ESIMESE ASTME KOHTU OTSUS (viies koda)

25. märts 2009 *

Kohtuasjas T-402/07,

Kaul GmbH, asukoht Elmshorn (Saksamaa), esindajad: advokaadid G. Würtenberger ja R. Kunze,

hageja,

versus

Siseturu Ühtlustamise Amet (kaubamärgid ja tööstusdisainilahendused) esindaja: G. Schneider,

kostja,

teine menetluspool Siseturu Ühtlustamise Ameti apellatsioonikojas oli

* Kohtumenetluse keel: inglise.

Bayer AG, asukoht Leverkusen (Saksamaa),

mille ese on hagi, mis on esitatud Siseturu Ühtlustamise Ameti teise apellatsioonikoja 1. augusti 2007. aasta otsuse (asi R 782/2000-2) peale, mis käsitleb Kaul GmbH ja Bayer AG vahelist vastulausemenetlust,

EUROOPA ÜHENDUSTE
ESIMESE ASTME KOHUS (viies koda),

koosseisus: koja esimees M. Vilaras (ettekandja), kohtunikud M. Prek ja V. M. Ciucă,

kohtusekretär: ametnik N. Rosner,

arvestades 6. novembril 2007 Esimese Astme Kohtu kantseleisse saabunud hagiavaldust,

arvestades 21. veebruaril 2008 Esimese Astme Kohtu kantseleisse saabunud kostja vastust,

arvestades 20. novembril 2008 toimunud kohtuistungil esitatut,

on teinud järgmise

otsuse

Vaidluse taust

1 Äriühing Atlantic Richfield Co. esitas 3. aprillil 1996 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 Kaubamärk, mille registreerimist taotleti, on sõnamärk ARCOL.

3 Kaubad, mille jaoks kaubamärgi registreerimist taotleti, kuuluvad 15. juuni 1957. aasta märkide registreerimisel kasutatava kaupade ja teenuste rahvusvahelise klassifikatsiooni Nizza kokkuleppe (uuesti läbivaadatud ja muudetud kujul) klassidesse 1, 17 ja 20. Klassi 1 kuuluvate registreerimistaotluses osutatud kaupade hulka kuuluvad „keemilised toidukonservandid".

4 Kaubamärgitaotlus avaldati 20. juuli 1998. aasta väljaandes *Bulletin des marques communautaires*.

5 Hageja, Kaul GmbH esitas 20. oktoobril 1998 taotletud kaubamärgi registreerimisele määruse nr 40/94 artikli 42 lõike 1 alusel klassi 1 kuuluvate „keemiliste toidukonservantide" osas vastulause. Vastulause aluseks oli varasem ühenduse kaubamärk, mis oli registreeritud 24. veebruaril 1998 numbri 49106 all. See kaubamärk on sõnamärk CAPOL, mis kaitseb klassi 1 kuuluvaid kaupu nimetusega „keemilised toidukonservandid, s.o toorained valmis toiduainete, eelkõige kondiitritoodete konserveerimiseks". Hageja tugines vastulause põhjendamisel määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punktis b sätestatud suhtelisele keeldumispõhjusele.

6 Vastulausete osakond lükkas 30. juuni 2000. aasta otsusega vastulause tagasi põhjendusel, et isegi kui tunnistada kaupade identsust, saab märkide visuaalsete ja foneetiliste erinevuste tõttu nende segiajamise tõenäosuse välistada.

7 Äriühing Bayer (Bayer AG) teatas ühtlustamisametile 17. juuli 2000. aasta kirjas, mille viimane sai kätte 24. juulil 2000, Atlantic Richfieldi esitatud kaubamärgi ARCOL registreerimise taotluse üleandmisest Bayer AG-le. Üleandmine registreeriti ühenduse kaubamärgiregistris määruse nr 40/94 artikli 17 lõike 5 ja artikli 24 kohaselt 17. novembril 2000.

8 Hageja esitas 24. juulil 2000 määruse nr 40/94 artiklite 57–62 alusel vastulausete osakonna otsuse peale kaebuse.

9 Nii nagu hageja oli vastulausete osakonnas esile toonud, väitis ta oma kaebuse toetuseks eelkõige seda, et tema kaubamärgil on tugev eristusvõime, mistõttu sellele peaks kohtupraktika kohaselt tagatama ulatuslikuma kaitse. Selles osas kinnitas hageja samas, et see tugev eristusvõime ei tulene vaid asjaolust, et sõnamärk „capol" ei kirjelda asjaomaseid kaupu, nagu ta juba vastulausete osakonnas väitis, vaid ka sellest, et nimetatud kaubamärk on muutunud kasutamise käigus üldtuntuks. Kaubamärgi

üldtuntuse tõendamiseks esitas hageja apellatsioonikojale esitatud avalduse lisas oma peadirektori vande all tehtud avalduse ning oma klientide nimekirja.

10 Ühtlustamisameti kolmas apellatsioonikoda jättis 4. märtsi 2002. aasta otsusega, millest teatati hagejale 25. märtsil 2002 (edaspidi „2002. aasta otsus"), kaebuse rahuldamata. Kolmas apellatsioonikoda, olles tuvastanud, et taotletavate ja varasemate kaubamärkidega tähistatud kaubad on identsed ja olles võrrelnud nimetatud kahe vastandatud kaubamärgi visuaalseid, foneetilisi ja kontseptuaalseid tunnuseid, hindas igakülgselt segiajamise tõenäosust, mille tulemusel leidis, et ta ei saa arvesse võtta varasema kaubamärgi üldtuntusest tulenevat väidetavat tugevat eristusvõimet, kuna nimetatud faktiline asjaolu ja sellekohased tõendid esitati esimest korda alles temale esitatud kaebuse toetuseks.

11 Hageja esitas 24. mail 2002 Esimese Astme Kohtule 2002. aasta otsuse peale hagi, mis registreeriti numbri T-164/02 all. Nimetatud hagi toetuseks esitas ta neli väidet, mis tulenevad esiteks hageja poolt apellatsioonikojale esitatud tõendite kontrollimise kohustuse rikkumisest, teiseks määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b rikkumisest, kolmandaks liikmesriikide menetlusõiguse põhimõtete ja ühtlustamisametis kohaldatavate menetlusreeglite rikkumisest ning neljandaks põhjendamiskohustuse rikkumisest.

12 Esimese Astme Kohus rahuldas 10. novembri 2004. aasta otsusega kohtuasjas T-164/02: Kaul *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet - Bayer (ARCOL) (EKL 2004, lk II-3807) esimese väite ja tühistas 2002. aasta otsuse, tegemata otsust hagi teiste väidete kohta. Sisuliselt leidis Esimese Astme Kohus, et kolmas apellatsioonikoda oli 2002. aasta otsusega rikkunud määruse nr 40/94 artiklit 74, keeldudes kontrollimast hageja poolt esimest korda apellatsioonikojas esitatud faktilist teavet, et tõendada varasema kaubamärgi tugevat eristusvõimet, mis hageja väitel tuleneb selle kaubamärgi kasutamisest turul.

13 Ühtlustamisamet esitas 25. jaanuaril 2005 Euroopa Kohtule eespool punktis 12 viidatud kohtuotsuse ARCOL peale kaebuse. 13. märtsi 2007. aasta otsusega kohtuasjas C-29/05 P: Siseturu Ühtlustamise Amet *vs*. Kaul (EKL 2007, lk I-2213) rahuldas Euroopa Kohus kaebuse ja tühistas eespool punktis 12 viidatud kohtuotsuse ARCOL. Tehes asja suhtes lõpliku kohtuotsuse, tühistas Euroopa Kohus 2002. aasta otsuse.

14 Euroopa Kohus leidis, et kolmas apellatsioonikoda keeldus oma 2002. aasta otsuses hageja poolt tema kaebuse toetuseks esitatud faktilisi asjaolusid ja tõendeid arvesse võtmast, leides sisuliselt, et see on automaatselt välistatud, kuna neid faktilisi asjaolusid ja tõendeid ei olnud eelnevalt vastulausete osakonnas viimase määratud tähtaegade jooksul esitatud. Euroopa Kohtu arvates eirab selline seisukoht määruse nr 40/94 artikli 74 lõiget 2, mis jätab apellatsioonikojale, kellele faktilisi asjaolusid ja tõendeid hilinenult esitatakse, kaalutlusruumi selle üle otsustamisel, kas neid tuleb tema tehtava otsuse vastuvõtmiseks arvesse võtta või mitte. Kuna selle asemel, et kirjeldatud kaalutlusõigust kasutada, leidis kolmas apellatsioonikoda käesolevas asjas ekslikult, et tal puudub kõnealuste faktiliste asjaolude ja tõendite võimaliku arvessevõtmise osas igasugune kaalutlusõigus, järeldas Euroopa Kohus, et 2002. aasta otsus tuleb tühistada (eespool punktis 13 viidatud kohtuotsus Siseturu Ühtlustamise Amet *vs*. Kaul, punktid 67–70).

15 Ühtlustamisameti apellatsioonikodade juhatus määras 19. juuni 2007. aasta otsuses, mis edastati ühtlustamisameti menetluspooltele sama aasta 22. juunil, asja läbivaatamiseks teisele apellatsioonikojale.

16 Ühtlustamisameti teine apellatsioonikoda jättis 1. augusti 2007. aasta otsuses (edaspidi „vaidlustatud otsus”), mis tehti hagejale teatavaks 6. septembril 2007, hageja kaebuse rahuldamata ning vastulausete osakonna otsuse, millega jäeti vastulause rahuldamata, jõusse. Olles leidnud, et vastandatud kaubamärke ei saa asjaomase avalikkuse poolt, mis koosneb toiduainete ja kondiitritoodete tootjatest, mingil juhul pidada sarnasteks, asus teine apellatsioonikoda sisuliselt seisukohale, et üks määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punktis b sätestatud tingimus ei ole täidetud ja et vastulausete osakond lükkas vastulause tagasi põhjendatult. Sellest tulenevalt leidis teine apellatsioonikoda, et faktilised asjaolud ja tõendid, mille hageja esitas esimest korda ühtlustamisameti

apellatsioonimenetluse staadiumis, et põhjendada oma väidet, mille kohaselt varasema kaubamärgi tugev eristusvõime tuleneb selle kaubamärgi kasutamisest turul, ei ole asjakohased, kuna nimetatud väide, eeldades, et see on tõendatud, ei mõjuta arutlusel oleva määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b kohaldamist.

Poolte nõuded

17 Hageja palub Esimese Astme Kohtul:

– tühistada vaidlustatud otsus;

– rahuldada vastulause;

– mõista kohtukulud välja ühtlustamisametilt.

18 Ühtlustamisamet palub Esimese Astme Kohtul:

– jätta hagi rahuldamata;

– mõista kohtukulud välja hagejalt.

Õiguslik käsitlus

Esimene väide, mis käsitleb määruse nr 40/94 artikli 63 lõike 6 ja artikli 74 lõike 2 rikkumist

19 Hageja väidab, et apellatsioonikoda eiras eespool punktis 13 viidatud kohtuotsuse Siseturu Ühtlustamise Amet *vs*. Kaul resolutiivosa ja põhjendusi, kuna ta jättis määruse nr 40/94 artikli 74 lõikest 2 tuleneva kaalutlusõiguse hageja poolt apellatsioonikojale esimesel korral esitatud võimalike faktiliste asjaolude ja tõendite hindamisel kohaldamata või ei kohaldnud seda nõuetekohaselt. Hageja arvates oleks apellatsioonikoda juhul, kui ta oleks Euroopa Kohtu poolt nimetatud otsuses antud juhistest nõuetekohaselt lähtunud, teinud otsuse tema kasuks.

20 Ühtlustamisamet vaidleb hageja väidetele vastu.

21 Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt omab selline tühistamisotsus, nagu eespool punktis 13 viidatud kohtuotsus Siseturu Ühtlustamise Amet *vs.* Kaul *ex tunc* õigusmõju ja seetõttu kõrvaldab see tühistatud õigusakti tagasiulatuvalt õigussüsteemist (Euroopa Kohtu 26. aprilli 1988. aasta otsus liidetud kohtuasjades 97/86, 99/86, 193/86 ja 215/86: Asteris jt *vs*. komisjon, EKL 1988, lk 2181, punkt 30; Esimese Astme Kohtu 13. detsembri 1995. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-481/93 ja T-484/93: Vereniging van Exporteurs in Levende Varkens jt *vs.* komisjon, EKL 1995, lk II-2941, punkt 46, ja 10. oktoobri 2001. aasta otsus kohtuasjas T-171/99: Corus UK *vs*. komisjon, EKL 2001, lk II-2967, punkt 50).

22 Samast kohtupraktikast tuleneb, et akti vastu võtnud ühenduse institutsioon peab vastavat akti tühistava otsuse täitmiseks ja selle täielikuks elluviimiseks järgima mitte ainult kohtuotsuse resolutiivosa, vaid ka põhjendusi, mille alusel ja millest lähtudes otsus tehti, kuna need on hädavajalikud resolutiivosa täpseks mõistmiseks. Põhjendused näitavad ühelt poolt ära selle, milline konkreetne säte tunnistati õigusvastaseks, ja teiselt poolt selle täpsed põhjused, ning asjaomane institutsioon peab neid arvestama tühistatud akti asendamisel (Euroopa Kohtu 13. juuli 2000. aasta määrus kohtuasjas C-8/99 P: Gómez de Enterría y Sanchez *vs.* parlament, EKL 2000, lk I-6031, punktid 19 ja 20; vt Esimese Astme Kohtu 17. detsembri 2003. aasta otsus kohtuasjas T-324/02: McAuley *vs.* nõukogu, EKL AT 2003, lk I-A-337 ja II-1657, punkt 56 ja viidatud kohtupraktika).

23 Pärast 2002. aasta otsuse tühistamist muutus hageja poolt käesolevas asjas apellatsioonikojale esitatud kaebuse rahuldamise küsimus taas lahtiseks. Selleks et täita määruse nr 40/94 artikli 63 lõikest 6 tulenevat kohustust võtta vajalikud meetmed Euroopa Kohtu otsuse täitmiseks, oleks ühtlustamisamet pidanud kaebuse kohta tegema uue apellatsioonikoja otsuse. Tegemist oli just sellise olukorraga, kuna asi määrati teisele apellatsioonikojale, kes võttis vastu vaidlustatud otsuse.

24 Hageja ei vaidlusta asja teisele apellatsioonikojale saatmise õiguspärasust. Siiski väidab hageja, et nimetatud apellatsioonikoda on pädev üksnes tuvastama, et 2002. aasta otsus on põhjendatud ning et hageja poolt esimest korda apellatsioonimenetluse staadiumis esitatud faktid ja tõendid ei olnud asjakohased ning olid seega vastuvõetamatud, ilma määruse nr 40/94 artikli 74 lõikest 2 tulenevat kaalutlusõigust teostamata, otsustamaks, kas kõnealuseid fakte ja tõendeid saab arvesse võtta.

25 Selle arutluskäigu analüüsimisel tuleb meenutada, et määruse nr 40/94 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 kaubamärk seostatakse varasema kaubamärgiga".

26 Vastavalt väljakujunenud kohtupraktikale on segiajamine tõenäoline, kui avalikkus võib arvata, et kõnealused kaubad ja teenused pärinevad samalt ettevõtjalt või ka omavahel majanduslikult seotud ettevõtjatelt. Samast kohtupraktikast tuleneb, et segiajamise tõenäosust tuleb hinnata igakülgselt, vastavalt sellele, kuidas asjaomane avalikkus kõnealuseid tähiseid ning kaupu või teenuseid tajub, ning pidades silmas kõiki antud juhtumit iseloomustavaid asjaolusid, eelkõige tähiste sarnasuse ning nendega tähistatud kaupade või teenuste sarnasuse vastastikust sõltuvust (Euroopa Kohtu 24. aprilli 2007. aasta määrus kohtuasjas C-131/06 P: Castellblanch *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, kohtulahendite kogumikus ei avaldata, punkt 55; vt 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 30–33 ja viidatud kohtupraktika).

27 Lisaks on segiajamise tõenäosus seda suurem, mida eristusvõimelisem on varasem kaubamärk. Seega on kaubamärkidel, mis on tugeva eristusvõimega tulenevalt kas nende olemusest või nende tuntusest turul, palju ulatuslikum kaitse kui nendel, mis on vähem eristusvõimelised. Niisiis tuleb varasema kaubamärgi eristusvõimet ja eelkõige selle mainet segiajamise tõenäosuse hindamisel arvesse võtta (vt Euroopa Kohtu 17. aprilli 2008. aasta otsus kohtuasjas C-108/07 P: Ferrero Deutschland *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet ja Cornu, kohtulahendite kogumikus ei avaldata, punktid 32 ja 33 ja viidatud kohtupraktika).

28 Kuigi on õige, et segiajamise tõenäosuse igakülgsel hindamisel arvesse võetavate asjaomaste tegurite – eriti asjaomaste kaubamärkide ja nendega tähistatavate kaupade ja teenuste – vastastikuse sõltuvuse põhimõtte kohaselt võib tähistatavate kaupade või teenuste vähese sarnasuse kompenseerida kaubamärkide suur sarnasus ja vastupidi (Euroopa Kohtu 15. märtsi 2007. aasta otsus kohtuasjas C-171/06 P: T.I.M.E. ART *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, kohtulahendite kogumikus ei avaldata, punkt 35), on Euroopa Kohus leidnud, et segiajamise tõenäosus määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b tähenduses eeldab samal ajal nii taotletava ja varasema kaubamärgi identsust või sarnasust kui ka seda, et registreerimistaotluses nimetatud kaubad või teenused ja need kaubad või teenused, mille jaoks varasem kaubamärk on registreeritud, on

identsed või sarnased. Tegemist on kumulatiivsete tingimustega (12. oktoobri 2004. aasta otsus kohtuasjas C-106/03 P: Vedial *vs*. Siseturu Ühtlustamise Amet, EKL 2004, lk I-9573, punkt 51, ja 13 septembri 2007. aasta otsus kohtuasjas C-234/06 P: Il Ponte Finanziaria *vs*. Siseturu Ühtlustamise Amet, EKL 2007, lk I-7333, punkt 48).

29 Sellest järeldub, et juhul, kui vastandatud kaubamärkidega tähistatud kaubad või teenused on identsed, puudub vastandatud kaubamärkidel ükshaaval vaadelduna minimaalne sarnasus, mis on nõutav selleks, et segiajamise tõenäosust võiks tuvastada üksnes varasemate kaubamärkide eristusvõime või üksnes nendega tähistatud kaupade ja taotletava kaubamärgiga hõlmatud kaupade identsuse alusel, tuleb vastulause tagasi lükata ilma, et segiajamise tõenäosuse igakülgse hindamise raames kohaldataks vastastikuse sõltuvuse põhimõtet (vt selle kohta eespool punktis 28 viidatud kohtuotsus Il Ponte Finanziaria *vs*. Siseturu Ühtlustamise Amet, punktid 50 ja 51).

30 Käesolevas asjas hindas kolmas apellatsioonikoda 2002. aasta otsuse punktides 30–35 segiajamise tõenäosust igakülgselt ja leidis, et „kaupade identsusele vaatamata, […] arvestades kaubamärkide visuaalseid ja foneetilisi tajutavaid erinevusi (mis on ilmselgelt suuremad kui [hageja poolt viidatud] visuaalsed ja foneetilised sarnasused), asjaomaste kaupade turu erilist spetsialiseeritust ning nimetatud kaupade tavalise tarbija arvatavaid eriteadmisi", puudus asjaomaste sõnamärkide vahel igasugune segiajamise tõenäosus.

31 Seega, nagu tuleneb eespool punktides 26 ja 27 viidatud kohtupraktikast, tuleb kahe vastandatud kaubamärgi segiajamise tõenäosuse igakülgsel hindamisel arvesse võtta kõiki antud asjas asjassepuutuvaid tegureid, sealhulgas varasema kaubamärgi võimalikku tugevat eristusvõimet. Olles otsustanud 2002. aasta otsuses igakülgselt hinnata vastandatud kaubamärkide segiajamise tõenäosust, oleks kolmas apellatsioonikoda pidanud, nagu tuleneb eespool punktis 13 viidatud kohtuotsuse Siseturu Ühtlustamise Amet *vs*. Kaul punktidest 67–70, eelnevalt analüüsima hageja uusi argumente varasema kaubamärgi üldtuntuse kohta, mille viimane esitas esimest korda apellatsioonikoja menetluse staadiumis, nagu ka nende argumentide toetuseks esitatud tõendeid.

32 Kolmas apellatsioonikoda rikkus õigusnormi, mille tagajärjel eespool punktis 13 viidatud otsusega Siseturu Ühtlustamise Amet *vs.* Kaul 2002. aasta otsus tühistati, nimelt kõnealust eelnevat analüüsi tehes. Nagu Euroopa Kohus nimetatud otsuses sedastas, leidis apellatsioonikoda selle asemel, et kasutada varasema kaubamärgi väidetava üldtuntuse hindamiseks esitatud kõnealuste faktiliste asjaolude ja tõendite võimalikul arvessevõtmisel määruse nr 40/94 artikli 74 lõikest 2 tulenevat kaalutlusõigust, 2002. aasta otsuse punktides 10–12 ekslikult, et tal nimetatud kaalutlusõigus puudub, mistõttu ta lükkas tagasi faktilised asjaolud ja tõendid, mille hageja oli talle esitatud esimest korda vastulausete osakonna otsuse peale esitatud kaebuse menetlemise käigus.

33 Seega lükkas teine apellatsioonikoda, kellele asi pärast 2002. aasta otsuse tühistamist määrati, hageja poolt vastulausete osakonna otsuse peale esitatud kaebuse pärast selle uuesti läbivaatamist tagasi põhjendusel, et asjaomane avalikkus ei saa varasemat kaubamärki ja taotletavat kaubamärki ühelgi juhul pidada identseks või sarnaseks ja et seega on määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punktis b sätestatud segiajamise tõenäosus antud juhul välistatud (vaidlustatud otsuse punktid 26–28).

34 Ilma et see piiraks teise apellatsioonikoja analüüsi sarnasuse puudumise kohta kahe vastandatud kaubamärgi vahel, tuleb tagapool analüüsitavas hageja kolmandas väites vaidlustatud järeldusega seoses nentida, et hageja poolt vastulausete osakonna otsuse peale esitatud kaebust rahuldamata jättes ja jättes nimetatud otsuse jõusse põhjendusel, et vastandatud kaubamärgid ei ole identsed ega sarnased, kohaldas teine apellatsioonikoda õigesti eespool punktis 28 viidatud kohtupraktikat, millele apellatsioonikoda vaidlustatud otsuse punktis 26 ka ise viitab.

35 Vastupidi hageja väidetule ei piirdunud apellatsioonikoda vaidlustatud otsuses selle tuvastamisega, et 2002. aasta otsusega ei rikutud õigusnormi.

36 Siinkohal tuleb esiteks meenutada, et teine apellatsioonikoda leidis vaidlustatud otsuse punktis 24, et ainuüksi nende põhjendustega, mis on seotud 2002. aasta otsuse vastandatud kaubamärkide visuaalse, foneetilise ja kontseptuaalse võrdlusega ning mida korrati vaidlustatud otsuse punktis 23, ei rikutud õigusnormi ning need võivad seega olla aluseks vaidlustatud otsuse punktides 25–28 esitatud järeldustele, mille kohaselt kõnealuste kaubamärkide vahel puuduvad mis tahes sarnasused.

37 Veel tuleb märkida, et kolmas apellatsioonikoda ei väljendanud 2002. aasta otsuses kõnealust seisukohta selgelt ja üheti mõistetavalt, mida kinnitab ka asjaolu, et ta hindas nimetatud otsuse punktides 30–35 segiajamise tõenäosust igakülgselt, mis ei olnud eespool punktis 29 viidatud kohtupraktikast lähtuvalt vajalik, kui sama apellatsioonikoda oli leidnud, et arutlusel olevad kaubamärgid on igakülgse võrdluse põhjal erinevad.

38 Seevastu jõudis teine apellatsioonikoda vaidlustatud otsuse punktides 26–28 selgelt järeldusele, et vastandatud kaubamärgid ei ole identsed ega sarnased. Kuna teisel apellatsioonikojal tuli pärast 2002. aasta otsuse tühistamist vastulausete osakonna otsuse peale esitatud hageja kaebus uuesti läbi vaadata, tuli tal uuesti kontrollida ka kahe vastandatud kaubamärgi identsust või sarnasust, mille alusel võis ta kolmanda apellatsioonikoja võetud seisukohast sõltumata jõuda iseseisva järelduseni.

39 Teise apellatsioonikoja suhtes ei olnud siduvad ka eespool punktis 13 viidatud kohtuotsuse Siseturu Ühtlustamise Amet *vs*. Kaul resolutiivosa ja põhjendused, kuna nimetatud otsuses ei võtnud Euroopa Kohus seisukohta vastandatud kaubamärkide identsuse või sarnasuse kohta. Kõnealust küsimust oli võimalik analüüsida üksnes väite alusel, et rikutud on määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b. Seega rahuldas Euroopa Kohus nagu ka Esimese Astme Kohus enne teda kaebuse nimetatud väidet analüüsimata.

40 Arvestades järeldust, mille kohaselt vastandatud kaubamärgid ei ole sarnased, leidis teise astme apellatsioonikoda vaidlustatud otsuse punktis 25, et hageja poolt esimest korda ühtlustamisameti apellatsioonimenetluse staadiumis esitatud varasema kaubamärgi väidetava üldtuntusega seotud faktilised asjaolud ja tõendid „ei ole kõnealuse vastulause osas asjakohased ja on seega vastuvõetamatud, kuna, isegi kui hageja poolt viidatud faktilised asjaolud on täielikult tõendatud, ei mõjuta see käesolevas asjas kuidagi [määruse nr 40/94] artikli 8 lõike 1 [punkti] b kohaldamist".

41 Hageja väidab, et keeldudes kõnealuseid faktilisi asjaolusid ja tõendeid arvesse võtmast, rikkus teise astme apellatsioonikoda määruse nr 40/94 artikli 74 lõiget 2, nagu seda on tõlgendatud eespool punktis 13 viidatud kohtuotsuses Siseturu Ühtlustamise Amet *vs.* Kaul.

42 Seega kujutab selliste ühtlustamisametile esitatud faktiliste asjaolude ja tõendite asjakohasus, mille pooled esitasid vastulausemenetluses pärast kõnealustes sätetes selleks määratud tähtaegade möödumist, endast üht kriteeriumi, mida ühtlustamisamet peab määruse nr 40/94 artikli 74 lõikest 2 tuleneva kaalutlusõiguse kasutamisel arvesse võtma, kui ta otsustab nimetatud faktiliste asjaolude ja tõendite arvessevõtmise üle (vt selle kohta eespool punktis 13 viidatud kohtuotsus Siseturu Ühtlustamise Amet *vs.* Kaul).

43 Seega ei saa teisele apellatsioonikojale ette heita, et ta rikkus viimati nimetatud sätet ja eiras eespool punktis 13 viidatud kohtuotsust Siseturu Ühtlustamise Amet *vs.* Kaul, kuna ta võttis hageja poolt esimest korda vastulausete osakonna otsuse peale esitatud kaebuse menetlemise käigus esitatud faktiliste asjaolude ja tõendite kõrvalejätmisel nimetatud faktiliste asjaolude ja tõendite asjakohasust oma otsuses arvesse.

44 Igal juhul ei ole asjakohane hageja etteheide, milles tuginetakse määruse nr 40/94 artikli 74 lõike 2 rikkumisele. Olles leidnud, et taotletava ja varasema kaubamärgi vahel puudub sarnasus, ei olnud teine apellatsioonikohus kohustatud arvesse võtma

varasema kaubamärgi väidetavat üldtuntust, kuna ta võis õigesti järeldada, et segiajamine ei ole varasema kaubamärgi väidetavast tugevast eristusvõimest olenemata tõenäoline (vt selle kohta Esimese Astme Kohtu 25. juuni 2008. aasta otsus kohtuasjas T-224/06: Otto *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet – Altra Moda (Altra Moda), kohtulahendite kogumikus ei avaldata, punkt 50).

45 Seega, kuigi teine apellatsioonikoda rikkus õigusnormi, kui ta keeldus määruse nr 40/94 artikli 74 lõikest 2 tuleneva kaalutlusõiguse kasutamisel võtmast arvesse varasema kaubamärgi väidetavat üldtuntust ja selle viitavaid tõendeid, ei mõjutanud see rikkumine vaidlustatud otsuse resolutiivosa, mis põhines õiguslikult piisaval järeldusel, et taotletav kaubamärk ja varasem kaubamärk ei ole identsed ega sarnased.

46 Lõpuks leiab hageja, et teise apellatsioonikoja vaidlustatud otsuse punktis 30 esitatud väide, mille kohaselt „ei ole õigusnormi, nimelt [määruse nr 40/94] artikli 74 lõike 2 rikkumine kolmanda apellatsioonikoja poolt piisav alus [2002. aasta otsuse] tühistamiseks" tõendab, et teine apellatsioonikoda ei võtnud arvesse eespool punktis 13 viidatud kohtuotsusest Siseturu Ühtlustamise Amet *vs.* Kaul tulenevaid juhiseid.

47 Selle väitega ei saa nõustuda. Vaidlustatud otsuse punkt 30 näib tõesti eiravat asjaolu, et Euroopa Kohtul puudus seejärel, kui ta oli tuvastanud, et 2002. aasta otsuse põhjendustega on rikutud määruse nr 40/94 artikli 74 lõike 2 kohaldamisel õigusnormi, õigus vastulause tagasi lükata vastandatud kaubamärkide identsuse puudumisest tuleneval põhjendusel, mida 2002. aasta otsuses ei olnud välja toodud.

48 Kuigi määruse nr 40/94 artikli 63 lõike 3 kohaselt on ühenduste kohus „pädev vaidlustatud otsust tühistama või seda muutma", tuleb seda sätet lugeda eelnevat lõiku silmas pidades, mille kohaselt „[k]aebuse aluseks võib olla pädevuse puudumine, olulise menetlusnormi rikkumine, asutamislepingu, [määruse nr 40/94] või nende rakendusnormide rikkumine või võimu kuritarvitamine", ning EÜ artiklite 229 ja 230 raames (Esimese Astme Kohtu 8. juuli 1999. aasta otsus kohtuasjas T-163/98: Procter & Gamble *vs*. Siseturu Ühtlustamise Amet (BABY-DRY), EKL 1999, lk II-2383, punktid 50 ja 51, ja 31. mai 2005. aasta otsus kohtuasjas T-373/03: Solo Italia *vs*. Siseturu Ühtlustamise Amet - Nuova Sala (PARMITALIA), EKL 2005, lk II-1881, punkt 25).

49 Sellest järeldub, et nii Esimese Astme Kohus kui ka Euroopa Kohus siis, kui nad tühistavad Esimese Astme Kohtu otsuse ja lahendavad hagi ise, teostavad ühtlustamisameti üksuste otsuste õiguspärasuse kontrolli. Kui nimetatud kohtud leiavad, et otsus, mille peale on neile kaebus esitatud, on õigusvastane, tuleb neil see otsus tühistada. Kõnealused kohtud ei või kaebust tagasi lükata, asendades vaidlusaluse akti vastu võtnud ühtlustamisameti koja otsuse põhjenduse enda omaga (vt selle kohta ja analoogia alusel Euroopa Kohtu 27. jaanuari 2000. aasta otsus kohtuasjas C-164/98 P: DIR International Film jt *vs*. komisjon, EKL 2000, lk I-447, punkt 38).

50 Siiski tuleb märkida, et teisel apellatsioonikojal ei palutud teha otsust ei selle 2002. aasta otsuse põhjendatuse kohta, mis Euroopa Kohtu tühistamisotsusega tagantjärele õiguskorrast kaotati, ega küsimuses, kas kõnealune tühistamine oli õigustatud. Teisel apellatsioonikojal paluti teha otsus üksnes hageja poolt vastulausete osakonna otsuse peale esitatud kaebuse kohta. Üksnes vaidlustatud otsuse põhjendustest, mis viitavad hageja esitatud vastulausele, piisab selle otsuse resolutiivosa toetamiseks, milles teine apellatsioonikoda otsustas hageja kaebuse rahuldamata jätta.

51 Seevastu ei mõjuta Euroopa Kohtu poolt 2002. aasta otsuse tühistamise põhjendatuse kohta tehtud järeldused, mis on märgitud vaidlustatud otsuse punktis 30, kõnealuse

otsuse põhjendusi. Seega, kuigi nimetatud põhjendustega rikuti õigusnormi, ei saanud vaidlustatud otsust nende alusel tühistada.

52 Kõiki eeltoodud kaalutlusi arvesse võttes tuleb esimene väide tagasi lükata.

Teine väide, mis käsitleb õiguse olla ära kuulatud rikkumist

53 Hageja väidab, et teine apellatsioonikoda jättis määruse nr 40/94 artikli 61 lõiget 2 ja artikli 73 teist lauset rikkudes andmata talle võimaluse esitada enne vaidlustatud otsuse vastuvõtmist oma märkused, eelkõige eespool punktis 13 viidatud kohtuotsuse Siseturu Ühtlustamise Amet *vs.* Kaul ulatuse ja tõlgendamise kohta.

54 Ühtlustamisamet vaidleb hageja väitele vastu.

55 Tuleb märkida, et määruse nr 40/94 artikli 73 teise lause kohaselt võivad ühtlustamisameti otsuste aluseks olla üksnes põhjused või tõendid, mille kohta huvitatud isikutel on olnud võimalik esitada oma seisukoht. See säte tunnustab kaitseõiguste kaitse üldpõhimõtet ühenduse kaubamärgiõiguses. Vastavalt sellele ühenduse õiguse üldpõhimõttele peab ametiasutuste otsuste adressaatidel, kelle huve märkimisväärselt riivatakse, olema tõhus võimalus oma seisukohtade teatavakstegemiseks. Õigus olla ära kuulatud laieneb kõikidele faktilistele või õiguslikele asjaoludele, mis on otsustamise aluseks, kuid mitte haldusorgani poolt kavandatavale lõplikule seisukohale (vt Esimese Astme Kohtu 7. veebruari 2007. aasta otsus kohtuasjas T-317/05: Kustom Musical Amplification *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet (kitarri kuju), EKL 2007, lk II-427, punktid 24, 26 ja 27 ja viidatud kohtupraktika).

56 Käesolevas asjas on selge, et menetluses, mille tulemusena võeti vastu 2002. aasta otsus, oli hagejal võimalus esitada kolmandale apellatsioonikojale oma märkused kõikides tema esitatud vastulause aspekte puudutavates küsimustes, kaasa arvatud vastandatud kaubamärkide väidetav sarnasus. Nimetatud märkuste kokkuvõte on ära toodud 2002. aasta otsuse punktis 6.

57 Pärast 2002. aasta otsuse tühistamist Euroopa Kohtu poolt määrati see asi teisele apellatsioonikojale, kellel paluti asja läbivaatamise järel teha otsus vastulausete osakonna otsuse peale esitatud hageja kaebuse kohta, mille teine apellatsioonikoda jättis rahuldamata.

58 Nagu nähtub esimese väite analüüsist, lükkas teine apellatsioonikoda vaidlustatud otsusega hageja kaebuse tagasi põhjendusel, et vastupidi viimase väidetele ei ole taotletav kaubamärk ja varasem kaubamärk identsed ega sarnased.

59 Vaidlustatud otsusest ei ilmne, et teine apellatsioonikoda tugines vaidlustatud otsuse vastuvõtmisel faktilistele või õiguslikele asjaoludele, mis erinevad neist, millele tugines kolmas apellatsioonikoda 2002. aasta otsuse vastuvõtmisel ja mille kohta hageja võis esitada oma märkuseid. See peab paika seda enam, et teine apellatsioonikoda kordas suurt osa 2002. aasta otsuse põhjendustest vastandatud kaubamärkide visuaalse, foneetilise ja kontseptuaalse võrdluse kohta.

60 Kuigi vastab tõele, et teine apellatsioonikoda tegi 2002. aasta otsuse põhjendustest, mida ta oma otsuses kordas, järelduse – mis iseenesest 2002. aasta otsuses puudub –, et vastandatud kaubamärgid ei ole sarnased, ei olnud ta hoolimata sellest, millise otsuse ta teha kavatseb, kohustatud eespool punktis 55 viidatud kohtupraktikast tulenevalt enne oma otsuse vastuvõtmist hagejat uuesti ära kuulama.

61 Siiski väidab hageja sisuliselt seda, et eespool punktis 13 viidatud kohtuotsus Siseturu Ühtlustamise Amet *vs*. Kaul kujutab endast uut õiguslikku asjaolu, mille osas oleks pidanud enne otsuse vastuvõtmist hageja uuesti ära kuulama.

62 Samadel asjaoludel väidab hageja, et sellise tühistamisotsuse tõlgendamisel, nagu eespool punktis 13 viidatud kohtuotsus Siseturu Ühtlustamise Amet *vs*. Kaul, tuleb lähtuda hageja jaoks kõige soodsamast tõlgendusest.

63 Vastuseks viimati nimetatud väitele tuleb märkida, et Euroopa Kohtu põhikirja punkti 43 kohaselt annab Euroopa Kohus, kui kohtuotsuse mõte või ulatus on kahtluse all, selle tõlgenduse. Seega ei ole hageja viidatud tingimust olemas ja teine apellatsioonikoda ei olnud kohustatud hagejat eespool punktis 13 viidatud kohtuotsuse Siseturu Ühtlustamise Amet *vs*. Kaul tõlgenduse osas ära kuulama. Juhul kui hagejal või ühtlustamisametil, kes mõlemad on Euroopa Kohtu menetluses pooled, oli kõnealuse kohtuotsuse tõlgendamisel raskusi, oleks neil selle tõlgenduse saamiseks tulnud pöörduda Euroopa Kohtu poole.

64 Mis puutub küsimusse, kas teine apellatsioonikoda oli enne vaidlustatud otsuse vastuvõtmist kohustatud hagejat määruse n 40/94 artikli 74 lõike 2 kohaldamise osas seoses eespool punktis 13 viidatud kohtuotsuses Siseturu Ühtlustamise Amet *vs*. Kaul esitatud tõlgendusega uuesti ära kuulama, siis piisab, kui meenutada, et kuigi teise apellatsioonikoja keeldumisega võtta määruse nr 40/94 artikli 74 lõikest 2 tuleneva kaalutlusõiguse kasutamisel arvesse varasema kaubamärgi väidetavat üldtuntust ja sellele viitavaid tõendeid rikuti õigusnormi, ei mõjutanud see rikkumine vaidlustatud otsuses tehtud järeldusi.

65 Kuna eespool punktis 55 viidatud kohtupraktikast tulenevalt laieneb määruse nr 40/94 artiklis 73 sätestatud õigus olla ära kuulatud siiski ainult otsuse aluseks olevatele faktilistele ja õiguslikele asjaoludele, ei olnud teine apellatsioonikoda kohustatud hagejat seoses määruse n 40/94 artikli 74 lõike 2 kohaldamisega uuesti ära kuulama, kuna vaidlustatud otsus ei põhine viimati nimetatud sättele tuginedes esitatud faktilistel asjaoludel ja tõenditel varasema kaubamärgi üldtuntuse kohta.

66 Eeltoodud kaalutlusi arvesse võttes tuleb teine väide tagasi lükata.

Kolmas väide, mis käsitleb määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b rikkumist

67 Hageja leiab, et apellatsioonikoda rikkus määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b. Hageja väidab antud küsimuses esiteks, et apellatsioonikoda jättis analüüsimata hageja esitatud faktilised asjaolud ja väited, kaasa arvatud need, mille ta esitas Esimese Astme Kohtu ja Euroopa Kohtu menetluses. Apellatsioonikoda oli jätnud arvesse võtmata ka

ühtlustusameti esindaja poolt nii Esimese Astme Kohtu kui Euroopa Kohtu istungil eespool punktis 13 viidatud kohtuotsusega Siseturu Ühtlustamise Amet *vs*. Kaul lõppenud menetluses esitatud seisukohad, mille kohaselt on varasema kaubamärgi väidetava üldtuntuse tuvastamise korral vastandatud kaubamärgid piisavalt sarnased, et tõendada segiajamise tõenäosust määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b tähenduses.

68 Teiseks on vaidlustatud otsuses tehtud järeldus, mille kohaselt ei ole vastandatud kaubamärgid ei visuaalselt ega foneetiliselt sarnased, ekslik ja eirab tugeva eristusvõimega kaubamärkidele laiemat kaitset tagavat kohtupraktikat.

69 Kolmandaks ei võtnud apellatsioonikoda piisavalt arvesse kaubamärgi „kaitseotstarvet" ega muude taoliste kriteeriumide omavahelist toimet, mida tuleb segiajamise tõenäosuse hindamisel arvesse võtta.

70 Ühtlustamisamet vaidleb hageja väidetele vastu.

71 Sissejuhatuseks tuleb ainetuse tõttu tagasi lükata hageja väited, mille kohaselt apellatsioonikoda eiras ühelt poolt tugeva eristusvõimega kaubamärkidele laiemat kaitset tagavat kohtupraktikat ja teiselt poolt nende kriteeriumide omavahelist toimet, mida tuleb segiajamise tõenäosuse igakülgsel hindamisel arvesse võtta.

72 Nagu nähtub esimese väite analüüsist, põhines käesolevas asjas vastulause läbivaatamata jätmine vastandatud kaubamärkide vahelise sarnasuse puudumisel, mitte segiajamise tõenäosuse igakülgsel hindamisel.

73 Isegi kui eeldada, et vaidlustatud otsuse põhjendused, kaasa arvatud selle punktis 23 loetletud 2002. aasta otsuse põhjendused, viitavad õigusnormi rikkumisele seoses nende kriteeriumide omavahelise toimega, mida tuleb segiajamise tõenäosuse igakülgsel hindamisel arvesse võtta, ei too selline õigusnormi rikkumine kaasa vaidlustatud otsuse tühistamist selle tõttu, et taotletav kaubamärk ja varasem kaubamärk ei ole identsed ega sarnased.

74 Väite osas, mis käsitleb kaubamärgi „kaitseotstarbe" väidetavat eiramist apellatsioonikoja poolt, tuleb märkida, et hageja väite kohaselt täidab kaubamärk lisaks kauba või teenuse päritolu ja kvaliteedi tuvastatavuse tagamisele ja reklaamvahendiks olemisele ka konkurentsiülesannet, kuna ta tagab kaubamärgi omanikule konkurentsieelise.

75 Seega, eeldades, et eeltoodud kaalutlused on õiged, ei mõjuta need mingil viisil kahe kaubamärgi sarnasuse hindamist. Seetõttu on ka kõnealune väide ainetu.

76 Seoses väitega, mis puudutab selle asjaomase avalikkuse vale määratlust, mida tuleb käesolevas asjas segiajamise tõenäosuse hindamisel arvesse võtta, ei sea hageja kahtluse alla 2002. aasta otsuses tehtud järeldust, mis on ära toodud ka vaidlustatud otsuses ning mille kohaselt koosneb nimetatud avalikkus toiduainete ja kondiitritoodete tootjatest. Hageja vaidleb vastu eelkõige 2002. aasta otsuse punktis 34 esitatud väitele, mida on korratud vaidlustatud otsuse punktis 23 ning mille kohaselt asjaomase erialaspetsia-

listidest koosneva avalikkuse valikut ühe või teise vastandatud kaubamärgiga tähistatud kauba suhtes „ei mõjuta ega suuna nende vabrikutes kasutatud kaupade ja koostisosadega seostatavad kaubamärgid" ja „et sedalaadi olukorras eeldab segiajamise tõenäosus tingimata kaubamärkide suurt sarnasust".

77 Seega on tegemist samuti ainetu väitega. Ilma et käesolevas asjas oleks segiajamise tõenäosuse tuvastamiseks määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b tähenduses vaja kindlaks määrata vastandatud kaubamärkide sarnasuse määra, piisab, kui meenutada, et apellatsioonikoda leidis, et kõnealused kaubamärgid ei olu sarnased ja et need on erinevad.

78 Seega piisab arutlusel olevale väitele vastamiseks sellest, kui analüüsida viimast vaidlusaluses otsuses tehtud järeldust, võttes esiteks arvesse apellatsioonikoja poolt vaidlusaluses otsuses õigesti määratletud viisi, kuidas asjaomane avalikkus vastandatud kaubamärke tajub, ja teiseks hageja väiteid apellatsioonikoja poolt kõnealuste kaubamärkide visuaalsel ja foneetilisel võrdlemisel väidetavalt tehtud vigade kohta.

79 Apellatsioonikoda võrdles 2002. aasta otsuse punktis 27, mida korrati vaidlusaluse otsuse punktis 23, esiteks kahte vastandatud kaubamärki visuaalselt. Apellatsioonikoja sõnul on asjaolu, et mõlemad kõnealused kaubamärgid koosnevad viiest tähest, tõenäoliselt „võimalik kokkulangevus". Lisaks märkis apellatsioonikoda, et kuigi mõlemas nimetatud kaubamärgis esineb täht „a" ja need lõppevad tähekombinatsiooniga „ol", on nimetatud kaubamärgid visuaalselt „täiesti erinevad".

80 Hageja vaidleb eeltoodud kaalutlustele vastu, kuna peab neid ebamääraseks ja mõttetuks. Ta leiab, et apellatsioonikoda jättis kohtupraktikat eirates selgitamata, miks asjaolu, et vastandatud kaubamärgid koosnevad samast arvust tähtedest, ei mõjuta kuidagi nende sarnasuse hindamist.

81 Selle väitega ei saa nõustuda. Asjaolul, et sõnamärgid koosnevad samast arvust tähtedest, ei ole iseenesest kõnealuste kaubamärkide sihtrühmaks oleva avalikkuse, kaasa arvatud käeolevas asjas erialaspetsialistidest koosneva avalikkuse jaoks olulist tähtsust. Kuna tähestik koosneb piiratud arvust tähtedest, mida ei kasutata ka sama sagedasti, on vältimatu, et paljud sõnad koosnevad samast arvust tähtedest, ka samadest tähtedest, ilma et neid saaks üksnes seetõttu visuaalselt sarnasteks pidada.

82 Lisaks ei ole avalikkus enamasti teadlik sõnamärki moodustavate tähtede täpsest arvust ja seega ei võta ta paljudel juhtudel arvesse asjaolu, et kaks vastandatud kaubamärki koosnevad samast arvust tähtedest.

83 Kahe sõnamärgi visuaalse sarnasuse tuvastamisel on eelkõige oluline see, kas mõlemas sõnas esineb mitu tähte samas järjestuses. Seega jättis apellatsioonikoda õigesti omistamata olulist tähtsust asjaolule, et mõlemas vastandatud kaubamärgis esineb täht „a", kuna see oli taotletava kaubamärgi esimene täht, millele järgnes täheühend „rc", ja varasema kaubamärgi teine täht, mille ees ja taga asetsesid teised tähed, nimelt tähed „c" ja „p".

84 Seevastu on apellatsioonikoja arvamuse kohaselt vastandatud kaubamärkide sõnalõpu „ol" puhul tegemist nimetatud kaubamärkide ühise tunnusega. Kuid kuna kõnealune täheühend esineb kõnealuste kaubamärkide lõpus ja sellele eelnevad täiesti erinevad

täheühendid (vastavalt täheühendid „arc” ja „cap”), leidis apellatsioonikoda õigesti, et sellest ei saa järeldada, nagu ei oleks kõnealused kaubamärgid igakülgselt võrreldu visuaalselt sarnased.

85 Seda enam on tõsi, nagu Esimese Astme Kohus on korduvalt leidnud, et tarbija pöörab üldjuhul suuremat tähelepanu kaubamärgi algusele kui lõpule (vt Esimese Astme Kohtu 7. septembri 2006. aasta otsus kohtuasjas T-133/05: Meric *vs*. Siseturu Ühtlustamise Amet, Arbora & Ausonia (PAM-PIM’S BABY-PROP), EKL 2006, lk II-2737, punkt 51, ja eespool punktis 44 viidatud kohtuotsus Altra Moda, punkt 43).

86 Mis puutub kahe vastandatud kaubamärgi foneetilisse võrdlusse, siis loetles apellatsioonikoda 2002. aasta otsuse punktis 28, mida korrati vaidlusaluse otsuse punktis 23, erinevaid taotletava kaubamärgi võimalikke häälduvviise, olles märkinud, et vastandatud kaubamärkide hääldus on liikmesriikides erinev, kuid et mõlemad kaubamärgid koosnevad kahest silbist.

87 Nimetatud kaalutlustega tuleb nõustuda. Vastupidi hageja väidetele ei saa apellatsioonikojale ette heita, et ta tugines taotletava kaubamärgi „võimalikele” häälduvviisidele. Kuna viimane on väljamõeldud mõiste, millele ei vasta ükski olemasolev sõna üheski ühenduse liikmesriigi keeles ja kuna kõnealust sõna ei ole registreeritud ning seda ei kasutata kaupade tähistamiseks, ei saa selle puhul rääkida muust kui selle võimalikust häälduses asjaomase avalikkuse poolt.

88 Lisaks, heites ühtlustamisameti pädevatele üksustele ette seda, et nad ei selgitanud välja kahe vastandatud kaubamärgi hääldust kõikide ühenduse liikmesriikide keeltes, ei täpsustanud hageja keelt või keeli, milles nimetatud kahte kaubamärki hääldatakse selliselt, et see õigustab nende foneetilise sarnasuse tuvastamist või võimaldab seda.

89 Asjaolul, millele hageja on samuti viidanud, et vastandatud kaubamärkidel on sama arv silpe, nimelt kaks, ei oma olulist tähtsust selles osas, kuidas avalikkus ning eelkõige asjaomane erialaspetsialistidest koosnev avalikkus vastandatud kaubamärke üldiselt tajub ega vii iseenesest järelduseni, et kõnealused kaubamärgid on foneetiliselt sarnased.

90 Neil asjaoludel ja võttes arvesse asjaolu, et sõltumata taotletava kaubamärgi alguses esineva täheühendi „arc" täpsest häälduslviisist on see igal juhul erinev varasema kaubamärgi alguses esineva täheühendi „cap" häälduses, ei ole mõlema kaubamärgi lõpus olev täheühend „ol" – mille hääldus on mõlemal puhul tõenäoliselt identne – piisav, et nimetatud kaubamärke tervikuna pidada foneetiliselt sarnaseks.

91 Lõpuks, nagu on 2002. aasta otsuse punktis 29 sätestatud, mida on korratud vaidlustatud otsuses, ei oma kumbki kaubamärkidest sellist tähendust, millega seondub eriomane mõiste, ja seega puudub nende vahel igasugune kontseptuaalne sarnasus. Hageja ei ole seda seisukohta ka vaidlustanud.

92 Eeltoodud järeldustest ja kaalutlustest lähtuvalt tuleb asuda seisukohale, et teine apellatsioonikoda ei rikkunud määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b, leides vaidlustatud otsuse punktides 26–28, et vastandatud kaubamärgid ei ole identsed ega sarnased ning seega ei kuulu kõnealune säte kohaldamisele, isegi kui nimetatud kaubamärkidega tähistatud kaubad on identsed.

93 Mis puudutab hageja väidet, et apellatsioonikoda jättis vastamata tema väidetele, kaasa arvatud ühenduse kohtutes eespool punktis 13 viidatud kohtuotsusega Siseturu Ühtlustamise Amet *vs.* Kaul lõppenud menetluses esitatud seisukohtade osas, tuleb märkida, et hageja ei täpsustanud, millistele väidetele teine apellatsioonikoda vastamata jättis.

94 Sellega seoses tuleb märkida, et igal juhul oli apellatsioonikoda kohustatud vaidlustatud otsuse vastuvõtmisel võtma arvesse üksnes hageja poolt ühtlustamisameti erinevate üksuste menetluses esitatud väiteid. Väited, mida hageja ühenduse kohtute menetluses esitas, ei olnud suunatud ühtlustamisametile ja apellatsioonikoda ei olnud kohustatud neid arvesse võtma ega neile oma otsuses vastama.

95 Mis puudutab hageja poolt ühtlustamisameti üksustele esitatud väiteid, siis nähtub apellatsioonikoja menetlusega seotud toimikust, mis anti Esimese Astme Kohtule üle vastavalt Esimese Astme Kohtu kodukorra artikli 133 lõikele 3, et nii vastulausete osakonnale esitatud vastulauses kui ka apellatsioonikojale esitatud kaebuse põhjendustes esitas hageja väited asjaomase avalikkuse, vastandatud kaubamärkidega tähistatud kaupade identsuse või sarnasuse, nimetatud kaubamärkide sarnasuse ja varasema kaubamärgi väidetava tugeva eristumisvõime kohta.

96 Kõnealuseid hageja küsimusi ja nendega seotud väiteid käsitles apellatsioonikoda vaidlustatud otsuses. Seega tuleb kõnealune hageja väide põhjendamatuse tõttu tagasi lükata.

97 Samuti tuleb tagasi lükata hageja väide, et apellatsioonikoda eiras ühtlustamisameti esindaja poolt väidetavalt ühenduse kohtute menetluses esitatud seisukohti.

98 Otsused tähise ühenduse kaubamärgina registreerimise kohta, mida apellatsioonikojad teevad määruse nr 40/94 kohaselt, kuuluvad nende piiratud pädevuse, mitte kaalutlusõiguse valdkonda. Seepärast tuleb tähise ühenduse kaubamärgina registree-

rimise võimalikkust hinnata üksnes selle määruse alusel, nii nagu ühenduse kohus on seda tõlgendanud, mitte ühtlustamisameti varasema praktika alusel (vt Esimese Astme Kohtu 9. juuli 2008. aasta otsus kohtuasjas T-304/06: Reber *vs*. Siseturu Ühtlustamise Amet – Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli (Mozart), EKL 2008, lk II-1927, punkt 45 ja viidatud kohtupraktika).

99 Need kaalutlused on iseäranis asjakohased ühtlustamisameti esindaja poolt ühenduse kohtu menetluses väidetavalt esitatud väite osas, ning veelgi enam arvesse võttes asjaolu, et määruse nr 40/94 artikli 131 lõikes 4 sätestatud apellatsioonikodade juhataja ja liikmete sõltumatusest tulenevalt ei ole ühtlustamisameti poolt ühenduse kohtus võetud seisukoht viimaste jaoks siduv.

100 Seega isegi eeldades, et ühtlustamisameti esindaja tõesti esitas hageja viidatud väite, ei ole see apellatsioonikoja suhtes siduv ning ta ei olnud kohustatud vaidlustatud otsuses selle tagasilükkamise põhjuseid esitama.

101 Eeltoodud põhjendustest tuleneb, et käesolev väide tuleb tagasi lükata ja apellatsioonkaebus tervikuna rahuldamata jätta.

Kohtukulud

102 Kodukorra artikli 87 lõike 2 alusel on kohtuvaidluse kaotanud pool kohustatud hüvitama kohtukulud, kui vastaspool on seda nõudnud. Kuna kohtuotsus on tehtud hageja kahjuks, jäetakse kohtukulud vastavalt ühtlustamisameti nõudele hageja kanda.

Esitatud põhjendustest lähtudes

ESIMESE ASTME KOHUS (viies koda)

otsustab:

1. Jätta hagi rahuldamata.

2. Mõista kohtukulud välja Kaul GmbH-lt.

Vilaras Prek Ciucă

Kuulutatud avalikul kohtuistungil 25. märtsil 2009 Luxembourgis.

Allkirjad