

ESIMESE ASTME KOHTU OTSUS (neljas koda)

9. märts 2005*

Kohtuasjas T-33/03,

Osotspa Co. Ltd, asukoht Bangkok (Tai), esindaja: advokaat C. Gassauer-Fleissner,
kohtudokumentide kättetoimetamise aadress Luxembourgis,

hageja,

versus

Siseturu Ühtlustamise Amet (kaubamärgid ja tööstusdisainilahendused),
esindajad: A. von Mühlendahl, T. Eichenberg ja G. Schneider,

kostja,

teine pool Siseturu Ühtlustamise Ameti menetluses ja menetlusse astuja Esimese
Astme Kohtus on

* Kohtumenetluse keel: saksa.

Distribution & Marketing GmbH, asukoht Salzburg (Austria), esindaja: advokaat C. Hauer, hiljem advokaadid V. von Bomhard, A. Renck ja A. Pohlmann,

mille esemeks on kaebus Siseturu Ühtlustamise Ameti kolmanda apellatsioonikoja 27. novembri 2002. aasta otsuse (asi R 296/2002-3) peale, mis on tehtud vastulausemenetluses Osotspa Co. Ltd ja Distribution & Marketing GmbH vahel,

EUROOPA ÜHENDUSTE ESIMESE ASTME KOHUS (neljas koda),

koosseisus: koja esimees H. Legal, kohtunikud V. Tiili ja V. Vadapalas,

kohtusekretär: ametnik D. Christensen,

arvestades hagiavaldust, mis saabus Esimese Astme Kohtu kantseleisse 4. veebruaril 2003,

arvestades kostja vastust, mis saabus Esimese Astme Kohtu kantseleisse 28. mail 2003,

arvestades menetluse astuja vastust, mis saabus Esimese Astme Kohtu kantseleisse 27. mail 2003,

arvestades 29. septembri 2004. aasta kohtuistungil esitatut,

on teinud järgmise

otsuse

Kohtueelne menetlus

- 1 Distribution & Marketing GmbH (edaspidi „menetlusse astuja”) esitas 10. septembril 1997 nõukogu 20. detsembri 1993. aasta määruse (EÜ) nr 40/94 ühenduse kaubamärgi kohta (EÜT 1994, L 11, lk 1) muudetud redaktsiooni alusel Siseturu Ühtlustamise Ametile (kaubamärgid ja tööstusdisainilahendused) (edaspidi „ühtlustamisamet”) ühenduse kaubamärgi registreerimise taotluse.
- 2 Kaubamärk, mille registreerimist taotleti, on sõnamärk Hai.
- 3 Kaubad ja teenused, mille jaoks kaubamärgi registreerimist taotleti, kuuluvad uuesti läbivaadatud ja muudetud 15. juuni 1957. aasta märkide registreerimisel kasutatava kaupade ja teenuste rahvusvahelise klassifikatsiooni Nizza kokkuleppe klassidesse 5, 12, 14, 25, 28, 32, 33, 34, 35, 41 ja 42.
- 4 See taotlus avaldati 3. augusti 1998. aasta Ühenduse Kaubamärgibülletäänis nr 58/98.

5 Äriühing Osotspa Co. Ltd (edaspidi „hageja”) esitas 30. oktoobril 1998 määruse nr 40/94 artikli 42 alusel vastulause klassidesse 5, 32, 33, 35 ja 42 kuuluvate kaupade ja teenuste jaoks taotletud kaubamärgi registreerimisele, kusjuures need kaubad ja teenused vastavad järgmisele kirjeldusele:

- klass 5: „Tervist tugevdavad tervisekaitsevahendid, nimelt vitamiinipreparaadid, mineraalsed preparaadid, ravitoonikud”;

- klass 32: „Õlu; mineraal- ja gaseerveri ning muud alkoholivabad joogid; puuviljajoogid ja puuviljamahlad; siirupid ja teised joogivalmistusained”;

- klass 33: „Alkoholjoogid (v.a õlu)”;

- klass 35: „Messide ja näituste korraldamine äri- või reklaami eesmärgil, mis on seotud kas ainult või mitte ainult järgmiste kaupadega: tervist tugevdavad tervisekaitsevahendid, nimelt vitamiinipreparaadid, mineraalsed preparaadid, ravitoonikud; õlu; mineraal- ja gaseerveri ning muud alkoholivabad joogid; puuviljajoogid ja puuviljamahlad; siirupid ja teised joogivalmistusained; alkoholjoogid; tervist tugevdavate tervisekaitsevahendite, nimelt vitamiinipreparaatide, mineraalpreparaatide, ravitoonikute, õlu, mineraal- ja gaseervee ning muude alkoholivabade jookide, puuviljajookide ja puuviljamahlade, siirupite ja teiste joogivalmistusainete, samuti alkoholjookide reklaamieesmärgil levitamine”;

- klass 42: „Tähtajaline majutus ja toitlustusteenused”.

- 6 Vastulause põhjendamisel toetuti määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punktis b osutatud põhjusele. Vastulause aluseks oli ühelt poolt Austrias 10. mail 1996 registreeritud siseriiklik kaubamärk nr AM 537/96 ning teiselt poolt 12. mail 1998 registreeritud ühenduse kaubamärk nr 168 427, kusjuures mõlemaga on tähistatud „alkoholivabad joogid; siirupid ja teised joogivalmistusained”, mis kuuluvad eespool osundatud Nizza klassifikatsiooni klassi 32. Neid kahte varasemat kujutismärki (edaspidi „varasemad kaubamärgid”) on kujutatud järgmiselt:



- 7 Vastulausete osakond lükkas 31. jaanuari 2002. aasta otsusega asjaomaste kaubamärkide segiajamise tõenäosuse puudumisel vastulause tagasi. Täheledades, et tuleb arvesse võtta varasemate kaubamärkide keskmist eristusvõimet, leidis ta, et asjaomased tähised erinevad teineteisest visuaalselt ja foneetiliselt täielikult ning neil on täiesti erinev struktuur.
- 8 Hageja esitas 2. aprillil 2002 ühtlustamisametile määruse nr 40/94 artiklite 57 ja 62 alusel vastulause osakonna otsuse peale kaebuse.
- 9 Kolmas apellatsioonikoda jättis 27. novembri 2002. aasta otsusega (edaspidi „vaidlustatud otsus”) kaebuse rahuldamata. Ta leidis sisuliselt, et vaatamata vaidlusaluste kaubamärkidega hõlmatud kaupade osalisele sarnasusele ning arvestades varasemate kaubamärkide keskmist eristusvõimet, samuti asjaomaste tähiste vahel selgelt tajutavaid foneetilisi, visuaalseid ja kontseptuaalseid erinevusi, ei esine segiajamise tõenäosust Euroopa Liidu avalikkuse, eriti Austria avalikkuse jaoks. See järeldus peab seda enam paika, et hindamisel tuleb silmas pidada piisavalt informeeritud, mõistlikult tähelepanelikku ja valvsat keskmist tarbijat, kes tajub

kaubamärki sellisena, nagu see talle on esitatud, ilma sügavama analüüsita ja teise keelde tõlkimata.

Poolte nõuded

10 Hageja palub Esimese Astme Kohtul:

- muuta vaidlustatud otsust selliselt, et vastulause kaubamärgi Hai registreerimisele rahuldatakse ning et see kaubamärk jäetakse registreerimata;
- teise võimalusena saata asi ühtlustamisametile tagasi;
- mõista kohtukulud välja ühtlustamisametilt.

11 Ühtlustamisamet palub Esimese Astme Kohtul:

- jätta hagi rahuldamata;
- mõista kohtukulud välja hagejalt.

12 Menetlusse astuja palub Esimese Astme Kohtul:

- jätta hagi täielikult rahuldamata ja jätta vaidlustatud otsus jõusse;

- teise võimalusena saata asi ühtlustamisametile tagasi;

- mõista kohtukulud välja hagejalt.

Õiguslik käsitus

13 Hageja palub sisuliselt Esimese Astme Kohtul jätta ühelt poolt ühenduse kaubamärgi registreerimise taotlus rahuldamata ning teiselt poolt tühistada vaidlustatud otsus.

Nõue jätta ühenduse kaubamärgi registreerimise taotlus rahuldamata

14 Oma esimese nõude teises pooles palub hageja sisuliselt Esimese Astme Kohtul kohustada ühtlustamisametit jätta kaubamärgi registreerimise taotlus rahuldamata.

- 15 Seoses sellega tuleb meenutada, et vastavalt määruse nr 40/94 artikli 63 lõikele 6 peab ühtlustamisamet võtma meetmeid ühenduse kohtu otsuste täitmiseks. Seepärast ei kuulu ettekirjutuste tegemine ühtlustamisametile Esimese Astme Kohtu pädevusse. Tegelikult peab viimane ise 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 v. Siseturu Ühtlustamise Amet (Giroform), EKL 2001, lk II-433, punkt 33, 27. veebruar 2002. aasta otsus kohtuasjas T-34/00: Eurocool Logistik v. Siseturu Ühtlustamise Amet (EUROCOOL), EKL 2002, lk II-683, punkt 12, ja 3. juuli 2003. aasta otsus kohtuasjas T-129/01: Alejandro v. Siseturu Ühtlustamise Amet — Anheuser-Busch (BUD-MEN), EKL 2003, lk II-2251, punkt 22). Hageja esimese nõude teine pool on järelikult vastuvõetamatu.

Nõue tühistada vaidlustatud otsus

- 16 Hageja esitab ühe väite, milleks on määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b väidetav rikkumine.

Poolte argumendid

- 17 Hageja vaidlustab apellatsioonikoja hinnangu, mille kohaselt asjaomaste kaubamärkide vahel puudus tegelik segiajamise tõenäosus.
- 18 Kohaldades põhimõtet, mille kohaselt asjaomaste kaubamärkide vahelise tugeva sarnasuse aste võib kompenseerida nende kaubamärkidega tähistatud kaupade ja teenuste nõrka sarnasuse astet ning vastupidi, rõhutab hageja, et vähemalt klassi 32 kuuluvate kaupade suhtes, mis on identsed, piisab kaubamärkide vahelisest nõrgast sarnasuse astmest, et esineks segiajamise tõenäosus. Hageja väidab, et segiajamise

tõenäosus esineb isegi siis, kui kaubad ja teenused ei ole identsed, sest asjaomased kaubamärgid on igal juhul väga sarnased.

- 19 Lisaks vaidlustab hageja apellatsioonikoja hinnangu, mille kohaselt varasemad kaubamärgid SHARK on keskmise eristusvõimega. Varasemad kaubamärgid koosnevad loomakujutisest, mis haarab kujutlusvõimet ning mille seos asjaomaste kaupade ja teenustega on ilmselgelt puhtalt kujutletav.
- 20 Peale selle väidab hageja, et segiajamise tõenäosus esineb sarnasuse tõttu ühes kolmest — visuaalsest, foneetilisest ja kontseptuaalsest — aspektist. Ta rõhutab, et vaidlustatud otsuses on sedastatud, et kaubamärkide vahel esineb kontseptuaalne sarnasus, kuid sellele tegurile on ebaõigesti antud väiksem kaal võrreldes visuaalsete ja foneetiliste teguritega. Näitena juhib hageja tähelepanu asjaolule, et apellatsioonikoda pidas foneetilist sarnasust taotletud kaubamärgi semantilisest sisust tähtsamaks, väites, et asjaomased tarbijad arvaks, et „Hai” näol on tegemist ingliskeelse sõna „high” moonutatud variandiga.
- 21 Hageja arvamuse kohaselt tekitavad vaidlusalused tähised segiajamise tõenäosuse, kuna neil on vaid üks omane, selge ja vahetult arusaadav tähendus. Keskmisele tarbijale tajub vahetult asjaomaste kaubamärkide semantilist sisu ning temas tekib otsekohe seos nende sisu vahel ning selle tulemusel nende kahe tähise vahel.
- 22 Lisaks sellele ja vastupidi apellatsioonikoja väitele ei neutraliseeri kahe erineva keele kasutamine seda kontseptuaalset identsust. Seoses sellega väidab hageja, viidates Austria patendiameti otsustele, et apellatsioonikoda pole õigesti hinnanud Austria turu olukorda, kus inglise keele oskus on omaksvõetud tõsiasi. Seepärast ei tuleks

võõrkeelseid, eelkõige ingliskeelseid, kaubamärke hinnata teisiti saksa sõnadest koosnevatest sama tähendusega kaubamärkidest. Järelikult mõistab avalikkus, kellele asjaomased kaubad ja teenused on suunatud, sõna „shark” tähendust, s.o asjaolu, millega apellatsioonikoda on muuseas nõustunud.

- 23 Hageja lisab, et varasemate kaubamärkide semantilisele sisule lisandub nende haikujuline graafiline kujutis, mis teeb nende tähenduse veelgi arusaadavamaks ja ilmsemaks. Tõepoolest, sõna „shark” kirjutamine haikujuliselt stiliseeritult tugevdab seost ja sarnasust asjaomaste kaubamärkide vahel. Selle tagajärjeks on keelte erinevusest tuleneva erisuse oluline vähenemine.
- 24 Apellatsioonikoja kaalutluse kohta, mille kohaselt kaubamärkide tõlked on asjakohased vaid siis, kui need on üldiselt kasutatavad ning kui silmas peetud avalikkus omistab tõlgitud kaubamärgi samale ettevõttele või sellega seotud ettevõttele, leiab hageja, et piisab, kui tarbijad sellise seose leiaksid.
- 25 Hageja täpsustab lisaks, et on tunnistanud „absoluutset vastastikust segiajamist”, s.o segiajamise tõenäosust sõna ainuüksi kujundliku esitamise ja puhtalt sõnalise kaubamärgi vahel. Seda enam tuleks käesolevas asjas leida, et esineb segiajamise tõenäosus, kuna varasemad kaubamärgid ei koosne üksnes hai kujutise elemendist.
- 26 Lõpuks nendib hageja, et segiajamise tõenäosus esineb olulises osas Euroopa Liidust. Sõna „Hai” on tuntud mitte ainult saksa ja soome keeles, vaid ka rootsi, taani ja

hollandi keeles, kusjuures viimast räägitakse ka Belgias. Sellest sõnast saadakse aru ka mõnedel Itaalia ja Prantsuse piirialadel. Euroopa põhjapoolsetes osades saadakse samuti saksa ja inglise keelest aru.

- 27 Ühtlustamisamet väidab, et vaidlustatud otsuses kohaldas apellatsioonikoda segiajamise tõenäosuse kohta käivaid põhimõtteid vastavalt kohtupraktikale, viga tegemata, ning et ta leidis õigesti, võttes arvesse poolte põhjendusi, et puudus segiajamise tõenäosus määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b mõttes.
- 28 Arvestades, et varasematel kaubamärkidel on vaid keskmine eristusvõime ning võttes arvesse tähiste märkimisväärsed visuaalseid ja foneetilisi erinevusi, nõustub Ühtlustamisamet apellatsioonikoja järeldusega, mille kohaselt vaatamata vaidlusaluste kaubamärkidega hõlmatud kaupade osalisele identsusele, ei piisa tähiste kontseptuaalsest sarnasusest selleks, et antud juhtumi puhul teha järeldus, lähtuvalt kaubamärgiõigusest, olulise segiajamise tõenäosuse kohta.
- 29 Menetlusse astuja nõustub vaidlustatud otsuse põhjendustega.
- 30 Menetlusse astuja arvamus kohaselt tuleneb sõnade „Hai” ja „shark” foneetilisest erinevusest ning kujutismärgi SHARK graafikast, et asjaomased tähised tekitavad erineva mulje ning välistavad igasuguse sarnasuse nende vahel.

- 31 Hageja argument, mille kohaselt keskmine tarbija tajub vahetult asjaomaste kaubamärkide tähendust ja seostab need teineteisega, on ebarealistlik. Hageja väide on tarbija suhtes liiga nõudlik ega vasta praktilisele kogemusele. Ehkki võib nõustuda sellega, et tarbijad panevad rohkem rõhku tähiste sarnasustele kui nende erinevustele, ei leiaks tarbijad käesolevas asjas ühtegi ühist joont ei kujutises ega sõnalises elemendis. Tõepoolest, sõna „Hai” ei esine varasemates kaubamärkides ning vastupidi, stiliseeritud haikujutis ja sõna „shark” ei esine menetlusse astuja poolt esitatud tähises. Kuna puuduvad sarnased elemendid, järelikult ei saa esineda segiajamise tõenäosust.
- 32 Kahe keele kasutamise kohta väidab menetlusse astuja, et isegi kui kohtupraktikas on omaks võetud, et inglise keele põhisonavara on Austria tarbijale arusaadav ja et seda tõlgitakse vastavalt saksa keelde, ei saa sõna „shark” liigitada inglise keele põhisonavarast laenatud sõnade hulka. Veelgi enam, hageja argumendid, mille kohaselt sõna „shark” sai tuntuks tänu kuulsale filmile „Der weiße Hai”, on ekslikud. Filmi tuntakse Austrias ainult selle saksakeelse pealkirja järgi ning pealegi ei sisalda filmi originaalpealkiri sõna „shark”. Peale selle kuulub sõna „shark” ameerika inglise keelde, mitte briti inglise keelde.
- 33 Lisaks sellele arvab menetlusse astuja, et vastupidi hageja väitele tajuvad asjaomased tarbijad sõna „Hai” lihasööja kala saksa- või hollandikeelse tähistusena, kuid samuti moonutatud ingliskeelse sõnana „high”, mille tähendus on „kõrge”, „kvaliteetne”, „hea”, „õilis” jne. Foneetilisest küljest annab sõna „Hai” kõnealusele tähisele kahesuguse tähenduse, mängides moonutusega, mis on muuseas väljendi „high” ebaõige kirja-pildi eesmärk. Peale selle, isegi kui kaubamärgi Hai põhiline tähendus pidi vastama sõna „Hai” esialgsele tähedusele, puudub ilmselgelt kaubamärkide Hai

ja SHARK vaheline sarnasus, kuna tarbijad ei anna neile kahele sõnale kergesti sama semantilist sisu. On raske uskuda, et tarbijad tõlgiksid saksa- või hollandikeelse sõna „Hai” muid seoseid leidmata ameerika ingliskeelse sõnana „shark”. Seepärast puudub sellest küljest samuti segiajamise tõenäosus.

- 34 Lõpuks nendib menetluse astuja, et käesolevas asjas ei saa kuidagi oletada „absoluutse vastastikuse segiajamise” olemasolu, sest kaubamärgi olemasolu korral, mis on nii sõna- kui ka kujutismärk, peavad tarbijad meeles peamiselt verbaalset elementi „shark”, mitte graafilist elementi.

Esimese Astme Kohtu hinnang

- 35 Määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b kohaselt ei registreerita taotletavat kaubamärki varasema kaubamärgi omaniku vastuseisu korral, kui identsuse või sarnasuse tõttu varasema kaubamärgiga või 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. Lisaks sellele, määruse nr 40/92 artikli 8 lõike 2 punkti a alapunktide i ja ii kohaselt tähendab varasem kaubamärk ühenduse kaubamärke ning kaubamärke, mis on registreeritud liikmesriikides, mille registreerimise kuupäev on varasem ühenduse kaubamärgi registreerimise taotluse kuupäevast.
- 36 Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt tekitab tõenäosus, et avalikkus võib arvata, et asjaomased kaubad või teenused on pärit samast ettevõttest, või teistel juhtudel, majanduslikult seotud ettevõtetest, segiajamise tõenäosuse.

- 37 Sama kohtupraktika kohaselt tuleb segiajamise tõenäosust hinnata üldiselt, vastavalt sellele, kuidas asjaomane avalikkus asjaomaseid tähiseid ning kaupu ja teenuseid tajub ning võttes arvesse kõiki olulisi asjaomaseid tegureid, eriti sõltuvust tähiste ning kaitstud kaupade ja teenuste sarnasuse vahel (vt Esimese Astme Kohtu 9. juuli 2003. aasta otsus kohtuasjas T-162/01: Laboratorios RTB *v.* Siseturu Ühtlustamise Amet — Giorgio Beverly Hills (GIORGIO BEVERLY HILLS), EKL 2003, lk II-2821, punktid 31–33 ning viidatud kohtupraktika).
- 38 Käesolevas asjas registreeriti varasemad kaubamärgid siseriiklikult Austrias ja ühenduse tasandil. Seepärast on territoorium, millel segiajamise tõenäosust tuleb hinnata, kogu Euroopa Liidu territoorium, ning eriti Austria territoorium. Kuna asjaomased kaubad on vaieldamatult esmatarbekaubad, on sihtrühm, kellele need on suunatud, keskmised tarbijad, keda peetakse keskmiselt informeerituks, mõistlikult tähelepanelikuks ja valvsaks. Asjaomased kaubad, s.o energiajoogid, on selgelt suunatud eelkõige noorele sihtrühmale.
- 39 Peale selle, isegi kui määruse nr 40/94 artikkel 8 ei sisalda sarnast sätet artikli 7 lõikele 2, mille kohaselt kaubamärgi registreerimisest keeldumiseks piisab absoluutse keeldumispõhjuse olemasolust ainult teatavas ühenduse osas, tuleb järeldada, et käesolevas asjas tuleb kohaldada sama lahendust. Sellest järeldub, et registreerimisest tuleb keelduda isegi siis, kui suhteline keeldumispõhjus esineb ainult teatavas ühenduse osas (Esimese Astme Kohtu 3. märtsi 2004. aasta otsus kohtuasjas T-355/02: Mühlens *v.* Siseturu Ühtlustamise Amet — Zirh International (ZIRH), EKL 2004, lk II-791, punkt 36).
- 40 Arvestades eelnevaid kaalutlusi, tuleb esiteks võrrelda asjaomaseid kaupu ja teiseks vaidlusaluseid tähiseid.

— Kaupade võrdlus

- 41 Tuleb meenutada, et asjaomaste kaupade ja teenuste vahelise sarnasuse hindamisel tuleb kohtupraktika kohaselt arvesse võtta kõiki nendevahelist suhet iseloomustavaid olulisi tegureid. Need tegurid hõlmavad eelkõige nende liiki, sihtrühma, kasutamiskiisi ning samuti seda, kas nad on teineteise suhtes konkureerivad või teineteist täiendavad kaubad (Euroopa Kohtu 29. septembri 1998. aasta otsus kohtuasjas C-39/97: Canon, EKL 1998, lk I-5507, punkt 23).
- 42 Vaidlusalused kaubamärgid hõlmavad teatavaid samasse klassi, s.o klassi 32 kuuluvaid kaupu, mille kirjeldus on lisaks suures osas identne.
- 43 Klassi 5 kuuluvad kaubad, mida kaubamärgi taotlus hõlmab, võivad samuti olla kaubad, mida kasutatakse jookide, eriti energiajookide valmistamisel. Klassi 33 kuuluvate kaupade kohta, mille hulka kuuluvad alkoholjoogid, tuleb sedastada, et tegelikult turustatakse ja tarbitakse energiajooke koos alkoholjookidega.
- 44 Peale selle on harilikult kõik klassidesse 5, 32 ja 33 kuuluvad asjaomased kaubad laiaulatuslikult turustatavad, olles kättesaadavad kaubamajade toiduosakonnast kuni baaride ja kohvikuteni.
- 45 Kaubamärgi taotluses nimetatud klassidesse 35 ja 42 kuuluvate teenuste kohta tuleb sedastada, et nad on varasemate kaubamärkidega kaitstud toodetele vähem sarnased. Asjaolust, et alkoholjooke ja alkoholivabu jooke reklaamitakse tihti messidel ning tarbitakse tihti restoranides, ei piisa nende kaupade ning klassidesse 35 ja 42 kuuluvate teenuste vahelise seose loomiseks.

46 Seega tuleb järeldada, et klassi 32 kuuluvad kaubad on identsed. Kaubamärgi taotluses nimetatud klassidesse 5 ja 33 kuuluvad kaubad on sel määral seotud klassi 32 kuuluvate varasemate kaubamärkidega kaetud kaupadega, et neid tuleb pidada sarnasteks. Kaubamärgi taotluses nimetatud klassidesse 35 ja 42 kuuluvaid teenuseid ja varasemate kaubamärkidega hõlmatud kaupu ei saa seevastu pidada sarnasteks.

— Tähiste võrdlus

47 Väljakujunenud kohtupraktikast tuleneb, et segiajamise tõenäosuse hindamine vaidlusaluste tähiste visuaalse, foneetilise ja kontseptuaalse sarnasuse seisukohast peab põhinema nende poolt tekitatud ühismuljele, võttes eriti arvesse nende eristavaid ja dominantseid jooni (vt Esimese Astme Kohtu 14. oktoobri 2003. aasta otsus kohtuasjas T-292/01: Phillips-Van Heusen v. Siseturu Ühtlustamise Amet — Pash Textilvertrieb und Einzelhandel (BASS), EKL 2003, lk II-4335, punkt 47 ning viidatud kohtupraktika).

48 Arvestades neid kaalutlusi, tuleb hinnata, kas asjaomaste kaubamärkide vahelise visuaalse, foneetilise ja kontseptuaalse sarnasuse aste on piisavalt kõrge nendevahelise segiajamise tõenäosuse olemasolu leidmiseks.

49 Käesolevas asjas tuleb visuaalsest seisukohast sedastada, et kaks tähist, Hai ja SHARK eristuvad kergesti nende graafilise kujutise kaudu, kuna ainult kaubamärk SHARK on esitatud kujutismärgina. Seoses sellega tuleb märkida, et kaubamärgi SHARK tähtede graafiline kujutis jäljendab hai kuju, samas kui tähis Hai koosneb üksnes sõnast „Hai”. Vaidlusaluseid tähiseid („Hai” ja „SHARK”) tuleb pidada erinevateks isegi nende verbaalsest aspektist, olgugi et nad mõlemad sisaldavad tähtede „h” ja „a” kombinatsiooni. Seepärast pole need kaks tähist visuaalselt sarnased.

- 50 Foneetilisest seisukohast on selge, et asjaomastel kaubamärkide vahel puudub sarnasus.
- 51 Kontseptuaalsest seisukohast on vaieldamatu, et ingliskeelse sõna „shark” tõlge saksa ja soome keelde on „Hai”, hollandi keelde „haai” ning taani ja rootsi keelde „haj”. Järelikult on tõenäoline, et isikud, kes räägivad neid keeli, mõistavad nii sõna „shark” kui ka sõna „Hai” tähenduses „hai”. See kehtib eriti valvsa sihtrühma puhul, kui on tegemist noorte inimestega, kellel on tavaliselt piisav inglise keele oskus, et mõista sõna „shark” tähendust. See kehtib ka isikute puhul, kes ei tunne ingliskeelset sõna „shark” otsekohe ära, kuid saavad selle tähendusest aru, kui nad näevad hai kujutist. Tõepoolest, varasemate kaubamärkide semantilisele sisule lisandub haikujuline graafiline kujutis, mis muudab nende tähenduse veelgi arusaadavamaks ja ilmsemaks. Seepärast tuleb sedastada, et asjaomased tähised, mis siiski vajavad eelnevat tõlkimist, on kontseptuaalselt sarnased.
- 52 Lisaks sellele tundub, et taotletud kaubamärgi tõlkimisel võib tekkida sõnamäng ingliskeelse moonutatud sõnaga „high”. See tähendus pole aga ilmne ning sellest ei piisa vaidlusaluste tähistehelise kontseptuaalse sarnasuse neutraliseerimiseks.
- 53 Järelikult puudub asjaomaste tähistehelise vahel igasugune visuaalne või foneetiline sarnasus, kuid esineb teatav kontseptuaalne sarnasus, mis nõuab eelnevat tõlkimist.
- 54 Seepärast tuleb üldiselt hinnata, kas sellest kontseptuaalsest sarnasusest piisab käesolevas asjas segiajamise tõenäosuse tekitamiseks.

— Üldine hinnang asjaomastele kaubamärkidele

- 55 Lihtsast kontseptuaalsest sarnasusest ei piisa kohtupraktika kohaselt segiajamise tõenäosuse tekitamiseks kaubamärkide vahel tingimustes, kus varasem kaubamärk pole eriliselt tuntud ning koosneb väheseid kujutluslikke elemente sisaldavast kujutisest (Euroopa Kohtu 11. novembri 1997. aasta otsus kohtuasjas C-251/95: SABEL, EKL 1997, lk I-6191, punkt 25).
- 56 Segiajamise tõenäosus on seda suurem, mida eristatavam on varasem kaubamärk. Seepärast ei saa välistada, et kontseptuaalne sarnasus, mis tuleneb asjaolust, et kaks kaubamärki kasutavad kujutisi, mis on semantilise sisu poolest identsed, võib tekitada segiajamise tõenäosuse, juhul kui varasemal kaubamärgil on olemuslikult eriline eristusvõime või kui need on turul tuntud (vt seoses sellega eespool viidatud kohtuotsust SABEL, punkt 24). Sellistel kaubamärkidel on järelikult õigus ulatuslikumale kaitsele kui nendel, mille eristusvõime on keskmine (eespool viidatud kohtuotsus Canon, punkt 18, ning Euroopa Kohtu 22. juuni 1999. aasta otsus kohtuasjas C-342/97: Lloyd Schuhfabrik Meyer, EKL 1999, lk I-3819, punkt 20).
- 57 Kaubamärgi eristusvõime selgitamiseks ning sellest tulenevalt hindamiseks, kas tal on kõrge eristusvõime, tuleb üldiselt hinnata kaubamärgi tugevamat või nõrgemat võimet identifitseerida kaupu või teenuseid, mille jaoks see registreeriti ja mis on pärit teatud ettevõttest, ning järelikult eristada neid kaupu või teenuseid teiste ettevõtete omadest (Euroopa Kohtu 4. mai 1999. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-108/97 ja C-109/97: Windsurfing Chiemsee, EKL 1999, lk I-2779, punkt 49, ning eespool viidatud kohtuotsus Lloyd Schuhfabrik Meyer, punkt 22).
- 58 Selle hindamise käigus tuleb arvesse võtta eriti kaubamärgi olemuslikke tunnuseid, sh asjaolu, kas see sisaldab või ei sisalda kaupu või teenuseid, mille jaoks see registreeriti, ja kirjeldavat elementi; kaubamärgi turuosa; kaubamärgi kasutamise intensiivsust, geograafilist levikut ja kestust; ettevõtte poolt selle edendamiseks

tehtud investeeringute tähtsust; kaupu ja teenuseid tänu kaubamärgile teatud ettevõttega samastava huvitatud isikute grupi proportsiooni; samuti kaubandus-tööstuskodade või teiste erialaühingute avaldusi (eespool viidatud kohtuotsus Windsurfing Chiemsee, punkt 51, ja kohtuotsus Lloyd Schuhfabrik Meyer, punkt 23).

- 59 Käesolevas asjas ei viidanud hageja oma kaubamärkide tuntusele turul, vaid ainult nende olemuslikule kõrgele eristusvõimele. Seepärast tuleb varasemate kaubamärkide eristusvõime hindamisel arvesse võtta kirjeldavate elementide olemasolu koos nende teiste olemuslike tunnustega.
- 60 Käesolevas asjas on vaieldamatu, et varasematel kaubamärkidel SHARK puudub igasugune kirjeldav element. Tegemist on eriliste graafiliste kaubamärkidega, mis koosnevad stiliseeritud tähtedest, nii et kogu tähis toob esile hai kujutise, kusjuures „s” moodustab pea, „a” kehauime ning „k” looma saba. Tuleb märkida, et valitud loom ja varasemate kaubamärkide esemeks olevad kaubad pole juhuslikud: tegemist on energijookide tähistamiseks kasutatud haiga. Neid kaubamärke võib kogumis pidada löövateks ja tähelepanu haaravateks. Sellised kaubamärgid jäävad samuti kergemini meelde.
- 61 Järelikult annavad varasemate kaubamärkide olemuslikud tunnused neile kõrgema eristusvõime, vastupidi ühtlustamisameti ja menetlusse astuja kinnitustele.
- 62 Seetõttu, olles sedastanud, et tegemist on osaliselt identsete kaupadega ja varasematel kaubamärkidel on olemuslik eristusvõime, tuleb hinnata, kas käesolevas asjas piisab segiajamise tõenäosuse olemasolu järeldamiseks ainult kontseptuaalsest sarnasusest, mis nõuab eelnevat tõlkimist.

- 63 Seoses sellega tuleb rõhutada, et asjaomased tooted on energiajoogid, mis on mõeldud noorele sihtrühmale, kes on üldiselt teadlikud kaubamärgiga kaitstud kaupadest. Nagu apellatsioonikoda on õigesti sedastanud, turustatakse neid tooteid tavaliselt laiaulatuslikult, näiteks supermarketites, kus sihtrühm ostab neid ennekõike „silma järgi”. Samuti ei tasu tähelepanuta jätta kohvikutes ja baarides tehtavate suuliste tellimiste olulisust.
- 64 Arvestades kõike eespool mainitud, tuleb järeldada, et asjaomaste kaubamärkide vahelised olulised visuaalsed ja foneetilised erinevused neutraliseerivad suures osas nende kontseptuaalse sarnasuse, mis nõuab eelnevat tõlkimist. Tõepoolest, kahe kaubamärgi vahelise sisulise sarnasuse olulisus väheneb juhul, kui asjasse puutuvalt sihtrühmalt oodatakse ostmise käigus kaubamärgi vaatamist ja hääldamist.
- 65 Järelikult tuleb sedastada, et asjaomaste kaubamärkide vahelise sarnasuse aste ei ole piisavalt kõrge leidmaks, et tarbijad võiksid uskuda, et asjaomased kaubad on pärit samalt ettevõttelt, või muul juhul, majanduslikult seotud ettevõtelt.
- 66 Arvestades vaidlusaluste märkide vahelisi erinevusi, ei muuda seda seisukohta asjaolu, et taotletud kaubamärgiga tähistatud kaubad ja teenused on osaliselt identsed varasemate kaubamärkidega kaitstud toodetega.
- 67 Neis tingimustes järeldas apellatsioonikoda õigesti, et taotletud kaubamärkide ja varasemate kaubamärkide vahel puudus segiajamise tõenäosus.

- 68 Poolte viidatud siseriiklike otsuste kohta tuleb meenutada, et väljakujunenud kohtupraktikast tuleneb, et liikmesriikides parajasti registreeritavad ning juba registreeritud kaubamärgid on tegurid, mida võib ühenduse kaubamärgi registreerimisel üksnes arvesse võtta, ilma et need oleks otsustavad tegurid (Esimese Astme Kohtu 16. veebruari 2000. aasta otsus kohtuasjas T-122/99: Procter & Gamble v. Siseturu Ühtlustamise Amet (seebi kuju), EKL 2000, lk II-265, punkt 61, 31. jaanuari 2001. aasta otsus kohtuasjas T-24/00: Sunrider v. Siseturu Ühtlustamise Amet (VITALITE), EKL 2001, lk II-449, punkt 33, ja 19. septembri 2001. aasta otsus kohtuasjas T-337/99: Henkel v. Siseturu Ühtlustamise Amet (punane ja valge ümmargune tablett), EKL 2001, lk II-2597, punkt 58).
- 69 Ühtlustamisameti praktika kohta tuleneb kohtupraktikast, et tähise ühenduse kaubamärgina registreerimise otsused, mida apellatsioonikojad peavad tegema määruse nr 40/94 kohaselt, kuuluvad nende piiratud pädevusse, mitte aga diskretsioonipädevusse. Seepärast tuleb tähise ühenduse kaubamärgina registreerimise võimalikkust hinnata üksnes selle määruse alusel, ühenduse kohtu tõlgenduses, mitte aga apellatsioonikodade varasema praktika alusel (Esimese Astme Kohtu 27. veebruari 2002. aasta otsus kohtuasjas T-106/00: Streamserve v. Siseturu Ühtlustamise Amet (STREAMSERVE), EKL 2002, lk II-723, punkt 66, 20. novembri 2002. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-79/01 ja T-86/01: Bosch v. Siseturu Ühtlustamise Amet (Kit Pro ja Kit Super Pro), EKL 2002, lk II-4881, punkt 32, ja 30. aprilli 2003. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-324/01 ja T-110/02: Axions ja Belce v. Siseturu Ühtlustamise Amet (pruuni sigari kuju ja kuldse toru kuju), EKL 2003, lk II-1897, punkt 51).
- 70 Neil tingimustel tuleb hageja ainus väide tagasi lükata ning jätta hagi tervikuna rahuldamata.

Kohtukulud

- 71 Kodukorra artikli 87 lõike 2 alusel on kohtuvaidluse kaotanud pool kohustatud hüvitama kohtukulud, kui vastaspool on seda nõudnud. Kuna kohtuotsus on tehtud hageja kahjuks, mõistetakse kohtukulud vastavalt ühtlustamisameti ja menetlusse astuja nõudele välja hagejalt.

Esitatud põhjendustest lähtudes

ESIMESE ASTME KOHUS (neljas koda)

otsustab:

- 1. Jätta hagi rahuldamata.**
- 2. Mõista kohtukulud välja hagejalt.**

Legal

Tiili

Vadapalas

Kuulutatud avalikul kohtuistungil 9. märtsil 2005 Luxembourgis.

Kohtusekretär

H. Jung

Koja esimees

H. Legal