8. panta 1. punkta b) apakšpunkta nozīmē, ciktāl tā varot izraisīt īpaša veida netiešu sajaukšanu, liekot sabiedrībai domāt, ka vēlāka preču zīme ir papildu preču zīme, kas tiecas pievienoties šīs saimes preču zīmēm. Savukārt attiecībā uz šī paša panta 5. punktu šis arguments neesot juridiski pamatots, jo sajaukšanai pašai par sevi

neesot nozīmes. Tāpat līdzības starp visām preču zīmju sērijā ietilpstošajām preču zīmēm un apstrīdēto preču zīmi neesamība esot pietiekama, lai pārliecinoši izslēgtu sajaukšanas iespēju un kaitējumu vai netaisnīgu labuma gūšanu.

— Tiesas vērtējums

95 Vispirms ir jānoraida ITSB argumentācija attiecībā uz vienīgā pamata piektās daļas nepieņemamību. No *Ferrero* izvērstās argumentācijas izriet, ka tā vēlas norādīt uz to, ka Pirmās instances tiesa nav ņēmusi vērā Regulas Nr. 40/94 8. panta 1. punkta b) apakšpunkta piemērošanas jomu, uzskatot, ka preču zīmju saimes esamībai nav nozīmes līdzības vērtējumā.

96 Tātad šī daļa attiecas uz tiesību jautājumu un tā attiecīgi ir jāatzīst par pieņemamu.

97 Attiecībā uz jautājuma būtību ir jāatgādina, ka no judikatūras izriet, ka preču zīmju "saimes" vai "sērijas" esamība ir elements, kas ir jāņem vērā sajaukšanas iespējas vērtējumā. Šajā gadījumā tas izriet no fakta, ka patērētājs var kļūdīties attiecībā uz preču vai pakalpojumu, ko aptver reģistrācijai pieteiktā preču zīme, izcelsmi un kļūdaini uzskatīt, ka tā ir šīs preču zīmju saimes vai sērijas daļa (iepriekš minētais spriedums lietā *Il Ponte Finanziaria*/ITSB, 63. punkts).

98 Tomēr, kā tas arī izriet no šī sprieduma 52. punkta, šim elementam nav nozīmes, vērtējot agrākās preču zīmes un apstrīdētās preču zīmes līdzības esamību.

99 Līdz ar to, kā tas arī izriet no šī sprieduma 66. punkta, vienīgi gadījumā, ja konfliktējošām preču zīmēm ir zināma līdzība, Vispārējai tiesai, veicot visaptverošu to sajaukšanas iespējas vai saiknes starp tām esamības vērtējumu, ir jāņem vērā preču zīmju "saimes" vai "sērijas" esamība.

100 Tā kā Pirmās instances tiesa pārsūdzētā sprieduma 55.–59. punktā ir konstatējusi, ka zināms attiecīgo apzīmējumu vizuālo un fonētisko īpašību skaits izslēdz to, ka šos apzīmējumus var uztvert kā līdzīgus, tiesa, nepieļaujot kļūdu tiesību piemērošanā, minētā sprieduma 63.–66. punktā varēja uzskatīt, ka preču zīmju "saimes" vai "sērijas" esamība nav atspēkojusi šo konstatējumu.

101 Līdz ar to vienīgā pamata piektā daļa ir jānoraida kā nepamatota un attiecīgi šis pamats kopumā ir jānoraida.

102 Ievērojot visus iepriekš minētos apsvērumus, apelācijas sūdzība ir jānoraida kā nepamatota.

Par tiesāšanās izdevumiem

103 Atbilstoši Reglamenta 69. panta 2. punktam, kas piemērojams apelācijas tiesvedībā, pamatojoties uz šī paša reglamenta 118. pantu, lietas dalībniekam, kuram spriedums ir nelabvēlīgs, piespriež atlīdzināt tiesāšanās izdevumus, ja to ir prasījis lietas dalībnieks, kuram spriedums ir labvēlīgs. Tā kā ITSB ir lūdzis piespriest *Ferrero* atlīdzināt tiesāšanās izdevumus un tā kā tai spriedums ir nelabvēlīgs, tai ir jāpiespriež atlīdzināt tiesāšanās izdevumus.

Ar šādu pamatojumu Tiesa (piektā palāta) nospriež:

1) apelācijas sūdzību noraidīt;

2) *Ferrero SpA* atlīdzina tiesāšanās izdevumus.

[Paraksti]