Kohtulahendite kogumik

ÜLDKOHTU OTSUS (esimene koda)

20. september 2018 *

Euroopa Liidu kaubamärk – Vastulausemenetlus – Euroopa Liidu sõnamärgi UROAKUT taotlus – Varasem siseriiklik ja varasem rahvusvaheline kujutismärk UroCys – Suhteline keeldumispõhjus – Segiajamise tõenäosuse puudumine – Muutmispädevus – Määruse (EÜ) nr 207/2009 artikli 8 lõike 1 punkt b (nüüd määruse (EL) 2017/1001 artikli 8 lõike 1 punkt b)

Kohtuasjas T-266/17,

Kwizda Holding GmbH, asukoht Viin (Austria), esindajad: advokaadid L. Wiltschek, D. Plasser ja K. Majchrzak,

hageja,

versus

Euroopa Liidu Intellektuaalomandi Amet (EUIPO), esindaja: S. Hanne,

kostja,

EUIPO apellatsioonikoja menetluse teine pool, menetlusse astuja Üldkohtus

Dermapharm GmbH, asukoht Viin, esindajad: advokaadid H. Kunz-Hallstein ja R. Kunz-Hallstein,

mille ese on hagi EUIPO neljanda apellatsioonikoja 7. märtsi 2017. aasta otsuse (asi R 1221/2016-4) peale, mis käsitleb vastulausemenetlust Dermapharmi ja Kwizda Holdingu vahel,

ÜLDKOHUS (esimene koda),

koosseisus: koja president I. Pelikánová, kohtunikud V. Valančius ja U. Öberg (ettekandja),

kohtusekretär: E. Coulon,

arvestades 9. mail 2017 Üldkohtu kantseleisse saabunud hagiavaldust,

arvestades EUIPO kostja vastust, mis saabus Üldkohtu kantseleisse 5. juulil 2017,

arvestades menetlusse astuja seisukohti, mis saabusid Üldkohtu kantseleisse 18. juulil 2017,

arvestades asjaolu, et kolme nädala jooksul alates menetluse kirjaliku osa lõpetamisest teatamisest ei olnud pooled esitanud taotlust kohtuistungi määramiseks, ning olles Üldkohtu kodukorra artikli 106 lõike 3 alusel otsustanud teha otsuse ilma menetluse suulise osata,

* Kohtumenetluse keel: saksa.

on teinud järgmise

otsuse

Vaidluse taust

1 Hageja Kwizda Holding GmbH esitas 20. märtsil 2015 Euroopa Liidu Intellektuaalomandi Ametile (EUIPO) vastavalt nõukogu 26. veebruari 2009. aasta määrusele (EÜ) nr 207/2009 Euroopa Liidu kaubamärgi kohta (ELT 2009, L 78, lk 1), muudetud redaktsioonis (asendatud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 14. juuni 2017. aasta määrusega (EL) 2017/1001 Euroopa Liidu kaubamärgi kohta (ELT 2017, L 154, lk 1)), ELi kaubamärgi registreerimise taotluse.

2 Kaubamärk, mille registreerimist taotleti, on sõnamärk UROAKUT.

3 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 5 ning vastavad järgmisele kirjeldusele: „Toidulisandid ja dieetvalmistised; meditsiini- ja veterinaarvalmistised ja -tooted“.

4 Kaubamärgitaotlus avaldati 26. märtsi 2015. aasta väljaandes *Bulletin des marques communautaires* (Ühenduse Kaubamärgibülletään) 2015/058.

5 Menetlusse astuja Dermapharm GmbH esitas 26. juunil 2015 määruse nr 207/2009 artikli 41 lõike 1 punkti a (nüüd määruse 2017/1001 artikli 46 lõike 1 punkt a) alusel vastulause taotletava kaubamärgi registreerimisele eespool punktis 3 nimetatud kaupade osas.

6 Vastulause tugines järgmistele varasematele kaubamärkidele:

– alltoodud Austria kujutismärk, mille taotlus esitati 5. detsembril 2011 ja mis registreeriti 28. märtsil 2012 numbriga 6034/2011 muu hulgas klassi 5 kuuluvate kaupade jaoks, mis vastavad järgmisele kirjeldusele: „meditsiiniliseks kasutamiseks, v.a. podagra preventsiooniks mõeldud dieetained ja toidulisandid“;

UroCys

– ülaltoodud kaubamärgi rahvusvaheline registreering, mis on tehtud 5. juunil 2012 ja kannab numbrit 1137575 ning mille kaitse laieneb Saksamaale, kõigi eespool punkti 6 esimeses taandes nimetatud kaupade jaoks, mis kuuluvad klassi 5.

7 Vastulause alusena esitatud põhjendus tuleneb määruse nr 207/2009 artikli 8 lõike 1 punktist b (nüüd määruse 2017/1001 artikli 8 lõike 1 punkt b).

8 Vastulausete osakond rahuldas 3. mail 2016 vastulause tervikuna, lükkas registreerimistaotluse tagasi ja mõistis menetluskulud välja hagejalt.

9 Hageja esitas 4. juulil 2016 EUIPO-le määruse nr 207/2009 artiklite 58–64 (nüüd määruse 2017/1001 artiklid 66–71) alusel vastulausete osakonna otsuse peale kaebuse.

10 EUIPO neljas apellatsioonikoda jättis selle kaebuse 7. märtsi 2017. aasta otsusega (edaspidi „vaidlustatud otsus“) rahuldamata ning jättis registreerimistaotluse tagasilükkamise otsuse jõusse. Tuvastanud, et asjaomane avalikkus on piisavalt informeeritud, mõistlikult tähelepanelik ja arukas

saksa keelt kõnelev lai avalikkus Saksamaal ja Austrias ning meditsiini- ja farmaatsiavaldkonna asjatundjad, kes on väga tähelepanelikud, kinnitas apellatsioonikoda, et asjaomased kaubad on identsed või väga sarnased. Seejärel nõustus apellatsioonikoda vastulausete osakonna järeldusega, et asjaomased tähised on visuaalselt ja foneetiliselt keskmisel määral sarnased tähise alguses oleva ühise osa „uro“ ning ühtelangeva ülesehituse ja sarnase pikkuse tõttu. Apellatsioonikoda otsustas, et kontseptuaalselt ei ole tähistel tervikuna võetuna asjaomase avalikkuse jaoks mingit tähendust, nii et „teatav kontseptuaalne sarnasus“ põhineb ainult tähiste alguse ühtelangevusel. Seetõttu leidis apellatsioonikoda, et arvestades varasemate kaubamärkide keskmist eristusvõimet, esineb nende segiajamise tõenäosus ning seda ka valdkonna asjatundjate jaoks, kes on väga tähelepanelikud.

Poolte nõuded

11 Hageja palub Üldkohtul:

– rahuldada apellatsioonkaebus ja muuta vaidlustatud otsust nii, et menetlusse astuja vastulause jäetakse rahuldamata;

– teise võimalusena tühistada vaidlustatud otsus ja saata asi tagasi EUIPO apellatsioonikojale;

– mõista EUIPO-lt välja nii Üldkohtu kui ka apellatsioonikoja menetluse kulud.

– mõista menetlusse astujalt välja vastulausete osakonna menetluses kantud kulud.

12 EUIPO ja menetlusse astuja paluvad Üldkohtul:

– jätta hagi rahuldamata;

– mõista kohtukulud välja hagejalt.

Õiguslik käsitlus

13 Hageja põhjendab oma hagi üheainsa väitega, et rikutud on määruse nr 207/2009 artikli 8 lõike 1 punkti b.

14 Sisuliselt väidab ta, et apellatsioonikoda tegi vea, kui ta tuvastas, et varasemate kaubamärkide ja taotletud kaubamärgi segiajamine on asjaomase avalikkuse seisukohalt tõenäoline.

15 EUIPO ja menetlusse astuja vaidlevad hageja argumentidele vastu.

16 Määruse nr 207/2009 artikli 8 lõike 1 punkti b kohaselt ei registreerita varasema kaubamärgi omaniku vastuseisu korral taotletavat kaubamärki, kui identsuse või sarnasuse tõttu varasema kaubamärgiga ning identsuse või sarnasuse tõttu varasema kaubamärgiga kaitstud kaupade või teenustega on tõenäoline, et territooriumil, kus varasem kaubamärk on kaitstud, võib avalikkus need omavahel segi ajada. Segiajamise tõenäosus hõlmab ka tõenäosust, et kaubamärki seostatakse varasema kaubamärgiga.

17 Vastavalt väljakujunenud kohtupraktikale on segiajamine tõenäoline, kui avalikkus võib arvata, et kõnealused kaubad või teenused pärinevad samalt ettevõtjalt või omavahel majanduslikult seotud ettevõtjatelt. Samuti väljakujunenud kohtupraktika kohaselt tuleb segiajamise tõenäosust hinnata igakülgselt, vastavalt kuidas asjaomane avalikkus kõnealuseid tähiseid ja kaupu või teenuseid tajub ning pidades silmas kõiki juhtumi asjakohaseid tegureid, eelkõige tähiste sarnasuse ning nendega tähistatud kaupade või teenuste sarnasuse vastastikust sõltuvust (vt 12. juuni 2007. aasta kohtuotsus Siseturu Ühtlustamise Amet *vs.* Shaker, C-334/05 P, EU:C:2007:333, punkt 33 ja seal viidatud

kohtupraktika, ning 22. septembri 2016. aasta kohtuotsus Sun Cali *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Abercrombie & Fitch Europe (SUN CALI), T-512/15, EU:T:2016:527, punkt 44 ja seal viidatud kohtupraktika).

18 Määruse nr 207/2009 artikli 8 lõike 1 punkti b kohaldamise seisukohast eeldab segiajamise tõenäosus nii vastandatud kaubamärkide identsust või sarnasust kui ka nendega tähistatud kaupade või teenuste identsust või sarnasust. Tegemist on kumulatiivsete tingimustega (vt 22. jaanuari 2009. aasta kohtuotsus Commercy *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – easyGroup IP Licensing (easyHotel), T-316/07, EU:T:2009:14, punkt 42 ja seal viidatud kohtupraktika, samuti 22. septembri 2016. aasta kohtuotsus, SUN CALI, T 512/15, EU:T:2016:527, punkt 45).

19 Neid kaalutlusi arvestades tuleb välja selgitada, kas apellatsioonikoda leidis põhjendatult, et esineb segiajamise tõenäosus määruse nr 207/2009 artikli 8 lõike 1 punkti b tähenduses.

Asjaomane territoorium

20 Vaidlustatud otsuse punktist 12 nähtub selgelt, et apellatsioonikoda luges asjaomaseks territooriumiks Saksamaad ja Austriat, see tähendab riike, kus on kaitstud varasemad kaubamärgid. Selle hinnanguga, mida pealegi vaidlustatud ei ole, tuleb nõustuda.

Asjaomane avalikkus ja selle tähelepanelikkuse aste

21 Kohtupraktika kohaselt tuleb segiajamise tõenäosuse igakülgse hindamise raames arvestada asjaomase kaubaliigi keskmise tarbijaga, kes on piisavalt informeeritud, mõistlikult tähelepanelik ja arukas. Samuti tuleb arvestada, et keskmise tarbija tähelepanelikkuse aste võib eri liiki kaupade ja teenuste puhul olla erinev (3. septembri 2009. aasta kohtuotsus Aceites del Sur-Coosur *vs.* Koipe, C-498/07 P, EU:C:2009:503, punkt 74; vt samuti 13. veebruari 2007. aasta kohtuotsus Mundipharma *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Altana Pharma (RESPICUR), T-256/04, EU:T:2007:46, punkt 42 ja seal viidatud kohtupraktika).

22 Käesoleval juhul märkis apellatsioonikoda vaidlustatud otsuse punktides 12 ja 21, et asjaomane avalikkus on saksa keelt kõnelev lai avalikkus Saksamaal ja Austrias ning et asjaomased klassi 5 kuuluvad kaubad on suunatud nii piisavalt informeeritud ja mõistlikult tähelepanelikule ja arukale laiale avalikkusele, kes on keskmiselt tähelepanelik, kui ka meditsiini ja farmaatsia valdkonna asjatundjatele, kes on väga tähelepanelikud.

23 Kuigi hageja ei sea kahtluse alla asjaomase avalikkuse määratlust, vaidlustab ta siiski apellatsioonikoja hinnangu, et asjaomased keskmised tarbijad moodustavad keskmiselt tähelepaneliku „laia avalikkuse“. Hageja arvates on meditsiinilised või dieetvalmistised ja toidulisandid mõeldud eriliste toitumisvajadustega inimestele, mistõttu nii valdkonna asjatundjad kui ka keskmised tarbijad on asjaomaste kaupade suhtes keskmisest tähelepanelikumad või väga tähelepanelikud sõltumata sellest, kas neid kaupu müüakse retsepti alusel või mitte.

24 EUIPO ja menetlusse astuja vaidlevad hageja argumentidele vastu.

25 Kõigepealt tuleb märkida, et kui asjaomased kaubad on ravimid või farmaatsiatooted, siis koosneb asjaomane avalikkus esiteks valdkonna asjatundjatest ja teiseks patsientidest, kes on asjaomaste kaupade lõpptarbijad (vt 15. detsembri 2010. aasta kohtuotsus Novartis *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Sanochemia Pharmazeutika (TOLPOSAN), T-331/09, EU:T:2010:520, punkt 21 ja seal viidatud kohtupraktika, ning 5. oktoobri 2017. aasta kohtuotsus Forest Pharma *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Ipsen Pharma (COLINEB), T-36/17, ei avaldata, EU:T:2017:690, punkt 49). Järelikult tuleb apellatsioonikoja sõnastatud asjaomase avalikkuse määratlusega nõustuda.

26 Järgmiseks nähtub kohtupraktikast, et esiteks on meditsiinivaldkonna asjatundjad ravimite väljakirjutamisel väga tähelepanelikud. Teiseks tuleneb kohtupraktikast, et mis puutub lõpptarbijatesse, siis tuleb juhul, kui ravimeid müüakse ilma retseptita, eeldada, et asjaomased kaubad pakuvad huvi piisavalt informeeritud, mõistlikult tähelepanelikele ja arukatele tarbijatele, kuna asjaomased kaubad mõjutavad nende terviseseisundit, ning on vähem tõenäoline, et need tarbijad ajavad kaupade eri liigid omavahel segi. Lisaks tuleb märkida, et isegi kui oletada, et retsept on vajalik, on tarbijad asjaomaste kaupade väljakirjutamise korral tõenäoliselt väga tähelepanelikud, kuna tegemist on farmaatsiatoodetega. Niisiis saab retsepti- või muid ravimeid käsitada kui kaupu, mille puhul piisavalt informeeritud, mõistlikult tähelepanelikud ja arukad tarbijad näitavad üles keskmiselt suuremat tähelepanelikkust (vt 15. detsembri 2010. aasta kohtuotsus TOLPOSAN, T-331/09, EU:T:2010:520, punkt 26 ja seal viidatud kohtupraktika).

27 Sellest samast kohtupraktikast tuleneb, et need kaalutlused on kohaldatavad ka siis, kui asjaomased farmaatsiatooted on mõeldud kergemate haiguste ja häirete ravimiseks (13. mai 2015. aasta kohtuotsus Ferring *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Kora (Koragel), T-169/14, ei avaldata, EU:T:2015:280, punkt 31), mis peab paika kuseteede teatavate haiguste puhul.

28 Samuti peab see paika siis, kui tegemist on dieettoodetega üldiselt ja toidulisanditega, mida ei hõlma ravimi mõiste kitsas tähenduses, kuid mis on siiski tervise valdkonna kaubad, mis on üldiselt ette nähtud tervise parandamiseks ning mille puhul piisavalt informeeritud, mõistlikult tähelepanelik ja arukas tarbija on keskmisest tähelepanelikum (26. novembri 2015. aasta kohtuotsus Bionecs *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Fidia farmaceutici (BIONECS), T-262/14, ei avaldata, EU:T:2015:888, punkt 19; vt selle kohta samuti 15. detsembri 2009. aasta kohtuotsus Trubion Pharmaceuticals *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Merck (TRUBION), T-412/08, ei avaldata, EU:T:2009:507, punkt 28).

29 Käesoleval juhul on klassi 5 kuuluvate taotletava kaubamärgiga hõlmatud kaupade puhul ühine see, et peamiselt turustatakse neid tervishoiutöötaja, retsepti väljakirjutanud arsti, apteekri või veterinaararsti soovitusel või vahendusel. Arvestades nende kaupade otsest mõju kasutaja tervisele ning nendega ravitavate haiguste iseärasusi, tuleb tarbijaid pidada üldiselt hästi informeerituks, eriti tähelepanelikeks ja arukateks, nii et asjaomane avalikkus – olgu tegemist laia avalikkusega või valdkonna asjatundjatega – on nende puhul väga tähelepanelik (vt selle kohta 9. aprilli 2014. aasta kohtuotsus Farmaceutisk Laboratorium Ferring *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Tillotts Pharma (OCTASA), T-501/12, ei avaldata, EU:T:2014:194, punkt 32, ja 13. detsembri 2017. aasta kohtuotsus Laboratorios Ern *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Ascendo Medienagentur (SLIMDYNAMICS), T-700/16, ei avaldata, EU:T:2017:896, punkt 24).

30 Eeltoodust tuleneb, et apellatsioonikoda tegi vea, tuvastades vaidlustatud otsuse punktis 21, et asjaomane avalikkus on keskmiselt tähelepanelik.

Kaupade võrdlus

31 Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt tuleb asjaomaste kaupade ja teenuste sarnasuse hindamisel võtta arvesse kõiki nendevahelist seost iseloomustavaid asjasse puutuvaid tegureid. Nimetatud tegurite hulgas on eeskätt kaupade ja teenuste olemus, otstarve, kasutusviis ning see, kas need on konkureerivad või üksteist täiendavad kaubad. Arvesse võib võtta ka muid tegureid, näiteks asjaomaste kaupade turustuskanaleid (vt 21. jaanuari 2016. aasta kohtuotsus Hesse *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, C-50/15 P, EU:C:2016:34, punkt 21 ja seal viidatud kohtupraktika, ning 11. juuli 2007. aasta kohtuotsus El Corte Inglés *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Bolaños Sabri (PiraÑAM diseño original Juan Bolaños), T-443/05, EU:T:2007:219, punkt 37 ja seal viidatud kohtupraktika).

32 Käesoleval juhul märkis apellatsioonikoda vaidlustatud otsuse punktides 14 ja 15, et vaidlusalused klassi 5 kuuluvad kaubad on kas identsed või väga sarnased varasema kaubamärgiga hõlmatud kaupadega.

33 Selle seisukohaga, mida hageja ei ole pealegi vaidlustanud, tuleb nõustuda.

Tähiste võrdlus

34 Segiajamise tõenäosuse igakülgne hindamine peab vastandatud tähiste visuaalse, foneetilise ja kontseptuaalse sarnasuse osas rajanema neist jääval tervikmuljel, võttes eelkõige arvesse nende eristavaid ja domineerivaid elemente. Segiajamise tõenäosuse igakülgsel hindamisel on otsustav roll sellel, kuidas asjaomase kauba või teenuse keskmine tarbija kaubamärke tajub. Sellega seoses tuleb märkida, et keskmine tarbija tajub kaubamärki tavaliselt tervikuna ega uuri selle eri detaile (vt 12. juuni 2007. aasta kohtuotsus Siseturu Ühtlustamise Amet *vs.* Shaker, C-334/05 P, EU:C:2007:333, punkt 35 ja seal viidatud kohtupraktika).

35 Kaubamärgi ühe koostisosa eristusvõime kindlakstegemisel tuleb hinnata selle osa suuremat või väiksemat võimet identifitseerida kaupu või teenuseid, mille jaoks kaubamärk on registreeritud, kindlalt ettevõtjalt pärinevana ning seeläbi eristada neid kaupu või teenuseid muude ettevõtjate omadest. Nimetatud hindamisel tuleb arvestada eelkõige kõnealuse osa olemusest tulenevaid omadusi, et välja selgitada, kas see kirjeldab kaupu või teenuseid, mille jaoks kaubamärk on registreeritud, või mitte (13. juuni 2006. aasta kohtuotsus Inex *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Wiseman (Lehma naha kujutis), T-153/03, EU:T:2006:157, punkt 35, ja 12. juuli 2012. aasta kohtuotsus Winzer Pharma *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Alcon (BAÑOFTAL), T-346/09, ei avaldata, EU:T:2012:368, punkt 78).

36 Käesoleval juhul leidis apellatsioonikoda, et vastandatud tähised on visuaalselt ja foneetiliselt keskmisel määral sarnased ning esineb „teatav kontseptuaalne sarnasus“. Apellatsioonikoda lisas vaidlustatud otsuse punktis 22, et varasemate kaubamärkide eristusvõime oli keskmine ning et miski ei viita selgelt sellele, et sõnal „urocys“ tervikuna oleks kirjeldav kõrvaltähendus.

37 Hageja vaidleb sellele seisukohale vastu ja väidab, et osa „uro“ on puhtalt kirjeldav ning et vastandatud tähiste vahel on olulised visuaalsed, foneetiliselt ja kontseptuaalsed erinevused.

38 EUIPO ja menetlusse astuja vaidlevad hageja argumentidele vastu.

39 Kõigepealt tuleb märkida, et kuigi tavaliselt vaatleb keskmine tarbija kaubamärki tervikuna ega uuri selle erinevaid detaile, jagab tarbija siiski vaadeldava sõnamärgi osadeks, millel on tema jaoks konkreetne tähendus või mis on sarnased sõnadega, mida ta juba teab (vt 6. septembri 2013. aasta kohtuotsus EUROCOOL Logistik *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet (EUROCOOL), T-599/10, ei avaldata, EU:T:2013:399, punkt 104 ja seal viidatud kohtupraktika).

40 Lisaks olgu öeldud, et kuigi vastandatud kaubamärkides on ühtelangev tähise alguses olev osa „uro“, tuleneb väljakujunenud kohtupraktikast, et kahe kaubamärgi sarnasuse hindamine ei saa piirduda sellega, et arvesse võetakse kombineeritud tähise ainult ühte koostisosa ja võrreldakse seda teise tähisega. Võrdlemisel tuleb hoopis uurida iga vastandatud tähist tervikuna, mis ei välista, et tervikmuljes võib mõnel juhul domineerida tähise üks või mitu koostisosa (vt 12. juuni 2007. aasta kohtuotsus Siseturu Ühtlustamise Amet *vs.* Shaker, C-334/05 P, EU:C:2007:333, punkt 41 ja seal viidatud kohtupraktika).

41 Juhul kui üks kombineeritud kaubamärgi osa on identne teise kaubamärgiga, saab neid kahte kaubamärki lugeda sarnasteks vaid juhul, kui see osa on kombineeritud kaubamärgist jäävas tervikmuljes domineeriv (vt Euroopa Kohtu 13. mai 2015. aasta kohtuotsus easyGroup IP Licensing *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet (easyAir-tours), T-608/13, ei avaldata, EU:T:2015:282, punkt 50 ja seal viidatud kohtupraktika). Üksnes siis, kui kaubamärgi kõik teised koostisosad on tähtsusetud, võib hinnata sarnasust ainult domineeriva osa põhjal (vt 12. juuni 2007. aasta kohtuotsus Siseturu Ühtlustamise Amet *vs.* Shaker, C-334/05 P, EU:C:2007:333, punkt 42).

42 Käesoleval juhul tuleb märkida, et vaidlust ei ole selles, et koostisosa „uro“ viitab uroloogia valdkonnale. Nagu EUIPO sisuliselt väidab, ei taju asjaomane avalikkus seda osa – tundes selles ära viite uroloogiale – asjaomaseid kaupu otseselt kirjeldavana, vaid äärmisel juhul vihjena. Neil asjaoludel järeldas apellatsioonikoda vaidlustatud otsuse punktis 18 põhjendatult, et osa „uro“ vihjab uroloogia valdkonnale.

43 Sellega seoses tuleb meenutada, et ravimite sektoris on „sidestavad“ kaubamärgid tavapärased. Nimelt on farmakoloogia valdkonnas viited kasutusalale ja toimeainetele tavalisest sagedasemad (14. juuli 2011. aasta kohtuotsus Winzer Pharma *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Alcon (OFTAL CUSI), T-160/09, ei avaldata, EU:T:2011:379, punkt 80). Asjaomane avalikkus mõistab, et valmistised ja ravimid, mille nimi algab sõnalise osaga „uro“, on mõeldud kuseteede haiguste ravimiseks. Seega tajub kõnealune avalikkus seda osa pigem kui viidet kauba otstarbele, mitte kui selle kaubandusliku päritolu tähist. Tähise alguses oleva osa „uro“ eristusvõime on seega nõrk, kuna see vihjab kõnealuste kaupade omadustele.

44 Mis puutub taotletud kaubamärgi täiendavasse osasse „akut“, siis tuleb tõdeda, et vastupidi hageja väitele ei saa seda pidada vihjeks, mis nõuab tõlgendamisel märkimisväärset pingutust. Saksa keelt kõneleva asjaomase avalikkuse jaoks on selle kirjeldava ja saksa keeles tavakasutuses oleva sõna tähendus „pakiline, varstine, äge“.

45 Mis puutub varasemate kaubamärkide osasse „cys“, siis seda mõistavad vähemalt meditsiini- ja farmakoloogia valdkonna asjatundjad vihjena sõnadele „tsüstiit“ või „tsüsteiin“. Seega ei teinud apellatsioonikoda viga, kui ta vaidlustatud otsuse punktis 22 kinnitas, et varasemate kaubamärkide olemusest tulenev eristusvõime on keskmine ning et sõnal „urocys“ tervikuna ei ole ilmset kirjeldavat tähendust.

46 Eelnevast tuleneb, et vastandatud tähiste võrdlemisel tuleb arvesse võtta vastandatud tähised tervikuna, sealhulgas taotletud kaubamärgi täiendavat osa „akut“ ja varasemate kaubamärkide täiendavat osa „cys“.

Visuaalne võrdlus

47 Visuaalse võrdluse osas tuleb kõigepealt märkida, et miski ei takista kontrollida sõna- ja kujutismärgi visuaalset sarnasust, kui neil kaubamärgiliikidel on visuaalselt tajutav graafiline kujutis (vt 4. mai 2005. aasta kohtuotsus Chum *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Star TV (STAR TV), T-359/02, EU:T:2005:156, punkt 43 ja seal viidatud kohtupraktika).

48 Vaidlustatud otsuse punktis 18 märkis apellatsioonikoda, et saksa keelt kõnelev avalikkus tajub vastandatud tähiseid kui nende alguses oleva osa „uro“ kombinatsiooni täiendava osaga „akut“ või täiendava osaga „cys“. Apellatsioonikoda lisas, et seda alguses olevat koostisosa ei saa tähelepanuta jätta, eriti kuna see on tähiste alguses ja aitab olulisel määral kaasa tervikmulje kindlaks tegemisel. Vaatamata sellele, et osad „akut“ ja „cys“ erinevad tähtede ja silpide arvu poolest, leidis apellatsioonikoda, et tervikmulje osas on tähised ühtelangevad alguses oleva osa ja ülesehituse poolest ning on ligikaudu sama pikkusega, nii et on visuaalselt keskmisel määral sarnased.

49 Hageja vaidleb sellele hinnangule vastu, märkides, et varasema kaubamärgi koostisosas „cys“ ja taotletud kaubamärgi osas „akut“ ei ole ühtki ühist tähte ning need osad on erinevad pikkuse, tähtede arvu, tähtede järjestuse ning silbilise ülesehituse poolest. Hageja lisab, et apellatsioonikoda eiras asjaolu, et varasemad kaubamärgid on pooleldi kujutismärgid, ning jättis tähelepanuta varasemates kaubamärkides sõna keskel oleva eripärase graafilise kujundusega suurtähe „C“, mis poolitab tähise „urocys“ visuaalselt, samas kui sõna „uroakut“ tajutakse ühtsena.

50 EUIPO ja menetlusse astuja vaidlevad hageja argumentidele vastu.

51 Seoses sellega tuleb märkida, et kuigi varasema kohtupraktika kohaselt on kaubamärgi alguses oleval osal tavaliselt visuaalse tajumise seisukohalt tugevam mõju kui selle lõpuosal (vt selle kohta 3. septembri 2010. aasta kohtuotsus Companhia Muller de Bebidas *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Missiato Industria e Comercio (61 A NOSSA ALEGRIA), T-472/08, EU:T:2010:347, punkt 62, ning 20. novembri 2017. aasta kohtuotsus Stada Arzneimittel *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Urgo recherche innovation et développement (Immunostad), T-403/16, ei avaldata, EU:T:2017:824, punkt 31 ja seal viidatud kohtupraktika), nii et üldjuhul osutab tarbija kaubamärgi algusele suuremat tähelepanu kui lõpule (vt 19. mai 2011. aasta kohtuotsus PJ Hungary *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Pepekillo (PEPEQUILLO), T-580/08, EU:T:2011:227, punkt 77 ja seal viidatud kohtupraktika), ei kehti see kaalutlus kõigil juhtudel (vt 16. mai 2007. aasta kohtuotsus Trek Bicycle *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Audi (ALLTREK), T-158/05, ei avaldata, EU:T:2007:143, punkt 70 ja seal viidatud kohtupraktika).

52 Käesoleval juhul ei saa üksnes ühise osa „uro“ põhjal järeldada, et vastandatud tähised on visuaalset sarnased (vt selle kohta 22. veebruari 2018. aasta kohtuotsus International Gaming Projects *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Zitro IP (TRIPLE TURBO), T-210/17, ei avaldata, EU:T:2018:91, punkt 51).

53 Lisaks tuleb nentida, et vastandatud tähistel on visuaalses plaanis mitu erinevust. Taotletud kaubamärgi osa „akut“ ja varasemate kaubamärkide osa „cys“ on väga erinevad ja köidavad eriliselt üldsuse tähelepanu ning ei ole vastandatud tähiste visuaalse võrdluse seisukohalt tähtsusetud.

54 Esiteks tuleb märkida, et sõnades „akut“ ja „cys“ ei ole ühtki ühist tähte. Teiseks on taotletud kaubamärgi osa „akut“ pikem kui alguses olev osa „uro“ ja hõlmab sõna „uroakut“ seitsmest tähest nelja, samas kui sõna „uro“ moodustab sõnast „urocys“ poole. Kolmandaks tuleneb sõna keskel olevast suurtähest „C“ varasemate kaubamärkide kujutisosa visuaalne jaotus, samas kui sõna „uroakut“ tajutakse ühtsena.

55 Seetõttu tuleb nentida, et kuigi vastandatud tähised on osaliselt identsed alguses oleva osa „uro“ ühtelangemise tõttu – mida hageja pealegi ei vaidlusta –, piirdub nende visuaalne sarnasus ainult selle ühise osaga. Vastandatud tähiste vahelised erinevused on tingitud täiendavatest osadest „akut“ ja „cys“, mis panustavad olulisel määral vastandatud kaubamärkidest jäävasse üldmuljesse.

56 Eespool öeldut silmas pidades tuleb kinnitada apellatsioonikoja tuvastuse paikapidavust, et vastandatud tähised tervikuna on visuaalselt keskmiselt sarnased.

Foneetiline võrdlus

57 Foneetilise võrdluse kohta tuleb märkida, et apellatsioonikoda tugines neile samadele kaalutlustele, mis on esitatud eespool punktis 48.

58 Hageja väidab, et varasemate kaubamärkide häälduses on määrav eristusvõimeline osa „cys“, millel ei ole midagi ühist sõnalise osaga „akut“. Hageja ei nõustu sedastusega, et tähte „c“ hääldatakse kui „k“, ning rõhutab, et kolmesilbiliste varasemate kaubamärkide silpide arv erineb neljasilbilise taotletud kaubamärgi silpide arvust; lisaks on silpide intonatsioon oluliselt erinev.

59 EUIPO ja menetlusse astuja vaidlevad hageja argumentidele vastu.

60 Tuleb märkida, et varasemad kaubamärgid koosnevad kolmest silbist, nimelt „u“, „ro“ ja „cys“, samas kui taotletav kaubamärk koosneb neljast silbist, nimelt „u“, „ro“, „a“, ja „kut“, nii et silpide pikkus, rütm ja intonatsioon on erinevad ning vastandatud tähised on foneetiliselt ühtelangevad üksnes kahe esimese silbi osas. Lisaks rõhutab vastandatud tähiste foneetilist erinevust võimalus hääldada osas „cys“ olevat tähte „c“ sisihäälikuna.

61 Siiski tuleneb kohtupraktikast, et vastandatud tähiste silpide erinevast arvust ei piisa, et välistada tähiste foneetiline sarnasus (vt selle kohta 19. mai 2011. aasta kohtuotsus PEPEQUILLO, T-580/08, EU:T:2011:227, punkt 79 ja seal viidatud kohtupraktika). Käesoleval juhul on vastandatud tähiste kaks esimest silpi „u“ ja „ro“ identsed. Lisaks ei ole vaidlustatud seda, et neid hääldatakse samamoodi.

62 Võttes arvesse ühisest osast „uro“ tulenevat vastandatud tähiste foneetilist identsust, ei ole seega erinevused, mis on välja toodud eespool punktis 60, piisavad kõrvaldamaks asjaomasele tarbijale jäävat muljet, et need kaubamärgid igakülgselt vaadelduna on teataval määral foneetiliselt sarnased.

63 Seega tuleb nõustuda apellatsioonikoja järeldusega, et käesoleval juhul on vastandatud tähised foneetiliselt vaid keskmisel määral sarnased just nimelt põhjusel, et taotletud kaubamärgi ülejäänud osade hääldus on erinev.

Kontseptuaalne võrdlus

64 Kontseptuaalse sarnasuse osas leidis apellatsioonikoda, et asjaomane avalikkus – nii valdkonna asjatundjad kui ka asjaomased lõpptarbijad – tajub osa „uro“ vihjena, et asjaomased kaubad on seotud uroloogia valdkonnaga. Apellatsioonikoda möönis, et osad „akut“ ja „cys“ on erinevad, sest esimene neist kirjeldab midagi, mis avaldub ootamatult ning areneb kiiresti ja ägedalt, ent teist tajuvad vähemalt valdkonna asjatundjad kui vihjet sõnadele „tsüstiit“ või „tsüsteiin“. Kuigi apellatsioonikoda märkis vaidlustatud otsuse punktis 19, et vastandatud tähistel tervikuna võetuna ei ole mingit tähendust saksa keelt kõneleva laia avalikkuse jaoks, leidis ta siiski, et alguses oleva osa „uro“ ühtelangemist arvestades esineb nende puhul „teatav kontseptuaalne sarnasus“.

65 Hageja vaidleb sellele hinnangule vastu, rõhudes selgetele kontseptuaalsetele erinevustele taotletud kaubamärgi osa „akut“ – mis hageja arvates on vihjav, mitte puhtalt kirjeldav, sest kaupa võib kasutada just nimelt ootamatult avalduvate või kiiresti ja ägedalt arenevate haiguste korral – ja preventsiooniks kasutatavatele valmististele viitava varasemate kaubamärkide osa „cys“ vahel. Mis puutub taotletud kaubamärki, siis lisab hageja, et saksa keelt kõnelev avalikkus mõistab sõna „akut“ tähendust, erinevalt osast „cys“, kuna keskmine tarbija ei ole tuttav mõistetega „tsüstiit“ või „tsüsteiin“.

66 EUIPO ja menetlusse astuja vaidlevad hageja argumentidele vastu.

67 Mis puutub asjaomasesse avalikkusesse, siis tuleb nõustuda apellatsioonikoja analüüsiga, mida hageja pealegi kahtluse alla seadnud ei ole, et vastandatud tähiste ühist osa „uro“ tajutakse kui viidet uroloogiale.

68 Samuti tuleb märkida, et apellatsioonikoda leidis vaidlustatud otsuse punktis 18 põhjendatult, et osa „cys“ mõistavad vähemalt valdkonna asjatundjad vihjena mõistetele „tsüstiit“ või „tsüsteiin“, millist asjaolu hageja pealegi ei vaidlusta. Nagu juba punktis 44 on tõdetud, samuti on taotletava kaubamärgi sõnaline osa „akut“ saksa keeles tavakasutuses olev sõna, mille tähendus on „pakiline, varstine, äge“.

69 Igal juhul on vastandatud tähised täiendavate osadega „akut“ ja „cys“ edasi antava erineva tähenduse tõttu kontseptuaalselt vaid vähesel määral sarnased.

70 Käesoleval juhul tuleb märkida, et apellatsioonikoja tuvastuse kohaselt esineb asjaomase avalikkuse seisukohalt üksnes „teatav kontseptuaalne sarnasus“ ning selle järeldusega tuleb seega nõustuda.

Segiajamise tõenäosuse igakülgne hindamine

71 Segiajamise tõenäosuse igakülgne hindamine eeldab arvessevõetavate tegurite teatavat vastastikust sõltuvust, eelkõige kaubamärkide ning nendega tähistatavate kaupade ja teenuste sarnasust. Nii võib tähistatavate kaupade või teenuste vähese sarnasuse kompenseerida kaubamärkide suur sarnasus ning

vastupidi (29. septembri 1998. aasta kohtuotsus Canon, C-39/97, EU:C:1998:442, punkt 17, ning 14. detsembri 2006. aasta kohtuotsus Mast-Jägermeister *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Licorera Zacapaneca (VENADO raamiga jt), T-81/03, T-82/03 ja T-103/03, EU:T:2006:397, punkt 74).

72 Nagu nähtub määruse nr 207/2009 põhjendusest 8 (nüüd määruse 2017/1001 põhjendus 11), sõltub segiajamise tõenäosuse hindamine mitmest asjaolust ja eelkõige kaubamärgi tuntusest avalikkuse seas asjaomasel turul. Et segiajamise tõenäosus on seda suurem, mida eristusvõimelisem on kaubamärk, siis on kaubamärkidel, mis on eriti eristusvõimelised tulenevalt kas nende olemusest või nende tuntusest turul, palju ulatuslikum kaitse kui nendel, mis on vähem eristusvõimelised (vt analoogia alusel 11. novembri 1997. aasta kohtuotsus SABEL, C-251/95, EU:C:1997:528, punkt 24; 29. septembri 1998. aasta kohtuotsus Canon, C-39/97, EU:C:1998:442, punkt 18, ja 22. juuni 1999. aasta kohtuotsus Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/97, EU:C:1999:323, punkt 20).

73 Käesoleval juhul esitas apellatsioonikoda pärast tuvastust, et varasemate kaubamärkide olemusest tulenev eristusvõime on keskmine, vaidlustatud otsuse punktis 23 järelduse, et asjaomase avalikkuse, sealhulgas väga tähelepanelike valdkonna asjatundjate seisukohalt esineb segiajamise tõenäosus. Selle järelduse tegi ta vastandatud tähiste keskmise visuaalse ja foneetilise sarnasuse ja teatava kontseptuaalse sarnasuse ning asjaomaste kaupade identsuse või väga suure sarnasuse põhjal.

74 Hageja väidab, et ainuüksi kirjeldava osa „uro“ ühtelangevuse põhjal ei saa tuvastada segiajamise tõenäosust, kui puudub mis tahes muu sarnasus, ning see peab paika veel enam siis, kui vastandatud tähiste vahel on olulised foneetilised, visuaalsed ja kontseptuaalsed erinevused.

75 Hageja väitel „vähendab“ see, et osa „uro“ on puhtalt kirjeldav, varasemate kaubamärkide eristusvõimet, mille tagajärg on nende kaitse ulatuse vähenemine.

76 EUIPO ja menetlusse astuja vaidlevad hageja argumentidele vastu.

77 Käesolevas asjas tuleneb eeltoodust esiteks, et klassi 5 kuuluvad asjaomased kaubad on identsed või väga sarnased, ning teiseks – nagu nähtub eespool punktidest 34–70 – on vastandatud tähised tervikuna visuaalselt, foneetiliselt ja kontseptuaalselt teataval määral sarnased.

78 Segiajamise tõenäosuse igakülgsel hindamisel ei ole kohtupraktikast tulenevalt visuaalsel, foneetilisel ja kontseptuaalsel küljel alati sama kaal ning nende tähiste sarnaste või erinevate joonte tähtsus võib sõltuda nende tähiste olemusest tulenevatest omadustest (vt selle kohta 6. oktoobri 2004. aasta kohtuotsus New Look *vs.* Siseturu ühtlustamise Amet – Naulover (NLSPORT, NLJEANS, NLACTIVE ja NLCollection), T-117/03–T-119/03 ja T-171/03, EU:T:2004:293, punkt 49).

79 Peale selle on siis, kui kahe tähise sarnasuse tingib see, et neil on ühine vähese eristusvõimega osa, selle sarnasuse mõju segiajamise tõenäosuse igakülgsel hindamisel vähene (vt selle kohta 13. detsembri 2007. aasta kohtuotsus Cabrera Sánchez *vs.* Siseturu ühtlustamise Amet – Industrias Cárnicas Valle (el charcutero artesano), T-242/06, ei avaldata, EU:T:2007:391, punkt 85; 13. juuli 2012. aasta kohtuotsus Caixa Geral de Depósitos *vs.* Siseturu ühtlustamise Amet – Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona (la Caixa), T-255/09, ei avaldata, EU:T:2012:383, punkt 79, ja 4. märtsi 2015. aasta kohtuotsus FSA *vs.* Siseturu ühtlustamise Amet – Motokit Veículos e Acessórios (FSA K-FORCE), T-558/13, ei avaldata, EU:T:2015:135, punktid 49–52).

80 Käesoleval juhul tuleb eespool punktis 43 tõdetu eeskujul märkida, et vastandatud tähiste ühise alguses oleva osa „uro“ eristusvõime on nõrk.

81 Nagu nähtub eelkõige vaidlustatud kohtuotsuse punktidest 53, 60 ja 69, ei ole peale selle vastandatud tähiste täiendavate osade „akut“ ja „cys“ visuaalsed, foneetilised ja kontseptuaalsed erinevused asjaomasele avalikkusele tähistest jäävas tervikumuljes tähtsusetud, vaid kompenseerivad kaubamärkide visuaalse, foneetilise ja kontseptuaalse sarnasuse, mille olemasolu tuleneb üksnes ühisest osast „uro“ ja sellega edasiantavast tähendusest, eriti kui asjaomane avalikkus on keskmisest tähelepanelikum.

82 Seega tuleb teha järeldus, et asjaomasele avalikkusele jääva tervikmulje poolest on vastandatud tähised igakülgselt võttes erinevad, mistõttu apellatsioonikoda eksis, kui otsustas, et asjaomase avalikkuse seisukohalt esineb segiajamise tõenäosus klassi 5 kuuluvate kaupade osas, mida tähistatakse vastandatud tähistega.

83 Kõigist eespool esitatud kaalutlustest lähtuvalt tuleb vaidlustatud kohtuotsus tühistada.

Muutmisnõue

84 Mis puudutab hageja nõudesse muuta vaidlustatud otsust ja lükata vastulause tagasi, siis tuleb märkida, et selles nõudes palub hageja sisuliselt, et Üldkohus teeks otsuse, mille oleks pidanud tegema EUIPO, nimelt otsuse, milles tuvastatakse, et menetlusse astuja esitatud vastulause rahuldamise tingimused ei ole täidetud. Hageja palub seega Üldkohtul kasutada muutmispädevust, mis on ette nähtud määruse nr 207/2009 artikli 65 lõikes 3 (nüüd määruse 2017/1001 artikli 72 lõige 3).

85 Samas tuleb märkida, et määruse nr 207/2009 artikli 65 lõikes 3 Üldkohtule ette nähtud muutmispädevus ei anna kohtule pädevust hinnata asjaolusid, mille kohta apellatsioonikoda ei ole veel seisukohta võtnud. Muutmispädevuse teostamine on seega põhimõtteliselt piiratud üksnes olukordadega, kus Üldkohtul on pärast apellatsioonikoja läbiviidud hindamise ulatuse kontrollimist õigus otsustada tõendatud faktiliste ja õiguslike asjaolude alusel, millise otsuse asjaomane koda oleks pidanud tegema (5. juuli 2011. aasta kohtuotsus Edwin *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, C-263/09P, EU:C:2011:452, punkt 72).

86 Käesoleval juhul on Üldkohtu muutmispädevuse teostamise tingimused täidetud. Nimelt nähtub eespool punktides 21–83 esitatud kaalutlustest, et apellatsioonikoda pidanuks vastupidi vastulausete osakonna järeldusele tuvastama, et käesoleval juhul puudub segiajamise tõenäosus. Järelikult tuleb vastulause jätta rahuldamata.

Kohtukulud

87 Vastavalt Üldkohtu kodukorra artikli 134 lõikele 1 on kohtuvaidluse kaotanud pool kohustatud hüvitama kohtukulud, kui vastaspool on seda nõudnud.

88 Kuna EUIPO on kohtuvaidluse kaotanud, tuleb tema kohtukulud jätta tema enda kanda ja vastavalt hageja nõudele mõista temalt välja hageja kohtukulud.

89 Kodukorra artikli 138 lõike 3 alusel kannab menetlusse astuja oma kohtukulud ise.

90 Lisaks on hageja nõudnud tema poolt apellatsioonikoja menetluses kantud kulude väljamõistmist EUIPO-lt. Selles osas tuleb meenutada, et kodukorra artikli 190 lõike 2 alusel käsitatakse seoses apellatsioonikoja menetlusega kantud poolte vältimatuid kulusid hüvitatavate kuludena, nii et hageja see nõue on vastuvõetav.

91 Sama ei kehti siiski vastulausete osakonna menetlusega seoses kantud kulude suhtes. Seetõttu on vastuvõetamatu hageja nõue, mis puudutab vastulausete osakonna menetluses kantud kulusid, mis ei ole hüvitatavad.

Esitatud põhjendustest lähtudes

ÜLDKOHUS (esimene koda)

otsustab:

1. **Tühistada Euroopa Liidu Intellektuaalomandi Ameti (EUIPO) neljanda apellatsioonikoja 7. märtsi 2017. aasta otsus (asi R 1221/2016-4).**

2. **Jätta Dermapharm GmbH vastulause rahuldamata.**

3. **Jätta EUIPO kohtukulud tema enda kanda ning mõista temalt välja Kwizda Holding GmbH kohtukulud ning apellatsioonikoja menetluses kantud kulud.**

4. **Jätta Dermapharmi kohtukulud tema enda kanda.**

Pelikánová Valančius Öberg

Kuulutatud avalikul kohtuistungil Luxembourgis 20. septembril 2018.

Allkirjad