KOHTUJURISTI ETTEPANEK
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
esitatud 23. märtsil 2006[1] [1]

I. Sissejuhatus

1. Apellatsioonkaebus esitati Esimese Astme Kohtu 10. novembri 2004. aasta otsuse[2] peale, millega jäeti rahuldamata tühistamishagi Siseturu Ühtlustamise Ameti (kaubamärgid ja tööstusdisainilahendused) (edaspidi „ühtlustamisamet") teise apellatsioonikoja otsuse[3] vastu keelduda registreerimast kaubamärki, mis kujutab otstest kokku keeratud kompvekipaberit (kommipaberi kuju).

2. Küsimus on registreerimise põhinõudeks olevas eristusvõimes, millisel teemal on ühenduse kohtupraktikas kaubamärki käsitleva määruse[4] artikli 7 lõike 1 punkti b tõlgendamise kohta piisavalt palju materjali hageja nõuete lahendamiseks, mille arutelu on hageja laiendanud selle eristusvõime omandamisele kasutuse läbi.

3. Vaidlus hõlmab lisaks ühtlustamisameti apellatsioonikodades toimuvat menetlust seoses nende põhjendamiskohustusega ja kohustusega kontrollida fakte omal algatusel, mida käesolevas ettepanekus samuti käsitletakse.

II. Õiguslik raamistik

4. Käesoleva hagi lahendamiseks vajalikud sätted näeb ette määrus nr 40/94.

5. Vastavalt artiklile 4 võib ühenduse kaubamärgina registreerida „tähised, mida on võimalik graafiliselt esitada, eelkõige nimed, sealhulgas isikunimed, kujutised, tähed,

1 — Algkeel: hispaania.

2 — Kohtuotsus T-402/02: Storck *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet (EKL 2004, lk II-3849).

3 — 18. oktoobri 2002. aasta otsus (asi R 0256/2001-4).

4 — Nõukogu 20. detsembri 1993. aasta määrus (EÜ) nr 40/94 (EÜT 1994, L 11, lk 1; ELT eriväljaanne 17/01, lk 146), muudetud nõukogu 22. detsembri 1994. aasta määrusega (EÜ) nr 3288/94 Uruguay voorus sõlmitud lepingute rakendamiseks (EÜT L 349, lk 83; ELT eriväljaanne 17/01, lk 185) ja viimati nõukogu 19. veebruari 2004. aasta määrusega (EÜ) nr 422/2004 (ELT L 70, lk 1; ELT eriväljaanne 17/02, lk 3).

numbrid või kaupade või nende pakendi kuju, kui selliste tähiste põhjal on võimalik eristada ühe ettevõtja kaupu või teenuseid teiste ettevõtjate omadest."

6. Vastavalt artikli 7 lõikele 1 pealkirjaga „Absoluutsed keeldumispõhjused" ei registreerita:

„a) tähiseid, mis ei vasta artiklis 4 sätestatud tingimustele;

b) kaubamärke, millel puudub eristusvõime;

[...]".

7. Sama artikli 7 lõige 2 sätestab:

„Lõiget 1 kohaldatakse olenemata sellest, et registreerimata jätmise põhjused on ainult teatavas ühenduse osas."

8. Lõige 3 näeb ette, et lõike 1 punkte b, c ja d ei kohaldata „kui kaubamärk on kasutamise käigus muutunud neid kaupu või teenuseid eristavaks, mille jaoks registreerimist taotletakse".

9. Artikkel 73 pealkirjaga „Otsuste põhjendav osa" näeb ette, et „[a]meti otsustes märgitakse põhjused, millel need rajanevad. Otsuste aluseks võivad olla üksnes põhjused või tõendid, mille kohta huvitatud isikutel on olnud võimalik esitada oma seisukoht".

10. Ühtlustamisameti omal algatusel faktide kontrollimise kohta märgitakse artiklis 74:

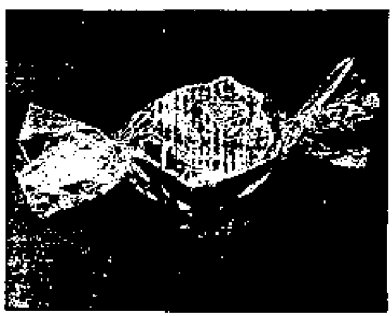
„1. Asju menetledes kontrollib amet fakte omal algatusel; registreerimisest keeldumise suhteliste põhjustega seotud menetlustes piirdub amet siiski kontrollimisel osaliste esitatud faktide, tõendite ja väidetega ning esitatud nõudmistega.

[...]".

III. Apellatsioonkaebuse taust

A. *Vaidluse aluseks olevad asjaolud*

11. Hageja esitas 30. märtsil 1998 ühtlustamisametile määruse nr 40/94 alusel taotluse registreerida ühenduse kaubamärgina otstest kokku keeratud kompvekipaberi kujutisest perspektiivis (kommipaberi kuju) koosnev märk, mis on esitatud alljärgnevalt:



12. Kaubad, mille jaoks registreerimist taotleti, kuuluvad Nizza kokkuleppe [5] klassi 30 ja vastavad kirjeldusele „kompvekid".

13. Kontrollija lükkas 19. jaanuari 2001. aasta otsusega taotluse tagasi põhjusel, et taotletaval kaubamärgil puudub eristusvõime määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punkti b tähenduses ja see ei ole omandanud eristusvõimet karamellkompvekkide osas (pehmed koorekohvikaramellid) kõnealuse õigusnormi artikli 7 lõike 3 tähenduses.

14. Hageja taotles ühtlustamisametile 13. märtsil 2001 määruse nr 40/94 artikli 59 alusel esitatud kaebuses kontrollija otsuse tühistamist.

15. Teine apellatsioonikoda jättis 18. oktoobri 2002. aasta otsusega kaebuse rahuldamata samadel põhjustel, mis on esitatud vaidlustatud otsuses.

16. Ta leidis, et taotletava kaubamärgi graafilisel kujutisel on kommipaberi värvis võimatu eristada hageja nimetatud kolme tooni, mille kasutamine on pealegi kompvekipakendite jaoks kaubanduses tavaline ja sage.

17. Ta leidis samuti, et esitatud tõenditest ei nähtu, et see kaubamärk oleks kasutamise käigus muutunud üldisemalt kompvekke ja täpsemalt karamellkompvekke eristavaks.

5 — 15. juuni 1957. aasta märkide registreerimisel kasutatav kaupade ja teenuste rahvusvaheline klassifikatsioon, uuesti läbi vaadatud ja parandatud kujul.

18. Pärast haldusmenetlust esitas August Storck KG 26. mail 2003 Esimese Astme Kohtu kantseleisse tühistamishagi.

B. *Vaidlustatud kohtuotsus*

19. August Storck KG esitas oma nõude põhjenduseks neli väidet, mis käsitlevad vastavalt määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punkti b, artikli 7 lõike 3, artikli 74 lõike 1 esimese lause ja artikli 73 rikkumist.

20. Enne väidete analüüsimist piiritles Esimese Astme Kohus vaidluseseme, sest hageja ja ühtlustamisameti arvamused olid kaubamärgi osas lahknevad, ja väljendas veendumust, et tegemist on otstest kokku keeratud kompvekipaberit kujutava (kompvekipaber) kujutismärgiga,[6] mis on kullavärvi[7] ja mida taotletakse „karamellkompvekkide" jaoks.[8]

21. Esimese väite osas uuris kohus *a quo* eristusvõimet ühest küljest seoses kaupade ja teenustega, mille jaoks registreerimist taotletakse, ning teisest küljest seoses sellega, kuidas tajub kaubamärki asjaomane avalikkus.[9] Seejärel selgitas ta välja sellest kombinatsioonist jääva tervikmulje,[10] et hinnata, kas tarbija tajub pakendi kuju ja värvi päritolutähisena, järeldades, et selle tunnused ei ole sageli kompvekipakendite puhul kasutatavatest põhikujudest piisavalt erinevad ja ei jää seega kaubandusliku päritolu tähisena meelde.

22. Ta kinnitas samuti selle tähise kompvekkide jaoks monopoliseerimise ohtu, mida oli nimetanud apellatsioonikoda, kinnitades, et vastavalt määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punktis c sätestatud absoluutse keeldumispõhjuse aluseks olevale üldisele huvile puudub pakendil nende maiustuste osas eristusvõime.[11]

23. Esitatud kaalutlusi kokku võttes järeldas ta, et keskmine tarbija, kes on piisavalt informeeritud, mõistlikult tähelepanelik ja arukas, tajuks taotletavat kaubamärki viisil, mis ei võimalda asjaomaseid kaupu ära tunda ega eristada neid konkurentide kaupadest, ning jättis seega kaebuse põhjendamatuse tõttu rahuldamata.

6 — Punktid 21 ja 22.
7 — Punktid 23–28.
8 — Punktid 29–38.
9 — Punktid 48–53.
10 — Punktid 54–58.
11 — Punkt 60.

24. Ta ei võtnud vastu ka teist väidet määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 3 rikkumise kohta, kuna ei olnud tõendatud, et märk on sellise eristusvõime omandanud kasutamise käigus.

25. Kõigepealt tegi ta kokkuvõtte kohtupraktikas eristusvõime omandamise suhtes kehtestatud nõuetest seoses kaupasid või teenuseid tootvate ettevõtjate tuvastamisega; [12] seoses Euroopa Liidu osaga, milles eristusvõime puudub; [13] ja viimaseks seoses teatavate objektiivsete tegurite kaalumisega selle asjaolu esinemise hindamiseks. [14]

26. Seejärel lükkas ta tagasi August Storck KG väited, mis põhinesid karamellkompveki „Werther's Original" („Werther's Echte") müügikäivet käsitlevatel andmetel ja suurtel reklaamikuludel, kuna lisatud reklaamkuulutused ei sisaldanud mingeid andmeid kaubamärgi kasutamise kohta sellisel kujul, nagu seda taheti registreerida, sest see esines koos sõna- ja kujutismärkidega, kusjuures ei märgitud igale tähisele vastavat kulude osakaalu. [15] Pealegi ei tõendanud need kulud, et kliendid tajuvad pakendit kogu ühenduses kauba päritolu tähisena. [16]

27. Lõpuks ei nõustunud Esimese Astme Kohus ka väitega, et hageja poolt kohtutoimikule lisatud turu-uuringud näitavad, et August Storck KG turustatav kompvek on tööstusomandina tuntud oma kuju poolest, sest see on tuntud pigem oma nimetuse „Werther's" poolest. [17]

28. Kolmandas väites kaebas hageja määruse nr 40/94 artikli 74 lõike 1 esimese lause rikkumist, sest apellatsioonikoda oleks pidanud läbi viima täiendava uurimise kaubamärgi kasutamise kohta.

29. Esimese Astme Kohus lükkas need argumendid tagasi, väites, et ühtlustamisametil on kohustus kontrollida asjaolusid, mis võivad tõendada, et taotletav kaubamärk on määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 3 tähenduses kasutamise käigus omandanud eristusvõime üksnes siis, kui taotleja kaebuses sellele viitab; kuna ilmnes, et August Storck KG

12 — Euroopa Kohtu 4. mai 1999. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-108/97 ja C-109/97, Windsurfing Chiemsee (EKL 1999, lk I-2779, punkt 52) ja kohtuotsus C-299/99: Philips (EKL 2002, lk I-5475, punktid 61 ja 62).

13 — Vastavalt Esimese Astme Kohtu 30. märtsi 2000. aasta otsusele kohtuasjas T-91/99: Ford Motor *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet (OPTIONS) (EKL 2000, lk II-1925, punkt 27) ja 29. aprilli 2004. aasta otsusele kohtuasjas T-399/02: Eurocermex *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet (öllepudeli kuju) (EKL 2004, lk II-1391, punktid 43–47).

14 — Eespool viidatud kohtuotsus Windsurfing Chiemsee, punktid 51 ja 52, ning kohtuotsus Philips, punktid 60 ja 61.

15 — Punktid 82–84.

16 — Punktid 85–87.

17 — Punkt 88.

oli esitanud ühtlustamisametile selleks andmed, millel põhines apellatsioonikoja hinnang, ei olnud ühtlustamisametil täiendavat kontrollimiskohustust. Eelkõige ei olnud tema ülesanne täiendada toimikut, et korvata väite põhjenduseks esitamata jäetud tõendite puudumist. [18]

30. Ka neljas väide, milles heideti ühtlustamisametile ette määruse nr 40/94 artikli 73 rikkumist seetõttu, et viimane ei olnud kaalunud kõiki hageja esitatud dokumente ja oli rikkunud hageja õigust olla ära kuulatud, ei leidnud Esimese Astme Kohtus vastuvõttu.

31. Ta lükkas selle tagasi ühelt poolt sellepärast, et see lähtus ekslikust eeldusest, sest apellatsioonikoda oli kõiki neid tegureid uurinud, kuid pidas neid taotletava kaubamärgi kasutamise käigus omandatud eristusvõime tõendamiseks ebapiisavaks. Ta märkis ühtlasi, et kuna hageja oli ise lisanud need dokumendid kohtutoimikule, oli tal seega võimalus nende asjakohasuse kohta oma seisukohta väljendada. [19]

IV. Menetlus Euroopa Kohtus

32. August Storck KG hagi registreeriti Euroopa Kohtu kantseleis 28. jaanuaril 2005; ühtlustamisamet vastas sellele sama aasta 15. aprillil, ning ei olnud vajalik esitada repliiki ega vasturepliiki.

33. Kohtuistung, millel osalesid mõlema poole esindajad, toimus 16. veebruaril 2006 koos kohtuasja C-24/05 P istungiga, milles on vastamisi samad pooled.

V. Apellatsioonkaebuse väidete analüüs

34. Hagejaks olev ettevõtja esitab neli väidet, mida ta kasutas Esimese Astme Kohtus, määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punkti b, artikli 74 lõike 1 esimese lause, artikli 73 ja artikli 7 lõike 3 rikkumise kohta.

35. Ühtlustamisamet nõudis, et tuvastataks esimese väite kolmanda osa vastuvõetamatus, ning teine väide loetaks tervikuna vastuvõetamatuks, mistõttu tuleb neid kahte väidet eelnevalt uurida.

18 — Punkt 96.

19 — Punktid 100 ja 101.

A. *Väidete vastuvõetavuse uurimine*

1. Apellatsioonkaebuse põhjenduseks esitatud esimese väite kolmanda osa vastuvõetamatus

36. Sellega heidab August Storck KG Esimese Astme Kohtule ette viga kompvekipaberi eristusvõime hindamisel, mis tähendab määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punkti b rikkumist.

37. Ta toob põhjenduseks, et kompvekipaberi värvikombinatsiooni ei ole piisavalt hinnatud ja ostja käitumist ei ole täielikult uuritud, kuid ühtlustamisamet leiab, et need aspektid käsitlevad faktilisi asjaolusid ning et järelikult jäävad need apellatsioonkaebusest välja.

38. Käesolevast apellatsioonkaebusest nähtub selgesti, et hageja ei ole rahul teatavate faktiliste aspektide hindamise tulemustega. Euroopa Kohus aga ei saa oma põhikirja artikli 58 alusel neid küsimusi ega tõendeid käsitleda, välja arvatud juhul, kui asjaolusid on moonutatud või need on sisuliselt ebatäpsed,[20] mistõttu jääb üle ainult soovitada, et tuvastatakse esimese väite kolmanda osa vastuvõetamatus.

2. Teise väite vastuvõetamatus

39. Ühtlustamisamet süüdistab August Storck KG-d samade argumentide kordamises, mida ta kasutas esimeses kohtuastmes esitatud väitega sarnase väite põhjendamiseks, ja nõuab väljakujunenud kohtupraktika alusel[21] selle kaebuse vastuvõetamatuks tunnistamist.

40. On tõsi, et vaidlustatud kohtuotsuses määruse nr 40/94 artikli 74 lõike 1 esimese lause rikkumise põhjendamiseks esitab hageja samad väited, mis ta esitas esimeses kohtuastmes toimunud menetluses; kuid peale selle, et tal ei jäänud muud üle, toetab punkti 32 lause Esimese Astme Kohtule tehtud etteheidet, nimelt selles suhtes, et ta oli toetanud ühtlustamisameti kriteeriumi.

41. Neil asjaoludel oli August Storck KG-l, vaatamata tema väidete sarnasusele Esimese Astme Kohtus ja apellatsioonkaebuses, õigus

20 — 19. septembri 2002. aasta otsus kohtuasjas C-104/00 P: DKV *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet (EKL 2002, lk I-7561, punkt 22). Apellatsiooniastmes kohtuliku kontrolli ulatuse kohta ka minu ettepanek selles kohtuasjas, punktid 58–60.

21 — Ta viitab 24. aprilli 1996. aasta määrusele kohtuasjas C-87/95 P: CNPAAP *vs.* nõukogu (EKL 1996, lk I-2003, punkt 29 ji) ning 17. oktoobri 1995. aasta määrusele kohtuasjas C-62/94 P: Turner *vs.* komisjon (EKL 1995, lk I-3177, punkt 17).

põhjendada kõnesoleva artikli 74 rikkumist Esimese Astme Kohtu poolt samade selgitustega. Seega muutub ainetuks ühtlustamisameti kriitika hageja suhtes, mille kohaselt viimane ei vaidlustanud ühtegi kohtuotsuses selle väite suhtes tehtud uut märkust, sest iga pool valib omal vastutusel, mida ta kritiseerib.

42. Teen seega ettepaneku lükata tagasi ühtlustamisameti väide, et see väide on vastuvõetamatu.

B. *Apellatsioonkaebuse väidete sisuline analüüs*

1. Esimese väite kaks esimest poolt: määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punkti b rikkumine

a) Esimese osa analüüs

43. Hageja heidab Esimese Astme Kohtule ette, et ta suurendas nõudeid tähise eristusvõime kohta, seades selle tingimuseks olulise erinevuse ülejäänud pakenditest, kuigi artikli 7 lõike 1 punktist b tulenevalt piisab ühenduse kaubamärgi registreerimiseks väikesest eristusvõimest.

44. Ühtlustamisamet väidab, et selles kriitikas ei arvestata seda liiki kaubamärkide suhtes välja kujunenud kohtupraktikaga, kuigi siin on tegemist kolmemõõtmelise märgi kahemõõtmelise kujutisega (foto).

45. Kahtlemata näib vaidlusaluse õigusnormi sõnasõnaline sisu rääkivat minimaalsegi eristusvõimega igasuguse tähise registreerimise kasuks.

46. Euroopa Kohus tuvastas, et kuigi toodet kujutavate kolmemõõtmeliste tähiste eristusvõime hindamise kriteeriumid ei erine teist liiki märkide suhtes kohaldatavatest kriteeriumidest,[22] esineb teatav üksmeel, et seda on praktikas raskem tõendada kui sõna- või kujutismärgi puhul.[23]

22 — Eespool nimetatud kohtuotsus Philips, punkt 48, ja 8. aprilli 2003. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-53/01–C-55/01: Linde jt (EKL 2003, lk I-3161, punkt 42).

23 — Eespool viidatud kohtuotsus Linde jt, punkt 48.

47. Lisaks on Euroopa Kohus mitmel korral tunnistanud, et registreeritavate tähiste eristusvõime hindamisel määrav parameeter — keskmise tarbija taju — ei ole tingimata samane kolmemõõtmeliste ja teist laadi märkide puhul, mille tähised ei lange nendega tähistatavate kaupade väliskujuga kokku, sest tarbijatel ei ole kombeks eeldada kaupade päritolu üksnes nende väliskuju järgi ilma igasuguse kujundliku või tekstielemendita. [24]

48. Nendel põhjustel on Euroopa Kohus otsustanud, et direktiivi 89/104/EMÜ [25] artikli 3 lõike 1 punktis b sätestatud registreerimisest keeldumise põhjuse välistamiseks ei piisa üksnes erinevusest, võrreldes tavalise või tööstusharus tavaks oleva kasutusega, ning et vastupidi, seda erinevust rõhutaval ja selle põhifunktsioonile truuks jääval kaubamärgil ei puudu eristusvõime. [26]

49. Seega täheldas Esimese Astme Kohus vaidlustatud otsuse punktides 56–58, nagu tegi ühtlustamisamet varem, vaidlustatud eseme tõenäoliselt võetavat kuju, järgides selgelt ja täpselt käesoleva ettepaneku eelnevates punktides viidatud kohtuotsuseid, kandes need moonutamata kujul ja kolmemõõtmeliste kaubamärkide suhtes kehtestatud nõudeid suurendamata üle konkreetsele juhule, mistõttu ei ole August Storck KG etteheide põhjendatud.

50. Teen seega ettepaneku lükata esimese väite esimene osa põhjendamatuse tõttu tagasi.

b) Väite teine osa.

51. Hageja ei nõustu vaidlustatud kohtuotsuse punktis 60 kompvekipaberi monopoliseerimise ohu kohta öelduga. Tema arvates tuuakse sellega määruse artikli 7 lõike 1 punkti b alusel eristusvõime uurimisse võõrelemente üldise huvi kohta, mis on kohtupraktikaga vastuolus.

52. Ühtlustamisamet märgib, et seda ohtu ei nimetata kaubamärgi registreerimisest keeldumise õigustamiseks, vaid selleks, et nõustuda apellatsioonikojaga sellise ohu rõhuta-

24 — 12. veebruari 2004. aasta otsus kohtuasjas C-218/01: Henkel (EKL 2004, lk I-1725, punkt 52) pakendite kohta, ja 6. mai 2003. aasta otsus kohtuasjas C-104/01: Libertel (EKL 2003, lk I-3793, punkt 65) värvi kohta.

25 — Esimene nõukogu 21. detsembri 1988. aasta direktiiv kaubamärke käsitlevate liikmesriikide õigusaktide ühtlustamise kohta (EÜT 1989, L 40, lk 1; ELT eriväljaanne 17/01, lk 92).

26 — Eespool viidatud kohtuotsus Henkel, punkt 49, direktiivi 89/104 artikli 3 lõike 1 punkti b kohta, mis vastab määruse nr 40/94 artikli 7 lõikele 3.

mise asjakohasuses, sest see kinnitab viimase hinnangut, et pakendil puudub eristusvõime.

53. Selles suhtes jagan ma täielikult ühtlustamisameti arvamust, sest vaidlustatud kohtuotsuse struktuurist nähtub, et arutluskäik tähiste vabalt kasutatavaks jäämise vajadusega seonduva ettevõtjatevahelise konkurentsi üle lisati „täiendavalt", kuigi seda väljendit tekstis ei ole, nii et hageja kriteerium osutub ebasobivaks, kuna eristusvõime puudumist on sama kohtuotsuse eelnevates lõigetes tõendatud.

54. Seega tuleb väide tagasi lükata, ilma et oleks vaja arutada, mil määral on määruse nr 40/94[27] artikli 7 lõike 1 punktis b sätestatud keeldumispõhjus üldisest huvist õigustatud.

55. Esimese väite kohta esitatu põhjal teen ettepaneku lükata tagasi selle esimene osa põhjendamatuse tõttu ja teine osa kui ainetu.

27 — Hageja väitis minu ettepaneku põhjal liidetud kohtuasjades C-456/01 P ja C-457/01 P: Henkel *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, milles otsus tehti 29. aprillil 2004 (EKL 2004, lk I-5089, punktid 78–80), ja kohtujurist F. G. Jacobsi ettepaneku põhjal kohtuasjas C-329/02: SAT.1 *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, milles otsus tehti 16. septembril 2004 (EKL 2004, lk I-8317, punkt 24), et määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punkti b aluseks ei ole üldine ja ülekaalukas kättesaadavuse huvi. Kuigi ma jään selles dokumendis väljendatud seisukohale, oli Euroopa Kohus teisel arvamusel (eespool viidatud kohtuotsus SAT.1 *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, punkt 25, ja eespool viidatud kohtuotsus Henkel *vs.* Siseturu Ühtlustamise Amet, punktid 45 ja 46).

2. Teine ja kolmas väide

56. Vaidlustatud kohtuotsuse punktides 55–58 kinnitati apellatsioonikoja hinnangut, et kompvekipaberikujuline pakend on „tavaline", kuivõrd see ei eristu piisavalt teistest kompvekiturul kasutusel olevatest mudelitest.

57. August Storck KG leiab, et rikuti määruse nr 40/94 artikli 74 lõike 1 esimeses lauses sätestatud faktide omal algatusel kontrollimise põhimõtet (teine väide) ja põhimõtet, et ühtlustamisameti otsustes tuleb märkida põhjused, millel need rajanevad, mis on sätestatud sama õigusnormi artikli 73 teises lauses, ja ta märgib, et sellise tegematajätmise tõttu rikuti tema kaitseõigust (kolmas väide).

58. Kostja, kes nõudis teise väite vastuvõetamatuse tuvastamist, palub teise võimalusena see väide põhjendamatuse tõttu tagasi lükata, samamoodi nagu kolmas väide, kuna ta nõustub Esimese Astme Kohtu otsusega.

59. Usun, et hageja tõlgendus tuleneb nimetatud sätete vääriti mõistmisest järgmistel põhjustel.

60. Esiteks reguleerib ühtlustamisametis toimuvat menetlust absoluutsete keeldumispõhjuste osas uurimispõhimõte, mille alusel ei ole haldusorgani ülesanne mitte üksnes alustada omal algatusel menetlemist, vaid ka tõendada oma otsust põhjendavaid asjaolusid, poolte väidetest iseseisvalt. [28]

61. Kuid see suuniseks olev reegel ei kehti ühtlustamisametile piiramatult, sest sellel on teatavad piirid, nagu kaalutlusruum otsustada, millal piisab faktiliste asjaolude objektiivsest kontrollimisest, [29] või poolte koostöö kohustus.

62. Teiseks, selle uurimispädevuse otsesel kasutamisel ühtlustamisamet mitte üksnes *võib,* nagu märkis Esimese Astme Kohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 58, vaid *peab* rajama oma analüüsi asjaoludele, mis tulenevad kõikidele kodanikele tuntud laiatarbekaupade turustamises üldiselt omandatud praktilisest kogemusest. Seda mõtet mitte järgides jäetaks arvestamata asja jaoks olulised asjaolud, vastupidi põhimõttele *facta pro infectis haberi non possunt.*

63. Kokkuvõttes tuleb tunnistada terve mõistusega ja ühenduse kaubamärki käsitleva määruse artiklis 79 viidatud liikmesriikide üldtunnustatud põhimõtetega apellatsioonikodadele antud õigust kasutada *ex officio* uurimises „üldtuntud asjaolusid".

64. Teadupoolest ei vaja need üldtuntud asjaolud mingit tõendust ning tõendamiskoormis lasub sellel, kes soovib neid kummutada, vastavalt põhimõttele *res ipsa loquitur.* Seega, isegi kui nõustuda seisukohaga, et hagejal ei olnud võimalust apellatsioonikojale ilmsete asjaolude kohta arvamust avaldada, oli tal siiski võimalus nende kohta märkusi teha Esimese Astme Kohtus, kes hindas kohtutoimikut sõltumatult ning ei lugenud tõendeid piisavaks, mistõttu ei ole vastuvõetav kaebus kaitseõiguse väidetava rikkumise kohta, ning apellatsioonkaebuse raames toimuvat piiratud kontrolli arvestades ei ole vaja kontrollida nende hinnangute õigsust.

65. Öeldust järeldub, et kohus ei rikkunud *a quo* määruse nr 40/94 artikli 74 lõike 1

28 — Martín Mateo, R., Díez Sánchez, J. J., *La marca comunitaria. Derecho público,* Madrid, Trivium, 1996, lk 111.

29 — Von Mühlendahl, A., Ohlgart, D. C., *Die Gemeinschaftsmarke,* Bern/München, C.H. Beck, Stämpfli + Cie AG, 1998, lk 93, nr 9. Vt ka Bender, A., „Artikel 74", teoses Ekey, D.L., Klippel, D., *Heidelberger Kommentar zum Markenrecht,* Heidelberg, C. F. Müller, 2003, lk. 1183, nr 3.

esimest lauset, kui ta kinnitas üldiselt teada asjaoludel põhinevaid apellatsioonikoja hinnanguid, ning et August Storck KG-l oli võimalus nende kohta märkusi teha hiljemalt kohtus *a quo*, ning seetõttu ei ole tema kaitseõigusi selles ühenduse kohtus rikutud.

66. Soovitan seega apellatsioonkaebuse põhjenduseks esitatud teise ja kolmanda väite põhjendamatuse tõttu tagasi lükata.

3. Neljas väide

67. Hageja heidab Esimese Astme Kohtule ette õigusnormi rikkumist seetõttu, et ta ei tunnistanud vastavalt määruse nr 40/94 artikli 7 lõikele 3 kaubamärgi eristusvõimet, ja esitab selle põhjenduseks kaks põhiväidet, millest esimene puudutab teatavatele kasutamise käigus eristusvõime omandamise tõenditele omistatud väärtust, ja teine kaubamärgi kasutamise territoriaalset ulatust, eesmärgiga tõendada eristusvõime omandamist.

a) Teatavate kaubanduslike andmete hindamine

68. Pakendi eristusvõime tõendamiseks lisas hageja kohtutoimikule rea viiteid müügikäibe ja kompvekipaberikujulise pakendi leviku ja tuntuse toetuseks tehtud reklaamikulude kohta.

69. August Storck KG ei nõustu apellatsioonikoja nõudega, mida kinnitas Esimese Astme Kohus, arvutada kõnealuse kaubamärgiga tähistatud kaupade turuosa käibe põhjal, mida mõlema organi arvates ei saanud teha hageja esitatud andmete põhjal, kusjuures hageja omakorda väidab, et laialdast levikut tõendab piisavalt suur müügikäive pikaajalisel perioodil.

70. Ometi, kuna väite selles osas vaidlustatakse tõendite hindamine Esimese Astme Kohtu poolt, tuleks väide selles osas lugeda vastuvõetamatuks. Samas, kui pidada seda kaebuseks õigusnormi rikkumise kohta, mis on tingitud sellest, et nõuti dokumente, millel ei ole asjaomast tõendusvõimet, näiteks turuosa kohta, tuleb kaebust arvesse võtta.

71. Vastavalt väljakujunenud kohtupraktikale võib kaubamärgi eristusvõime hindamiseks arvesse võtta selle turuosa, kaubamärgi kasutamise intensiivsust, geograafilist ulatust ja kestust; selle edendamiseks ettevõtja poolt kasutatud ressursside ulatust; seda, millises ulatuses asjaomases sihtrühmas tuntakse selle kaubamärgi alusel kõnealused kaubad või teenused ära teatavate ettevõtjate kaupade või teenustena; ning kaubandus- ja tööstuskoja või teiste erialaliitude poolt avaldatud seisukohti. [30]

72. Nende andmete asjassepuutuvust ja tõendusjõudu peab aga hindama eranditult kohus *a quo,* ilma et nende suhtes toimuks mingit kontrolli kassatsiooni korras. Käesoleva kohtuvaidluse asjaoludes uuris Esimese Astme Kohus kõiki dokumente, mille August Storck KG lisas kohtutoimikusse kaubamärgi kasutuse käigus eristusvõime omandamise tõendamiseks, ning jõudis veendumusele, et need on ebapiisavad, mistõttu ta nimelt leidis, et turuosa on selleks tõhus vahend.

73. Kuna Euroopa Kohus tunnistas, et selline näitaja on hageja huvides üks kasutamiseks sobivaid näitajaid, ei täheldata õigusnormi rikkumist vaidlustatud kohtuotsuses, sest see vastab viidatud kohtupraktikale.

30 — Eespool viidatud kohtuotsus Windsurfing Chiemsee, punktid 51 ja 52, ja kohtuotsus Philips, punktid 60 ja 61.

74. Seega on neljanda väite esimene osa põhjendamata.

b) Kaubamärgi kasutamise territoriaalne ulatus

75. Hageja on seisukohal, et kuna Esimese Astme Kohus kinnitas apellatsioonikoja hinnangut, et tuleb esitada tõendid selle kohta, et kaubamärk on omandanud eristusvõime kõikides Euroopa Liidu liikmesriikides, on ta rikkunud nimetatud artikli 7 lõiget 3. Tema arvates on see arvamus vastuolus kõnealuse määruse artikli 142a [31] mõttega, mille teleoloogilisest tõlgendusest nähtub, et selline tingimus peab olema täidetud ühenduse territooriumi „olulises osas".

76. Ühtlustamisamet on seisukohal, et tegemist ei ole märgi kasutamisega „olulises osas", vaid liidu selles osas, kus kaubamärk ei täida oma omaduste tõttu seda liiki tööstusomandi põhiülesandeid.

31 — Ühtlustamisameti koostatud konsolideeritud versioonis on see säte numbriga 159a (http://oami.eu.int/es/mark/aspects/reg.htm).

77. Selle vaidluse lahendamiseks tuleb määruse nr 40/94 artiklit 7 tõlgendada süstemaatiliselt.

78. Seega nähtub lõike 1 punktist b koostoimes lõikega 2, et kui puudub eristusvõime ühenduse ühes osas, on see säte täiel määral kohaldatav ja kaubamärki ei registreerita.

79. Lisaks, kuigi lõikes 2 ei viidata lõikele 3, ei tähenda see, et eristusvõime nõue on vähem tähtis, sest oleks ebaloogiline vähendada seda nõuet märkide puhul, mis on eristusvõime omandanud kasutuse käigus, võrreldes esmakordselt registreeritavate kaubamärkidega, mida ei ole turul varem kasutatud. On raske ette kujutada põhjust, miks oleks seadusandja tahtnud sätestada erinevat kohtlemist. Tegelikult oleks see argument süsteemiga vastuolus, sest kui eristusvõime nõue piirduks võimalusega, et kaubamärk on omandanud eristusvõime kauaaegse kasutuse käigus, ei oleks kahtluse korral mõtet püüda esiteks saavutada selle tunnustamist ühtlustamisametis ühenduse kaubamärgina.

80. Hageja väide, mis põhineb määruse nr 40/94 artiklil 159a, on täiesti alusetu, sest see säte kajastab nüüdsest õiguslike tagajärgedega poliitilist lahendust probleemile, mis tekkis seoses ühenduse laienemisega enne 1. maid 2004 registreeritud või taotletud ühenduse kaubamärkide kehtivusele, ja mis on mõeldud nii kaubamärkide omanikele kui ka uute liikmesriikide õigusaktidega kaitstud tähiste omanikele vajaliku õiguskindluse saavutamiseks. Nii tuleneb viidatud artikli 159a lõikest 2, mille kohaselt „[ü]hinemiskuupäeval taotlemisel oleva kaubamärgi registreerimisest ei või artikli 7 lõikes 1 loetletud absoluutsetel keeldumisalustel keelduda, *kui need alused muutusid kohaldatavaks üksnes uue liikmesriigi ühinemise tõttu.*"

81. Lisaks, nagu selgitab ametlikult ühtlustamisamet,[32] võib ühenduse kaubamärgi varasema õiguse omanik uues liikmesriigis keelata selle kaubamärgi kasutamise oma territooriumil, kui nende vahel tekib konflikt, vastavalt määruse nr 40/94 artiklitele 106 ja 107, mis juba sisaldasid norme seoses määruse nr 40/94 jõustumisega siseriiklike õigusaktide alusel registreeritud kaubamärkide suhtes tekkivate konfliktide lahendamiseks.

32 — Ühtlustamisameti presidendi 16. oktoobri 2003. aasta teatis nr 5 (saab tutvuda aadressil: http://oami.eu.int/es/office/aspects/communications/05-03.htm).

82. Sellest tulenevalt ei ole hageja poolt määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 3 selgitamiseks nimetatud artikli 159a hermeneutilised eeskirjad siin kohased ega asjassepuutuvad.

83. Niisiis, kuna ka see väide ei ole vastuvõetav, tuleb neljas väide samuti tagasi lükata ja seega hagi tervikuna rahuldamata jätta.

VI. Kohtukulud

84. Kodukorra artikli 122 alusel koostoimes kodukorra artikli 69 lõikega 2, mida kohaldatakse kodukorra artikli 118 alusel ka apellatsioonkaebuste menetluse suhtes, on kohtuvaidluse kaotanud pool kohustatud hüvitama kohtukulud. Kui lükatakse tagasi hageja esitatud väited apellatsioonkaebuse põhjenduseks, nagu ma soovitan teha, tuleb apellatsioonkaebuse kohtukulud välja mõista hagejalt.

VII. Ettepanek

85. Esitatud põhjendustest lähtudes teen Euroopa Kohtule ettepaneku jätta rahuldamata August Storck KG apellatsioonkaebus Esimese Astme Kohtu 10. novembri 2004. aasta otsuse peale kohtuasjas T-402/02, ning mõista kohtukulud välja hagejalt.