

ESIMESE ASTME KOHTU OTSUS (neljas koda)

10. november 2004*

Kohtuasjas T-402/02,

August Storck KG, asukoht Berliin (Saksamaa), esindajad: advokaadid H. Wrage-Molkenthin, T. Reher, A. Heise ja I. Rohr, kohtudokumentide kättetoimetamise aadress Luxembourgis,

hageja,

versus

Siseturu Ühtlustamise Amet (kaubamärgid ja tööstusdisainilahendused), esindajad: B. Müller ja G. Schneider,

kostja,

mille esemeks on tühistamishagi Siseturu Ühtlustamise Ameti teise apellatsioonikoja 18. oktoobri 2002. aasta otsuse (asi R 0256/2001-2) peale, millega keelduti otstest kokku keeratud kompvekipaberi kujulise kaubamärgi registreerimisest,

* Kohtumenetluse keel: saksa.

EUROOPA ÜHENDUSTE ESIMISE
ASTME KOHUS (neljas koda),

koosseisus: koja esimees H. Legal, kohtunikud V. Tiili ja M. Vilaras,
kohtusekretär: kohtusekretäri abi B. Pastor,

arvestades 27. detsembril 2002 Esimese Astme Kohtu kantseleisse saabunud
hagiavaldust,

arvestades 22. aprillil 2003 Esimese Astme Kohtu kantseleisse saabunud kostja
vastustust,

arvestades 16. juuni 2004. aasta kohtuistungil esitatud,

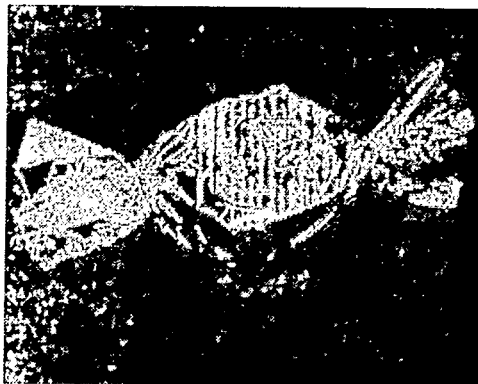
on teinud järgmise

otsuse

Vaidluse taust

- ¹ Hageja esitas 30. märtsil 1998 Siseturu Ühtlustamise Ametile (kaubamärgid ja tööstusdisainilahendused) (edaspidi „ühtlustamisamet”) nõukogu 20. detsembri 1993. aasta määruse (EÜ) nr 40/94 ühenduse kaubamärgi kohta (EÜT 1994, L 11, lk 1; ELT eriväljaanne 17/01, lk 146) (muudetud kujul) alusel ühenduse kaubamärgi taotluse.

- 2 Kaubamärk, mille registreerimist taotleti, on alljärgnev otstest kokku keeratud kompvekipaberi kuju:



- 3 Hageja määratles kaubamärki kujutismärgina ning märkis taotluses selle värviks „helepruun (karamellivärv)”.
- 4 Kaubad, mille jaoks kaubamärgi registreerimist taotleti, kuuluvad 15. juuni 1957. aasta märkide registreerimisel kasutatava kaupade ja teenuste rahvusvahelise klassifikatsiooni Nizza kokkuleppe (uuesti läbi vaadatud ja parandatud kujul) klassi 30 ning vastavad selles klassis järgmisele kirjeldusele: „kompvekid”.
- 5 Kontrollija andis hagejale 3. augusti 1998. aasta teatises teada, et asjaomast kaubamärki ei ole vastavalt määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punktile b võimalik registreerida.

- 6 Hageja esitas 5. oktoobri 1998. aasta kirjas kontrollija vastuväidete peale märkused. Pärast taotletava kaubamärgi määratlemist ruumilise kaubamärgina, märkis hageja, et asjaomase pakendi kuju eripära seisneb kuldses värvuses, mis annab pakendile minimaalse nõutava eristusvõime. Igal juhul on taotletav kaubamärk kasutamise käigus muutunud „karamellkompvekke” eristavaks.

- 7 Olles täpsustanud, et hageja taotlus käsitleb kujutismärki, lükkas kontrollija 19. jaanuari 2001. aasta otsusega taotluse tagasi sellel põhjusel, et taotletaval kaubamärgil puudub eristusvõime määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punkti b tähenduses ja kaubamärk ei ole muutunud „karamellkompvekke” eristavaks kõnealuse määruse artikli 7 lõike 3 tähenduses.

- 8 Hageja esitas 13. märtsil 2001. aasta määruse nr 40/94 artikli 59 alusel ühtlustamisametile kontrollija otsuse peale kaebuse. Kaebuses taotles hageja kontrollija otsuse tühistamist tervikuna. Kaebuse põhjendustes, mis esitati 18. mail 2001, kordas hageja väidet, mille kohaselt on taotletava kaubamärgi puhul tegemist ruumilise kaubamärgiga ning täpsustas, et selles on ühendatud kolm erinevat värvi: läbipaistev kollane, säravkuladne ja valge. Teise võimalusena palus ta taotletava kaubamärgiga hõlmatud kaupade loetelu piirata nii, et see hõlmaks üksnes „karamellkompvekke”, kui asjaomase kaubamärgi registreerimisest keeldutakse seetõttu, et sellel puudub eriomane eristusvõime ning see ei ole kasutamise käigus muutunud „kompvekke” eristavaks.

- 9 Ühtlustamisameti neljas apellatsioonikoda jättis 18. oktoobri 2002. aasta otsusega (edaspidi „vaidlustatud otsus”) kaebuse rahuldamata põhjusel, et taotletaval kaubamärgil puudub eristusvõime määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punkti b tähenduses ning kuna taotlust ei saa rahuldada ka nimetatud määruse artikli 7 lõike 3 alusel.

- 10 Sisuliselt leidis apellatsioonikoda, et taotletava kaubamärgi registreerimisest tuleb selle olemusest (kujutis- või ruumiline märk) olenemata keelduda kooskõlas määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punktiga b. Seoses eelkõige asjaomase pakendi värviga märkis apellatsioonikoda pärast seda, kui oli meelde tuletanud, et kaubamärgitaotluses oli märgi taotletavaks värviks nimetatud „helepruun (karamellivärv)”, et tal ei olnud taotletava kaubamärgi graafilises kujutises võimalik eristada neid kolme värvi, millele taotleja viitas kaebuse põhjendustes. Kõnealusel kujutisel tundub pakendi värvus olevat kuldne või kuldse tooniga, mis on kompvekipaberite puhul tavaline ja kaubanduses laialt kasutusel. Lisaks leidis apellatsioonikoda, et hageja esitatud tõenditest ei nähtu, et taotletav kaubamärk on kasutamise käigus muutunud kompvekke üldiselt ja täpsemalt karamellkompvekke eristavaks.

Menetlus ja poolte nõuded

- 11 Hageja taotles Esimese Astme Kohtu kantseelisse 26. mail 2003. aastal esitatud kirjaga Esimese Astme Kohtu kodukorra artikli 135 lõike 2 alusel luba esitada repliik; Esimese Astme Kohtu neljanda koja esimees jättis selle taotluse rahuldamata.
- 12 Hageja palub Esimese Astme Kohtul:

— tühistada vaidlustatud otsus;

— mõista kohtukulud välja ühtlustamisametilt.

13 Ühtlustamisamet palub Esimese Astme Kohtul:

— jätta hagi rahuldamata;

— mõista kohtukulud välja hagejalt.

Vaidluse ese

Poolte argumendid

14 Hageja naaseb taotletava kaubamärgi liigitamise küsimuse juurde ning nimetab seda kord kujutismärgiks, kord ruumiliseks kaubamärgiks.

15 Taotletava värvi osas märgib hageja, et vastupidiselt vaidlustatud otsuse punktis 16 olevatele apellatsioonikoja järeldustele nähtub taotletava kaubamärgi graafilisest kujutisest, et see on kolmevärviline. Kaubamärgi keskosa on kollavärvi ning mõlemad kokkukeeratud otsad on valget ja läbipaistvat kollast värvi. Läbipaistva ja läbipaistmatu kile kasutamise tõttu tundub, et tegemist on kolmevärvilise kaubamärgiga.

- 16 Hageja vaidlustab vaidlustatud otsuse tervikuna ning heidab apellatsioonikojale ette, et viimane tegi vea, kui ta keeldus tunnustamast taotletava kaubamärgi registreeritavust ning jättis rahuldamata üksnes „karamellkompvekkide” suhtes esitatud kaubamärgitaotluse, ka pärast seda, kui hageja oli ühtlustamisameti apellatsioonikojale esitatud kaebuse kirjalikes põhjendustes piiranud kaubamärgitaotlusega hõlmatud kaupade loetelu, juhuks kui kaubamärgil puudub eriomane eristusvõime kompvekkide suhtes. Hageja väidab, et igal juhul ei saa keelduda kaubamärgi registreerimisest „karamellkompvekkide” jaoks määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 3 alusel.
- 17 Ühtlustamisamet märgib, et taotletav kaubamärk on kujutismärk ning sellisena määratleti asjaomast kaubamärki ka hageja esitatud registreerimistaotluses.
- 18 Seoses taotletava kaubamärgi värviga tuleb ühtlustamisamet meelde, et hageja on esitanud taotluse „helepruuni (karamellivärvi)” värvi kohta. Seejärel viitab ühtlustamisamet apellatsioonikoja järeldustele, mis on esitatud vaidlustatud otsuse punktides 16 ja 17, ning mille kohaselt esiteks taotletava kaubamärgi graafilisel kujutisel näib värvus pigem kuldne või kuldse tooniga kui „helepruun (karamellivärv)” ja teiseks on asjaomase kujutise kolmevärvilisust (läbipaistev kollane, säravkuldne ja valge) võimatu eristada. Kujutismärgi kujutis on selles osas teiste kirjeldustega võrreldes kõige täpsem ning eelistatav teistele võimalikele kirjeldustele. Kuna apellatsioonikoda on oma otsuse ilmselgelt rajanud taotletava kaubamärgi graafilisele kujutisele, ei ole tähtsust sellel, kas asjaomane värv sisaldab apellatsioonikoja kirjelduse kohaselt „kuldset tooni” või on tegemist kolme värviga, nagu väidab hageja.
- 19 Seoses kaupade loetelu piiramisega üksnes „karamellkompvekkidega”, mida hageja taotles teise võimalusena apellatsioonikojale esitatud kaebuse kirjalikes põhjendus-

tes, viitab ühtlustamisamet vaidlustatud otsuse punktile 28 ja väidab, et käesoleval juhul ei ole kompvekkide ja karamellkompvekkide turu eristamisel määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punkti b ega nimetatud määruse artikli 7 lõike 3 mõttes tähtsust.

Esimese Astme Kohtu hinnang

- 20 Arvestades menetluspoolte vastukäivaid argumente asjaomase registreerimistaotluse erinevate elementide kohta, tuleb järjekorras kontrollida taotletava kaubamärgi liiki, taotletavat värvi ja kaubamärgiga hõlmatud kaupu.

Taotletava kaubamärgi liik

- 21 Hageja täidetud kaubamärgitaotluse *ad hoc* plangil on märgitud, et taotletakse kujutismärgi registreerimist. Kontrollija ja apellatsioonikoja menetluses määratles hageja kaubamärgi siiski ruumilise kaubamärgina. Apellatsioonikoda leidis vaidlustatud otsuse punktis 23, et taotletava kaubamärgi eriomasele eristusvõimele hinnangu andmisel ei ole tähtsust asjaolul, kas kaubamärk on kujutismärk või ruumiline kaubamärk. Apellatsioonikoja arvates „[...] on mõnikord tegemist kompvekipaberi väliskujuga ja mõnikord kompvekkide puhul tavalisse pakendisse pakendatud kompveki graafilise kujutisega [...]”. Esimese Astme Kohtu menetluses on hageja naasnud kaubamärgi liigituse juurde (vt eespool punkt 14).

- 22 Neil asjaoludel ja olukorras, kus igal juhul ei ole hageja taotlenud taotluse muutmist määruse nr 40/94 artikli 44 ja komisjoni 13. detsembri 1995. aasta määruse (EÜ) nr 2868/95, millega rakendatakse nõukogu määrus (EÜ) nr 40/94 ühenduse kaubamärgi kohta (EÜT L 303, lk 1; ELT eriväljaanne 17/01, lk 189), eeskirja nr 13 kohaselt, tuleb taotletavat kaubamärki käsitleda kujutismärgina (vt selle kohta Esimese Astme Kohtu 19. septembri 2001. aasta otsus kohtuasjas T-30/00: Henkel v. Siseturu Ühtlustamise Amet (pesuvahendi kujutis), EKL 2001, lk II-2663), milleks on kaubamärgitaotluses nimetatud kaupade otstest kokku keeratud paberist pakendi kujuline kaubamärk.

Taotletav värv

- 23 Määruse nr 40/94 artikli 4 kohaselt „võivad ühenduse kaubamärgi moodustada mis tahes tähised, mida on võimalik graafiliselt esitada, eelkõige nimed, sealhulgas isikunimed, kujutised, tähed, numbrid või kaupade või nende pakendi kuju, kui selliste tähiste põhjal on võimalik eristada ühe ettevõtja kaupu või teenuseid teiste ettevõtjate omadest”.
- 24 Vastavalt määruse nr 2868/95 eeskirja 3 lõikele 1, kui taotleja ei soovi kasutada konkreetset graafilist kujundit või värvi, esitatakse märk tavalises kirjas, näiteks tähti, numbreid või kujundeid taotlusele trükkides. Sama eeskirja lõige 2 näeb ette, et lõikes 1 nimetatata juhtudel esitatakse märk taotluse tekstile lisatud eraldi lehel. Kooskõlas kõnealuse eeskirja lõikega 5, kui taotletakse värvilise märgi registreerimist, sisaldab taotlus sellekohast märget. Nimetada tuleb ka märgi värvid. Lõike 2 kohane esitus on märgi värviline kujutis.

- 25 Lisaks tuleneb kohtupraktikast, et eelnimetatud sätete tähenduses peab graafiline kujutis selleks, et see täidaks oma eesmärgi, võimaldama esitada kaubamärki eelkõige kujundite joonte või kirjamärkide kaudu niimoodi, et seda saaks täpselt määratleda. Määruse nr 40/94 artiklis 4 nimetatud eesmärgi täitmiseks peab graafiline kujutis olema selge, täpne, iseenesest täielik, kergesti märgatav, arusaadav, püsiv ja objektiivne (vt samuti analoogia alusel Euroopa Kohtu 12. detsembri 2002. aasta otsus kohtuasjas C-273/00: Sieckmann, EKL 2002, lk I-11737, punktid 46–55 ja 6. mai 2003. aasta otsus kohtuasjas: C-104/01: Libertel, EKL 2003, lk I-3793, punktid 28 ja 29).
- 26 Samuti on kohus leidnud, et lihtne värvinäidis iseenesest ei vasta eelmises punktis esitatud tingimustele, sest see võib aja jooksul muutuda. Seevastu võib värvinäidise ja selle sõnalise kirjelduse kombinatsioon vastata määruse nr 40/94 artikli 4 nõuetele, kui see on selge, täpne, iseenesest täielik, kergesti märgatav, arusaadav ja objektiivne. Kui nimetatud kombinatsioon ei vasta graafilisele kujutisele esitatavatele tingimustele eelkõige täpsuse või püsivuse osas, võib selle puuduse vajadusel parandada selliselt, et lisatakse värvi kirjeldus vastavalt rahvusvaheliselt tunnustatud määratluskoodile. Nimetatud koode peetakse täpseteks ning püsivateks (eespool viidatud otsus kohtuasjas Libertel, punktid 31–38).
- 27 Käesoleval juhul on hageja märkinud kaubamärgitaotluse *ad hoc* plangi lahtrisse, mis on ette nähtud taotletava värvi määratlemiseks, et taotletavaks värviks on helepruun (karamellivärv). Kontrollija leidis taotletava kaubamärgi kujutisele tuginedes, et tegemist on kullavärviga ja et kuldset pakkepaberid, mis on kas kuldset tooni või punakas-, sinakas- või rohekaskuldset, on laialt kasutusel eriti kompvekkide sektoris. Apellatsioonikoja menetluses viitas hageja kolmele värvile: läbipaistev kollane, säravkuldne ja valge. Olles meelde tuletanud, et esialgu taotles hageja värvi „helepruun (karamellivärv)”, leidis apellatsioonikoda, et graafilisel kujutisel tundub kaubamärgi värvus olevat kuldne või kuldset tooni ning taotletava kaubamärgi kolmevärvilisust on võimatu eristada. Apellatsioonikoda lisis, et sellist värvi kompvekkipakendid ei ole harvaesinevad ning et tähtsust ei ole asjaolul, et

hageja kompvekke pakendatakse tsellofaanpaberisse, millesse on pressitud kuldne kililint. Tulemus on apellatsioonikoja arvates sama, st asjaomased kompvekid näivad olevat pakendatud kuldsesse pakendisse, mis ei ole kompvekipakendite puhul ebatavaline (vaidlustatud otsuse punktid 14, 16 ja 17).

- 28 Tuleb märkida, et olukorras, kus hageja ei ole taotletava kaubamärgi värvust selgelt ja täpselt kirjeldanud, kus erinevad kirjeldused on omavahelises vastuolus ja vastuolus kaubamärgi graafilisel kujutisel oleva värviga, kus puudub igasugune viide rahvusvaheliselt tunnustatud määratluskoodile ning kus hageja ei ole vastavalt määruse nr 40/94 artikli 42 lõikele 2 esitanud taotluse muutmise taotlust selleks, et selgitada taotletavate värvide kirjeldust, on apellatsioonikoda oma hinnangus õigesti tuginenud kullavärvile, mis on asjaomase kaubamärgi graafilisel kujutisel domineeriv värv. Lisaks on hageja kohtuistungil Esimese Astme Kohtu ühele küsimusele vastates möönnud, et taotletav kaubamärk on otstest kokku keeratud kompvekipaberi kujuline tsellofaanpaber, mille põhivärv on kullavärv.

Taotletava kaubamärgiga hõlmatud kaubad

- 29 Määruse nr 40/94 artiklites 57–61 on sätestatud, et apellatsioonikoja võib esitada kaebuse kontrollijate otsuste peale ja et kaebuse võib esitada menetluspool, kelle kahjuks kontrollija otsus tehti. Määruse nr 2868/95 eeskirja 48 lõike 1 järgi sisaldab kaebus teatavat teavet, nagu „märke vaidlustatava otsuse kohta ja selle kohta, millises ulatuses otsuse muutmist või tühistamist nõutakse”.

- 30 Käesoleval juhul on üheselt selge, et kontrollija lükkas tagasi hageja esitatud kaubamärgitaotluse kui kujutismärgi taotluse kõigi selles nimetatud kaupade, seega klassi 30 kuuluvate „kompvekkide” suhtes. Hageja taotles 13. märtsi 2001. aasta kaebuses kontrollija asjaomase otsuse tühistamist täies ulatuses. Seevastu kaebuse 18. mail 2001 esitatud põhjendustes väitis hageja teise võimalusena, et „kaupade loetelu, milles suhtes asjaomane kaubamärgitaotlus on esitatud [tuleb] piirata „karamellkompvekkidega” kui kaubamärgi registreerimisest keeldutakse põhjusel, et sellel puudub kas eriomane või kasutamise käigus omandatud eristusvõime”.
- 31 Apellatsioonikoda leidis vaidlustatud otsuse punktis 8, et esimese võimalusena taotleti kaebuses kontrollija asjaomase otsuse tühistamist põhjusel, et taotletav kaubamärk on määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punkti b tähenduses eristav ja teise võimalusena põhjusel, et asjaomane kaubamärk on registreeritav eelkõige „karamellkompvekkide” jaoks, sest see on kasutamise käigus omandanud eristusvõime. Hinnanud kaebuses esitatud väiteid, jättis apellatsioonikoda kaebuse täies ulatuses põhjendamata tõttu rahuldamata.
- 32 Hageja vaidlustab Esimese Astme Kohtule esitatud kaebuses vaidlustatud otsuse tervikuna ning heidab apellatsioonikojale ette, et viimane tegi vea, kui ta määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 3 alusel keeldus taotletava kaubamärgi registreerimisest ka üksnes „karamellkompvekkide” jaoks pärast seda, kui apellatsioonikojale esitatud teise võimalusena oli kaubamärgiga hõlmatud kaupade loetelu piiratud.
- 33 Selles osas tuleb meelde tuletada, et määruse nr 40/94 artikli 44 lõike 1 alusel võib taotluse esitaja ühenduse kaubamärgi taotluse igal ajal tagasi võtta või piirata selles loetletud kaupade või teenuste loetelu. Seega on kaupade või teenuste loetelu piiramise pädevus antud ainult ühenduse kaubamärgi taotlejale, kes võib igal ajal esitada ühtlustamisametile vastavasisulise taotluse. Seda arvestades peab täielik või osaline ühenduse kaubamärgi taotluse tagasivõtmine olema selgesõnaline ja

tingimusteta (Esimese Astme Kohtu 27. veebruari 2002. aasta otsus kohtuasjas T-219/00: Ellos v. Siseturu Ühtlustamise Amet (ELLOS), EKL 2002, lk II-753, punktid 60 ja 61).

- 34 Käesoleval juhul taotleb hageja asjaomase kaubamärgitaotlusega hõlmatud kaupade loetelu piiramist „karamellkompvekkidega” üksnes teise võimalusena, st üksnes juhul, kui apellatsioonikoda kavatses jätta asjaomase taotluse „kompvekkide” suhtes rahuldamata. Seega ei ole hageja piiranud kaupade loetelu selgesõnaliselt ja tingimusteta, mistõttu ei saa kõnealust piiramist arvesse võtta (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus ELLOS, punkt 62).
- 35 Peale selle tuleneb väljakujunenud kohtupraktikast, et kaubamärgitaotluses loetletud kaupade või teenuste loetelu piiramise arvesse võtmiseks peab see olema tehtud teatava erikorra kohaselt, st taotluse muutmist tuleb taotleda määruse nr 40/94 artikli 44 ja komisjoni 13. detsembri 1995. aasta määruse nr 2868/95 eeskirja nr 13 kohaselt (Esimese Astme Kohtu 9. oktoobri 2002. aasta otsus kohtuasjas T-173/00: KWS Saat v. Siseturu Ühtlustamise Amet (oranži toon), EKL 2002, lk II-3843, punktid 11 ja 12; 5. märtsi 2003. aasta otsus kohtuasjas T-194/01: Unilever v. Siseturu Ühtlustamise Amet (munakujuline tablett), EKL 2003, lk II-383, punkt 13, ja 25. novembri 2003. aasta otsus kohtuasjas T-286/02: Oriental Kitchen v. Siseturu Ühtlustamise Amet (KIAP MOU), EKL 2003, lk II-4953, punkt 30).
- 36 Käesoleval juhul ei ole neid üksikasjalikke eeskirju järgitud, sest hageja viitas kaebuse 18. mai 2001. aasta põhjendustes üksnes teise võimalusena asjaomaste kaupade loetelu piiramisele, esitamata selle kohta kaubamärgitaotluse muutmise taotlust, mille näevad ette eelnimetatud sätted (vt selle kohta eespool viidatud otsus kohtuasjas oranži tooni kohta, punkt 12).

- 37 Igal juhul tuleneb vaidlustatud otsuse punktist 28, et apellatsioonikoda uuris hageja teise võimalusena esitatud ettepanekut piirata kaupade loetelu „karamellkompvekkidega” ja leidis, et see ei mõjuta eriomase eristusvõime või kasutamise käigus omandatud eristusvõime hindamist. Apellatsioonikoja arvates on vaatamata sellele, kas on tegemist kompvekkide või karamellkompvekkidega, kontrollija hinnang taotletava kaubamärgi registreeritavuse kohta siiski õigustatud tulenevalt kahest eelnimetatud absoluutsest keeldumispõhjusest.
- 38 Eelnevate kaalutluste põhjal tuleb käesolevat kaebust tõlgendada nii, et sellega soovitakse tühistada vaidlustatud otsus määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punkti b rikkumise tõttu seoses kõigi taotletava kaubamärgiga hõlmatud kaupadega (st „kompvekid”) ja sama määruse artikli 7 lõike 3 rikkumise tõttu seoses asjaomaste kaupadega, ja eelkõige seoses karamellkompvekkidega.

Põhiküsimus

- 39 Hageja esitab oma hagi toetuseks neli väidet, mis tulenevad vastavalt määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punkti b, artikli 7 lõike 3, artikli 74 lõike 1 esimese lause ja artikli 73 rikkumisest.

Esimene väide, mis tuleneb määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punkti b rikkumisest

Poolte argumendid

- 40 Hageja väidab, et taotletaval kaubamärgil on minimaalne nõutav eristusvõime määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punkti b tähenduses.

- 41 Esiteks ei ole vaidlustatud apellatsioonikoja otsuse punktis 12 mainitud nõue, et taotletav kaubamärk oleks „haarav” või eriti „tähelepanuväärne”, ühelgi põhjusel vajalik. Apellatsioonikoda eksis, leides, et taotletava kaubamärgi väliskuju on tavapärase ega erine olulisel määral kompvempaberite tavalisest väliskujust ning et asjaomase pakendi värv on kaubanduses laialt levinud. Vaidlustatud otsuses ei ole viidatud ühelegi näitele, mis neid väiteid kinnitaks. Taotletava tähise kuju ja värvi kombinatsioon on vastupidi turul ainulaadsed ning neid ei saa määratleda „tavapärastena”. Lisaks märgib hageja, et karamellkompvekkide „Werther’s Original” (Werther’s Echte) intensiivse turustamise tõttu on taotletav kaubamärk kui karamellkompvekkide loomulik pakend tarbijate teadvuses kinnistunud.
- 42 Hageja märgib seejärel, et kompvekkide ja eriti karamellkompvekkide turgu iseloomustab kaupade kuju- ja värvivabadus. Taotletava kaubamärgi konkreetset väliskuju on eriti lihtne meeles pidada ning see asjaolu on seotud teadliku valikuga pakkuda tarbijale meeldejääv tunnus. Taotletava kaubamärgi kolm värvi, mida apellatsioonikoda ei ole hagejale arusaamatul põhjusel suutnud eristada, on märgatavad juba üksnes asjaomase tähise vaatlemisel. Selle keskosa on kuldne ning kokkukeeratud otsad on valged ja läbipaistvat kollast värvi. Läbipaistva ja läbipaistmatu kile kontrast toob esile kaubamärgi kõnealused kolm värvi ja muudab selle väliskuju ebatavaliseks.
- 43 Kui vaidlustatud otsuse punkt 28 välja arvata, siis ei ole apellatsioonikoda kordagi käsitletud üldisest kompvekkide turust pakendamise poolest erinevat „karamellkompvekkide” turuosa, ning seda hoolimata hageja apellatsioonikoja teise võimalusena esitatud taotlusest piirata taotlusega hõlmatud loetelu karamellkompvekkidega.

44 Ühtlustamisamet väidab hageja väidetele vastu ning märgib, et taotletaval kaubamärgil puudub eristusvõime määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punkti b tähenduses. Nii pakendi kuju kui taotletava kaubamärgi graafilisel kujutisel märgatav kullavärv on asjaomasel turul laialt levinud. Seetõttu ei ole asjaomastel tarbijatel võimalik tajuda ja meelde jätta hageja välja toodud väidetavaid kaubamärgi erisusi asjaomase kauba päritolutähistena.

45 Need kaalutlused on asjakohased nii kompvekkide turu osas üldiselt, kui täpsemalt karamellkompvekkide turu puhul. Eelöeldust tulenevalt ning nagu apellatsioonikoda on vaidlustatud otsuse punktis 28 nentunud, ei ole nende kahe turu eristamine kõnealuse kaubamärgi eristusvõime hindamisel asjakohane.

Esimese Astme Kohtu hinnang

46 Määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punkti b järgi ei registreerita „kaubamärke, millel puudub eristusvõime”. Määruse nr 40/94 artikli 7 lõikes 2 on täpsustatud, et „lõiget 1 kohaldatakse olenemata sellest, et registreerimata jätmise põhjused on ainult teatavas ühenduse osas”.

47 Esiteks tuleb märkida, et vastavalt kohtupraktikale on kaubamärgid, millele viitab määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punkt b, eelkõige kas sellised kaubamärgid, mida asjaomase avalikkuse seisukohalt vaadatuna tavaliselt kasutatakse kaubanduses asjaomaste kaupade või teenuste tähistamiseks või sellised, mille puhul on vähemalt olemas konkreetset asjaolud, mis viitavad sellele, et neid võib selliselt kasutada. Selle sättega hõlmatud kaubamärgid ei ole võimelised täitma kaubamärgi peamist ülesannet — eristada kauba või teenuse päritolu, võimaldamaks kaubamärgiga

tähistatud kaupa või teenust ostnud tarbijal hilisemate ostude korral teha sama otsus juhul, kui kogemus osutus positiivseks või teha teistsugune otsus, kui kogemus osutus negatiivseks (Esimese Astme Kohtu 3. juuli 2003. aasta otsus kohtuasjas T-122/01: Best Buy Concepts v. Siseturu Ühtlustamise Amet (BEST BUY), EKL 2003, lk II-2235, punkt 20, ja 3. detsembri 2003. aasta otsus kohtuasjas T-305/02: Nestlé Waters France v. Siseturu Ühtlustamise Amet (pudeli kuju), EKL 2003, lk II-5207, punkt 28).

- 48 Seega tuleb kaubamärgi eristusvõimet hinnata ühest küljest seoses kaupade ja teenustega, mille jaoks registreerimist taotletakse, ning teisest küljest seoses sellega, kuidas kaubamärgi tajub asjaomane avalikkus, mis koosneb nende kaupade ja teenuste piisavalt informeeritud, mõistlikult tähelepanelikust ja arukast tarbijast (eespool viidatud kohtuotsused BEST BUY, punkt 22, ja pudeli kuju kohta, punkt 29).
- 49 Mis puudutab esimest eelnimetatud hinnangut, siis tuleb meenutada, et taotletav tähis koosneb kauba pakendi kujust, nimelt otstest kokku keeratud paberist kompvekipakendi kujust, mitte kauba enda kujust (eespool nimetatud kohtuotsus pudeli kuju kohta, punkt 30).
- 50 Seoses asjaomase avalikkusega tuleb arvestada sellega, et kompvekid on kõikidele tarbijatele mõeldud laiatarbekaubad kõigis ühenduse liikmesriikides. Järelilikult tuleb taotletava kaubamärgi eristusvõimet hinnata, arvestades piisavalt informeeritud, mõistlikult tähelepaneliku ja aruka keskmise tarbija eeldatavat ootust (eespool viidatud kohtuotsus pudeli kuju kohta, punkt 33).
- 51 Siinkohal tuleb meenutada, et kaubamärgi tajumist asjaomase avalikkuse poolt mõjutab avalikkuse tähelepanu tase, mis võib erinevate asjaomaste kaupade või teenuste puhul olla erinev (eespool viidatud kohtuotsused munakujulise tableti kohta, punkt 42, ja pudeli kuju kohta, punkt 34).

- 52 Vaidlustatud otsusest, eelkõige selle punktides 12, 13, 18 ja 19 nähtub, et apellatsioonikoda on taotletava kaubamärgi hindamisel arvestanud eespool nimetatud kaalutlusi.
- 53 Teiseks tuleb märkida, et määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punktis b ei tehta kaubamärgi liikidel vahet. Seetõttu ei ole asjaomase kauba enda tõetruust kujust või käesoleval juhul asjaomase kauba pakendi kujust koosneva kujutismärgi eristusvõime hindamiseks vaja kohaldada rangemaid kriteeriume kui kohaldatakse teiste kaubamärgiliikide puhul (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsused munakujulise vormi kohta, punkt 44, ja pudeli kuju kohta, punkt 35).
- 54 Neil asjaoludel tuleb kõnealuse pakendi kuju ja värvi kombinatsiooni kui avalikkuse poolt tajutava päritolutähise hindamisel uurida sellest kombinatsioonist jäävat tervikmuljet, mis ei takista siiski kasutatud erinevate esituselementide üksikhaaval uurimist (Esimese Astme Kohtu 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 49, ja eespool viidatud kohtuotsus munakujulise tableti kohta, punkt 54).
- 55 Tuleb asuda seisukohale, et apellatsioonikoda ei rikkunud õigusnorme, leides, et „vaadeldava kaubamärgi väliskuju (helepruun või kullavärvi otstest kokku keeratud kompvekipaberi kujuline pakend) ei paista teiste, kaubanduses tavaliste väliskujude hulgast piisavalt silma” (vaidlustatud otsuse punkt 14).
- 56 Apellatsioonikoda leidis vaidlustatud otsuse punktis 15 õigesti, et vaidlusaluse pakendi kuju puhul on tegemist „hariliku ja tavapärase kompvekipakendi kujuga” ning et „niiviisi pakendatud kompvekke on turul suur hulk”. Sama kehtib kõnealuse pakendi värvi kohta, milleks on helepruun (karamellivärv), või, nagu nähtub

taotletava kaubamärgi graafiliselt kujutiselt, kullavärv või kuldne toon. Need värvid ei ole iseenesest ebatavalised ning samuti ei ole harv, et neid kasutatakse kompvekipakenditel, nagu apellatsioonikoda on vaidlustatud otsuse punktis 16 asjakohaselt välja toonud. Niisiis leidis apellatsioonikoda vaidlustatud otsuse punktis 18 õigesti, et käesoleval juhul tajub keskmine tarbija kaubamärki kui sellist mitte kauba kaubanduslikku päritolu tähistavana, vaid üksnes ja ainult kompvekipakendina ning et apellatsioonikoja antud hinnang taotletava kaubamärgi eriomase eristusvõime puudumise kohta on asjakohane ka siis, kui asjaomase kaubamärgiga hõlmatud kaubad oleksid üksnes „karamellkompvekid” (vt vaidlustatud otsuse punkt 28).

- 57 Seepärast ei ole taotletava kaubamärgi kuju ja värvi kombinatsiooni tunnused teistest kompvekipakendite puhul kasutatavatest põhikujudest piisavalt erinevad ja seetõttu ei ole need sellised, mis jääks asjaomasele avalikkusele kaubandusliku päritolu tähisena meelde. Otstest kokku keeratud kompvekipaberi kujuline pakend, mis on helepruuni või kuldset värvi, ei erine oluliselt kõnealuste kaupade (kompvekid, karamellkompvekid) puhul kaubanduses tavaliselt kasutatavatest pakenditest, ning meenub niisiis loomulikult nimetatud kaupade tüüpilise pakendina.
- 58 Vaidlustatud otsuse punktides 14–17 ja 28 konkreetseid näiteid esitamata tehtud viide tavalisele toimimisviisile kompveki- või karamellkompvekikaubanduses ei sea kahtluse alla apellatsioonikoja hinnangut, et taotletaval kaubamärgil puudub eriomane eristusvõime. Arvestades, et taotletava kaubamärgi vormi ja värvi kombinatsioon ei ole kaubanduses ebatavaline, võttis apellatsioonikoda sisuliselt oma analüüsi aluseks selliste laiatarbekaupade, nagu kompvekid või karamellkompvekid, mida tõenäolised teavad kõik inimesed ja eelkõige nende kaupade tarbijad, turustamise põhjal tekkinud üldise kogemuse (vt samuti analoogia alusel Esimese Astme Kohtu 22. juuni 2004. aasta otsus kohtuasjas T-185/02: Ruiz-Picasso jt v.

Siseturu Ühtlustamise Amet – DaimlerChrysler (PICARO), EKL 2004, lk II-1739, punkt 29).

- 59 Kolmandaks tuleb rõhutada, et vastupidiselt hageja väidetele ei kuulu asjaomase pakendi kuju tootmiskulud määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punkti b kohase kaubamärgi eristusvõime hindamise asjakohaste kriteeriumite hulka. Kuju, millel sama moodi kui käesoleval juhul puudub eristusvõime, ei saa kõnealust eristusvõimet omandada selle tootmiskulude tõttu.
- 60 Lähtudes määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punktis b sätestatud absoluutse keeldumispõhjuse aluseks olevast üldisest huvist, on apellatsioonikoda vaidlustatud otsuse punktides 19 ja 20 õigesti välja toonud ohu, mis kaasneb kõnealuse pakendi monopoliseerimisega kompvekkide jaoks, kuna apellatsioonikoja analüüs kinnitas, et antud pakendil puudub nende kaupade osas eristusvõime.
- 61 Lõpuks tuleb kõrvale jätta hageja väide, mille kohaselt karamellkompvekkide „Werther's Original” (Werther's Echte) intensiivse turustamise tõttu on taotletav kaubamärk kui karamellkompvekkide loomulik pakend tarbijate teadvuses kinnistunud. Isegi kui eeldada, et eelnimetatud asjaolu on tõendatud, saab sellist turustamist võtta arvesse üksnes taotletava kaubamärgi kasutamise käigus omandatud eristusvõime hindamisel, mitte selle eriomase eristusvõime hindamisel.
- 62 Eelnevaid kaalutlusi kokku võttes võib märkida, et nii nagu keskmine tarbija, keda võib pidada piisavalt informeerituks, mõistlikult tähelepanelikuks ja arukaks, taotletavat kaubamärki tajub, ei võimalda see asjaomaseid kaupu ära tunda ega eristada neid teistsuguse kaubandusliku päritoluga kaupadest. Seepärast puudub sel kaubamärgil seoses nende kaupadega eristusvõime.

- 63 Seega tuleb määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punkti b rikkumisest tulenev väide põhjendamatusse tõttu tagasi lükata.

Teine väide, mis tuleneb määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 3 rikkumisest

Poolte argumendid

- 64 Hageja väidab, et taotletav kaubamärk tuleb registreerida seetõttu, et see on kasutamise käigus omandanud karamellkompvekkide suhtes eristusvõime.
- 65 Apellatsioonikoda oleks asjaomase kaubamärgi kasutamise ja turul kinnistumise tuvastamiseks pidanud uurima asjaomase turu olukorda ning koguma üldist taustteavet pakendite kujunemise kohta. Taustteabe, turuolukorra, asjaomase kauba levitamise käivet puudutavate konkreetsete andmete ja läbi viidud turu-uuringute tulemusi silmas pidades on ilmne, et taotletav kaubamärk on turul tõepoolest kinnistunud. Apellatsioonikoda ei ole võtnud arvesse asjaolu, et tarbijad võivad tajuda kõnealust pakendit teistest olemasolevatest kaubamärkidest erineval viisil, pidades seda päritolutähiseks.
- 66 Selles osas märgib hageja, et ta kasutab taotletavat kaubamärki juba aastakümneid täiesti läbimõeldult kui kompvekkide „Werther’s Original” tunnusmärki, mistõttu taotletavat kaubamärki kujutatakse reklaamides alati suurelt ning tuuakse selgelt esile. Peale selle märgab tarbija värve ja kuju enne võimalikust tekstist täpselt aru saamist. See kehtib eriti käesoleva juhtumi kohta, sest värvivalikust tulenevalt eristub kompvekipaberil olev tekst taotletava kaubamärgi värvist. Seega ongi asjakohane

üksnes tarbija nägemus, nagu seda on sedastatud Bundesgerichtshof'i (Saksamaa) 5. aprilli 2001. aasta kohtuotsuses, mida apellatsioonikoda ei ole arvesse võtnud.

- 67 Hageja arvates piisab taotletava kaubamärgi kasutamise tõendamiseks apellatsioonikojale esitatud andmetest käibe kohta. Turuosa kindlaksmääramiseks ei olnud vajalik esitada võrdlusandmeid, kuna andmeid käibe kohta kinnitavad erinevates liikmesriikides läbi viidud turu-uuringute tulemused. Neist tulemustest ilmnes asjaomase kauba suur tuntus (erinevates Euroopa Liidu liikmesriikides 59,4–85%). Kasutamise käigus kinnistumist tuleb hinnata kauba tuntuse alusel, mitte lähtudes turuolukorrast võrreldes konkureerivate kaupadega.
- 68 Lõpuks väidab hageja, et ta on taotletava kaubamärgi kasutamise tõendamiseks valmis esitama lisaandmeid, nagu näiteks tunnistajate ütlused ning ekspertiisi tulemused, kui Esimese Astme Kohus peab seda asjakohaseks.
- 69 Ühtlustamisamet viitab kasutamise käigus omandatud eristusvõime hindamise kriteeriumitele, mida kohtupraktikas on käsitletud, ja märgib esiteks, et kuigi kompvekipakendid võivad kasutamise tõttu kujutada endast päritolutähist, ei ole käesoleval juhul selleks vajalike tingimuste täitmine tõendatud.
- 70 Ühtlustamisameti arvamuse kohaselt on kontrollija ja apellatsioonikoda õigesti järeldanud, et hageja esitatud tõenditest ei piisa tuvastamiseks, et taotletav kaubamärk on kasutamise käigus omandanud eristusvõime.

- 71 Esiteks ei ole hageja esitatud andmed käibe kohta piisavad, kui ei märgita aluseks võetava kaubaturu kogumahtu ega hinnata konkureerivate ettevõtjate läbimüüki. Laiatarbekaupade puhul, nagu käesoleval juhul, on otsustavaks kriteeriumiks turuosa, mitte üksnes andmed käibe kohta, sest viimastest ei piisa kaubamärgi tuntuse tõendamiseks.
- 72 Teiseks ei ole aastal 1998 hageja kantud reklaamikulud kogusummas 27 729 000 Saksa marka ning ajavahemikul 1994–1997 erinevates Euroopa Liidu liikmesriikides kantud reklaamikulud umbes 10 000 000–17 500 000 Saksa marka, samuti tõend. Hageja selle väite toetuseks esitatud tabeli põhjal ei ole kuidagi võimalik kindlaks teha, mille reklaamimiseks neid kulusid on tehtud, st kas tähise „Werther's Original”, asjaomase kauba kuju, selle pakendi või millegi muu reklaamimiseks. Seega ei saa nimetatud andmed kasutada, kuna puudub teave asjaomase kaubaturuga seostatava reklaami mahu kohta.
- 73 Lõpuks viidati seitsmes Euroopa Liidu liikmesriigis ja Norras läbi viidud turu-uuringutes tähistele „WERTHER'S”, „Werther's Original” ja „W.O” ning need ei sisaldanud ühtki viidet asjaomasele pakendile. Seega ei ole tõendatud, et hagejal oleks õnnestunud teha kõnealune pakend avalikkusele tuttavaks. Peale selle oleks kasutamist pidanud tõendama kõigi liikmesriikide või ühenduse piirkondade kohta, kus esineb keeldumispõhjus. Hageja esitatud dokumentides ei ole aga viidatud sellistele olulistele turgudele nagu Prantsusmaa ja Itaalia. Pealegi ei piisaks määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 3 kohaldamiseks kauba teatava kuju kasutamise tõendamisest, vaid lisaks tuleb tõendada, et kasutamise asjaolud on sellised, et kõnealusel kujul on kaubamärgi olemus (Euroopa Kohtu 18. juuni 2002. aasta otsus kohtuasjas C-299/99: Philips, EKL 2002, lk I-5475, punkt 65).

- 74 Teiseks leiab ühtlustamisamet, et asjaomaste kaupade loetelu piiramisel üksnes karamellkompekkidele, mida hageja taotles apellatsioonikoja menetluses teise võimalusena, ei ole taotletava kaubamärgi kasutamise käigus omandatud eristusvõime hindamisel tähtsust.
- 75 Lõpuks märgib ühtlustamisamet, et ei saa nõustuda hageja ettepanekuga esitada kaubamärgi kasutamise kohta täiendavaid tõendeid. Esimese Astme Kohtule esitatud kaebuse menetlemise raames kontrollitakse apellatsioonikoja otsuste seaduslikkust määruse nr 40/94 artikli 63 tähenduses, mis tähendab, et tõendusmaterjal, mis esitatakse esimest korda alles Esimese Astme Kohtule, tuleb jätta vastu võtmata, ilma et oleks vaja kontrollida selle tõenduslikku väärtust (Esimese Astme Kohtu 5. märtsi 2003. aasta otsus kohtuasjas T-237/01: Alcon v. Siseturu Ühtlustamise Amet – Dr. Robert Winzer Pharma (BSS), EKL 2003, lk II-411, punktid 61 ja 62). Seepärast ei saa Esimese Astme Kohus hagejalt tagantjärele paluda uute tõendite esitamist.

Esimese Astme Kohtu hinnang

- 76 Määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 3 järgi ei kohaldata selle määruse artikli 7 lõike 1 punkte b–d, kui kaubamärk on kasutamise käigus muutunud neid kaupu või teenuseid eristavaks, mille jaoks registreerimist taotletakse. Määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 3 mõttes on asjaolu, et asjaomane avalikkus tajub kaubamärki kui kauba või teenuse kaubandusliku päritolu tähist, kaubamärgitaotleja majanduslike jõupingutuste tulemus. Selline olukord õigustab jätma kõrvale üldise huvi kaalutlused, mida on peetud silmas nimetatud artikli lõike 1 punktides b–d ning mis näevad ette nimetatud sätetes käsitletud kaubamärkide vaba kasutatavuse selleks, et vältida üheleainsale ettevõtjale õigusvastase konkurentsieelise loomist (vt selle kohta Esimese Astme Kohtu 2. juuli 2002. aasta otsus kohtuasjas T-323/00: SAT.1 v. Siseturu Ühtlustamise Amet (SAT.2), EKL 2002, lk II-2839, punkt 36, ja 29. aprilli 2004. aasta otsus kohtuasjas T-399/02: Eurocermex v. Siseturu Ühtlustamise Amet (õllepudeli kuju), EKL 2004, lk II-1391, punkt 41).

- 77 Esiteks tuleneb kohtupraktikast, et kaubamärgi kasutamise käigus eristusvõime omandamise tingimuseks on vähemalt see, et oluline osa asjaomasest avalikkusest eristab tänu kaubamärgile asjaomaseid kaupu või teenuseid kindlalt ettevõtjalt pärinevatena. Siiski ei või kasutamise käigus omandatud eristusvõimet tõendavad asjaolud põhineda üldisel või abstraktsel teabel, nagu näiteks teatavad protsentuaalsed näitajad (vt analoogia alusel 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, eespool viidatud otsus Philips, punktid 61 ja 62, ja eespool viidatud otsus õllepudeli kuju kohta, punkt 42).
- 78 Teiseks tuleb kaubamärgi registreerimiseks määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 3 alusel tõendada, et see kaubamärk on kasutamise käigus muutunud eristatavaks selles Euroopa Liidu osas, kus puudus eristusvõime sama määruse artikli 7 lõike 1 punktide b–d tähenduses (Esimese Astme Kohtu 30. märtsi 2000. aasta otsus kohtuasjas T-91/99: Ford Motor v. Siseturu Ühtlustamise Amet (OPTIONS), EKL 2000, lk II-1925, punkt 27, ja eespool viidatud otsus õllepudeli kuju kohta, punktid 43 ja 47).
- 79 Kolmandaks tuleb käesoleval juhul kasutamise käigus omandatud eristusvõime hindamisel arvestada selliste asjaoludega nagu kaubamärgi turuosa, kaubamärgi kasutamise intensiivsus, geograafiline ulatus ja kestus, ettevõtja kaubamärgi edendamiseks tehtud investeeringute maht, suhteline osa sihtrühmast, kes kaubamärgi põhjal eristab kaupa ühelt kindlalt ettevõtjalt pärinevana, kaubandus- ja tööstuskodade ning teiste erialaliitude seisukoht. Kui nimetatud asjaolud tõendavad eristusvõime omandamist või kaupade sihtrühm või oluline osa sellest eristab kaubamärgi põhjal kaupa ühelt kindlalt ettevõtjalt pärinevana, tuleb järeldada, et määruse nr 40/94 artikli 7 lõikes 3 olev registreerimise tingimus on täidetud (eespool viidatud kohtuotsus Windsurfing Chiemsee, punktid 51 ja 52, eespool viidatud kohtuotsus Philips, punktid 60 ja 61, ja eespool viidatud kohtuotsus õllepudeli kuju kohta, punkt 44).

- 80 Neljandaks tuleb kaubamärgi eristusvõimet, sh kasutamise käigus omandatud eristusvõimet, hinnata lähtuvalt kaupadest, mille jaoks kaubamärgi registreerimist taotletakse ning võtta arvesse seda, kuidas asjaomaste kaupade keskmine tarbija, kes on piisavalt informeeritud, mõistlikult tähelepanelik ja arukas, eeldatavalt kaubamärki tajub (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus Philips, punktid 59 ja 63).
- 81 Neid põhjendusi silmas pidades tuleb uurida, kas käesolevas asjas rikkus apellatsioonikoda õigusnorme, kui ta lükkas tagasi hageja väited, mille kohaselt oleks pidanud taotletava kaubamärgi määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 3 alusel asjaomaste kaupade jaoks registreerima.
- 82 Käsitledes kõigepealt andmeid hageja nende kaupade käibe kohta ühenduses ajavahemikul 1994–1998, on apellatsioonikoda õigesti leidnud, et sellest ei nähtu, et taotletav kaubamärk oleks kasutamise käigus omandanud eristusvõime.
- 83 Vaidlustatud otsuse punktis 25 on apellatsioonikoda nõuetekohaselt leidnud, et kõnealused andmed käibe kohta ei võimaldanud hinnata seoses taotletava kaubamärgiga hagejale kuuluva turuosa suurus. Hoolimata esitatud andmetest nähtuvast teabest kõnealusel viisil pakendatud kompvekkide müüdüd ühikute ja tonnide kohta „ei ole võimalik realistlikult hinnata [hageja] turujõudu, kuna puuduvad andmed asjaomaste kaupade turu kogumahu kohta või konkureerivate ettevõtjate läbimüügi kohta, millega andmeid hageja kohta [võiks] võrrelda. Neil asjaoludel on apellatsioonikoda vaidlustatud otsuse samas punktis samuti õigesti leidnud, et isegi kui eeldada, et eelnimetatud andmed käibe kohta võimaldavad hinnata hageja taotletava kaubamärgi turuosa, ei tõendaks need ilmtingimata asjaolu, et „otstest kokku keeratud kullavärvi kompvekkipaber on see, mida asjaomased tarbijad tajuvad päritolutähisena”. Sellekohast hinnangut kinnitab asjaolu, et kuigi andmed käibe kohta tõepoolest tõendavad, et hageja on karamellkompvekki „Werther’s Original”

asjaomasel turul turustanud, ei tõenda need veel seda, et kõnealust pakendi kuju kasutatakse kaubamärgina asjaomase kauba tähistamiseks.

- 84 Järgmiseks on apellatsioonikoda samuti õigesti leidnud, et hageja reklaamikuludega seoses tekivad samad probleemid, mis käibe puhul. Niisiis on apellatsioonikoda vaidlustatud otsuse punktis 26 välja toonud, et hageja kõnealuste kulude kohta esitatud andmetest ei ole kuigi palju kasu, kuna „ükski esitatud tõend ei anna aimu kõnealuste kaupade reklaamituru mahust”. Nagu ühtlustamisamet õigesti rõhutab, ei ole hageja esitatud asjaomase reklaamikulusid käsitleva tabeli abil kuidagi võimalik kindlaks teha, mille reklaamimiseks neid kulutusi on tehtud: kas tähise „Werther’s Original”, asjaomase kauba kuju, selle pakendi või millegi muu reklaamimiseks. Seepärast ei kujuta see reklaammaterjal endast ei tõendit kaubamärgi taotletaval kujul kasutamise kohta ega selle kohta, et asjaomane avalikkus tajub kõnealust kaubamärki vaadeldavate kaupade kaubanduslikku päritolu tähistavana (eespool viidatud kohtuotsus õllepuudeli kuju kohta, punkt 51).
- 85 Lisaks, nagu märgib apellatsioonikoda vaidlustatud otsuse samas punktis, ei olnud „paljudes Euroopa Liidu liikmesriikides” need kulud eriti kõrged ja lisaks sellele „puudusid teatavate liikmesriikide osas sellekohased andmed sootuks”. Ühegi viidatud ajavahemikuga (1994–1998) hõlmatud aasta osas ei esitatud nimetatud kulusid kõigi liikmesriikide kohta.
- 86 Selles osas tuleb meelde tuletada, et vaidlustatud otsuses ei ole tuvastatud ühenduse osa, milles taotletaval kaubamärgil puudub eristusvõime. Olukorras, kus on tegemist kaubamärkidega, mis ei ole sõnamärgid — nagu käesoleval juhul — tuleb eeldada, et konkreetsete tõendite puudumisel, mis viitaksid vastupidisele, hinnatakse kauba-

märkide eristusvõimet kogu ühenduses samal viisil. Kuna käesoleval juhul kohtuasja toimiku dokumendid nimetatud asjaoludele ei viita, tuleb asuda seisukohale, et taotletava kaubamärgi osas esineb määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 1 punktis b ettenähtud absoluutne keeldumispõhjus kõikjal ühenduses. Selleks, et kaubamärki saaks registreerida sama määruse artikli 7 lõike 3 alusel, peab see olema kasutamise käigus omandanud eristusvõime kõikjal ühenduses (eespool viidatud kohtuotsus õllepudeli kuju kohta, punkt 47, vt selle kohta ka eespool viidatud kohtuotsus OPTIONS, punkt 27).

- 87 Neil asjaoludel ei saa ülalkäsitletud reklaamikulud igal juhul olla tõendiks selle kohta, et asjaomane avalikkus või vähemalt märkimisväärne osa sellest oleks kõikjal ühenduses ja ajavahemikul 1994–1998 tajunud taotletavat kaubamärki asjaomaste kaupade kaubanduslikku päritolu tähistavana.
- 88 Lõpuks, seoses apellatsioonikojale hindamiseks esitatud hageja turustatavate karamellkompvekkide tähiste „WERTHER’S”, „Werther’s Original” ja „W.O” turul kinnistumise kohta läbi viidud turu-uuringute tulemustega on apellatsioonikoda vaidlustatud otsuse punktis 27 õigesti märkinud, et asjaomased erinevates Euroopa Liidu liikmesriikides läbi viidud turu-uuringud „ei sisalda teavet otstest kokku keeratud kullavärvi kompvekipaberite võimaliku eristusvõime kohta”, vaid nende läbiviimise ainus eesmärk oli välja selgitada nime „Werther’s Original” tuntus. Tuleb lisada, et nimetatud turu-uuringuid ei viidud läbi kõigis ühenduse liikmesriikides, mistõttu neid ei saaks igal juhul kasutada tõendina kõnealuse tähise kaubamärgina kinnistumise kohta kõikjal ühenduses (vt eespool punktid 78 ja 86).
- 89 Eelnimetatud kaalutlustest tuleneb, et hageja ei ole tõendanud, et taotletav kaubamärk on kõikjal ühenduses kasutamise käigus omandanud eristusvõime määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 3 tähenduses ei karamellkompvekkide suhtes ega kompvekkide suhtes üldiselt.

- 90 Eelnimetatust tulenevalt tuleb ka teine väide põhjendamatusse tõttu tagasi lükata, ilma et oleks vajalik määrata hageja taotletud menetlustoiminguid.

Kolmas väide, mis tuleneb määruse nr 40/94 artikli 74 lõike 1 esimese lause rikkumisest

Poolte argumendid

- 91 Hageja väidab, et apellatsioonikoda rikkus määruse nr 40/94 artikli 74 lõike 1 esimest lauset, mille kohaselt kontrollib ühtlustamisamet asju menetledes fakte oma algatusel. Ei ole võimalik tuvastada, mis põhjusel tegi apellatsioonikoda asjaomase kaubamärgi väidetavalt tavalise väliskuju kohta järeldused, mis on esitatud vaidlustatud otsuse punktides 14–16 ja 28. Lisaks leiab hageja, et ühtlustamisamet oleks pidanud taotletava kaubamärgi turul kinnistumise tõendamiseks läbi viima täiendava kontrolli.
- 92 Ühtlustamisamet väidab, et nagu ilmneb vaidlustatud otsuse punktides 14–16, osutab tavakogemus, et kõnealuse pakendi kuju ja vorm on tavalised. Laiemas mõttes kompekkide turu eristamisel karamellkompekkide omast ei ole tähtsust ei määruse artikli 7 lõike 1 punkti b ega sama määruse artikli 7 lõike 3 osas.
- 93 Ühtlustamisamet lisab, et tal 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 viitab sellele

kaebuses. Ühtlustamisametil ei ole ka kohustust viia oma algatusel läbi muud kontrolli asjaomase pakendi kuju kinnistumise kohta (Esimese Astme Kohtu 12. detsembri 2002. aasta otsus kohtuasjas T-247/01: eCopy v. Siseturu Ühtlustamise Amet (ECOPY), EKL 2002, lk II-5301, punktid 47 ja 48).

Esimese Astme Kohtu hinnang

- 94 Hageja heidab ette seda, et apellatsioonikoda rikkus määruse nr 40/94 artikli 74 lõike 1 esimest lauset, mille kohaselt „amet kontrollib asju menetledes fakte oma algatusel”. Esiteks ei põhjendanud apellatsioonikoda oma järeldusi taotletava kaubamärgi tavalisuse kohta, mis on esitatud vaidlustatud otsuse punktides 14–16 ja 28. Teiseks oleks apellatsioonikoda pidanud oma algatusel läbi viima täiendava kontrolli, et tõendada asjaomase kaubamärgi kasutamist.
- 95 Esimene etteheide tuleb põhjendamatusena tõttu tagasi lükata neil kaalutlustel, mis on esitatud esimese väite kontrollimise raames, täpsemalt eespool punktides 55-58.
- 96 Teise etteheite osas tuleb meenutada, et kohtupraktika kohaselt puudub määruse nr 40/94 artikli 7 lõike 3 osas reegel, mille kohaselt — vastupidiselt sama määruse suhtelisi keeldumispõhjuseid käsitleva artikli 74 lõike 1 lõpuosas sätestatud — peab ühtlustamisameti (st kontrollija või vajaduse korral apellatsioonikoja) läbiviidav kontroll piirduma menetluspoolte viidatud asjaoludega. Kui aga kaubamärgi taotleja ei viita kaubamärgi kasutamise käigus omandatud eristusvõimele, ei ole ühtlustamisametil sisuliselt võimalik võtta arvesse asjaolu, et taotletav kaubamärk on sellise eristusvõime omandanud. Seetõttu tuleb asuda seisukohale, et tulenevalt *ultra posse nemo obligatur* põhimõttest (keegi ei ole kohustatud tegema võimatut) ning hoolimata määruse nr 40/94 artikli 74 lõike 1 esimest lausest, mille kohaselt „amet kontrollib asju menetledes fakte oma algatusel”, on ühtlustamisametil 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 (eespool viidatud kohtuotsus ECOPY, punkt 47).

- 97 Käesoleval juhul on üheselt selge, et hageja on ühtlustamisametis toimunud menetluse ajal esitanud tõendeid, mille eesmärgiks on tõendada taotletava kaubamärgi kasutamise käigus omandatud eristusvõimet, millega apellatsioonikoda põhistas oma hinnangu. Neil asjaoludel ei ole ühtlustamisameti osakondadel lisakohustusi, iseäranis kohustust hageja esitatud tõendite tõendusliku jõu puudumise kompenseerimise eesmärgil kontrollida täiendavalt kohtutoimiku dokumente osas, milles hageja esitatud tõendid on puudulikud. Eelnimetatust tuleneb, et teine etteheide tuleb põhjendamatusse tõttu tagasi lükata, sama kehtib kolmanda etteheite kohta tervikuna.

Neljas väide, mis tuleneb määruse nr 40/94 artikli 73 ja õiguse olla ära kuulatud rikkumisest

Poolte argumendid

- 98 Hageja väidab, et vastupidiselt määruse nr 40/94 artiklis 73 sätestatud nõudele ei ole teda vajalikus ulatuses ära kuulatud. Hageja leiab, et apellatsioonikoda ei võtnud arvesse kõiki dokumente, mida ta oli taotletava kaubamärgi kasutamise käigus omandatud eristusvõime kohta esitanud. Samuti ei ole võetud arvesse hageja 5. oktoobri 1998. aasta kirjas väljendatud pakkumist (nimetatud eespool punktis 6) esitada vajaduse korral täiendavaid tõendeid iseäranis kaubamärgi kasutamise ulatuse kohta. Lõpuks pakub hageja, et ta esitab täiendavad tõendeid kaubamärgi turul kinnistumise kohta, kui Esimese Astme Kohus peab seda asjakohaseks.

- 99 Ühtlustamisamet vastab, et vaidlustatud otsusest tuleneb, et apellatsioonikoda kontrollis kõiki hageja esitatud tõendeid (turu-uuring, käive, reklaamikulud) ja järeldas õigesti, et need ei ole piisavad taotletava kaubamärgi kasutamise käigus omandatud eristusvõime tõendamiseks. Peale selle ei olnud ühtlustamisamet kohustatud hageja eelnimetatud pakkumist vastu võtma. Lõpuks ei ole võimalik rahuldada hageja pakkumist Esimese Astme Kohtus uute tõendite esitamise osas.

Esimese Astme Kohtu hinnang

- 100 Vastavalt määruse nr 40/94 artiklile 73 võivad otsuste aluseks olla üksnes põhjused või tõendid, mille kohta huvitatud isikutel on olnud võimalik esitada oma seisukoht.
- 101 Esiteks seoses hageja argumendiga, mille kohaselt apellatsioonikoda ei ole võtnud arvesse kõiki taotletava kaubamärgi kasutamise käigus omandatud eristusvõime kohta esitatud tõendeid, tuleb märkida, et see tugineb ekslikule eeldusele. Vaidlustatud otsuse punktides 24–29 nähtub, et kõiki neid tegureid on apellatsioonikoda uurinud, kuid pidas neid taotletava kaubamärgi kasutamise käigus omandatud eristusvõime tõendamiseks ebapiisavateks. Kuna hageja oli need tõendid ise esitanud, siis oleks ta võinud sellisele järeldusele ka ise jõuda.
- 102 Teine etteheide tuleb samuti tagasi lükata.
- 103 On selge, et hageja on esitanud kontrollijale andmed karamellkompveki „Werther’s Original” tonnides väljendatud läbimüügi kohta mitmes Euroopa Liidu liikmesriigis aastatel 1993–1997 (vt vaidlustatud otsuse punkt 4). Kontrollija leidis, et „andmed hageja käibe kohta ei võimalda[nud] järeldada, et tarbija tunneks asjaomaseid

kompvekke nende pakendi järgi ning seostaks asjaomaseid kompvekke teatava ettevõtjaga” ning et „konkureerivate ettevõtjate kohta võrreldavate andmete või kogu turgu puudutava teabe puudumisel on võimatu asjaomast käivet hinnata” (vt vaidlustatud otsuse punkti 5 teine taane).

- 104 Hageja ei ole esitanud apellatsioonikojale mingit võrdlusmaterjali hageja ja konkurentide turuosade kohta. See-eest esitas ta sarnased tabelid asjaomaste kompvekkide müügikäibe kohta ajavahemikul 1994–1998 ning muid tõendeid (turuuuringud, reklaamikulud) mis hageja arvates tõendavad asjaomase kaubamärgi kinnistumist (turul).
- 105 Neil asjaoludel ei saa väita, et ühtlustamisameti osakonnad ning eriti apellatsioonikoda on põhistanud oma otsuse asjaoludega, mille kohta hagejal ei ole olnud võimalik esitada oma seisukohta. See etteheide tuleb tagasi lükata.
- 106 Lõpuks ei saa rahuldada hageja ettepanekut esitada Esimese Astme Kohtule vajaduse korral täiendavaid tõendeid taotletava kaubamärgi turul kinnistumise kohta. Selles osas piisab tõdemusest, et vastavalt kohtupraktikale ei saa tõenditega, mida ei ole esitatud ühtlustamisameti haldusmenetluses, vaidlustada apellatsioonikoja vaidlustatud otsuse õiguspärasust (vt eespool viidatud otsus kohtuasjas õllepudeli kuju kohta, punkt 52, ja viidatud kohtupraktika).
- 107 Seetõttu tuleb ka neljas väide tagasi lükata.
- 108 Arvestades kõiki eespool nimetatud põhjendusi, tuleb käesolev hagi jätta rahuldamata.

Kohtukulud

- ¹⁰⁹ Kodukorra artikli 87 lõike 2 alusel on kohtuvaidluse kaotanud pool kohustatud hüvitama kohtukulud, kui vastaspool on seda nõudnud. Kuna kohtuotsus tehti hageja kahjuks, mõistetakse vastavalt kostja sellekohasele nõudele kõik kohtukulud hagejalt välja.

Esitatud põhjendustest lähtudes

ESIMESE ASTME KOHUS (neljas koda)

otsustab:

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

Legal

Tiili

Vilaras

Kuulutatud avalikul kohtuistungil 10. novembril 2004 Luxembourgis.

Kohtusekretär

Koja esimees

H. Jung

H. Legal