



## Kohtulahendite kogumik

ÜLDKOHTU OTSUS (esimene koda)

21. september 2012\*

Ühenduse kaubamärk — Vastulausemenetlus — Ühenduse sõnamärgi WESTERN GOLD taotlus — Varasemad siseriiklikud, rahvusvaheline ja ühenduse sõnamärgid WESERGOLD, Wesergold ja WeserGold — Suhtelised keeldumispõhjused — Segiajamise tõenäosuse puudumine — Määruse (EÜ) nr 207/2009 artikli 8 lõike 1 punkt b — Varasemate kaubamärkide eristusvõime

Kohtuasjas T-278/10,

**Wesergold Getränkeindustrie GmbH & Co. KG**, asukoht Rinteln (Saksamaa), esindajad: advokaadid P. Goldenbaum, T. Melchert ja I. Rohr,

hageja,

*versus*

**Siseturu Ühtlustamise Amet (kaubamärgid ja tööstusdisainilahendused)**, esindaja: R. Pethke,

kostja,

teine menetluspool Siseturu Ühtlustamise Ameti apellatsioonikojas, menetlusse astuja Üldkohtus oli

**Lidl Stiftung & Co. KG**, asukoht Neckarsulm (Saksamaa), esindajad: advokaadid A. Marx ja M. Schaeffer,

mille ese on hagi Siseturu Ühtlustamise Ameti esimese apellatsioonikoja 24. märtsi 2010. aasta otsuse peale (asi R 770/2009-1), mis käsitleb Wesergold Getränkeindustrie GmbH & Co. KG ja Lidl Stiftung & Co. KG vahelist vastulausemenetlust,

ÜLDKOHUS (esimene koda),

koosseisus: koja esimees J. Azizi (ettekandja), kohtunikud S. Frimodt Nielsen ja M. Kancheva,

kohtusekretär: ametnik C. Heeren,

arvestades 21. juunil 2010 Üldkohtu kantseleisse saabunud hagiavaldust,

arvestades 12. novembril 2010 Üldkohtu kantseleisse saabunud Siseturu Ühtlustamise Ameti vastust,

arvestades 30. septembril 2010 Üldkohtu kantseleisse saabunud menetlusse astuja seisukohti,

arvestades 27. juunil 2012 toimunud kohtuistungil esitatut,

\* Kohtumenetluse keel: saksa.

on teinud järgmise

### otsuse

#### Vaidluse taust

- 1 Menetlusse astuja Lidl Stiftung & Co. KG esitas 23. augustil 2006 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) (asendatud nõukogu 26. veebruari 2009. aasta määrusega (EÜ) nr 207/2009 ühenduse kaubamärgi kohta (ELT L 78, lk 1)) alusel ühenduse kaubamärgi registreerimise taotluse.
- 2 Kaubamärk, mille registreerimist taotleti, on sõnamärk WESTERN GOLD.
- 3 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 33 ning vastavad järgmisele kirjeldusele: „piiritusjoogid, eelkõige viski“.
- 4 Ühenduse kaubamärgitaotlus avaldati 22. jaanuari 2007. aasta väljaandes *Bulletin des marques communautaires* nr 3/2007.
- 5 Hageja Wesergold Getränkeindustrie GmbH & Co. KG esitas 14. märtsil 2007 määruse nr 40/94 artikli 42 (nüüd määruse nr 207/2009 artikkel 41) alusel taotletava kaubamärgi registreerimisele eespool punktis 3 nimetatud kaupade osas vastulause.
- 6 Vastulause tugines järgmistele varasematele kaubamärkidele:
  - 7 Esimene varasem kaubamärk, millele tugineti, on ühenduse sõnamärk WeserGold, mille registreerimistaotlus esitati 3. jaanuaril 2003 ja mis registreeriti 2. märtsil 2005 numbri 2994739 all ning mis tähistab klassidesse 29, 31 ja 32 kuuluvaid nendes klassides järgmisele kirjeldusele vastavaid kaupu:
    - klass 29: „konservitud, kuivatatud ja küpsetatud puuvili ja köögivili; tarretised, keedised, kompotid; piimatooted, nimelt jogurtijoogid, mis koosnevad peamiselt jogurtist, aga ka puu- või köögiviljadest“;
    - klass 31: „värsked puuvili“;
    - klass 32: „mineraal- ja gaseerved; muud alkoholivabad joogid, nagu limonaadid, mineraal- ja koolajoogid; puuviljamahlad ja puuviljajoogid; köögiviljamahlad- ja köögiviljajoogid; siirupid ja teised joogivalmistusained“.
  - 8 Teine varasem kaubamärk, millele tugineti, on Saksa sõnamärk WeserGold, mille registreerimistaotlus esitati 26. novembril 2002 ja mis registreeriti 27. veebruaril 2003 numbri 30257995 all ning mis tähistab klassidesse 29, 31 ja 32 kuuluvaid nendes klassides järgmisele kirjeldusele vastavaid kaupu:
    - klass 29: „konservitud, kuivatatud ja küpsetatud puuvili ja köögivili; tarretised, keedised, marjakastmed; piimatooted, nimelt jogurtijoogid, mis koosnevad peamiselt jogurtist, aga ka puu- või köögiviljadest“;

- klass 31: „värsked puuvili”;
  - klass 32: „mineraal- ja gaseervesi; muud alkoholivabad joogid, nagu limonaadid, mineraal- ja koolajoogid; puuviljamahlad ja puuviljajoogid; köögiviljamahlad- ja köögiviljajoogid; siirupid ja teised joogivalmistusained”.
- 9 Kolmas varasem kaubamärk, millele tugineta, on rahvusvaheline sõnamärk nr 801149 Wesergold, mille registreerimistaotlus esitati 13. märtsil 2003, mis kehtib Tšehhi Vabariigis, Taanis, Hispaanias, Prantsusmaal, Itaalias, Ungaris, Austrias, Poolas, Portugalis, Sloveenias, Rootsis, Ühendkuningriigis ja Beneluxi riikides ning mis tähistab klassidesse 29, 31 ja 32 kuuluvaid neis klassides järgmisele kirjeldusele vastavaid kaupu:
- klass 29: „konservitud, kuivatatud ja küpsetatud puuvili ja köögivili; tarretised, keedised, marjakastmed; piimatooted, nimelt jogurtijoogid, mis koosnevad peamiselt jogurtist, aga ka puu- või köögiviljadest”;
  - klass 31: „värsked puuvili”;
  - klass 32: „mineraal- ja gaseervesi; muud alkoholivabad joogid, nagu limonaadid, mineraal- ja koolajoogid; puuviljamahlad ja puuviljajoogid; köögiviljamahlad- ja köögiviljajoogid; siirupid ja teised joogivalmistusained”.
- 10 Neljas varasem kaubamärk, millele tugineta, on Saksa sõnamärk WESERGOLD, mille registreerimistaotlus esitati 12. juunil 1970 ja mis registreeriti 16. veebruaril 1973 numbri 902472 all, mida on pikendatud 13. juunil 2000 ja mis tähistab klassi 32 kuuluvaid järgmisele kirjeldusele vastavaid kaupu: „siidrid, limonaadid, mineraalveed, köögiviljamahlad (jook), puuviljamahlad”.
- 11 Viies varasem kaubamärk, millele tugineta, on Poola sõnamärk WESERGOLD, mille registreerimistaotlus esitati 26. juunil 1996 ja mis registreeriti 11. mail 1999 numbri 161413 all, mis tähistab klassi 32 kuuluvaid järgmisele kirjeldusele vastavaid kaupu: „mineraal- ja allikaveed; lauaveed, alkoholivabad joogid; puuviljamahlad, puuviljanektarid, puuviljasiirupid, köögiviljamahlad, köögiviljasiirupid, karastusjoogid, puuviljajoogid, limonaadid, gaseerjoogid, mineraaljoogid, jääteed, aromatiseeritud mineraalveed, puuviljamahla lisandiga mineraalveed – kõik nimetatud joogid ka kui dieetpreparaadid, mis ei ole raviotstarbelised”.
- 12 Vastulause tugines määruse nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punktis b (nüüd määruse nr 207/2009 artikli 8 lõike 1 punkt b) osutatud põhjendusele.
- 13 Vastulausete osakond rahuldab 11. juunil 2009 vastulause ja lükkas ühenduse kaubamärgi registreerimise taotluse tagasi. Menetlusökonoomia kaalutlustel piirdus vastulausete osakond vastulause kontrollimisel varasema ühenduse sõnamärgiga, mille tegeliku kasutamise kohta ei olnud tõendit vaja esitada.
- 14 Menetlusse astuja esitas 13. juulil 2009 määruse nr 207/2009 artiklite 58–64 alusel ühtlustamisametile vastulausete osakonna otsuse peale kaebuse.
- 15 Ühtlustamisameti esimene apellatsioonikoda rahuldab 24. märtsi 2010. aasta otsusega (edaspidi „vaidlustatud otsus”) kaebuse ning tühistas vastulausete osakonna otsuse. Apellatsioonikoda leidis, et asjaomane avalikkus koosneb Euroopa Liidu laiast avalikkusest. Klassi 33 kuuluvad taotletava kaubamärgiga hõlmatavad kaubad, nimelt „piiritusjoogid, eelkõige viski” ei sarnane varasemate kaubamärkidega hõlmatud kaupadega, mis kuuluvad klassidesse 29 ja 31 (vt vaidlustatud otsuse punktid 20 ja 21). Klassi 33 kuuluvad taotletava kaubamärgiga hõlmatud kaubad ja klassi 32 kuuluvad varasemate kaubamärkidega hõlmatud kaubad on vähesel määral sarnased (vt vaidlustatud otsuse punktid 22–28). Vastandatud tähised on visuaalselt (vt vaidlustatud otsuse punkt 33) ja foneetiliselt (vt

vaidlustatud otsuse punkt 34) keskmisel määral sarnased, kuid kontseptuaalselt erinevad (vt vaidlustatud otsuse punktid 35–37). Varasemate kaubamärkide eristusvõime osas leidis apellatsioonikoda sisuliselt, et see on keskmisest veidi väiksem, kuna tähisesse kuulub selline sõna nagu „gold”, millel on nõrk eristusvõime (vt vaidlustatud otsuse punktid 38–40). Apellatsioonikoda märkis lõpuks, et kõiki käesoleva juhtumi asjaolusid segiajamise tõenäosuse hindamisel kaaludes ilmneb, et vastandatud tähiste segiajamine ei ole tõenäoline (vt vaidlustatud otsuse punktid 41–47).

### **Poolte nõuded**

- 16 Hageja palub Üldkohtul:
- tühistada vaidlustatud otsus;
  - mõista kohtukulud välja ühtlustamisametilt.
- 17 Ühtlustamisamet ja menetlusse astuja paluvad Üldkohtul:
- jätta hagi rahuldamata;
  - mõista kohtukulud välja hagejalt.

### **Õiguslik käsitus**

- 18 Hageja esitas oma hagi toetuseks neli väidet, milles viitab vastavalt määruse nr 207/2009 artikli 8 lõike 1 punkti b, artikli 64, artikli 75 teise lause ja teise võimalusena sama määruse artikli 75 esimese lause rikkumisele. Ta väidab sisuliselt, et vastandatud tähised on visuaalselt, foneetiliselt ja kontseptuaalselt sarnased, varasematel kaubamärkidel on olemusest tulenev eristusvõime, mis on kasutamise käigus suurenenud ning et vastandatud tähistega tähistatavad kaubad on sarnased. Ta leiab seetõttu, et asjaomane avalikkus ajab tõenäoliselt vastandatud tähised segi.
- 19 Ühtlustamisamet ja menetlusse astuja vaidlevad hageja väidete põhjendatusele vastu. Nende arvates ei ole vastandatud tähiste segiajamine tõenäoline.

### *Sissejuhatavad märkused*

- 20 Kõigepealt tuleb meenutada, et määruse nr 207/2009 artikli 8 lõike 1 punkti b kohaselt ei registreerita varasema kaubamärgi omaniku vastuseisu korral taotletavat kaubamärki, kui identsuse või sarnasuse tõttu varasema kaubamärgiga ning identsuse või sarnasuse tõttu varasema kaubamärgiga kaitstud kaupade või teenustega on tõenäoline, et territooriumil, kus varasem kaubamärk on kaitstud, võib avalikkus need omavahel segi ajada. Segiajamise tõenäosus hõlmab ka tõenäosust, et kaubamärgi seostatakse varasema kaubamärgiga.
- 21 Vastavalt väljakujunenud kohtupraktikale kujutab segiajamise tõenäosus endast ohtu, et avalikkus võib arvata, et asjaomased kaubad või teenused pärinevad samalt ettevõtjalt või ka omavahel majanduslikult seotud ettevõtjatelt. Sama kohtupraktika kohaselt tuleb segiajamise tõenäosust hinnata igakülgset, vastavalt sellele, kuidas asjaomane avalikkus kõnealuseid tähiseid ja kaupu või teenuseid tajub, ning pidades silmas kõiki antud juhtumit iseloomustavaid asjaolusid, eelkõige tähiste sarnasuse ning nendega tähistatud kaupade või teenuste sarnasuse vastastikust sõltuvust (vt Üldkohtu 9. juuli 2003. aasta otsus kohtuasjas T-162/01: Laboratorios RTB vs. Siseturu Ühtlustamise Amet - Giorgio Beverly Hills (GIORGIO BEVERLY HILLS), EKL 2003, lk II-2821, punktid 30–33 ja seal viidatud kohtupraktika).

- 22 Määruse nr 207/2009 artikli 8 lõike 1 punkti b kohaldamise seisukohast eeldab segiajamise tõenäosus nii vastandatud kaubamärkide identsust või sarnasust kui ka tähistatud kaupade või teenuste identsust või sarnasust. Tegemist on kumulatiivsete tingimustega (vt Üldkohtu 22. jaanuari 2009. aasta otsus kohtuasjas T-316/07: *Commercy vs. Siseturu Ühtlustamise Amet - easyGroup IP Licensing (easyHotel)*, EKL 2009, lk II-43, punkt 42 ja seal viidatud kohtupraktika).

#### *Asjaomane avalikkus*

- 23 Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt tuleb segiajamise tõenäosuse igakülgset hindamisel arvestada asjaomase kaubaliigi keskmise tarbijaga, kes on piisavalt informeeritud, mõistlikult tähelepanelik ja arukas. Samuti tuleb arvesse võtta asjaolu, et keskmise tarbija tähelepanelikkuse aste võib eri liiki kaupade ja teenuste puhul olla erinev (vt selle kohta Üldkohtu 13. veebruari 2007. aasta otsus kohtuasjas T-256/04: *Mundipharma vs. Siseturu Ühtlustamise Amet - Altana Pharma (RESPICUR)*, EKL 2007, lk II-449, punkt 42 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 24 Käesoleval juhul tuleb asjaomaseid kaupu arvestades nõustuda apellatsioonikoja asjaomase avalikkuse määratlusega, mida pooled ei ole pealegi vaidlustanud ja mille kohaselt koosneb asjaomane avalikkus laiaast avalikkusest.
- 25 Kuna vaidlustatud otsus põhineb eelkõige varasemal ühenduse kaubamärgil, siis on asjaomane keskmine tarbija liidu keskmine tarbija.

#### *Kaupade võrdlus*

- 26 Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt tuleb kaupade ja teenuste sarnasuse hindamisel arvesse võtta kõiki nendevahelist suhet iseloomustavaid olulisi tegureid. Sellisteks teguriteks on eelkõige nende olemus, otstarve, kasutusviis ning samuti see, kas kaubad ja teenused on konkureerivad või teineteist täiendavad. Arvesse võib võtta ka muid tegureid, näiteks asjaomaste kaupade turustuskanaleid (vt Üldkohtu 11. juuli 2007. aasta otsus kohtuasjas T-443/05: *El Corte Inglés vs. Siseturu Ühtlustamise Amet - Bolaños Sabri (PiraÑAM diseño original Juan Bolaños)*, EKL 2007, lk II-2579, punkt 37 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 27 Apellatsioonikoda leidis vaidlustatud otsuses, et klassi 33 kuuluvad taotletava kaubamärgiga hõlmatud kaubad erinevad klassidesse 29 ja 31 kuuluvatest varasemate kaubamärkidega hõlmatud kaupadest (vt vaidlustatud otsuse punktid 20 ja 21). Lisaks leidis ta, et klassi 33 kuuluvad taotletava kaubamärgiga tähistatud kaubad ja klassi 32 kuuluvad varasemate kaubamärkidega tähistatud kaubad on vaid vähesel määral sarnased (vt vaidlustatud otsuse punkt 28).
- 28 Hageja vaidlustab apellatsioonikoja hinnangu, mille kohaselt on klassi 33 kuuluvad taotletava kaubamärgiga tähistatud kaubad ja klassi 32 kuuluvad varasemate kaubamärkidega tähistatud kaubad vaid vähesel määral sarnased. Tema hinnangul on need kaubad tavapärasel määral sarnased.
- 29 Nii ei vaidlusta hageja apellatsioonikoja hinnangut, mille kohaselt klassi 33 kuuluvad taotletava kaubamärgiga hõlmatud kaubad erinevad klassidesse 29 ja 31 kuuluvatest varasemate kaubamärkidega hõlmatud kaupadest, vaid piirdub oma väites apellatsioonikoja hinnanguga klassi 33 kuuluvate taotletava kaubamärgiga hõlmatud kaupade ja klassi 32 kuuluvate varasemate kaubamärkidega hõlmatud kaupade sarnasuse kohta.
- 30 Viimati nimetatud võrdluse osas leiab hageja esiteks, et teatavate tarbijate tähelepanelikkus alkoholjookide ja alkoholivabade jookide eristamise suhtes ei võimalda eitada sarnasust, mis muu seas kõnealuste kaupade vahel esineb. Hageja sõnul ei erista enamik tarbijaid jooke selle järgi, kas need sisaldavad või ei sisalda alkoholi, vaid valivad kaupa spontaanselt, oma hetkesoovi ajal joogivaliku seast, mida neile eeskätt baari või restorani joogikaardil pakutakse. Ta väidab, et selles osas ei saa



tugineda Üldkohtu 18. juuni 2008. aasta otsusele kohtuasjas T-175/06: Coca-Cola vs. Siseturu Ühtlustamise Amet - San Polo (MEZZOPANE) (EKL 2008, lk II-1055), kuna see otsus ei puudutanud piiritusjooke, vaid veini.

- 31 Selles osas leidis apellatsioonikoda õigesti, et alkoholisaldusest või selle puudumisest tulenevalt muutub juba kaupade olemus. Asjaomane avalikkus tajub alkoholisaldust või selle puudumist kui olulist asjaomaste kaupade olemuse erinevust. Vastupidi hageja väidetele on liidu lai avalikkus tähelepanelik ning eristab alkoholi sisaldavaid jooke alkoholivabadest jookidest ka siis, kui valib jooki hetkesoovi ajal. Nii märkis apellatsioonikoda vaidlustatud otsuses eespool punktis 30 viidatud kohtuotsusele MEZZOPANE (punktid 80–82) tuginedes, et keskmine tarbija teeb taotletava kaubamärgiga hõlmatud piiritusjookidel ja varasemate kaubamärkidega hõlmatud alkoholivabadel jookidel seda vahet.
- 32 Teiseks väidab hageja, et vastandatud tähistega hõlmatud kaubad ühtivad märkimisväärselt oma otstarbe ja kasutusviisi osas, kuna piiritusjooke segatakse tihti alkoholivabade jookidega. Nii on need joogid vahel pakendatud segujookide nagu „alcopopsid” kujul või neid juuakse kokteilide või *long drink*’idena.
- 33 Selles osas tuleb märkida, et apellatsioonikoda leidis õigusega, et asjaomased kaubad ühtivad osaliselt oma otstarbe ja kasutusviisi osas. Asjaolu, et piiritusjooke segatakse tihti alkoholivabade jookidega eelpakendatud vormis või kokteilide ja *long drink*’idena, ei võimalda seada kahtluse alla seda, et piiritusjoogid ja eelkõige viski on tihti pakendatud ja tarbitav ka puhtal kujul.
- 34 Kolmandaks vaidleb hageja vastu apellatsioonikoja hinnangule, mille kohaselt piiritusjookide eriomase tootmisprotsessi tõttu, mis erineb täiesti alkoholivabade jookide omast, ei lähtu asjaomane avalikkus põhimõttest, et piiritusjoogid ja alkoholivabad joogid toodetakse samade ettevõtjate poolt. Hageja leiab, et see hinnang ei vasta tegelikkusele, ning tugineb oma argumendis puuviljamahla tootjate ja puuviljapiiritusjookide tootjate ning nende vastavate veebisaitide näidetele.
- 35 Selles osas tuleb kõigepealt märkida, et hageja esitas need tõendid esmakordselt Üldkohtus. Üldkohtule esitatud hagi eesmärk on aga ühtlustamisameti apellatsioonikodade otsuste õiguspärasuse kontrollimine määruse nr 207/2009 artikli 65 tähenduses, mistõttu ei ole Üldkohtu ülesanne hinnata uuesti faktilisi asjaolusid, võttes arvesse esimest korda alles talle esitatud tõendeid. Seega tuleb nimetatud dokumendid tagasi lükata, ilma et oleks vaja nende tõenduslikku jõudu kontrollida (vt selle kohta Üldkohtu 24. novembri 2005. aasta otsus kohtuasjas T-346/04: Sadas vs. Siseturu Ühtlustamise Amet - LTJ Diffusion (ARTHUR ET FELICIE), EKL 2005, lk II-4891, punkt 19 ja seal viidatud kohtupraktika). Peale selle ei sea asjaolu, et teatavatel juhtudel valmistavad piiritusjookide või muude alkoholjookide tootjad ka alkoholivabu jooke, kahtluse alla hinnangut, et keskmine tarbija ei lähtu põhimõttest, et piiritusjoogid ja alkoholivabad joogid pärinevad samadelt ettevõtjatelt. Arvestades täiesti erinevaid tootmisviise, võis apellatsioonikoda õigusega järeldada, et asjaomane avalikkus ei arvaks üldiselt, et alkoholjoogid ja alkoholivabad joogid pärinevad samadelt ettevõtjatelt.
- 36 Hageja leiab ka, et kaupade sarnasus ei sõltu sellest, kas asjaomased kaubad on toodetud samades tootmisüksustes, vaid sellest, kas asjaomane avalikkus võib uskuda, et need pärinevad samadelt ettevõtjatelt või seotud ettevõtjatelt. Käesoleval juhul saab aga piiritusjookide tootmisprotsessi ja apellatsioonikoja osutatud alkoholivabade jookide tootmisprotsessi erinevusest järeldada, et asjaomane avalikkus ei usu, et asjaomased kaks kaubaliiki pärinevad samadelt ettevõtjatelt või seotud ettevõtjetelt.
- 37 Neljandaks vaidlustab hageja apellatsioonikoja hinnangu, mille kohaselt piiritusjooke tarbitakse naudinguga saamise eesmärgil, samas kui alkoholivabu jooke janu kustutamiseks. Tema sõnul ei tarbita paljusid alkoholivabu jooke mitte janu kustutamiseks, kuna nende suhkrusisaldus on suur, vaid just nende vastava maitse ja seega naudinguga saamise eesmärgil.

- 38 Selles osas tuleb märkida, et asjaomase avalikkuse silmis ei kustuta piiritusjoogid janu. Kuigi vastab tõele, et paljud suure suhkrusisaldusega alkoholivabad joogid ei kustuta janu, tajub asjaomane avalikkus siiski, et need kustutavad janu eriti juhul, kui neid serveerida jahedana. Arvestades alkoholitarbimise mõju tervisele ning intellektuaalsele ja füüsilisele suutlikkusele, tarbib keskmine tarbija piiritusjooke vaid vahetevahel naudingu saamiseks ja nende maitse tundmiseks. Alkoholivabu jooke aga tarbitakse üldiselt janu kustutamiseks, hoolimata sellest, et keskmine tarbija võib nende maitse põhjal välja valida. Igal juhul leidis apellatsioonikoda õigesti, et asjaomase avalikkuse jaoks on alkoholisaldus või selle puudumine ning piiritusjookide ja varasemate kaubamärkidega tähistatud alkoholivabade jookide maitse erinevus nende ühisest otstarbest ja kasutusviisist olulisemad.
- 39 Viiendaks leiab hageja, et asjaomased kaubad täiendavad üksteist, kuivõrd piiritusjooke tarbitakse väga erineval kujul ning põhiliselt kokku segatuna.
- 40 Selles osas tuleb meenutada, et asjaomased kaubad täiendavad üksteist siis, kui need on vahetult seotud, nii et ühe ostmine on teise kasutamiseks mõödapääsmatult vajalik või oluline (vt selle kohta eespool punktis 30 viidatud kohtuotsus MEZZOPANE, punkt 67). Ei saa aga asuda seisukohale, et alkoholivaba joogi ostmine on piiritusjoogi ostmiseks mõödapääsmatult vajalik ja vastupidi. Nende kahe kaubaliigi vahel on tõesti seos, kuid see piirdub vaid segujookidega. Vaid sel juhul tuleb ühe asjaomase kauba ostjal osta ka teine vastav kaubaartikkel ning vastupidi. Nagu eespool punktis 33 aga märgitud, tarbitakse piiritusjooke ja alkoholivabu jooke tihti puhtal kujul ilma eelneva kokku segamiseta.
- 41 Kõiki eelnevaid argumente arvestades võis apellatsioonikoda ilma kaalutusveeta leida, et taotletava kaubamärgiga hõlmatud piiritusjoogid ja varasemate kaubamärkidega hõlmatud alkoholivabad joogid on vaid vähesel määral sarnased.
- 42 Seda järeldust ei sea kahtluse alla asjaolu, et hageja on tuginenud ühtlustamisameti neljanda apellatsioonikoja otsusele (asi R 83/2003-4). Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt on nende otsuste puhul, mida apellatsioonikojad teevad määruse nr 207/2009 alusel tähiste ühenduse kaubamärkidena registreerimise kohta, tegemist piiratud pädevuse, mitte kaalutusõiguse teostamisega. Seetõttu tuleb nende otsuste seaduslikkust hinnata üksnes nimetatud määruse alusel ja mitte apellatsioonikodade varasema otsustuspraktika põhjal (Euroopa Kohtu 26. aprilli 2007. aasta otsus kohtuasjas C-412/05 P: Alcon vs. Siseturu Ühtlustamise Amet, EKL 2007, lk I-3569, punkt 65, ja eespool punktis 35 viidatud kohtuotsus ARTHUR ET FELICIE, punkt 71).

#### *Vastandatud tähiste võrdlus*

#### Sissejuhatavad märkused

- 43 Segiajamise tõenäosuse igakülgne hindamine peab vastandatud tähiste visuaalse, foneetilise ja kontseptuaalse sarnasuse osas rajanema neist jääval tervikmuljel, võttes eelkõige arvesse nende eristavaid ja domineerivaid osi. Segiajamise tõenäosuse igakülgisel hindamisel on otsustav roll sellel, kuidas asjaomaste kaupade või teenuste keskmine tarbija kaubamärke tajub. Selles osas tuleb märkida, et keskmine tarbija tajub tavaliselt kaubamärki kui tervikut ega uuri selle eri detaile (vt Euroopa Kohtu 12. juuni 2007. aasta otsus kohtuasjas C-334/05 P: Siseturu Ühtlustamise Amet vs. Shaker, EKL 2007, lk I-4529, punkt 35 ja seal viidatud kohtupraktika).
- 44 Kõigepealt tuleb märkida, et asjaolu, et varasemad sõnast „wesergold” koosnevad kaubamärgid on kirjutatud nii suurtähtede kui väiketähtedega, nii suure algustähe kui ka sõna keskel oleva suurtähega, ei oma asjaomaste tähiste võrdlemisel tähtsust. Nagu kohtupraktikas sedastatud, on sõnamärk üksnes tähtedest, sõnadest või sõnaühenditest koosnev kaubamärk, mis on kirjutatud trükitähtedega tavakirjastiilis ning ilma erilise graafilise kujunduseta. Seetõttu hõlmab sõnamärgi registreerimisest tulenev kaitse registreerimistaotluses märgitud sõna ja mitte selle erilisi graafilisi- või stiilielemente,

mis sel kaubamärgil kunagi tulevikus võivad olla (vt selle kohta Üldkohtu 22. mai 2008. aasta otsus kohtuasjas T-254/06: Radio Regenbogen Hörfunk in Baden vs. Siseturu Ühtlustamise Amet (RadioCom), kohtulahendite kogumikus ei avaldata, punkt 43 ja seal viidatud kohtupraktika).

#### Visuaalne võrdlus

- 45 Hageja vaidlustab apellatsioonikoja hinnangu, mille kohaselt asjaomased tähised on visuaalselt keskmisel määral sarnased. Ta väidab, et vastandatud tähiste visuaalne sarnasus on suur, kuna suurtähe kasutamine ei ole graafiline element, vaid poolitab sõnamärgi kaheks sõnaks. Kui see ei oleks nii, ei omaks sõnamärki moodustava kahe sõna vaheline tühik mingit tähendust ning kahest või enamast sõnast koosnevaid kaubamärke tuleks käsitada ühest sõnast koosnevate kaubamärkidena. Teise võimalusena väidab ta, et nii taotletavat kaubamärki kui varasemaid kaubamärke tuleb vastavalt eelnimetatud lähenemisele käsitada ühesõnaliste kaubamärkidena. Peale selle leiab ta, et varasemad kaubamärgid koosnevad ilmselgelt kahest osast ning lahku- või kokkukirjutamine ei too kaasa erinevat hääldust. Vastandatud tähised võimaldavad eri hääldusviise, millest ükski ei ole tõenäoliselt õigem kui teine ning seda ei saa tuletada ka nende eri kirjaviisist.
- 46 Sellega seoses tuleb eespool punktis 44 osundatud kohtupraktikat arvestades kinnitada apellatsioonikoja hinnangut, mille kohaselt ei oma ühes varasemas kaubamärgis väike- ja suurtähtede vaheldumisi kasutamine tähiste võrdlusel mingit tähtsust, kuna varasemad kaubamärgid on sõnamärgid. Nii ei saa varasemaid kaubamärke visuaalselt kaheks sõnaks jagada, nagu väidab hageja, ning neid tuleb käsitada ühest sõnast koosnevate kaubamärkidena.
- 47 Asjaolu, et varasemate kaubamärkide ainsat sõna võidakse tajuda kui sõnadest „weser” ja „gold” moodustatud liitsõna, ei mõjuta apellatsioonikoja hinnangut, mille kohaselt tajutakse taotletavat kaubamärki visuaalselt kui kaht sõna sisaldavat liitsõna, samas kui varasem kaubamärk sisaldab vaid üht sõna. Peale selle, kuigi muude tähtede järjekord on sama, erineb taotletav kaubamärk varasematest kaubamärkidest tähtede „t” ja „n” poolest, nagu apellatsioonikoda märgib. Arvestades neid asjaolusid ja seda, et vastandatud tähised sisaldavad järjestikusi tähti „w” „e” ja „s” ning „e” ja „r” nagu ka koostisosa „gold”, leidis apellatsioonikoda õigesti, et vastandatud tähised on visuaalselt keskmisel määral sarnased.

#### Foneetiline võrdlus

- 48 Hageja vaidlustab apellatsioonikoja hinnangu, mille kohaselt vastatud tähised on foneetiliselt keskmisel määral sarnased (vt vaidlustatud otsuse punkt 34). Ta väidab, et taotletav kaubamärk ja varasemad kaubamärgid on foneetiliselt väga sarnased, sest nende silpide arv on sama, nende viimased silbid ja kolm esimest tähte on identsed ning nende hääldamisel on kuuldavad üheksa identset häälikut. Taotletavas kaubamärgis muutub täht „t” sellele eelneva tähega, nimelt tähega „s” üheks ning kuuldavale tuleb üksainus häälik [s] ning täht „n” on vaevu kuuldav.
- 49 Selles osas tuleb märkida, et vastandatud tähised sisaldavad mõlemad järjestikusi tähti „w” „e” ja „s” ning „e” ja „r” ning sõna „gold” samas järjekorras. Siiski hääldaks asjaomane avalikkus taotletavat kaubamärki WESTERN GOLD selles sisalduvate tähtede „t” ja „n” olemasolu tõttu varasematest kaubamärkidest erineval viisil. Vastupidi hageja väitele on tähed „n” ja „t” kuuldavad ning tekitavad selle kaubamärgi hääldamisel vähemalt asjaomase avalikkuse ühe osa, nimelt inglise, hispaania, prantsuse ja saksa laia avalikkuse poolt teistsuguse rütmi ja kõla. Nii hääldataks ja tajutaks foneetiliselt taotletava kaubamärgi esimese sõna viimast silpi „stern” kui varasemate kaubamärkide silbist „ser” pikemat silpi. Lisaks hääldatakse taotletavas kaubamärgis esinevat tähte „s” sõltuvalt asjaomase tarbija keelest kas nii, nagu varasemates kaubamärkides esinevat tähte „s” või teistmoodi, millest tulenevalt hääldatakse seda kui [s] või [z].
- 50 Seetõttu leidis apellatsioonikoda õigesti, et asjaomased tähised on foneetiliselt keskmisel määral sarnased.



## Kontseptuaalne võrdlus

- 51 Apellatsioonikoda leidis vaidlustatud otsuses, et vastandatud tähised on kontseptuaalselt erinevad (vt vaidlustatud otsuse punkt 37).
- 52 Hageja vaidleb sellele hinnangule vastu, väites, et vastandatud tähised on kontseptuaalselt sarnased. Väljendil „western gold” on ebaselge ja üheselt mõistetamatu sisu ning see võimaldab mitme võimaliku abstraktse seose tekkimist, mis aga ei tugevda selle erinevust. Kahe kaubamärgi koostisosa „gold” kutsub esile positiivse seose, mille põhjal võib luua kaubamärkide vahel alateadliku ning seega võimaliku tähendustel põhineva seose.
- 53 Selles osas tuleb leida, et sõna „western” mõistetakse kui ilmakaare „lääs” või teatava filmižanri tähist, kuna western on asjaomase avalikkuse seas üldiselt tuntud filmižanr. Need kaks sõna „western” tähendust on omavahel pealegi väga seotud, kuna filmižanri nimetus tuleneb filmi tegevuskohast, milleks on Ühendriikide lääneosa. Lisaks rõhutas apellatsioonikoda õigesti, et paljud tarbijad seostaksid viskit ja nimetatud filme, kuna tihti tarbitakse nende filmide peategelased viskit. Seetõttu omistaks asjaomane avalikkus sõnale „western” ühe või mitu eespool nimetatud tähendust.
- 54 Nagu apellatsioonikoda õigesti märkis, mõistaks Saksa avalikkuse üks osa sõna „weser” kui viidet muu seas Bremeni linna (Saksamaa) läbiva jõe nimele. Euroopa avalikkuse ülejäänud osa tajub seda kui väljamõeldud sõna.
- 55 Asjaomaste kaubamärkide koostisesse kuuluvat sõna „gold” mõistetakse kui viidet väärismetallile kuld, mille värv sarnaneb viski värvile. Lisaks võib asjaomane avalikkus seostada sõna „gold” kõrgema kvaliteediga ning sel võib seega olla reklaami tähendus. Inglise keelt kõnelev asjaomane avalikkus, kelle hulka kuuluvad inglise ja iiri tarbijad, tajuks seda kui „lääne kulda”. Sõna „gold” olemasolust mõlemas vastandatud tähises ei piisa asjaomaste tähiste tähenduse erinevuse neutraliseerimiseks, kui arvestada sõnade „western” ja „weser” tähenduse erinevust.
- 56 Seetõttu võis apellatsioonikoda õigusega järeldada, et asjaomased tähised on kontseptuaalselt erinevad.

## Vahehindang

- 57 Tähiste võrdluse osas tuleneb eespool esitatust, et apellatsioonikoja järeldus tähiste visuaalse ja foneetilise sarnasuse ja kontseptuaalse erinevuse kohta oli õige.
- 58 Selles osas tuleb meenutada, et kui kaubamärgid on foneetiliselt ja visuaalselt sarnased, on need igakülgset võttes sarnased, välja arvatud kui esinevad olulised kontseptuaalsed erinevused. Sellised erinevused võivad neutraliseerida foneetilised ja visuaalsed sarnasused vähemalt niivõrd, kuivõrd ühel neist tähistest on asjaomase avalikkuse jaoks selge ja kindlaksmääratud tähendus, mistõttu avalikkus on võimeline seda kohe mõistma (Euroopa Kohtu 13. septembri 2007. aasta otsus kohtuasjas C-234/06 P: Il Ponte Finanziaria vs. Siseturu Ühtlustamise Amet, EKL 2007, lk I-7333, punkt 34). See on asjakohane käesoleval juhul, arvestades vastandatud tähiste kontseptuaalset erinevust. Sellest tuleneb, et tähised on nende visuaalsetest ja foneetilistest sarnasustest hoolimata igakülgset võttes erinevad.
- 59 Seetõttu tuleb analüüsida apellatsioonikoja hinnangut varasemate kaubamärkide eristusvõime kohta, mille hageja on vaidlustanud.

### *Varasemate kaubamärkide eristusvõime*

#### Varasemate kaubamärkide olemusest tulenev eristusvõime

- 60 Apellatsioonikoda leidis vaidlustatud otsuses, et varasemate kaubamärkide eristusvõime on veidi nõrgem keskmisest eristusvõimest, mida neile omistas vastulausete osakond, kuna asjaomane avalikkus tajub koostisosa „gold” kui reklaammõistet või viidet teatavate jookide kuldsele värvusele (vt vaidlustatud otsuse punkt 39).
- 61 Hageja vaidleb apellatsioonikoja sellele hinnangule vastu, väites, et mitte kõigil varasemate kaubamärkidega hõlmatud jookidel ei ole kuldne värvus ning et varasematel kaubamärkidel tervikuna on sõna „gold” nõrgemast eristusvõimest hoolimata vähemalt keskmine eristusvõime.
- 62 Selles osas tuleb märkida, et hoolimata asjaolust, et teatavatel varasemate kaubamärkidega hõlmatud jookidel ei ole kuldset värvust, on sõna „gold” asjaomase kauba kõrgema kvaliteedi tähistamiseks levinud reklaamsõna ning seega on kõnealusel sõnal nõrk eristusvõime. Seetõttu nõrgendab varasemate kaubamärkide asjaomane osa nende kaubamärkide olemusest tulenevat eristusvõimet. Igale varasemale kaubamärgile antud igakülgse hinnangu põhjal nähtub, et apellatsioonikoda võis õigusega leida, et varasemate kaubamärkide olemusest tulenev eristusvõime on keskmisest veidi nõrgem.

#### Kasutamise käigus suurenenud eristusvõime

- 63 Varasemate kaubamärkide kasutamise käigus suurenenud eristusvõime osas vaidlustab hageja apellatsioonikoja hinnangu, mille kohaselt ei ole ta sellele asjaolule tuginenud. Ta viitab siinkohal vastulausete osakonnale 10. märtsil 2008 esitatud põhjendustele ning apellatsioonikojale 22. detsembril 2009 esitatud põhjendustele, milles ta osutas 10. märtsi 2008 aasta põhjendustele. Hageja leiab, et ta võis apellatsioonikoja menetluses sellise viite esitada, kuna olukorras, kus vastulausete osakond oli varasemate kaubamärkide olemusest tulenevat tavapärasest eristusvõimet tunnustanud, ei olnud ta kohustatud oma neid kirjalikke selgitusi otsesõnu kordama. Ta väidab, et ei näinud vajadust oma kaubamärgi kasutamist puudutavaid dokumente apellatsioonikojale saata, kuna tal oli alust eeldada, et apellatsioonikoja menetluse ese on vastulausete osakonna otsus, mis käsitleb üksnes varasemat ühenduse kaubamärki ja taotletavat kaubamärki.
- 64 Selles osas tuleb meenutada mitut asjaolu.
- 65 Kaubamärgitaotleja vastaval nõudel paluti hagejal vastulausete osakonna menetluses tõendada määruse nr 207/2009 artikli 42 lõike 2 alusel seda, et ta on oma varasemaid registreeritud kaubamärke viie aasta jooksul enne vastulause esitamist tegelikult kasutanud.
- 66 Vastuseks sellele nõudele lisas hageja 10. märtsi 2008. aasta põhjendustele tõendid oma varasemate kaubamärkide tegeliku kasutuse kohta. Ta mainis ka, et „asjaomaste kaupade turustamine, mis praktiliselt toimub kogumahus Euroopa Liidus ja Šveitsis, [tõendab] mitte üksnes tema vastulause aluseks oleva kaubamärgi tegelikku kasutust, vaid ka selle kasutamise käigus suurenenud eristusvõimet”. Lisaks märkis hageja, et tema väitel on „asjaomased kaubad osaliselt identsed, kaubamärkide koostisosadeks olevad sõnad [on] sarnased ning et lisaks [on] vastulause aluseks olevatel varasematel kaubamärkidel WESERGOLD tavapärane olemusest tulenev eristusvõime, mis on kasutamise käigus märkimisväärselt suurenenud, nii et asjaomaste kaubamärkide segiajamine [on] tõenäoline”.

- 67 Vastulausete osakond leidis 11. juuni 2009. aasta otsuses, et hagejal on õigus ning märkis, et vastandatud kaubamärkide segiajamine on tõenäoline. Kaubamärgitaotleja, kes on käesolevasse menetlusse astuja, esitas apellatsioonikojale vastulausete osakonna selle otsuse peale kaebuse. Käesoleva menetluse hageja astus apellatsioonikoja menetlusse, et kaitsta oma vastulauset ning vastulausete osakonna otsust.
- 68 Hageja osutas oma 22. detsembril 2009 apellatsioonikojale esitatud põhjendustes dokumentidele, mille ta oli esitanud vastulausemenetluses, sh 10. märtsi 2008. aasta põhjendustele.
- 69 Lõpuks leidis apellatsioonikoda vaidlustatud otsuses, et „vastulause esitaja ei [olnud] tuginenud varasemate kaubamärkide kasutamisest tulenevale eristusvõime suurenemisele” (vt vaidlustatud otsuse punkt 40).
- 70 Nagu eeltoodust tuleneb, ei esitanud hageja apellatsioonikojale saadetud vastuses otsesõnu argumente varasemate kaubamärkide kasutamisest tuleneva eristusvõime suurenemise kohta. Hageja piirdus sellega, et viitas vastulausete osakonnale esitatud kirjalikele selgitustele. Need dokumendid aga sisaldasid tõenditega põhjendatud väidet selle kohta, et varasemate kaubamärkide eristusvõime on kasutamise käigus suurenenud.
- 71 Määruse nr 207/2009 artikli 64 lõike 1 sõnastuse kohaselt teeb apellatsioonikoda pärast kaebuse põhjendatuse kontrollimist kaebuse kohta otsuse ja ta võib selle raames „tegutseda edasikaevatud otsuse teinud talituse pädevuse piires,” st käesoleval juhul teha ise vastulause kohta otsuse, lükates selle tagasi või tunnistades selle põhjendatuks, millega ta seega asjaomase vaidlustatud otsuse kinnitab või tühistab. Seega tuleneb määruse nr 207/2009 artikli 64 lõikest 1, et apellatsioonikoda teostab talle esitatud kaebuse lahendamisel vastulause põhjendatuse osas täielikult uut kontrolli nii õiguslike kui ka faktiliste asjaolude osas (Euroopa Kohtu 13. märtsi 2007. aasta otsus kohtuasjas C-29/05 P: Siseturu Ühtlustamise Amet vs. Kaul, EKL 2007, lk I-2213, punkt 57, Üldkohtu 23. septembri 2003. aasta otsus kohtuasjas T-308/01: Henkel vs. Siseturu Ühtlustamise Amet - LHS (UK) (KLEENCARE), EKL 2003, lk II-3253, punkt 29, ja 14. detsembri 2011. aasta otsus kohtuasjas T-504/09: Völkl vs. Siseturu Ühtlustamise Amet – Marker Völkl (VÖLKL), punkt 53).
- 72 Hoolimata asjaolust, et hageja viitas apellatsioonikoja menetluses otsesõnu vastulausete osakonnale esitatud kirjalikele selgitustele, oli apellatsioonikoda kohustatud kontrollima kõiki vastulausete osakonnale esitatud argumente. Kuna hageja esitas seega väite varasemate kaubamärkide kasutamise käigus suurenenud eristusvõime kohta vastulausete osakonna menetluses, siis ei saanud apellatsioonikoda jõuda järeldusele, et hageja ei ole varasemate kaubamärkide kasutamise käigus suurenenud eristusvõimele tuginenud.
- 73 Sellest tuleneb, et apellatsioonikoda tegi käesoleval juhul määruse nr 207/2009 artikli 8 lõike 1 punkti b kohaldamisel vea.
- 74 Seda järeldust ei sea kahtluse alla ühtlustamisameti ja menetlusse astuja mitu argumenti.
- 75 Mis puutub ühtlustamisameti argumenti, et hageja oli kasutamise käigus suurenenud eristusvõimele viidanud üksnes teisese väite raames kontekstis, mis puudutab tõendeid varasemate kaubamärkide tegeliku kasutamise kohta, ning seega pärast asjaomase tähtaja möödumist, siis tuleb märkida järgmist.
- 76 Ühtlustamisameti toimikust tuleneb, et vastulausete osakond palus 8. jaanuari 2008. aasta kirjas hagejal võtta seisukoht varasema Poola kaubamärgi, mis on registreeritud numbril 161413 all, ja varasema Saksa kaubamärgi, mis on registreeritud numbril 902472 all, tegeliku kasutamise kohta. Eeskätt palus ta võtta seisukoht ja esitada tõendid nende tegeliku kasutamise kohta kahe kuu jooksul alates selle kirja saatmisest, st 9. märtsiks 2008. Lisaks täpsustati selles, et tema vastulauset toetavate asjaolude, tõendite või märkuste esitamiseks määratud tähtaega pikendati samuti kuni 9. märtsini 2008.

- 77 Hageja vastas sellele kirjale 10. märtsi 2008. aasta põhjendustega, mis edastati ühtlustamisametile faksi teel samal päeval. Nagu eespool punktis 66 märgitud, esitas hageja nendes põhjendustes tõendid varasemate kaubamärkide tegeliku kasutamise kohta ning väitis, et nende kaubamärkide eristusvõime on kasutamise käigus suurenenud.
- 78 Vastupidi Üldkohtus esitatud ühtlustamisameti väidetele ei tähenda asjaolu, et hageja tugines varasemate kaubamärkide kasutamise käigus suurenenud eristusvõimele oma vastuses, mille ta esitas nõude peale tõendada tema varasemate kaubamärkide tegelikku kasutamist, et tema argumendid varasemate kaubamärkide kasutamise käigus suurenenud eristusvõime kohta on esitatud hilinenult. Vastulausete osakond andis hagejale 8. jaanuari 2008. aasta kirjas otsesõnu loa esitada vastulauset toetavad asjaolud, tõendid või märkused 9. märtsiks 2008.
- 79 Peale selle ei ole alust leida, et hageja 10. märtsi 2008. aasta põhjendused esitati ühtlustamisametile hilinenult. 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), eeskiri 72 sätestab, et kui tähtaeg lõpeb päeval, mil ühtlustamisamet ei ole dokumentide vastuvõtuks avatud, pikendatakse tähtaega sellele järgneva esimese päevani, mil ühtlustamisamet on dokumentide vastuvõtuks avatud või mil kantakse laiali harilikku posti. See eeskiri näeb ette, et päevad, mil ühtlustamisamet ei ole dokumentide vastuvõtuks avatud, määrab ühtlustamisameti juhataja kindlaks enne iga kalendriaasta algust. Ühtlustamisameti juhataja määras 17. detsembri 2007. aasta otsusega EX-07-05 kindlaks kalendriaasta 2008 päevad, mil ühtlustamisamet ei ole dokumentide vastuvõtuks avatud või mil ei kanta harilikku posti laiali. Selles otsuses viidati ühtlustamisameti juhataja 22. detsembri 1995. aasta otsusele nr ADM-95-23 (JO OHMI 1995, lk 487), milles määrati kindlaks, et ühtlustamisamet ei ole laupäeviti ja pühapäeviti avatud. Kuna 9. märts 2008 oli pühapäev, siis ei esitanud hageja oma vastust 10. märtsil 2008 hilinenult. Ühtlustamisamet tunnistas seda kohtuistungil.
- 80 Mis puutub ühtlustamisameti väitesse, et hageja ei ole apellatsioonikojale esitatud vastuses kasutamise käigus suurenenud eristusvõimele otsesõnu tuginenud, siis tuleb märkida, et see asjaolu ei mõjuta apellatsioonikoja kohustust uurida vastulauset kontrollides selle kõiki asjakohaseid õiguslikke ja faktilisi asjaolusid. Selle kontrolli ulatust, mida apellatsioonikoda peab edasikaevatava otsuse läbivaatamisel teostama, ei määra põhimõtteliselt kindlaks kaebuse esitaja väited (eespool punktis 71 viidatud kohtuotsus KLEENCARE, punkt 29). Seda enam ei saa apellatsioonikoja kontrolli ulatust piirata asjaolu, et teatavad apellatsioonikoja menetluses kaitsmisel esitatud väited ei ole täpsed. Eespool punktis 76 jj esitatud põhjendustel eeldab vastulause põhjendatuse täielik kontroll varasemate kaubamärkide kasutamise käigus suurenenud eristusvõime analüüsi.
- 81 Kuivõrd menetlusse astuja ja ühtlustamisamet leiavad, et hageja argument kasutamise käigus suurenenud eristusvõime kohta ei ole põhjendatud ja piisavate tõenditega põhjendatud, tuleb märkida, et vaidlustatud otsuses ei esitanud apellatsioonikoda seda põhjendust. Kuna apellatsioonikoda jättis eksides kasutamise käigus suurenenud eristusvõime kohta esitatud argumendid ja tõendid hindamata, ei saa Üldkohus neid argumente ja tõendeid vaidlustatud otsuse tühistamise hagi arutades hinnata. Sellise nõude lahendamise raames ei saa Üldkohus õiguspärasuse kontrolli teostades asendada ühtlustamisameti otsust enda omaga faktiliste asjaolude hinnangu osas, mille viimane on jätnud tegemata. Tühistamishagi raames – nagu käesoleval juhul – tuleb Üldkohtul siis, kui ta leiab, et apellatsioonikoja otsus, mille peale on talle hagi esitatud, on õigusvastane, see otsus tühistada. Ta ei või hagi rahuldamata jätta, asendades vaidlusaluse akti vastu võtnud ühtlustamisameti pädeva üksuse otsuse põhjenduse enda omaga (Üldkohtu 9. septembri 2010. aasta otsus kohtuasjas T-70/08: *Axis vs. Siseturu Ühtlustamise Amet - Etra Investigación y Desarrollo (ETRAX)*, EKL 2010, lk II-4645, punkt 29).
- 82 Kõike eelnevat arvestades tuleb asuda seisukohale, et apellatsioonikoda järeldas vääralt, et hageja ei tuginenud varasemate kaubamärkide kasutamise käigus suurenenud eristusvõimele. See viga tähendab, et apellatsioonikoda jättis kontrollimata teguri, mis oli potentsiaalselt oluline selle igakülgsel

hindamisel, kas vaidlustatud kaubamärgi ja varasemate kaubamärkide segiajamine on tõenäoline (vt selle kohta Üldkohtu 7. veebruari 2012. aasta otsus kohtuasjas T-424/10: Dosenbach-Ochsner vs. Siseturu Ühtlustamise Amet – Sisma (riskülikule paigutatud elevantide kujutis), kohtulahendite kogumikus veel avaldamata, punkt 55 jj ning seal viidatud kohtupraktika).

- 83 Tuleb meenutada, et määruse nr 40/94 artikli 62 lõike 1 esimese lause [nüüd määruse nr 207/2009 artikli 64 lõike 1 esimene lause] kohaselt teeb apellatsioonikoda pärast kaebuse põhjendatuse kontrollimist kaebuse kohta otsuse. Apellatsioonikoda kas tegutseb edasikaevatud otsuse teinud talituse pädevuse piires või saadab asja nimetatud talitusele edasiseks menetlemiseks. Kaebuse põhjendatuse kontrollimise kohustus hõlmab kasutamise käigus suurenenud eristusvõime arvesse võtmist, kui selline argument esitatakse. Ei ole välistatud, et hageja poolt ühtlustamisameti menetluses kasutamise käigus suurenenud eristusvõime kohta esitatud argumentide ja tõendite põhjendatuse kontrollimise tulemusel oleks apellatsioonikoda jõudnud otsusele, mille sisu erineb vaidlustatud otsuse omast. Seetõttu rikkus apellatsioonikoda sellist kontrolli teostamata jättes, mis oleks pidanud kaasa tooma vaidlustatud otsuse tühistamise, olulisi menetlusnorme (vt selle kohta Üldkohtu 10. juuni 2008. aasta otsus kohtuasjas T-85/07: Gabel Industria Tessile vs. Siseturu Ühtlustamise Amet - Creaciones Garel (GABEL), EKL 2008, lk II-823, punkt 20).
- 84 Seetõttu tuleb hageja esimese väitega nõustuda ning seega vaidlustatud otsus tühistada, ilma et oleks vaja teha otsust muude hageja esitatud väidete kohta.

## Kohtukulud

- 85 Üldkohtu kodukorra artikli 87 lõike 2 alusel on kohtuvaidluse kaotanud pool kohustatud hüvitama kohtukulud, kui vastaspool on seda nõudnud.
- 86 Ühtlustamisamet ja menetlusse astuja on kohtuvaidluse kaotanud. Esiteks tuleb seetõttu ühtlustamisameti kohtukulud jätta tema enda kanda ning mõista vastavalt hageja nõudele temalt välja viimase kohtukulud. Teiseks tuleb menetlusse astuja kohtukulud jätta tema enda kanda.

Esitatud põhjendustest lähtudes

### ÜLDKOHUS (esimene koda)

otsustab:

- 1. Tühistada Siseturu Ühtlustamise Ameti (kaubamärgid ja tööstusdisainilahendused) esimese apellatsioonikoja 24. märtsi 2010. aasta otsus (asi R 770/2009-1).**
- 2. Jätta ühtlustamisameti kohtukulud tema enda kanda ning mõista temalt välja Wesergold Getränkeindustrie GmbH & Co. KG kohtukulud.**
- 3. Jätta Lidl Stiftung & Co. KG kohtukulud tema enda kanda.**

Azizi

Frimodt Nielsen

Kancheva

Kuulutatud avalikul kohtuistungil 21. septembril 2012 Luxembourgis.

Allkirjad



Sisukord

Vaidluse taust .....	2
Poolte nõuded .....	4
Õiguslik käsitus .....	4
Sissejuhatavad märkused .....	4
Asjaomane avalikkus .....	5
Kaupade võrdlus .....	5
Vastandatud tähiste võrdlus .....	7
Sissejuhatavad märkused .....	7
Visuaalne võrdlus .....	8
Foneetiline võrdlus .....	8
Kontseptuaalne võrdlus .....	9
Vahehindang .....	9
Varasemate kaubamärkide eristusvõime .....	10
Varasemate kaubamärkide olemusest tulenev eristusvõime .....	10
Kasutamise käigus suurenenud eristusvõime .....	10
Kohtukulud .....	13