ESIMESE ASTME KOHTU OTSUS (viies koda)

18. oktoober 2007 *

Kohtuasjas T-28/05,

Ekabe International SCA, asukoht Luxembourg (Luksemburg), esindaja: advokaat C. de Haas,

hageja,

versus

Siseturu Ühtlustamise Amet (kaubamärgid ja tööstusdisainilahendused), esindaja: A. Folliard-Monguiral,

kostja,

teine menetluspool Siseturu Ühtlustamise Ameti apellatsioonikojas, menetlusse astuja Esimese Astme Kohtus

* Kohtumenetluse keel: prantsuse.

Ebro Puleva, SA, asukoht Madrid (Hispaania), esindaja: advokaat P. Casamitjana Lleonart,

mille esemeks on hagi Siseturu Ühtlustamise Ameti neljanda apellatsioonikoja 6. oktoobri 2004. aasta otsuse (asi R 117/2001-4) peale, mis on tehtud Puleva SA (praegu Ebro Puleva, SA) ja Ekabe International SCA vahelises vastulausemenetluses,

EUROOPA ÜHENDUSTE
ESIMESE ASTME KOHUS (viies koda),

koosseisus: koja esimees M. Vilaras, kohtunikud F. Dehousse ja D. Šváby,

kohtusekretär: ametnik K. Pocheć,

arvestades 17. jaanuaril 2005 Esimese Astme Kohtu kantseleisse saabunud hagiavaldust,

arvestades 4. augustil 2005 Esimese Astme Kohtu kantseleisse saabunud kostja vastust,

arvestades 28. juulil 2005 Esimese Astme Kohtu kantseleisse saabunud menetlusse astuja seisukohti,

arvestades 9. novembril 2006 toimunud kohtuistungil esitatut,

on teinud järgmise

otsuse

Õiguslik raamistik

1 Äriühing Cema esitas 17. aprillil 1998 Siseturu Ühtlustamise Ametile (kaubamärgid ja tööstusdisainilahendused) (edaspidi „ühtlustamisamet") nõukogu 20. detsembri 1993. aasta määruse (EÜ) nr 40/94 ühenduse kaubamärgi kohta (EÜT 1994, L 11, lk 1; ELT eriväljaanne 17/01, lk 146) (muudetud kujul) alusel ühenduse kaubamärgi registreerimise taotluse.

2 Värviline kujutismärk, mille registreerimist taotleti, on alljärgnev:



3 Kaup, mille jaoks kaubamärgi registreerimist taotleti, kuulub 15. juuni 1957. aasta märkide registreerimisel kasutatava kaupade ja teenuste rahvusvahelise klassifikatsiooni Nizza kokkuleppe (läbi vaadatud ja muudetud kujul) klassi 29 ja vastab järgmisele kirjeldusele: „margariin".

4 Registreerimistaotlus avaldati 11. jaanuari 1999. aasta Ühenduse Kaubamärgibülletäänis.

5 Menetlusse astuja Puleva SA (praegu Ebro Puleva, SA) esitas 12. aprillil 1999 määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b alusel vastulause taotletud kaubamärgi registreerimise vastu.

6 Vastulause põhjenduseks oli taotletava kaubamärgi ja menetlusse astuja selle varasema siseriikliku sõnamärgi PULEVA-OMEGA3 segiajamise tõenäosus, mis registreeriti Hispaanias 22. märtsil 1999 numbri 2140889 all Nizza kokkuleppe klassi 29 kuuluvate kaupade jaoks, mis vastavad järgmisele kirjeldusele: „liha, kala, linnuliha ja ulukiliha; lihaekstraktid; konservitud, kuivatatud ja keedetud puuvili ja köögivili; tarretised, keedised, puuviljakompotid, munad; toiduõlid ja toidurasvad, lihast, kalast ja köögiviljadest valmistatud valmistoidud ja eelkõige piim ja piimatooted”.

7 Menetlusse astuja ja äriühing Cema esitasid vastavalt 7. veebruaril ja 10. mail 2000 täiendavad märkused.

8 Vastulausete osakond rahuldas 24. novembri 2000. aasta otsusega vastulause põhjusel, et käsitletavad kaubad on sarnased ning seetõttu võib Hispaania avalikkus need omavahel segi ajada.

9 Äriühing Cema esitas 26. jaanuaril 2001 kaebuse vastulausete otsuse peale.

10 Menetlusse astuja esitas 6. aprillil 2001 apellatsioonikojale oma märkused.

11 Äriühing Cema andis 28. augustil 2002 oma ühenduse kaubamärgi taotluse üle Primalliance, SAS-le.

12 Primalliance andis 30. augustil 2004 oma ühenduse kaubamärgi taotluse üle hagejale, Ekabe International, SCA-le.

13 Ühtlustamisameti neljas apellatsioonikoda jättis 6. oktoobri 2004. aasta otsusega (edaspidi „vaidlustatud otsus") kaebuse rahuldamata ja kinnitas vastulausete osakonna otsust põhjusel, et käsitletavad kaubad on sarnased või identsed ja tähiste puhul on teatud määral olemas segiajamise tõenäosus.

14 Seoses kaupade võrdlemisega täpsustas apellatsioonikoda vaidlustatud otsuse punktis 11, et taotletava kaubamärgiga hõlmatud kaup, st margariin, on märkimisväärselt sarnane või identne varasema kaubamärgiga hõlmatud kaupadega, milleks on toiduõlid, toidurasvad ja piimatooted.

15 Seoses tähiste võrdlemisega märkis apellatsioonikoda vaidlustatud otsuse punktis 14, et element „omega 3" on taotlusega hõlmatud kaupade puhul tavalise eristusvõimega ja et seega tuleb seda vastandatud kaubamärkide võrdlemisel arvesse võtta. Apellatsioonikoda täpsustas, et keskmine Hispaania tarbija ei tajunud taotletava kaubamärgi registreerimistaotluse esitamise ajal seda, et see element oleks asjaomaste kaupade olulisi omadusi kirjeldav, kuna on vähetõenäoline, et keskmine Hispaania tarbija seostaks elementi „omega 3" polüküllastumata rasvhapetega, mille toiteväärtus

aitab ära hoida südame-veresoonkonna haigusi. Kuivõrd hageja esitatud erinevate veebilehekülgede väljavõtted viitasid elemendile „omega 3”, täpsustas apellatsioonikoda, et nende täpsem uurimine ei toeta hageja argumente, et element „omega 3” kuulub tavakeelde ja et suur osa Hispaania avalikkusest tunneb selle meditsiinilisi või toiteomadusi.

16 Visuaalse külje osas märgib apellatsioonikoda vaidlustatud otsuse punktides 15 ja 16, et element „omega 3” on taotletava kaubamärgi domineeriv osa, samas kui väljaspool kahtlust tundub olevat see, et kujutisosa on vähem tähtis ja lisab taotletava kaubamärgi eristusvõimele vähe juurde. Tarbijatel ei võimalda vastandatud tähistel piisavalt vahet teha ei varasemas kaubamärgis olev sõna „puleva” ega ka taotletava kaubamärgi kujutiselemendid. Apellatsioonikoda leidis vaidlustatud otsuse punktis 17 foneetilise külje osas, et vaidlustatud kaubamärgid on sarnased nende ühise elemendi „omega 3” osas, kuid erinevad oma pikkuselt ja rütmilt varasemas kaubamärgis oleva elemendi „puleva” tõttu. Apellatsioonikoda täpsustas vaidlustatud otsuse punktis 18 kontseptuaalse külje kohta, et keskmine tarbija ei ole võimeline tajuma kontseptuaalset seost sõnalise elemendi „omega 3” ja polüküllastumata rasvhapete tüübi vahel, mille tõttu sama nimetus on tuntud oma meditsiiniliste omaduste poolest, ja et keskmine tarbija on pigem võimeline samastama sõna „omega” kreeka tähestiku viimase tähega. Apellatsioonikoda avaldab varasema kaubamärgi elemendi „puleva” osas arvamust, et see on väljamõeldud sõna, millel ei ole hispaania keeles mitte mingit tähendust.

17 Apellatsioonikoda jõudis järeldusele, et seetõttu võivad Hispaania tarbijad vaidlusalused kaubamärgid määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b tähenduses segi ajada.

Poolte nõuded

18 Hageja palub Esimese Astme Kohtul:

– tühistada ja muuta vaidlustatud otsus;

– mõista kohtukulud välja ühtlustamisametilt.

19 Ühtlustamisamet palub Esimese Astme Kohtul:

– jätta hagi rahuldamata;

– mõista kohtukulud välja hagejalt;

– kui kaebus rahuldatakse, jätta Esimese Astme Kohtu menetluse poolte kulud nende endi kanda.

20 Menetlusse astuja palub Esimese Astme Kohtul:

– jätta hagi rahuldamata;

– mõista kohtukulud välja hagejalt.

Õiguslik käsitlus

21 Oma hagi põhjenduseks esitab hageja üheainsa väite, milles viitab määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b rikkumisele.

Poolte argumendid

22 Hageja sõnul ei esine vastandatud kaubamärkide segiajamise tõenäosust, kuna Hispaania tarbija ei erista neis kahes käsitletavas tähises ühelt poolt muud kui varasemas kaubamärgis olevat sõna „puleva" ja teiselt poolt taotletavas kaubamärgis elemendiga „omega 3" seonduvat graafikat ja erilisi värve.

23 Esmalt toob hageja esile, et element „omega 3" on kirjeldav ja tavaline toiduainete tähistamisel, mille keemilises koostises on seda tüüpi polüküllastumata rasvhappeid. Hageja esitab selle argumenti põhjenduseks dokumente elementi „omega 3" rõhutavate toiduainete kohta Hispaania turul ning dokumente seda elementi sisaldavate Hispaanias registreeritud kaubamärkide kohta. Teisalt selgub Hispaanias avaldatud ajakirjandusartiklitest ja hageja poolt hagiavalduse lisas esitatud veebilehekülgede väljavõtetest, et keskmine Hispaania tarbija tunneb hästi omega 3 tüüpi polüküllastumata rasvhapete kasulikke omadusi ja ei pea seda elementi mitte sugugi eristavaks tähiseks. Elemendi „omega 3" kirjeldavat või tavalist iseloomu Hispaania avalikkuse jaoks tunnustab lisaks Oficina Española de Patentes y Marcas (Hispaania patendi- ja kaubamärkide amet) ja seda on seoses vastulausetega sarnastes kohtuasjades kinnitanud Tribunales Superiores de Justicia'd (apellatsioonikohtud). Hageja asub seetõttu seisukohale, et on vale järeldada, et „omega 3" on neis kahes vastandatud kaubamärgis domineerivaks elemendiks. Hageja arvates on apellatsioonikoja põhjendused ka vastuolulised, kuna selleks, et õigustada nende kahe vastandatud kaubamärgi kontseptuaalset sarnasust, asus apellatsioonikoda seisukohale, et Hispaania tarbijad tunnevad piisavalt elementi „omega 3".

24 Teiseks rõhutab hageja, et varasemas kaubamärgis on ainult element „puleva" ebatavaline ning eristusvõimeline. Asjaolu, et see element on varasema kaubamärgi omaniku ärinimeks, ei muuda seda sõna selles kaubamärgis teisejärguliseks. Hageja toob esile, et on võimalik nii see, et Hispaania avalikkus tunneb teatud määral elementi „puleva", mistõttu varasem kaubamärk on üldtuntud ja tõmbab avalikkuse tähelepanu, kui ka see, et element „puleva" ei ole eriti tuntud, mistõttu tuleb seda pidada meelevaldseks ja seega asjaomaseid tooteid eristavaks. Hageja väitel on sõna „puleva" ülesanne just kaupade päritolu kinnitamine ja see võimaldab seega tarbijatel eristada menetlusse astuja kaupu tema konkurentide omadest. Hageja lisab, et varasema kaubamärgi alguses asuv sõna „puleva" on nii visuaalses mõttes domineerivaks elemendiks, kuna tarbija loeb seda esimesena, kui ka on domineerivaks elemendiks foneetiliselt, kuna silbid „pu" ja „va" on selgelt kuuldavad. Lisaks on „p"-täht selgelt välja häältdatav konsonant, mis tõmbab tarbija tähelepanu. Lisaks ei ole sõnal „puleva" mitte mingit tähendust, samas kui Hispaania tarbija teab vähemalt umbmääraselt, et omega 3 tüüpi polüküllastumata rasvhapped mõjuvad kasulikult südame-veresoonkonna haiguste vastu.

25 Kolmandaks märgib hageja, et taotletava kaubamärgi kujutisosa on igal juhul eristav. Hageja leiab, et element „omega 3" on stiliseeritud, kuna number „3" tundub olevat ühendatud tähega „a" sõnas „omega". Lisaks on taotletav kaubamärk kujutatud erksates värvides, st rohelise, kollase, sinise ja punasega, mis tõmbavad tarbija tähelepanu. Hageja arvates on samuti eristavaks osaks taotletava kaubamärgi kujutisosa, st punasest südamest lähtuv roheline, kollane ja sinine vikerkaar, mis asub sõna „omega" tähtede „o" ja „m" vahel.

26 Neljandaks kinnitab hageja, et Hispaania tarbijal on võimalik otseselt võrrelda vastandatud kaubamärkidega hõlmatud kaupu. Hageja leiab, et margariini ei ole vaja võrrelda kõigi klassi 29 kuuluvate toiduainetega, vaid ainult piima ja piimatoodetega ning toiduõlide ja toidurasvadega. Näiteks on Hispaania tarbijal võimalik otseselt

võrrelda kõiki piimatooteid, mis on paigutatud riiulitel ühtekokku, ja teha oma valik, lähtudes kas kaubamärgist või kauba hinnast.

27 Lõpuks märgib hageja, et kui anda varasemale kaubamärgile, mis sisaldab osa „pulevaomega3", elemendi „omega 3" ainuõigus, tekitab see suure õigusliku ebakindluse, kuna see sõna peab olema vabalt kasutatav (Euroopa Kohtu 4. mai 1999. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-108/97 ja C-109/97: Windsurfing Chiemsee, EKL 1999, lk I-2779, punkt 25).

28 Ühtlustamisamet vastab, et kuna hageja ei ole piisava aja jooksul suutnud tõendada, et element „omega 3" on Hispaania avalikkuse jaoks kirjeldav, leidis apellatsioonikoda õigesti, et ka see element on varasemas kaubamärgis niisama eristav ja domineeriv kui element „puleva". Ühtlustamisamet kaldub neid sarnaseks pidama vastandatud tähiste kui tervikute sarnasuste tõttu. Kuna asjaomased kaubad on identsed või väga sarnased, siis on õigustatud vastandatud kaubamärkide segiajamise tõenäosuse olemasolu Hispaanias.

29 Esimese Astme Kohtule esitatud dokumentide osas märgib ühtlustamisamet, et neid ei esitatud apellatsioonikojale ja seetõttu ei ole need põhimõtteliselt vastuvõetavad.

30 Menetlusse astuja rõhutab esmalt, et element „omega 3" on iseenesest domineeriv ja eristav ning et see ei ole kirjeldav ega tavaline. Menetlusse astuja arvates on element „omega 3" ilmselt tuntud eriala asjatundjate hulgas, kuid laia avalikkuse ning eelkõige keskmise Hispaania tarbija jaoks, kellele see valdkond on võõras, on see element tundmatu.

31 Seejärel toob menetlusse astuja esile, et vastandatud kaubamärkide vahel on ilmne sarnasus. Menetlusse astuja arvates on element „omega 3" mõlemas vastandatud kaubamärgis domineerivaks osaks, kuna see on sõnaline osa, mida keskmine tarbija märkab kohe nii visuaalses kui ka foneetilises mõttes. Asjaolu, et taotletav kaubamärk sisaldab üht kujutisosa, ei oma tähtsust, kuna sõnaline osa domineerib kujutisosa üle.

32 Lisaks rõhutab menetlusse astuja seda, et hageja piirdub vastandatud kaubamärkidega hõlmatud kaupade võrdlemisel ainult piimatoodete, toiduõlide ja toidurasvade sektoriga. Menetlusse astuja leiab, et sõltumata turul olemasolevatest teistest kaubamärkidest, mis sisaldavad elementi „omega 3", on vastandatud tähistega hõlmatud kaubad väga sarnased.

33 Lõpuks märgib menetlusse astuja, et hageja argumendid viitavad taotletava kaubamärgi registreerimisest keeldumise absoluutsetele põhjustele. Ka Oficina Española de Patentes y Marcas keeldus sõnamärgi OMEGA 3 registreerimisest klassi 30 kuuluvate kaupade jaoks, mida taotles menetlusse astuja, põhjendusel, et asjaomane tähis koosneb vaid kaupade omadusi kirjeldavatest märkidest.

Esimese Astme Kohtu hinnang

Hageja poolt Esimese Astme Kohtule esitatud teatud dokumentide vastuvõetavus

34 Nagu selgub apellatsioonikoja menetlustoimikust, toob hageja oma hagiavalduse lisades 4–21, 24–27 ja 33 esile faktilisi tõendeid, mida ei esitatud ühtlustamisametile ja mis on esitatud Esimese Astme Kohtule tema kodukorra artikli 133 lõike 3 alusel.

Esimese Astme Kohus tuvastas, et ainsad veebilehekülgede väljavõtted, mis hageja on esitanud oma hagiavalduse lisas 30, esitati ühtlustamisameti osakonnas toimunud menetluses.

35 Tuleb märkida, et vastavalt väljakujunenud kohtupraktikale on Esimese Astme Kohtule esitatud hagi eesmärk ühtlustamisameti apellatsioonikodade otsuste õiguspärasuse kontrollimine määruse nr 40/94 artikli 63 tähenduses. Asjaolud, millele tuginetakse Esimese Astme Kohtus, ilma et neid oleks varem esitatud ühtlustamisameti teiste osakondade menetluses, saavad mõjutada sellise otsuse õiguspärasust ainult juhul, kui ühtlustamisamet oleks neid pidanud arvesse võtma omal algatusel. Seoses sellega tuleneb määruse nr 40/94 artikli 74 lõike 1 viimasest osast, mille kohaselt registreerimisest keeldumise suhteliste põhjustega seotud menetlustes piirdub ühtlustamisamet kontrollimisel menetluspoolte esitatud faktide, tõendite ja väidetega ning esitatud nõudmistega, et ühtlustamisamet ei pea omal algatusel arvesse võtma asjaolusid, mida pooled ei ole välja toonud. Järelikult ei saa sellised asjaolud mõjutada apellatsioonikoja otsuse õiguspärasust (vt selle kohta Esimese Astme Kohtu 13. juuli 2004. aasta otsus kohtuasjas T-115/03: Samar *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Grotto (GAS STATION), EKL 2004, lk II-2939, punkt 13 ja 21. aprilli 2005. aasta otsus kohtuasjas T-269/02: PepsiCo *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Intersnack Knabber-Gebäck (RUFFLES), EKL 2005, lk II-1341, punkt 35).

36 Seetõttu tuleb hageja poolt lisades 4–21, 24–27 ja 33 esitatud dokumendid jätta tähelepanuta, ilma et oleks vaja uurida nende võimalikku mõju.

Määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b rikkumisel põhineva väite põhjendatus

37 Määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b sõnastuse 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.

38 Vastavalt määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 2 punkti a alapunktile ii tuleb varasemate kaubamärkide all mõista liikmesriigis registreeritud kaubamärke, mille registreerimise taotluse kuupäev on varasem ühenduse kaubamärgi registreerimise taotluse kuupäevast.

39 Käesoleval juhul on varasem kaubamärk, millel vastulause põhines, registreeritud ja kaitstud Hispaanias. Järelikult tuleb selleks, et tuvastada vastandatud kaubamärkide võimalik segiajamise tõenäosus, arvesse võtta Hispaania asjaomase avalikkuse vaatekohta.

40 Vastavalt väljakujunenud kohtupraktikale kujutab segiajamise tõenäosus endast ohtu, et avalikkus võib arvata, et asjaomased kaubad või teenused pärinevad samalt ettevõtjalt või omavahel majanduslikult seotud ettevõtjatelt. Vastavalt samale kohtupraktikale tuleb segiajamise tõenäosust hinnata igakülgselt, võttes aluseks selle, kuidas asjaomane avalikkus kõnealuseid tähiseid ning kaupu või teenuseid tajub, arvestades kõiki asjakohaseid tegureid, iseäranis tähiste sarnasuse ja nendega tähistatavate kaupade või teenuste sarnasuse vastastikust sõltuvust (Esimese Astme Kohtu 9. juuli 2003. aasta otsus kohtuasjas T-162/01: Laboratorios RTB *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Giorgio Beverly Hills (GIORGIO BEVERLY HILLS), EKL 2003, lk II-2821, punktid 30–32 ja seal viidatud kohtupraktika).

41 Tuleb sedastada, et hageja ei ole vaidlustatud otsuses apellatsioonikoja tehtud järeldust vastandatud tähistega tähistatud kaupade identsuse või sarnasuse kohta

vaidlustanud. Pooled vaidlevad ainult selle üle, kas apellatsioonikoda järeldas õigesti, et vastandatud tähised on üldiselt sarnased.

42 Seega tuleb hinnata vastandatud tähiste sarnasust.

43 Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt ei saa kombineeritud kaubamärki pidada sarnaseks teise kaubamärgiga, mis on identne või võrreldav kombineeritud kaubamärgi ühe osaga, kui viimane on kombineeritud kaubamärgi tervikmulje domineeriv osa. Sellise juhuga on tegemist siis, kui kaubamärgi nimetatud koostisosa võib kaubamärgi kujutises, mida asjakohane sihtgrupp meeles peab, domineerida iseseisvalt ja selliselt, et kaubamärgi teised koostisosad võivad kaubamärgi üldmulje seisukohalt olla ebaolulised (Esimese Astme Kohtu 23. oktoobri 2002. aasta otsus kohtuasjas T-6/01: Matratzen Concord *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Hukla Germany (MATRATZEN), EKL 2002, lk II-4335, punkt 33 ja 4. mai 2005. aasta otsus kohtuasjas T-359/02: Chum *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Star TV (STAR TV), EKL 2005, lk II-1515, punkt 44).

44 Hageja märgib, et vaidlustatud otsuses leidis apellatsioonikoda valesti, et vastandatud kaubamärke võib segi ajada nende ühise sõnalise elemendi „omega 3" tõttu. Hageja arvates tuleb vastupidiselt sellele, mida leitakse vaidlustatud otsuses, pidada elementi „omega 3" asjaomaste toodete omadusi kirjeldavaks ja seetõttu on sõna „puleva" varasema kaubamärgi domineerivaks elemendiks. Seega ei esine käesoleval juhul üldse vastandatud kaubamärkide segiajamise tõenäosusust.

45 Lähtudes väljakujunenud kohtupraktikast tuleb meenutada, et kui taotletava kaubamärgi sihtgrupile jäetavat tervikmuljet hinnates selgub, et koostisosa, millel puudub eristusvõime, moodustab nimetatud kaubamärgi domineeriva osa ning

teised kujutis- ja graafilised osad, millest see koosneb, on täiendava iseloomuga ning fantaasia- või koostisosade omavahelise kombineerimise seisukohast ei ole nimetatud osadel ühtegi aspekti, mis võimaldaks kõnealusel kaubamärgil täita oma peamist ülesannet, mis tal on seoses kaubamärgi registreerimise taotlusega hõlmatud kaupade ja teenustega, puudub kaubamärgil tervikuna eristusvõime määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punkti b tähenduses (vt selle kohta Euroopa Kohtu 15. septembri 2005. aasta otsus kohtuasjas C-37/03 P: BioID *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, EKL 2005, lk I-7975, punktid 73–75).

46 Sama järelduse saab teha juhul, kui tegemist on taotletava kaubamärgiga, mille domineeriv osa on asjaomasele avalikkusele jäävas tervikmuljes täielikult kirjeldav määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punkti c tähenduses, samal ajal kui selle kaubamärgi kujutiselemendid ei ole piisavalt silmatorkavad, et tõmmata asjaomase avalikkuse tähelepanu ning kustutada kirjeldava sõnalise osa mõju ning tagada käsitletava tähise tervikmulje eristusvõime (vt selle kohta kohtujurist Léger' 2. juuni 2005. aasta ettepanek eespool viidatud kohtuasjas BioID *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, EKL 2005, lk I-7979, punkt 75).

47 Lisaks, kuigi ühenduse kaubamärgi taotleja ei saa vastulausemenetluses vaidlustada selle varasema kaubamärgi kehtivust, mille omanik on esitanud vastulause põhjusel, et taotletava kaubamärgi registreerimine on vastuolus määruse nr 40/94 artikliga 7 (vt selle kohta Esimese Astme Kohtu 30. juuni 2004. aasta otsus T-186/02: BMI Bertollo *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Diesel (DIESELIT), EKL 2004, lk II-1887, punkt 71), siis on tegemist hoopis absoluutse keeldumispõhjusega, mis takistab taotletava ühenduse kaubamärgi registreerimist, ning ühtlustamisametil on õigus paralleelselt vastulausemenetlusega uuesti asi hindamismenetluses läbi vaadata, et kontrollida sellise põhjuse olemasolu (vt selle kohta Esimese Astme Kohtu 9. aprilli 2003. aasta otsus kohtuasjas T-224/01: Durferrit *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Kolene (NU-TRIDE), EKL 2003, lk II-1589, punkt 73).

48 Lähtudes neist kaalutlustest asub Esimese Astme Kohus seisukohale, et käesoleval juhul tuleb hinnata siiski seda, kas taotletava kaubamärgi poolt asjaomasele avalikkusele jäetavas tervikmuljes kujutab sõnaline element „omega 3" asjaomase kombineeritud kaubamärgi domineerivat osa, sõltumata sellest, kas see element on kirjeldav või ei.

49 Vastupidiselt sellele, mida väidab hageja, leidis apellatsioonikoda vaidlustatud otsuse punktis 15 õigesti, et sõnaline element „omega 3", mis on kirjutatud suurte roheliste tähtedega, mida ümbritseb kollane vari, kujutab endast taotletava kaubamärgi domineerivat osa, kuna see äratab esmalt tarbija tähelepanu oma keskse asukoha tõttu käsitletavas kaubamärgis. Seevastu on selle kaubamärgi kujutisosa, nimelt elementi „omega 3" ümbritsev punasest südamest lähtuv roheline, kollane ja sinine vikerkaar, mis asub sõna „omega" tähtede „o" ja „m" vahel, oluliselt väiksem ja seetõttu lisab see asjaomase kaubamärgi eristusvõimele vähe juurde.

50 Neil põhjustel tuleb hageja esitatud üksainus väide tagasi lükata, ilma et Esimese Astme Kohus peaks langetama otsust küsimuses, kas elementi „omega 3" sisaldavatel vastandatud kaubamärkidel on Hispaania avalikkuse jaoks eristusvõime või mitte. Tegelikult, isegi oletades, nii nagu väidab hageja, et see element on eristav, viib vaidlustatud otsuse tühistamine nimetatud põhjusel selleni, et ühtlustamisamet, kes on kohustatud Esimese Astme Kohtu otsuste resolutiivosast ja põhjendustest järeldusi tegema (Esimese Astme Kohtu 31. jaanuari 2001. aasta otsus kohtuasjas T-331/99: Mitsubishi HiTec Paper Bielefeld *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet (Giroform), EKL 2001, lk II-433, punkt 33; 27. veebruari 2002. aasta otsus kohtuasjas T-34/00: Eurocool Logistik *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet (EUROCOOL), EKL 2002, lk II-683, punkt 12 ja 23. oktoobri 2002. aasta otsus kohtuasjas T-388/00: Institut für Lernsysteme *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Educational Services (ELS), EKL 2002, lk II-4301, punkt 19), peab hageja esitatud ühenduse kaubamärgi taotluse uuesti hindamismenetluses läbi vaatama ja taotluse tagasi lükkama eespool punktides 45–49 esitatud kaalutlustel.

51 Seega puudub hagejal igasugune põhjendatud huvi otsuse tühistamiseks juhul, kui otsuse tühistamine võib kaasa tuua uue, tühistatud otsusega samasuguse tagajärjega otsuse tegemise (vt selle kohta Esimese Astme Kohtu 3. detsembri 2003. aasta otsus kohtuasjas T-16/02: Audi *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet (TDI), EKL 2003, lk II-5167, punkt 97 ja seal viidatud kohtupraktika).

52 Seevastu juhul, kui on võimalik järeldada, et element „omega 3" ei ole kirjeldav, leidis apellatsioonikoda vaidlustatud otsuses õigesti, et arvestades domineerivat sõnalist elementi „omega 3", on vastandatud kaubamärke võimalik segi ajada.

53 Seega tuleb sedastada, et hageja ei ole esitanud sellise oletuse puhuks apellatsioonikoja otsuse põhjendatuse vaidlustamiseks täpseid argumente.

54 Üldistavalt tuleb märkida, et kaks kaubamärki on sarnased, kui need on asjaomase avalikkuse silmis ühest või mitmest olulisest aspektist lähtudes vähemalt osaliselt samased (eespool viidatud kohtuotsus MATRATZEN, punkt 30). Samuti nagu selgub Euroopa Kohtu väljakujunenud praktikast, on asjakohased visuaalsed, foneetilised ja kontseptuaalsed aspektid. Lisaks peab kahe kaubamärgi sarnasuse hindamine põhinema nende üldmuljel, arvestades iseäranis nende eristavaid ja domineerivaid osi (vt analoogia alusel Euroopa Kohtu 11. novembri 1997. aasta otsus kohtuasjas C-251/95: SABEL, EKL 1997, lk I-6191, punkt 23 ja 22. juuni 1999. aasta otsus kohtuasjas C-342/97: Lloyd Schuhfabrik Meyer, EKL 1999, lk I-3819, punkt 25).

55 Esimese Astme Kohus leiab selles osas, et esimesel hindamisel peab mõlemat käsitletavat kaubamärki tervikuna silmas pidades tavaliselt asuma seisukohale, et need on sarnased määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b tähenduses juhul, kui

kombineeritud kaubamärgi ainus domineeriv sõnaline osa on visuaalselt ja foneetiliselt identne ühe elemendiga ainult kahest elemendist koosnevas varasemas sõnamärgis ja kui need elemendid koos või eraldi vaadelduna ei oma asjaomase avalikkuse silmis kontseptuaalses mõttes mingisugust tähendust.

56 Käesoleval juhul tuleb sedastada, et visuaalses ja foneetilises mõttes on element „omega 3" teine neist kahest elemendist, millest varasem kaubamärk koosneb (esimene on element „puleva"), ja ainus taotletava kaubamärgi sõnaline osa, mistõttu ta kujutab endast domineerivat osa (vt eespool punkt 49).

57 Juhul kui sihtrühm ei pea elementi „omega 3" asjaomaseid kaupu kirjeldavaks, peab asjaomane avalikkus seda väljamõeldud ja eriomase eristusvõimega osaks.

58 Eeldades, et sama käib elemendi „puleva" kohta, tuleb märkida, et neil elementidel on võrdne asjaomase avalikkuse tähelepanu köitmise võime ja kuna need esinevad kõrvuti väljendis „puleva-omega 3", tajub avalikkus neid võrdselt domineerivana, ilma et element „omega 3" kaotaks oma eristusvõime.

59 Neil põhjustel leidis apellatsioonikoda õigesti, et mõlemaid vastandatud kaubamärke tervikuna vaadeldes ja eelkõige silmas pidades nende eristavaid ja domineerivaid osi, saab järeldada, et need on sarnased.

60 Eespool toodut silmas pidades võib asjaomane avalikkus võib arvata, et taotletava kaubamärgiga tähistatud toidukaubad pärinevad varasema kaubamärgi omaniku ettevõttest. Seega on vastandatud kaubamärgid piisavalt sarnased, et pidada nende segiajamist tõenäoliseks.

61 Hageja viidatud asjaolu, et Hispaania tarbija võib vastandatud kaubamärkidega hõlmatud kaupu otseselt võrrelda, ei välista olemasolevat segiajamise tõenäosust. Tegelikult ei võimalda miski kinnitada, et hageja ja menetlusse astuja kaupu turustatakse üksteise kõrval. Esimese Astme Kohus leiab vastupidiselt, et on õige jagada apellatsioonikoja poolt vaidlustatud otsuses väljendatud seisukohta, et toiduainete keskmisel tarbijal on harva otseselt võimalik erinevaid kaubamärke võrrelda. Seega, uurides toiduaineid, tarbija märkab ja jätab meelde tähise domineeriva osa, mis võimaldab tal uut ostu sooritades korrata sama kogemust. Kui sihtrühm leiab taotletava kaubamärgiga tähistatud kauba, mille domineeriv element on identne ühe elemendiga varasema kaubamärgi kahest elemendist, on väga võimalik, et ta peab selle kaubanduslikku päritolu samaks kui varasema kaubamärgiga tähistatud kaupadel.

62 Neil põhjustel tuleb määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punktil b põhinev ainus väide tagasi lükata.

63 Seega tuleb hagi jätta rahuldamata.

Kohtukulud

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

Esitatud põhjendustest lähtudes

ESIMESE ASTME KOHUS (viies koda)

otsustab:

1. Jätta hagi rahuldamata.

2. Mõista kohtukulud välja Ekabe International SCA-lt.

Vilaras Dehousse Šváby

Kuulutatud avalikul kohtuistungil 18. oktoobril 2007 Luxembourgis.

Kohtusekretär Koja esimees

E. Coulon M. Vilaras