JUSTIITSMINISTEERIUM
TÖÖSTUSOMANDI
APELLATSIOONIKOMISJON

OTSUS nr 1616-o

Tallinnas 7. detsembril 2018. a.

Tööstusomandi apellatsioonikomisjon (edaspidi komisjon või TOAK), koosseisus Rein Laaneots (eesistuja), Evelyn Hallika ja Sulev Sulsenberg, vaatas kirjalikus menetluses läbi juriidilise isiku TERE AS (Pärnu mnt 139e 11317 Tallinn EE) vaidlustusavalduse Patendiameti otsuse tühistamiseks kaubamärgi **estover + kuju** (taotluse nr M201401093) klassis 29 registreerimise kohta OÜ Estover Piimatööstus nimele.

Asjaolud

01.06.2015 Eesti Kaubamärgilehes nr 6/2015 avaldatud teate kohaselt on Patendiamet teinud otsuse registreerida taotleja OÜ Estover Piimatööstus nimele kaubamärk **estover + kuju** (taotlus nr M201401093) klassi 29 kuuluvate kaupade osas (vaidlustusavalduse lisa 1).

Vaidlustatav kaubamärk	Klass	Kaupade ja teenuste loetelu
Taotl nr M201401093; 13.10.2014	29	liha, kala, linnuliha ja ulukiliha; lihaekstraktid; konservitud, külmutatud, kuivatatud ja küpsetatud puuvili ja köögivili; tarretised, keedised, kompotid; munad; piim ja piimatooted; toiduõlid ja toidurasvad

Vaidlustusavalduse esitajale Tere AS (edaspidi vaidlustaja, keda esindab patendivolinik Linnar Puusepp) kuuluvad järgmised varasemad kaubamärgiõigused (vaidlustusavalduse lisad 2 kuni 4 ja tootepakendid).

Varasemad kaubamärgid	Klass	Kaupade ja teenuste loetelu
Reg nr 43900; 28.02.2006	29	liha, kala, linnuliha ja ulukiliha; lihaekstraktid; konservitud, kuivatatud ja keedetud puuvili ja köögivili; tarretised, keedised, puuviljakompotid; munad, piim ja piimatooted, sh piimadesserdid, jogurtid, joogijogurtid, vahud, vahukreemid, kreemid, kooredesserdid, kohupiim, kohupiimakreemid ja -vahud; toiduõlid ja toidurasvad

 Reg nr 48258; 08.04.2011	29	liha, kala, linnuliha ja ulukiliha; lihaekstraktid; konservitud, kuivatatud ja keedetud puuvili ja köögivili; tarretised, keedised, puuviljakompotid; munad, piim ja piimatooted, sealhulgas piimadesserdid, jogurtid, joogijogurtid, vahud, vahukreemid, kreemid, kooredesserdid, kohupiim, kohupiimakreemid ja -vahud; toiduõlid ja toidurasvad
  Reg nr 47232; 02.07.2008	29	piim ja piimatooted
  Üldtuntud kaubamärk: “Tootepakend 1” **12.10.2014**	29	piim ja piimatooted, sealhulgas hapukoor, keefir, piimadesserdid, jogurtid, joogi-jogurtid, vahud, vahukreemid, kreemid, kooredesserdid, kohupiim, kohupiima-kreemid, -pastad ja -vahud
  Üldtuntud kaubamärk: “Tootepakend 2” **12.10.2014**	29	piim ja piimatooted, sealhulgas hapukoor, keefir, piimadesserdid, jogurtid, joogi-jogurtid, vahud, vahukreemid, kreemid, kooredesserdid, kohupiim, kohupiima-kreemid, -pastad ja -vahud

 Üldtuntud kaubamärk: “Tootepakend 3” **12.10.2014**	29	piim ja piimatooted, sealhulgas hapukoor, keefir, piimadesserdid, jogurtid, joogi-jogurtid, vahud, vahukreemid, kreemid, kooredesserdid, kohupiim, kohupiima-kreemid, -pastad ja -vahud
 Üldtuntud kaubamärk: “Tootepakend 4” **12.10.2014**	29	piim ja piimatooted, sealhulgas hapukoor, keefir, piimadesserdid, jogurtid, joogi-jogurtid, vahud, vahukreemid, kreemid, kooredesserdid, kohupiim, kohupiima-kreemid, -pastad ja -vahud

Toodust nähtuvalt on vaidlustaja ülalviidatud kaubamärgiõigused vaidlustatava tähise taotluse esitamise kuupäevast 13.10.2014 varasemad.

<u>Vaidlustusavaldus kokkuvõtlikult</u>

Vaidlustaja on seisukohal, et OÜ-l Estover Piimatööstus (edaspidi taotleja, keda esindab patendivolinik Raivo Koitel) puudub õigus kaubamärgile **estover + kuju**, kuna nimetatud tähise osas esinevad kaubamärgiseaduse (edaspidi KaMS) § 9 lg 1 p-s 10 ja § 10 lg 1 p-des 2 ja 3 sätestatud õiguskaitset välistavad asjaolud. Taotlus vaidlustatav tähise registreerimiseks on esitatud pahauskselt, see on äravahetamiseni sarnane vaidlustaja varasemate kaubamärkidega ja võib kahjustada ja ära kasutada nende tugevat eristusvõimet ja mainet.

Vaidlustaja märgib, et kooskõlas KaMS § 7 lg 2 loeb komisjon kaubamärgi üldtuntuks seoses Patendiameti otsuse peale esitatud kaebuse või kaubamärgi kaitstavusalase vaidlustusavalduse lahendamisega. Sama paragrahvi lg 3 kohaselt arvestatakse üldtuntuse tunnistamisel muu hulgas kaubamärgi:

1) tuntuse astet Eestis kaubamärgiga tähistatud kaupade või teenustega analoogiliste kaupade või teenuste tegelike ja võimalike tarbijate sektoris, nende kaupade või teenuste jaotusvõrgus tegutsevate isikute sektoris või nende kaupade või teenustega tegelevas ärisektoris;
2) kasutamise ja tutvustamise kestust ja ulatust ning kaubamärgi geograafilist levikut;
3) registreerimist, kasutamist ja üldtuntust teistes riikides;
4) hinnangulist väärtust.

Kooskõlas KaMS § 7 lg 4 piisab üldtuntuse tunnistamiseks, kui kaubamärki tunneb valdav enamus vähemalt ühte käesoleva paragrahvi lõike 3 punktis 1 nimetatud sektorisse kuuluvatest isikutest. Vaidlustaja kasutatav pakendikujundus (valged pilved punasel taustal või vastupidi) töötati välja 1996. aastal ning Tere AS õiguseellane Tallinna Piimatööstuse AS võttis selle kasutusse alates 1997. aastast. Täna on Tere AS-i tootenimekirjas on kokku üle 250 toote, millest olulist osa markeerib ja turustab Tere AS kasutades pakendikujunduses valgeid pilvi punasel või sinisel taustal või punaseid pilvi valgel taustal (vaidlustusavalduse lisa 5).
Tere AS oli 2011. aastaks saavutanud tuntuima ja eelistatuima piimatoodete brändi maine Eestis. Nimetatu tõendamiseks on vaidlustaja esitanud väljavõtte Turu-uuringute AS poolt koostatud 2011. aasta piimatoodete brändide tuntuse uuringust (vaidlustusavalduse lisa 6). Uuringust nähtuvalt on TERE 57 % juhtudest esimene piimatoodete bränd, mis tarbijatel spontaanselt meelde tuleb. 26 % juhtudest nimetatakse TERE brändi spontaanselt teiste brändide hulgas. Kogu TERE brändi spontaanne tuntus moodustab seega 82 %. Lisaks viidatud tarbijatele tuli TERE bränd selle mainimisel meelde veel 16 % tarbijatest, kes TERE brändi ei olnud spontaanselt maininud. Uuringu tulemustest nähtub, et 2011. aastal teadis ca 98 % Eesti piimatoodete tarbijaskonnast TERE brändi ja asjaomaseid pakendikujundusi/kaubamärke ning tundis need turusituatsioonis ära. Seega olid vaidlustaja tootepakendid/kaubamärgid saavutanud 12.10.2014 seisuga Eesti tarbijate hulgas väga tugeva eristusvõime ja kõrge tuntuse.
Vaidlustaja on lisanud ka väljavõtte Tere AS-i tutvustavast, aastal 2010 koostatud brošüürist (vaidlustusavalduse lisa 7). Nimetatud väljavõttest nähtuvalt omab Tere AS alates 2010. aastast ISO 22000:2005 standardi sertifikaati, mis katab kogu varumis-, tootmis- ja müügiprotsessi. Sellega on tõendatud, et vaidlustusavalduse esitaja tooted on kvaliteetsed ja kuna tarbijad tunnevad vaidlustaja pakendeid/kaubamärke, tajuvad nad neid muuhulgas kauba kvaliteeti kinnitavate tähistena. Samast väljatrükist nähtuvalt on Tere AS käive kasvanud aastate 2005 kuni 2009 lõikes rahaliselt 31000000.-eurolt 92000000.-euroni. Nimetatu tõendab oluliselt kasvanud nõudlust vaidlustaja toodete järele ajaperioodil enne käesolevas asjas vaidlustatud kaubamärgitaotluse esitamist. Allesitatud tabeli andmetest nähtub, et vaidlustaja oli 2009. aastal kõige suuremat turuosa hoidev ettevõtte piimatoodete sektoris:

Piim	27 %
Keefir	36 %
Jogurt	26 %
Kohupiim	48 %
Kohupiimakreem	50 %

Vaidlustaja on lisanud vaidlustusavalusele täiendavalt nimekirja Tere AS-i toodetele omistatud tiitlitest aastate kaupa (vaidlustusavalduse lisa 8) Sellest nähtuvalt on TERE AS ja tema õiguseellase Tallinna Piimatööstuse tooted saavutanud Eesti Toiduainetööstuse Liidu, Eesti Põllumajandus- ja Kaubanduskoja, Kaalujärgijate žürii ja AS Selver tunnustusi juba alates kaubamärgi TERE kasutuselevõtust 1997. aastal. TERE kaubamärke kandvaid tooteid on auhinnatud „Eesti Parima Toiduainena“, neile on läbi aastate omistatud kvaliteedimärke Ristikumärk ja Pääsukesemärk, samuti on tooteid autasustatud „Äramärgitud toodetena“ jne.
Esitatule tuginedes leiab vaidlustaja, et Eesti tarbijad teavad vaidlustaja „Tootepakendeid 1-4“, tunnevad need kauplustes koheselt ära ning seostavad selliseid kujundelemente just ja üksnes kaubamärgiomaniku Tere AS-ga.
Tuginedes KaMS § 7 lg 2, 3 ja 4 palub vaidlustaja komisjonil tunnistada eelviidatud „Tootepakendite 1-4“ üldtuntust Eestis 12.10.2014 seisuga.

KaMS § 10 lg 1 p-i 2 kohaselt ei saa õiguskaitset tähis, mis on identne või sarnane varasema kaubamärgiga, mis on saanud õiguskaitse identsete või samaliigiliste kaupade või teenuste tähistamiseks, kui on tõenäoline kaubamärkide äravahetamine tarbija poolt, sealhulgas kaubamärgi assotsieerumine varasema kaubamärgiga.
Kaubamärkide äravahetamise tõenäosust on defineeritud riskina, et avalikkus võib uskuda, et kaubad või teenused tulevad samalt ettevõttelt või temaga majanduslikult seotud ettevõtetelt (vt Euroopa Kohtu 22.06.1999 otsus kohtuasjas C-342/97 LLOYD SCHUHFABRIK MEYER, punkt 17). Euroopa Kohtu väljakujunenud praktika kohaselt tuleb kaubamärkide äravahetamise tõenäosuse hindamisel arvesse võtta kõiki asjakohaseid faktoreid, sealhulgas visuaalset, foneetilist ja kontseptuaalset sarnasust ning nimetatud hinnang peab tuginema üldisele, tarbijal tekkivale kujutluspildile, arvestades eriti võrreldavate kaubamärkide eristusvõimelisi ja domineerivaid komponente (vt Euroopa Kohtu 11.11.1997 otsus kohtuasjas C-251/95 SABEL, [1995], punkt 23).
Vastandatavad kaubamärgid (vasakul vaidlustaja ja paremal taotleja)

Visuaalsest aspektist on vastandatavad kaubamärgid üldmuljelt sarnased, kuna koosnevad samas laadis kujundatud pilvede/laikude kujutistest, mis on esitatud pilvedest eristuval foonil. Samuti kordab vaidlustatav tähis vaidlustaja varasema kaubamärgi värvikombinatsiooni (punane/valge) vastandkujul. Olgugi, et vaidlustatav tähis sisaldab ka sõnalist elementi „estover“, on see esitatud viisil, et visuaalselt jääb see punaste pilvede taustal pigem tahaplaanile ega ole seega vaadeldav asjaomase tähise domineeriva elemendina. Seega on vaidlustaja arvates kaubamärgid oma üldmuljelt visuaalselt sarnased.
Foneetiliselt ei ole võimalik võrrelda kaubamärke, millel sõnaline osa puudub. Seega, sõnalist osa mitte sisaldavate varasemate kaubamärkide osas foneetilist võrdlust teostada ei ole võimalik. Varasema kaubamärgi **TERE PERE-PIIM + kuju** osas tuleb aga arvestada sõnaühendi PERE-PIIM suhteliselt suurt kirjeldavust, mistõttu ei saa nimetatud kaubamärgielementi pidada varasema kaubamärgi foneetiliselt domineerivaks elemendiks. Seega on vaadeldavate kaubamärkide eristusvõimelisteks sõnalisteks elementideks eelkõige sõnad „TERE“ ja „estover“, mis on

foneetiliselt erinevad. Siiski tuleb foneetilist erinevust hinnates arvesse võtta ka asjaomastest kaupadest lähtuvat eripära, et tarbijad valivad neid valdavalt kaupluselettidelt ega tee ostuotsustust kuulmise järgi. Seetõttu on asjaomaste kaubamärkide foneetiline erinevus ka suhteliselt vähese tähtsusega - tarbijate ostuotsustust mõjutavad eelkõige visuaalne ja kontseptuaalne aspekt.
Kontseptuaalselt on võrdlusalused kaubamärgid peaaegu identsed/väga sarnased, kuna kõik tähised sisaldavad domineeriva elemendina kujutisi pilvedest/laikudest.
Kooskõlas Euroopa Kohtu praktikaga on vastandatavate kaubamärkide äravahetamise tõenäosuse hindamisel märkide sarnasus ning kaupade ja teenuste sarnasus omavahelises vastastikuses seoses selliselt, et mida sarnasemad on võrreldavad märgid, seda erinevamad peavad olema nende kaubamärkide kaupade ja teenuste loetelud ning vastupidi (vt Euroopa Kohtu 29.09.1998 otsus kohtuasjas C-39/97 CANON, [1998], punkt 17). Seega, kuna asjaomased kaubamärgid on visuaalselt sarnased ja kontseptuaalselt peaegu identsed ning samal ajal on taotletavad kaubad identsed varasemate registreeritud kaubamärkide kaupadega, on vaidlustatav kaubamärk KaMS § 10 lg 1 p-i 2 mõistes äravahetamiseni sarnane varasemate kaubamärkidega.
Vastandatavad tähised (vaidlustaja tootepakendid vasakul ja taotleja kaubamärk paremal)

Visuaalsest aspektist on koheselt märgata, et vaidlustatav tähis kordab nii oma värvilahenduselt kui ka ülesehituselt vaidlustaja varasemaid tootepakendeid, olles kujunduslikult üldmuljelt nendega visuaalselt väga sarnane. Olgugi, et vaidlustaja tootepakenditel sisalduvad ka suurtes trükitähtedes kirjutatud sõnad PIIM, HAPUKOOR ja VÕI, on antud sõnad asjaomaste kaupade osas kirjeldavad, ega ole need tootepakendite eristusvõimelisteks elementideks ega mõjuta seega ka tarbijate arusaama tootepakendite üldisest kujundusest. Sõnalised elemendid „estover“ ja „TERE“ on esitatud kogu pakendikujunduse kontekstis pigem väikeses kirjas, mistõttu jäävad need pakendite üldise kujunduse hindamisel pigem tahaplaanile ega moodusta pakendite domineerivat elementi. Toodust nähtuvalt on vaidlustatud tähis visuaalselt väga sarnane vaidlustusavalduse esitaja varasemate tootepakenditega. Foneetiliselt on asjaomaste kaubamärkide sõnalised osad erinevad. Siiski tuleb ka siin foneetilise erinevuse hindamisel võtta arvesse asjaolu, et tarbijad valivad tähistatavaid kaupu valdavalt kaupluselettidelt ega tee ostuotsustust kuulmise järgi. Seetõttu on asjaomaste kaubamärkide foneetiline erinevus ka suhteliselt vähese tähtsusega vaadeldavate kaubamärkide äravahetamise tõenäosuse hindamise aspektist, tarbijate ostuotsustust mõjutavad eelkõige visuaalne ja kontseptuaalne aspekt.
Kontseptuaalselt on võrdlusalused kaubamärgid põhimõtteliselt identsed, kuna kõik tähised sisaldavad domineeriva elemendina kujutisi pilvedest.

Kuna ülalvõrreldud tähised on visuaalselt sarnased, foneetiliselt erinevad, kuid kontseptuaalselt põhimõtteliselt identsed, on tegemist sarnaste kaubamärkidega ning kuna identsed on ka asjaomased kaubad, on vaidlustatav tähis KaMS § 10 lg 1 p-i 2 mõistes äravahetamiseni sarnane varasemate tootepakenditega.
Euroopa Kohus on sedastanud, et mida eristusvõimelisem on varasem kaubamärk, seda suurem on kaubamärkide äravahetamise tõenäosus (vt Euroopa Kohtu 22.06.1999 otsus kohtuasjas C-342/97 LLOYD SCHUHFABRIK MEYER, punkt 24). Käesolevas asjas on varasemate tootepakendite puhul tegemist üldtuntud, väga mainekate ja seeläbi väga tugeva eristusvõimega kaubamärkidega. Nimetatu tõstab asjaomaste kaubamärkide äravahetamise tõenäosust veelgi.
Kuna sõna „estover“ ei ole vaidlustatavas kaubamärgis domineeriv element ning domineerib hoopis vaidlustaja tuntud tootepakenditega äravahetamiseni sarnane kujundus, esineb käesolevas asjas tõenäosus, et tarbijad usuvad, et taotleja toote näol on tegemist toote (ja pakendiga), mis on valmistatud kas Tere AS-ga seotud äriühingu poolt või Tere AS teadmisel ja/või Tere AS poolt antud litsentsi alusel, mis tähendabki vastuolu KaMS § 10 lg 1 p-ga 2. Seega esineb käesolevas asjas vaidlustatava tähise **estover + kuju** osas KaMS § 10 lg 1 p 2 sätestatud õiguskaitset välistav asjaolu.
KaMS § 10 lg 1 p-i 3 kohaselt ei saa õiguskaitset tähis, mis on identne või sarnane varasema registreeritud või registreerimiseks esitatud kaubamärgi või valdavale enamusele Eesti elanikkonnast tuntud kaubamärgiga, millel on õiguskaitse teist liiki kaupade või teenuste tähistamiseks, kui hilisema kaubamärgiga võidakse ebaausalt ära kasutada või kahjustada varasema kaubamärgi mainet või eristusvõimet, mis oli omandatud hilisema kaubamärgi registreerimise taotluse esitamise kuupäevaks või prioriteedikuupäevaks.
Antud sättega kaitstava õigushüve osas märgib vaidlustaja, et kui kaubamärgi esmaseks eesmärgiks on „päritolutähiseks” olemine, on kaubamärkidel ka teisi funktsioone, eelkõige tarbijatele teatava “sõnumi” edastamise funktsioon tähistatud kaupade või teenuste hea kvaliteedi või stabiilsete omaduste kohta. KaMS § 10 lg 1 p-ga 3 kaitstakse just sedalaadi, varasema kaubamärgi tuntusest tulenevaid funktsioone, mida mainekad kaubamärgid lisaks kaupade ja teenuste eristamisele täidavad.
Kaubamärk on tuntud, kui seda teab oluline osa asjaomasest tarbijate sektorist (Euroopa Kohtu 14.09.1999 otsus nr Case C-375/97 (General Motors Corporation), punkt 26). Kaubamärgi tuntuse tuvastamisel tuleb arvesse võtta kõiki kaubamärgi varasema kasutamisega seotud olulisi asjaolusid.
Vaidlustusavalduses esitatud asjaoludest nähtuvalt olid vaidlustaja varasemad „Tootepakendid 1-4“ kuupäeval 12.10.2014 Eestis üldtuntud ja mainekad. Ka on kõnealused kaubamärgid visuaalselt ja kontseptuaalselt väga sarnased. Võttes täiendavalt arvesse ka vaidlustatud kaubamärgi kaupade identsust varasemate kaubamärkide kaupadega, esineb käesolevas asjas vaidlustatud tähise puhul tõenäosus, et tarbijad seostavad kaubamärgiga **estover + kuju** tähistatud kaupu varasemate üldtuntud tootepakendite omanikuga, so. tarbijad tunnevad vaidlustatud tähises ära vaidlustusavalduse esitaja varasemad mainekad kaubamärgid ja loovad asjaomaste tähiste vahele KaMS § 10 lg 1 p-is 3 kohaldamise eelduseks oleva seose (vt ka Euroopa Kohtu 27.11.2008 otsus nr C-252/07 (Intel Corporation Inc. v. CPM United Kingdom Ltd.), punkt 30).
Kaubamärgi eristusvõime kahjustamist nimetatakse ka kaubamärgi eristusvõime „lahjendamiseks”, „kärpimiseks” ja „hägustamiseks”. Nimetatud kahjustamisega on tegemist niipea, kui nõrgeneb varasema kaubamärgi võime identifitseerida nimetatud kaubamärgi omanikult pärinevana kaupu või teenuseid, mille jaoks kaubamärk registreeriti ja mille jaoks seda kasutatakse, sest hilisema kaubamärgi kasutamine tingib varasema kaubamärgi identiteedi

hajumise. Nii on see eeskätt siis, kui varasem kaubamärk, mis tekitas kohese seose kaupade või teenustega, mille jaoks see registreeriti, ei tekita enam sellist seost.
KaMS § 10 lg 1 p 3 sätestatud õiguskaitse andmisest keeldumise aluse esinemiseks ei ole vaja tõendada, et hilisema kaubamärgi kasutamise tagajärjel on juba muutunud keskmise tarbija majanduslik käitumine. Piisab sellest, et esineb tõsine oht, et selline muutus tulevikus toimub.
Vaidlustaja leiab, et kuna varasemate „Tootepakendite 1-4“ puhul on tegemist Eesti ühe tuntuima piimatoodete kujundusega, esineb käesolevas asjas reaalne oht, et hilisema, üldmuljelt samasuguse ülesehitusega kujundust sisaldava tähise **estover + kuju** kasutusse võtmine identsete kaupade osas tingib vaidlustaja varasemate tootepakendite identiteedi hajumise/hägustumise, so varasemad tootepakendid kaotavad oma võime seostuda vaidlustajaga.
Euroopa Kohus on selgitanud, et varasema kaubamärgi maine saab kahjustada juhul, kui taotletava kaubamärgiga tähistatud kaupadel või teenustel on avalikkusele varasema kaubamärgi külgetõmbejõudu vähendav mõju. Sellise kahju risk võib tekkida juhul, kui neil kaupadel või teenustel on selline omadus või kvaliteet, millel võib olla negatiivne mõju varasema maineka kaubamärgi kuvandile, kuna see kaubamärk on identne või sarnane taotletava kaubamärgiga (vt Euroopa Üldkohtu 22.03.2007 otsus nr T-215/03 (Sigla SA), punkt 39).
Esitatud materjalidest nähtuvalt on vaidlustaja tooted väga kõrge kvaliteediga, nende varumis-, tootmis- ja müügiprotsess vastab ISO 22000:2005 kvaliteedistandardile. Vaidlustajal puudub kontroll taotleja tegevuse üle ja vaidlustajale ei ole teada, kas taotlejale on omistatud ülalnimetatud sertifikaat. Seetõttu esineb käesolevas asjas reaalne oht, et juhul, kui taotleja hakkab vaidlustatud kaubamärgi **estover + kuju** all turustama kaupu, mis ei vasta ISO 22000:2005 kvaliteedistandardi nõuetele, kahjustab see otseselt ka vaidlustaja „Tootepakendite 1-4“ mainet.
Varasema kaubamärgi eristusvõime või maine ärakasutamise all mõistetakse kõiki juhtumeid, kus teised kasutavad tuntud kaubamärki ilmselt ära või püütakse selle mainet ära kasutada. Teiste sõnadega on tegemist riskiga, et ettekujutus mainekast kaubamärgist või sellele omistatud omadustest kantakse üle taotletava kaubamärgiga tähistavatele kaupadele, mistõttu nende turustamine on lihtsam tänu sellisele varasema maineka kaubamärgiga seostumisele (vt Euroopa Üldkohtu 22.03.2007 otsus nr T-215/03 (Sigla SA), punkt 40).
Euroopa Kohus on selgitanud, et kaubamärgi eristusvõime või maine ebaõiglane ärakasutamine, segiajamise tõenäosuse olemasolu ega oht ei eelda, et kaubamärgi eristusvõimet, mainet või kaubamärgiomanikku üldisemalt võidakse kahjustada. Kasu, mida kolmas isik maineka kaubamärgiga sarnase tähise kasutamisest saab, kujutab endast kaubamärgi eristusvõime või maine ebaõiglast ärakasutamist kolmanda isiku poolt, kui viimane soovib tähise sellise kasutamisega asuda maineka kaubamärgi kiiluvette, et saada kasu viimase atraktiivsusest, reputatsioonist ja prestiižist ning kasutada seda rahalist hüvitist maksmata ja ise kaubamärgiomaniku ärilisse panusesse kaubamärgi kuvandi loomisel ja säilitamisel panustamata (Euroopa Kohtu 18.06.2009 otsus nr C-487/07 P (L’Oréal SA,) punkt 50).
Käesolevas asjas esineb suur tõenäosus, et tarbijad, teades varasemate üldtuntud „Tootepakendite 1-4“ all osutatavate turustatavate toodete väga kõrget kvaliteeti ja laitmatut mainet, kannavad selle üle ka äravahetamiseni sarnase tähise **estover + kuju** all pakutavatele kaupadele, misläbi hakkab taotleja saama tulu varasemate „tootepakendite 1-4“ atraktiivsusest, reputatsioonist ja prestiižist selle eest rahalist hüvitist maksmata ja panustamata kaubamärgi kuvandi loomisel ja säilitamisel.
Kuna tarbijad loovad seose vaidlustatud tähise **estover + kuju** ja varasemate üldtuntud ja mainekate „Tootepakendite 1-4“ vahel, esineb käesolevas asjas reaalne oht, et hilisem tähis hakkab taotletavate kaupade osas ebaõiglaselt ära kasutama ja kahjustama varasemate

„Tootepakendite 1-4“ eristusvõimet ja mainet. Seega esineb vaidlustatava tähise **estover + kuju** osas KaMS § 10 lg 1 p-is 3 sätestatud õiguskaitset välistav asjaolu.
KaMS § 9 lg 1 p 10 kohaselt ei saa õiguskaitset tähis, mille registreerimist taotlev isik on esitanud taotluse pahauskselt või mida on hakatud kasutama pahauskselt.
Kaubamärgiseadus ei anna kriteeriume, mille põhjal tuleks kindlaks teha registreerimistaotluse esitaja pahausksus - tegemist on mõistega, mille sisustamine on erinevates Euroopa riikides erinev.
Tallinna Ringkonnakohus on varasemas praktikas leidnud, et mõiste „pahausksus registreerimis-taotluse esitamisel“ sisustamisel tuleb lähtuda kaubamärgi funktsioonist ning seaduses sätestatud kaubamärgi registreerimise eesmärgist.
Kooskõlas KaMS § 3 sätestatuga on kaubamärgi funktsiooniks eristada ühe isiku kaupa või teenust teise isiku samaliigilisest kaubast või teenusest. Sama õigusakti § 14 lg 1 kohaselt on kaubamärgi registreerimise eesmärgiks anda kaubamärgiomanikule ainuõigus keelata kolmandatel isikutel kasutada äritegevuses õiguskaitse saanud kaubamärgiga identseid või sarnaseid tähiseid kaupade või teenuste puhul, mis on identsed või samaliigilised kaupade või teenustega, mille suhtes on kaubamärk kaitstud, kui on tõenäoline tähise ja kaubamärgi äravahetamine tarbija poolt, sealhulgas tähise assotsieerumine õiguskaitse saanud kaubamärgiga. TsÜS § 138 lg 1 kohaselt tuleb õiguste teostamisel ja kohustuste täitmisel toimida heas usus.
Harju Maakohus on täpsustanud, et tulenevalt KaMS § 9 lg 1 p 10 sõnastusest, saab rääkida kaubamärgi pahausksest registreerimistest, kui:

- pahausksus esines kaubamärgi registreerimistaotluse esitamisel;
- taotleja oli ilmselt teadlik teise isiku poolt laialdaselt kasutatavast tähisest ja esitas registreerimistaotluse teise isiku poolt kasutatud kaubamärgiga identse või sarnase tähise registreerimiseks identsete või samaliigiliste kaupadele osas;
- selle tulemusena muutuvad teise isiku investeeringud kaubamärki tulututeks ja taotleja kasutab sellega ära kaubamärgi omandatud mainet ja eristusvõimet.
- teine isik ei saa oma kaubamärki enam kasutada ehk teisisõnu, taotleja **takistab** teise isiku kaubamärgi kasutamist.

Harju Maakohus on ka leidnud, et pahausksuse sisustamisel tuleb lähtuda objektiivsetest kriteeriumidest, st ilmsetest asjaoludest, mis viitavad pahausksusele. Seejuures ei tähenda „ilmne” seda, et pahausksust ei peaks üldse kontrollima või uurima, vaid pahausksus peab ilmnema ja järelduma kontrollijale tema erialastest teadmistest, tavalistest infoallikatest ja asjas esitatud asjaoludest ning materjalidest.
Tallinna Ringkonnakohus on selgitanud, et pahauskne on selline registreerimistaotlus, mille esitaja teadis teisele isikule kuuluvast ja kasutusel olevast kaubamärgist ning taotlus on esitatud eesmärgiga saada enda omandusse teise isiku poolt välja töötatud ja kasutusel olev kaubamärk.
Vaidlustusavaldusest nähtuvalt olid vaidlustaja „Tootepakendid 1-4“ 12.10.2014 seisuga Eestis üldtuntud ja mainekad, so teada nii Eesti tavatarbijatele, kui ka Eesti piimatoodete sektoris tegutsevate professionaalsetele turuosalistele.

Vaidlustatud kaubamärgi taotleja on piimatoodete sektori professionaalne turuosaline, kes tulenevalt oma mõistlikust hoolsuskohustusest teab või peab teadma asjaomase sektori turuliidrite aastaid kasutatud mainekatest ja üldtuntud kaubamärkidest/tootepakendite kujundustest.

Vaidlustaja on ca 9 aasta jooksul teinud investeeringuid oma tootekuvandi loomisesse ja selle tutvustamisesse tarbijate hulgas. Seeläbi on tänaseks saavutatud toodete väga hea maine, sellega seotud turuliidri positsioon ja kaubamärkide/tootepakendite tuntus.
Vaidlustatud kaubamärk **estover + kuju** kordab vaidlustaja „Tootepakendite 1-4“ kujundust ning vaidlustatud kaubamärgitaotluse rahuldamine võimaldaks taotlejal ebaausalt ära kasutada vaidlustaja „Tootepakendite 1-4“ saavutatud mainet ja eristusvõimet.
Vaidlustaja märgib, et äriregistri andmetel esindab taotlejat juhatuse liige Ago Teder (vaidlustusavalduse lisa 9), kellega seotud ettevõtete tegevust on komisjon hinnanud korduvalt teiste turuosaliste kaubamärgiõigusi rikkuvaks. Allpool on esitatud lühiväljavõtted komisjoni otsustest.

Nr	Sisu	Otsus	Tulemus
864	AS-i Kalev vaidlustusavaldus Eestimaa Farmerid OÜ vastu (´KALEVIPOEG KALEVIPOJA´)	28.01.2010	Eestimaa Farmerid OÜ taotletav kaubamärk on äravahetamiseni sarnane ja võib ära kasutada ja kahjustada varasema kaubamärgi head mainet
859	AS-i Võru Juust vaidlustusavaldus Eestimaa Farmerid OÜ vastu (´KALEVIPOEG KALEVIPOJA´)	12.11.2009	Eestimaa Farmerid OÜ kaubamärgitaotlus on esitatud pahauskselt (AS Võru Juust oli tulnud 2003. aasta detsembris turule uue tootega “VÕRU JUUST KALEVIPOJA“, misjärel esitas Ago Tederiga seotud ettevõte taotluse kaubamärgi KALEVIPOEG KALEVIPOJA registreerimiseks muuhulgas identsete kaupade osas oma nimele)
801	Rakvere Piim AS-i vaidlustusavaldus Eestimaa Farmerid OÜ vastu (´Eestimaa Farmerid + kuju´)	01.08.2006	Eestimaa Farmerid OÜ taotletav kaubamärk võib eksitada tarbijat ja kasutada ära varasema kaubamärgi mainet
1151	Valio Ltd vaidlustusavaldus Põltsamaa Meierei Juustutööstus OÜ vastu (´ATHLETE LURICH + kuju´)	03.11.2009	Põltsamaa Meierei Juustutööstus OÜ poolt taotletav kaubamärk on äravahetamiseni sarnane varasema kaubamärgiga ja võib ära kasutada ja kahjustada varasema kaubamärgi mainet
1150	Valio Ltd vaidlustusavaldus Põltsamaa Meierei Juustutööstus OÜ vastu (´ATLEET LURICH + kuju´)	28.09.2009	Põltsamaa Meierei Juustutööstus OÜ poolt taotletav kaubamärk on äravahetamiseni sarnane varasema kaubamärgiga ja võib

			ära kasutada ja kahjustada varasema kaubamärgi mainet
1135	Euroopa Ühenduse vaidlustusavaldus Põltsamaa Meierei Juustutööstus OÜ vastu (´Euro-farmers + kuju´).	18.05.2009	Taotletav kaubamärk võib tarbijaid eksitada ja on vastuolus Pariisi konventsiooni art 6 ter-ga

Toodu näitab üheselt taotleja seadusliku esindaja üldist kaubamärgiteadlikkust aga ka kõrgendatud tähelepanu asjaomase piimatoodete valdkonna turuosaliste varasemate kaubamärkide suhtes. Juba komisjoni otsuses nr 859 on õigustatud isik viidanud Ago Tederi ja temaga seotud firmade 'ulatuslikule süstemaatilise tegevusele' teiste isikute kaubamärkide ärakasutamisel ja omastamisel. Vaidlustaja leiab, et Ago Tederi varasemat käitumismustrit on asjakohane arvesse võtta ka käesoleva vaidluse lahendamisel.
Eelpool esitatust nähtuvatelt teadis taotleja vaidlustatud kaubamärgitaotluse esitamisel 13.10.2014 vaidlustaja varasemate „Tootepakendite 1-4" ühtsest, juba aastaid kasutatud, kujundusest ja värvilahendusest ning samuti asjaomaste „Tootepakendite 1-4" kõrgest mainest ja tuntusest Eesti tarbijate hulgas. Sellele vaatamata või sellest tulenevalt on taotleja esitanud Patendiametile taotluse varasemaid „Tootepakendeid 1-4" jäljendava ning nendega äravahetamiseni sarnase kaubamärgi **estover + kuju** registreerimiseks.
Nimetatud objektiivsetest asjaoludest nähtuvalt on taotleja esitanud käesolevas asjas vaidlustatud kaubamärgi **estover + kuju** registreerimistaotluse kas eesmärgiga takistada vaidlustajat oma varasemate tootepakendite kasutamisel või lõigata kasu juba turule toodud ning tarbijatele tuntud „Tootepakendite 1-4" arvelt. Mõlemal juhul on tegemist pahauskselt esitatud kaubamärgitaotlusega KaMS § 9 lg 1 p 10 tähenduses.
Kokkuvõtvalt leiab vaidlustaja, et vaidlustatav tähis **estover + kuju** on äravahetamiseni sarnane vaidlustaja varasemate registreeritud kaubamärkidega ja üldtuntud „Tootepakenditega 1-4" ning vaidlustatava tähise kasutuselevõtmine kahjustaks ja kasutaks õigustamatult ära varasemate kaubamärkide mainet ja eristusvõimet. Kaubamärgitaotlus on esitatud pahauskselt. Seega esinevad vaidlustatud tähise osas KaMS § 9 lg 1 p-is 10 ja § 10 lg 1 p-ides 2 ja 3 ätestatud õiguskaitset välistavad asjaolud.
Juhindudes KaMS §-dest 9, 10 ja 41; tööstusomandi õiguskorralduse aluste seaduse §-dest 39, 43 ja 44 ning vaidlustusavalduses viidatud Euroopa Kohtu lahenditest, palub vaidlustaja tühistada Patendiameti otsus registreerida OÜ Estover Piimatööstus nimele kaubamärk **estover + kuju** (taotlus nr M201401093) klassis 29 kuuluvate kaupade osas ja kohustada Patendiametit jätkama menetlust komisjoni otsuses toodud asjaolusid arvestades.
Lisad

1. väljatrükk Eesti kaubamärgilehest nr 6/2015 kaubamärgi **estover + kuju** registreerimisotsuse avaldamise kohta;
2. väljatrükk Eesti kauba- ja teenindusmärkide andmebaasist vaidlustaja kaubamärgi nr 43900 registreeringu kohta;
3. väljatrükk Eesti kauba- ja teenindusmärkide andmebaasist vaidlustaja kaubamärgi nr 48258 registreeringu kohta;
4. väljatrükk Eesti kauba- ja teenindusmärkide andmebaasist vaidlustaja kaubamärgi nr 47232 registreeringu kohta
5. väljatrükk vaidlustusavalduse veebilehelt;
6. väljavõte Turu-uuringute AS 2011. aasta brändide tuntuse uuringust;
7. väljavõte vaidlustaja 2010. aasta brošüürist;

8. väljatrükk vaidlustajale omistatud tiitlitest;
9. väljatrükk äriregistrist OÜ Estover Piimatööstus kohta.

Taotleja seisukohad

Taotleja ei nõustu vaidlustusavaldusega, kuna see on alusetu. Taotleja vastuargumendid vaidlustusavaldusele on alljärgnevad.

Vaidlustaja on palunud komisjonil KaMS § 7 lg-te 2, 3, 4 alusel tunnistada tema „Tootepakendite 1-4“ üldtuntust Eestis 12.10.2014 seisuga. Taotleja leiab, et selleks puudub vaidlustusavalduses esitatud selgituste ja sellega kaasnevate tõendite valguses igasugune alus.

Tõend lisa 5 näol näitab vaidlustaja tootevalikut, milles on muuhulgas kasutatud ka vaidlustaja pilvemotiiviga kujundust. Selle tõendiga ei tõendata aga mitte kuidagi, et vastav pilvemotiiviga kujundus oleks muutunud üldtuntuks. Uuring lisas 6 näitab vaidlustaja hinnangul, et bränd „Tere“ on 2011. aastaks saavutanud tuntuima ja eelistatuima piimatoodete brändi maine Eestis. Oluline tõendist 6 on see, et seal hinnatakse muude brändide hulgas brändi „Tere“ tuntust, mitte aga kõnealuse pilvemotiiviga kujunduse tuntust. Taotleja arvates ei saa seda uuringut laiendada kõikidele vaidlustaja kaubamärkidele, vaid ainult katuskaubamärgile „Tere“. Vaidlustajal on Patendiameti *on-lain* andmebaasis üle saja kaubamärgikirje, kusjuures 34-l neist on kasutusel ka tähis „Tere“. Oluline on siinjuures ka märkida, et vaidlustajal on lisaks pilvemotiivile kasutusel ka teistsugused üldise visuaalse lahendusega motiivid, mille pakendil on erivärvilised ringikesed/pallikesed). Ei ole mõeldav, et brändi „Tere“ tuntuse osas esitatud uuring laieneks automaatselt kõikidele vaidlustaja kaubamärkidele, s.h ka neile, millel ei kasuta üldse tähist „Tere“. Tähise „Tere“ (üld)tuntuse ja kasutamise üle ei ole aga vaidlust. Järelikult selle uuringuga ei tõendata kuidagi, et vaidlustaja pilvekujulistel „Tootepakenditel 1-4“ oleks üldtuntus.

Lisades 7 ja 8 esitatud tõenditega näitab vaidlustaja, et tema tooted on kõrgekvaliteedilised, mitmeid tunnustusi pälvinud ning et tema käive on aastatega kasvanud. Vaidlust ei ole vaidlustaja toodete kvaliteedi või majandusnäitajate osas, vaid selles, kas tõenditega 7 ja 8 saab tõendada ka pilvemotiiviga „Tootepakendite 1-4“ üldtuntust või mitte. Näiteks tõendis 8 ei ole üldse kujutisi eraldi välja toodud, ka vaidlustaja märgib tõendiga 8 seoses sõnalist tähist „Tere“ kaubamärke rääkivatest toodetest. Nagu juba varasemalt märgitud on vaidlustajal väga palju kaubamärke ja kasutusel eriilmelisi pakendeid, mistõttu üldsõnaliste tõenditega 7 ja 8 ei saa tõendada, et vaidlustaja pilvekujulistel „Tootepakenditel 1-4“ oleks üldtuntus.

Kõik vaidlustuses esitatud kaubamärgi üldtuntust käsitlevad tõendid viitavad ainult sõnalise tähise „Tere“ laialdasele kasutamisele ja võimalikule (üld)tuntusele. Seda ei saa aga üle kanda mistahes teistele vaidlustaja kaubamärkidele ja/või tähistele (s.h pakenditele). Taotleja märgib, et Euroopa kohtu väljakujunenud praktika kohaselt saab asuda seisukohale, et kui kaubamärk koosneb sõnalistest ja kujutisosadest, tuleb sõnalisi osasid pidada eristusvõimelisemateks kui kujutisosasid, kuna keskmisel tarbijal on kaubale/teenusele lihtsam viidata selle nime välja öeldes, kui selle kujutisosa kirjeldades. Euroopa Kohus on leidnud, et on mõistlik eeldada, et keskmine tarbija tajub sõnalist osa kaubamärgina ja kujutisosa dekoratiivse elemendina (T-312/03 SELENIUM - ACE, 14. 07. 2005, p. 37). Järelikult tuues välja sõnalise kaubamärgi „Tere” (üld)tuntust tõendavaid materjale, ei saa nendest teha järeldust, et ka vaidlustaja mingisugused kujutismärgid (tootepakendid) oleksid nende tõendite alusel automaatselt (üld)tuntud.

Tulenevalt eeltoodust leiab taotleja, et põhjendamatu on käesolevas asjas hinnata ja tunnistada vaidlustaja „Tootepakendite 1-4“ üldtuntust.

Kaubamärkide äravahetamise tõenaosust on defineeritud riskina, et avalikkus võib uskuda, et kaubad või teenused tulevad samalt ettevõttelt või temaga majanduslikult seotud ettevõtetelt (vt Euroopa Kohtu 22.06.1999 otsus kohtuasjas C-342/97 LLOYD SCHUHFABRIK MEYER, punkt

17). Euroopa Kohtu väljakujunenud praktika kohaselt tuleb kaubamärkide äravahetamise tõenaosuse hindamisel arvesse võtta kõiki asjakohaseid faktoreid, sealhulgas visuaalset, foneetilist ja kontseptuaalset sarnasust ning nimetatud hinnang peab tuginema üldisele, tarbijal tekkivale kujutluspildile, arvestades eriti võrreldavate kaubamärkide eristusvõimelisi ja domineerivaid komponente (vt Euroopa Kohtu 11.11.1997 otsus kohtuasjas C-251/95 SABEL, [1995], punkt 23).

Taotleja juhib tähelepanu selle praktika õiguslikele rõhuasetustele. Nimelt kaubamärkide äravahetamise tõenaosuse hindamisel tuleb arvesse võtta kõiki asjakohaseid faktoreid, sealhulgas visuaalset, foneetilist ja kontseptuaalset sarnasust ning nimetatud hinnang peab tuginema üldisele, tarbijal tekkivale kujutluspildile, arvestades eriti võrreldavate kaubamärkide eristusvõimelisi ja domineerivaid komponente.

Kaubamärgile õiguskaitse andmise võimalikkuse ja selle ulatuse hindamisel tuleb esmalt analüüsida, kas ei esine õiguskaitse andmist välistavaid absoluutseid asjaolusid (KaMS § 9). Juba varases Euroopa Kohtu otsuses C-342/97 (22. 06. 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH) leidis kohus oma lõppjärelduses, et kaubamärgi eristusvõime kindlakstegemisel tuleb hinnata tähist tervikuna ja hinnata kas see võimaldab suuremal või vähemal määral eristada sellega tähistatavate kaupade päritolu ja selliselt eristada ühe isiku kaupa teise isiku samaliigilisest kaubast. Sellise hinnangu andmisel tuleb arvesse võtta kõik asjaolud ja eriti tähise loomupärased tunnused ning sealhulgas seda, kas see sisaldab või ei sisaldab elementi, mis kirjeldab kaitstavaid kaupasid.

Ühtlasi tuleb Euroopa Kohtu õiguspraktika kohaselt mitmest elemendist koosneva kaubamärgi ühe või mitme elemendi domineerivuse üle otsustades võtta eriti arvesse iga elemendi loomupäraseid omadusi, võrreldes neid teiste elementide loomupäraste omadustega. Sellega seoses tuleb anda hinnang iga elemendi suuremale või väiksemale võimele identifitseerida asjaomaseid kaupu või teenuseid konkreetselt ettevõttelt pärinevatena, eristades asjaomaseid kaupu või teenuseid seeläbi teiste ettevõtete kaupadest ja teenustest (Euroopa Üldkohtu 13.12.2007 otsus kohtuasjas T-242/06, punktid 47 ja 51).

Domineerivuse kindlaksmääramine tähendab, et märgi üks komponent on märgi teise komponendiga (teiste komponentidega) võrreldes silmatorkavam. Samas domineerivuse hindamist ei mõjuta see, et märgi komponenti võidakse käsitada eristusvõimetuna – element võib olla domineeriv ka siis kui see on eristusvõimetu ja järelikult ei oma sellise tähise domineeriv olemus kaubamärgi kui terviku eristusvõime määratlemisel tähtsust. Domineerival osal võib puududa õiguskaitse või see võib olla nõrgenenud ja seetõttu ei saa sellist kaubamärgi osa lugeda kaubamärgi domineerivaks osaks õiguslikku tagajärge omaval viisil (vt ka TOAK otsus 1192-o).

Euroopa Üldkohus on märkinud, et üldjuhul ei käsitle avalikkus kaubamärgi kirjeldavat osa selle kaubamärgiga edasi antud üldmuljes eristava ja domineeriva elemendina (Euroopa Üldkohtu 06.10.2004 otsus asjas T-356/02 Vitakraft, p 52).

Euroopa Kohtu otsuses T-153/03 p-s 27 märgitakse, et lisaks on väljakujunenud kohtupraktikas sedastatud, et kombineeritud kaubamärki, millel on sõnaline ja kujutav osa, ei saa pidada sarnaseks teise kaubamärgiga, mis on identne või võrreldav kombineeritud kaubamärgi ühe osaga, kuna viimane on kombineeritud kaubamärgi tervikmulje domineeriv osa. Sellise võrdluse puhul tuleb kõnealuseid kaubamärke uurida nii, mõlemaid käsitletaks tervikuna.

Kaubamärgiseadus välistab ühelt poolt eristusvõimetute tähiste õiguskaitse, kuna kaubamärgina saab õiguskaitse üksnes tähis, millel on eristusvõime, mis ei näita kaupade liiki ja omadusi ning mis ei koosne üksnes tähistest või andmetest, mis on muutunud tavapäraseks keelekasutuses või heauskses äripraktikas (KaMS § 9 lg 1 p-d 2, 3 ja 4). Teiselt poolt ei saa kolmandad isikud keelata

isikul sellise mittekaitstava tähise kasutamist oma äritegevuses, kuna KaMS § 16 lg 1 p-de 2, 3 ja 5 kohaselt ei ole õigust keelata teistel isikutel kasutada äritegevuses häid äritavasid järgides.
Võrreldavad tähised on vaidlustaja kolm registreeritud kaubamärki ja vaidlustatud kaubamärgitaotlus.
Vaidlustaja tugineb võrdluses ka oma tootepakenditele, mis oma olemuselt tuginevad varasemalt registreeritud kaubamärkide kujunduste erijuhtudele. Taotleja arvates on vaidlustaja tuginemine tootepakenditele (nende suurenenud eristusvõime ja/või üldtuntus) paljasõnaline, mistõttu taotleja käsitleb alljärgnevalt tähiseid siiski ainult registreeritud kaubamärkide osas.
Vaidlustaja on oma kaubamärke vaidlustusavalduses nimetanud pilvemotiiviga kujutisteks. Taotleja kaubamärk on seevastu aga lehmanaha mustri kujutis.
Vaidlustaja kaubamärk nr 47232 sisaldab lisaks sõnalisi elemente „Tere + kujutis“, sõnaühendit „Perepiim“ ja piima rasvaprotsendi määra. Vaidlustaja on ise määratlenud sõna „Perepiim“ oma kaubamärgi koosesisus sisuliselt kirjeldavaks osaks (lisaks ka foneetiliselt mittedomineerivaks elemendiks).
Taotleja kaubamärk sisaldab eristusvõimelist sõna „estover“ ja selle all kirjeldavat tähist „piimatööstus“, mis on haaratud kujundusliku elemendiga.
Lisaks on vaidlustajal registreeritud kaubamärk nr 43900, mida võib samuti käsitleda kui lehmanaha mustri kujutist koos tootepakendiga. Arvestades allolevat (kontseptuaalset) analüüsi, ei saa sellel kaubamärgil olla suur eristusvõime (või puudub see tänapäevases kontekstis üldse) ja pigem ongi ta registreeritud koostoimes geomeetrilise kujundiga ning spetsiifilises lehmanaha mustris. Selle kaubamärgi registreerimisel tuleb vaadata ka ajalist konteksti – selle registreerimistaotlus on esitatud ca 10 aastat tagasi. Vahepeal on muutunud Patendiameti praktika (kindlasti tulenevalt nii TOAK-i, OHIM kui ka väljakujunenud Euroopa Kohtu õigupraktikast) kirjeldavate märkide registreerimisel, mistõttu ei saa selle registreeringu olemasolu pidava käesolevas asjas asjakohaseks. Samuti ei nähtu vaidlustusavaldusest, et see tähis/kaubamärk oleks üldse ka kasutusel olnud.
Tasub arvestada ka asjaoluga, et kaubamärkidena on registreeritud mitmeid teisi piima ja piimatooteid tähistavaid lehmanaha mustrit sisaldavaid kaubamärke, nt CTM 0009782285, CTM 0009782401 ja CTM 013606967.
Vaidlustaja on oma analüüsis sisuliselt võrdsustanud visuaalse ja kontseptuaalse aspekti leides, et kõik tähised sisaldavad domineeriva elemendina kujutisi pilvedest/laikudest. Taotleja sellega ei nõustu.
Pilvemotiiv on üheselt tuvastatav vaidlustaja kaubamärkidest ning osadelt kaupadelt. Ka vaidlustaja on läbivalt vaidlustusavalduses märkinud, et tegemist on kujutisega, millel on kujutatud valgeid pilvi eri värvi taustal. Seevastu taotleja kaubamärgil on kujutatud lehmanaha muster, mitte aga pilvemotiiv või midagi sarnast. Järelikult on tegemist kontseptuaalselt täiest erinevate ja teineteist välistavate kujutistega (mustritega). Kuivõrd tegemist ei ole abstraktsete mustritega, vaid need on keskmise tarbija poolt kergesti tuvastatavad (pilved vs lehmanaha muster), siis on need ka teineteisest eristatavad.
Vaidlusaluseks klassiks on klass 29 ning tulenevalt vaidlustaja seisukohas toodust ja selles esitatud tõenditest, on asjassepuutuvateks kaupadeks piim ja piimatooted.
Lehmamustri motiiv on piima ja piimatoodete osas tavapärane, mistõttu puudub sellel vastavate toodete osas eristusvõime. Viidates Euroopa Kohtu lahendile T-153/03 (13.06.2006, lehmanaha kujutis seoses piimatoodetega), leiti lahendis, et piimatoodete suhtes ei saa lehmanaha mustrit pidava tugevalt eristusvõimeliseks, kuna see element vihjab vägagi otseselt piimatoodetele – kuna see muster viitab ideele lehmast, loomast, keda teatakse kui piimaandjat, siis on see

fantaasiaelemendina liiga nõrk selleks, et tähistada piima ja piimatooteid. Sellised kaubamärgi elemendid peavad aga jääma vabaks kasutamiseks kõigile asjast huvitatud isikutele.
Vaidlustajal on registreeritud ka nn laigulise mustriga kaubamärk, kuna tegemist ei ole pilvemotiiviga ja vaidlustaja pole seda ise lehmanaha mustriks nimetanud. Taotleja kaubamärgitaotlus M201401093 ei ole sellega identne, kuna kasutab sellest erinevat lehmanaha mustrit ja lisaks sisaldab see täiendavaid sõnalisi ja kujunduslikke elemente: sõna „estover“ ja selle all kirjeldavat tähist „piimatööstus“, mis on haaratud kujundusliku elemendiga. Viidates siinjuures veelkord ka otsusele T-153/03, siis ei piisa kaubamärkide sarnasuse tuvastamiseks, et kombineeritud kaubamärgi tekitatud visuaalses muljes domineeriv osa ja teise märgi ainus osa on identsed või sarnased. Samuti tuleneb selle otsusest, et kui varasem vaidlustaja kaubamärk pole tuntud ja koosneb väheseid fantaasiaelemente sisaldavast kujutisest, ei piisa lihtsast kontseptuaalsest sarnasusest segiajamise tõenäosuse tekitamiseks kaubamärkide vahel.
Kokkuvõttes on võrreldavate tähiste näol tegemist kontseptuaalselt teineteist täiesti välistavate tähistega (pilvemotiiv vs lehmanaha muster), mistõttu on ka välistatud tarbijate eksitamise tõenäosus ja tähiste omavaheline assotsieerumine.
Lisaks olulisele visuaalsele erinevusele (pilvemotiiv vs lehmanaha kujutis), sisaldab taotleja kaubamärk ka täiendavaid sõnalisi ja kujutiselemente. Taotleja kaubamärk sisaldab eristusvõimelist sõna „estover“ ja selle all kirjeldavat tähist „piimatööstus“, mis on haaratud kujundusliku elemendiga.
Sõnad „estover“ ja „piimatööstus“ ning nendega koos kasutatud kujutis on otseselt kaubamärgitaotlejale Estover Piimatööstus OÜ viitavad tähised. Need sõnad ilma ja koos kujutisega ja ka vastav kujutis üksinda on mitmete kaubamärgitaotleja registreeritud kaubamärkide EE 52018, EE 52019, EE 52670 ning taotluse M201401185 subjektiks. Samuti on vastavad tähised üldise läbiva tunnusena kasutusel taotleja tootepakenditel.
Vaidlustaja on alatähtsustanud nende lisaelementide olemasolu taotleja kaubamärgi koosseisus. Eriti olulist ja domineerivat positsiooni omab kaubamärgitaotluse koosseisus eristusvõimeline sõna „estover“. Taotleja viitab ka sarnaste tehioludega varasemale TOAK lahendile 1192-o, milles TOAK leidis: „Tähelepanu alt ei saa välja jätta ka asjaolu, et vaidlustatud kaubamärgi koosseisus on lisaks mittekaitstavale sõnaühendile Vene juust ka eristusvõimeline sõnaline osa Epiim ning päevalille kujutis, mis muudab kujunduslikud märgid võrdlemisel üksteisest veelgi erinevamaks. /…/ Eristusvõimelise sõnalise osa Epiim poolest on kaubamärgid foneetiliselt, kontseptuaalselt ja visuaalselt erinevad.
Ka Euroopa Kohtu lahendis T-153/03 leiti, et vaidlusaluste kaubamärkide visuaalne võrdlemine näitab, et kummagi kaubamärgi poolt jäetav mulje on täiesti erinev. Samal ajal kui taotletav kaubamärk koosnes ainult ühest kujutisest, mida tähistatavaid kaupu silmas pidades tajutakse lehmanaha mustrina, koosnes varasem kaubamärk, mitmest kujutis- ja sõnalisest osast, mis osalevad olulisel määral kaubamärgi tervikmuljes. Nimetatud osade hulgas võib viidata pakendi põhjal olevale stiliseeritud rohukõrtele, talule väikese punase aidaga selle ülaosas ning sõnalisele osale „inex". Nagu ühtlustamisamet arvas, on viimatinimetatud sõna tähenduseta, mistõttu selle eristusvõimet võib pidada tugevamaks kui lehmanaha mustril. Varasema kaubamärgi tervikmuljes on domineeriv sõnaline osa „inex", mistõttu ei ole võimalik järeldada, et varasema kaubamärgi lehmanaha muster võiks domineerida sellest kaubamärgist avalikkusele jäävas üldmuljes.
Lisaks on ka vaidlustaja kaubamärgi nr 47232 koosseisus samuti otseselt päritolule viitav tähis „Tere + kujutis“, mis samuti on vaidlustaja mitmete registreeritud kaubamärkide koosseisus.
Samuti on sõnad „Tere“ ja „Estover“ mõlema isiku poolt kasutusel n.ö korporatiivkaubamärgina. See ei jäta nende sõnade tajumisel tarbijale kahtlust, kelle kaubaga on tegemist.

Ka käesoleval juhul on selleks erinevust suurendavaks asjaoluks kaubamärgitaotluse koosseisus olev sõna „estover“, mis seob vastava kaubamärgi üheselt kaubamärgitaotlejaga.
Värvilahenduselt on võrreldavad tähised samuti erinevad, seda enam, et vaidlustaja kaubamärgid nr 43900 ja nr 47232 kasutavad musta, sinist ja valget värvi. Mis puutub aga punase ja valge värvi kasutamisse, siis punane värv on toiduainetetööstuses üldkasutatavaks värviks, kuna tegemist on n.ö atraktiivse ja tarbijate tähelepanu köitva värviga. Samuti on TOAK lahendis nr 1000-o kinnitanud, et punase tooni kasutamine toiduainete valdkonnas ei ole ainulaadne ja eriline element.
Kokkuvõttes eristavad taotleja kaubamärgitaotluse koosseisus olevad täiendavad eristusvõimelised elemendid neid vaidlustaja kaubamärkidest.
Vaidlustaja on märkinud, et tema kaubamärgi koosseisus olev sõnaühend „perepiim“ on kirjeldav ja seetõttu ei oma see õiguslikust aspektist lähtuvalt tähtsust. Sarnaselt on taotleja kaubamärgi koosseisus olev sõna „piimatööstus“ kirjeldav. Järele jäävad sõnalised elemendid „Tere“ ja „Estover“, kusjuures vaidlustaja on ise märkinud, et need sõnad on foneetiliselt teineteisest erinevad ning taotleja nõustub sellega. Järelikult puudub vajadus foneetiliselt neid sõnu täiendavalt analüüsida.
Lisaks märgib taotleja, et sõnad „Tere“ ja „Estover“ viitavad otseselt päritolule, et vastavate kaubamärkide omanikele, olles ka nende juriidiliste nimede osaks. Samuti on need sõnad mõlema isiku mitmete registreeritud kaubamärkide koosseisus ja kasutusel n.ö korporatiiv-kaubamärgina. See ei jäta nende sõnade tajumisel tarbijale kahtlust, kelle kaubaga on tegemist.
Taotleja ei nõustu vaidlustaja selgitustega, et arvestades asjaomaste kaupade eripära, siis tarbijad ei tee nende osas ostuotsust kuulmise järgi, vaid valivad neid valdavalt kaupluselettidelt. Kuigi neid kaupu valitakse kaupluselettidelt, nagu ka sadu muid toidukaupu, on tegemist siiski esmatarbekaupadega ja neid tähistavate kaubamärkidega, mida kaubamärgi- teoorias eristatakse peamiselt nende häälduse, kõla ja ka tähenduse järgi. Puuduvad tõsiseltvõetavad argumendid, et just kõnealuste kaubamärkidega kaupasid ostetakse kaupluses n.ö riiulilt nende eristavaid elemente, s.h ka sõnalisi, tajumata. Taotleja märgib ka, et Euroopa kohtu väljakujunenud praktika kohaselt saab asuda seisukohale, et kui kaubamärk koosneb sõnalistest ja kujutisosadest, tuleb sõnalisi osasid pidada eristusvõimelisemateks kui kujutisosasid, kuna keskmisel tarbijal on kaubale/teenusele lihtsam viidata selle nime välja öeldes, kui selle kujutisosa kirjeldades. Euroopa Kohus on leidnud, et on mõistlik eeldada, et keskmine tarbija tajub sõnalist osa kaubamärgina ja kujutisosa dekoratiivse elemendina (T-312/03 SELENIUM-ACE, 14. 07. 2005, p. 37).
Arvestades lehmanaha mustri kujutise nõrka eristusvõimet (või selle puudumist), on tähise tajumisel määrav kaubamärgil olev muu eristusvõimeline tähis, milleks antud juhul on sõna „estover“. Vastavate toidukaupade osas tehakse aktiivset reklaami nii televisioonis ja raadios, kui ka trükimeedias ning kauplustes kohapeal, kus foneetiliselt tuuakse alati esile ka kaubamärgi sõnaline osa. Näitena võiks tuua alles hiljuti aktiivse audio-visuaalse reklaamikampaania teinud „Alma“ piim, mille rõhutatult foneetiline sõnum oli „Kas sa piima, ALMA piima tõid?“
Kokkuvõttes ei saa ka toiduainete valdkonnas eirata kaubamärkide väljaütlemise vajadust, mistõttu on nende eristamisel ka oluline nende foneetiline erinevus.
Hinnates tähiste olulisi kontseptuaalseid ja visuaalseid erinevusi, st pilvemotiivi ja lehmanaha mustri teineteisest selget eristumist, samuti arvestades lehmanaha mustri kui sellise nõrka eristusvõimet seoses asjaomaste kaupadega (piim ja piimatooted), lisaks taotleja kaubamärgi koosseisus olevat eristusvõimelist sõna „estover“, mis eristab olulisel määral taotleja kaubamärki vaidlustaja kaubamärkidest ning otseselt viitab päritolule (kaubamärgitaotlejale) ning võrreldes kaubamärke tervikuna, on täielikult välistatud KaMS § 10 lg 1 p 2 rakendamise eelduseks olev

kaubamärkide äravahetamise tõenäosuse esinemine tarbija poolt, s.h kaubamärgi assotsieerumine varasema kaubamärgiga.
Mõistetamatu on vaidlustaja tuginemine KaMS § 10 lg 1 p-le 3.
Kaubamärgiõiguse üheks põhimõtteks on, et kaubamärk saab õiguskaitse ainult kaitstud kaupade/teenuste ulatuses ning kaubad ja teenused liigitatakse märkide registreerimisel kasutatava kaupade ja teenuste rahvusvahelise klassifikatsiooni Nizza kokkuleppe alusel. Võrreldavate kaubamärkide kaupade loetelust ja vaidlustaja käsitlusest vaidlustusavaldusest tuleneb, et tegemist on identsete ja samaliigiliste kaupadega. KaMS § 10 lg 1 p 3 käsitleb aga juhtumeid, mil tegemist on eriliigiliste kaupadega. Seega ei ole käesolevas asjas KaMS § 10 lg 1 p 3 rakendatav.
Lisaks tugineb vaidlustaja peaasjalikult oma „Tootepakendite 1-4“ üldtuntusele ja sellest tuleneva maine ja eristusvõime väidetavale kahjustamisele ning ärakasutamisele. Nagu juba varasemalt märgitud, siis vaidlustaja ei ole kuidagi tõendanud, et tema vastavatel pakenditel oleks väidetav üldtuntus, suurenenud maine ja eristusvõime ning järelikult ei saa seda ka kuidagi kahjustada või ära kasutada.
Seoses pahausksuse väitega soovib taotleja märkida, et nii nagu TOAK leidis hiljutises lahendis 1475-o, ei saa kirjeldava tähise kasutamist (käesolevas kaasuses lehmanaha mustri kujutist) oma kaubamärgi koosseisus pidada kantuks ebaausast motivatsioonist teise kaubamärgi maine ärakasutamiseks. Taotleja leiab, et seda põhjendust annab laiendada ka tema pahausksuse puudumisele.
Tulenevalt TOAK lahendist 1475-o on ka vaidlustaja, tulenevalt samuti tema mõistlikust hoolsuskohustusest, olles teadlik lehmanaha mustri nõrgast eristusvõimest (selle puudumisest) piima ja piimatoodete osas ning vastava tähise tegelikust mittekasutamisest oma toodete tähistamisel, käitunud käesoleva vaidlustuse esitamisel hea usu pritsiibiga vastuolus olevalt. Taotleja hinnangul on vaidlustaja teadlik, et isikul puudub ainuõigus lehmanaha mustri kasutamisele piima ja piimatoodete tähistamisel, mistõttu ei saa ta ka selle tähise kasutamise osas kellegile pretensioone esitada. Taotleja leiab, et pilvekujutise motiiv ja lehmanaha muster on teineteisest kontseptuaalselt ja visuaalselt erinevad, mille tulemusena on välistatud nende segiajamine. Taotleja ei ole kuidagi kasutanud oma kaubamärgitaotluses pilvemotiivi.
Juhtides tähelepanu Tere ja Estoveri kontsernide kaubamärgikirjete arvule, mis on tänase päeva seisuga mõlema kontserni kohta üle saja kirje, siis pole imekspandav, et sellise koguse kaubamärkide juures esineb aeg-ajalt ka kaubamärgivaidlusi ja arusaamatusi teiste kaubamärkidega, eriti kui silmas pidada kaubamärgiõiguse pidevat evolutsioonilist arengut mitte olemasoleva seaduse täiendamise või selgendamise, vaid Euroopa Kohtu pretsedentide kaudu ja Patendiameti ülisuurt diskretsiooniruumi otsustuste tegemisel tööstusomandile õiguskaitse andmisel. Sellises olukorras on kaubamärgi registreerimiseni viiva taotluse esitamine ja samas igasuguste konfliktide vältimine mõne varasema õigusega ääretult keeruline, kui mitte võimatu, mis aga ei saa tähendada automaatselt kellegi tegelikku pahausksust kaubamärgi registreerimiseks esitamisel, isegi kui mõni TOAK-i varasem otsus seda teemat käsitleb – selleks tuleb vaadelda AS Tere viidatud TOAK otsuseid oma sisus ning kontekstis ja komplektselt, mitte aga AS Tere poolt oma vaidlustuse lahendamise huvides mõnest TOAK lahendist väljanopitud katkendi valguses.
AS Tere poolt käesolevas vaidluses mõne esile toodud märgi osas tulenesid just sellised TOAK-i varasemad lahendused, nagu AS Tere on talle sobivalt esile toonud mitte kellegi tegelikust pahausksusest, vaid asjaolust, et mõne kaubamärgi osas, mille üle vaidlus käis, ei pidanud vaidluse pool A.Tederiga seotud äriühingute näol menetluses osalemist ja menetlusele kulude tegemist vajalikuks kuna äriühing oli märgi vastu igasuguse ärihuvi kaotanud ülipika menetluse tõttu, mida aga siis TOAK poolt käsitleti kui mingi vaidlustaja väite nagu „*pahausksus*“ või muu sellesarnase vaikimisi

omaksvõtmist. Ago Tederi arvates oli selline käsitlus pahausksuse vms sarnaste väidete omaksvõtmisest ebamõistlik ning ta leiab, et arvestades asjaolu, et TOAK-i varasematel otsustustel puudub nendes sisalduvatel tuvastustel samalaadne mõju kui kohtulahendi tuvastustel ning arvestades seda, millise õigusjõu annab seadus TOAK-i lahenditele, siis on selge, et mingis teises asjas ja teises vaidluses teise isiku kohta tehtud TOAK-i lahendi motiveerivale osale ei saa antud asjas tehtavas lahendis sellistele teiste TOAK lahendite tuvastustele kuidagi tugineda. Lisaks tuleb silmas pidada, et vaidluses esile toodud TOAK-i vaidluste algus paigutub ajas enam kui 10 aastat tagasi.
Asjaolu, et tegemist on konkurentsitiheda ja kaubamärkiderohke valdkonnaga, on AS Tere tema poolt tõstatatud küsimuste sfääris teatud mõttes hoopis ise „väga aktiivne“, kuivõrd ajakirjanduses ilmub aeg-ajalt konkurentide toodete kopeerimiskatsetele ja muudele ebaeetilistete tegudele viitavaid teateid. Kaubamärgitaotleja soovib öelda siin seda, et AS Tere ei pea teatud liiki tegevusi ei ebaeetiliseks ega lubamatuks, kui selle autoriks või initsiaatoriks on ta ise. Seega tuleb AS Tere toodud väidetesse suhtuda vähemalt reservatsiooniga. Ei saa kuidagi toetada AS Tere negatiivse fooniga käitumise normide omistamise katseid teise isikute esindajale pelgalt seepärast, et isik on aktiivselt tegev piimandusturul.
Kokkuvõttes leiab taotleja, et Patendiameti otsus anda õiguskaitse kaubamärgitaotlusele M201401093 klassis 29 on õiguspärane ja palub komisjonil mitte rahuldada vaidlustusavaldust ning jätta jõusse kaubamärgitaotluse M201401093 registreerimisotsus.

13.05.2016 esitas vaidlustaja täiendavad seisukohad

Täiendavates seisukohtades teatab vaidlustaja, et jääb täielikult oma vaidlustusavalduse juurde ja märgib käesolevaga täiendavalt alljärgnevat.
Vaidlustaja Tootepakendid 1-4 on üldtuntud. Selle kohta on vaidlustaja esitanud vaidlustusavalduse lisades 5, 6 ja 7 esitatud tõenditele lisaks: 1) ajalehes Postimees 16.12.1997 avaldatud artikli, kus on mainitud, et Tallinna Piimatööstuse AS läks 1997. a aprillist kuni detsembrini üle kaubamärgile TERE ja hakkas kasutama pilvemotiive kujutavat pakendit (täiendavate seisukohtade lisa 1); 2) ajalehes Postimees 21.09.2006 avaldatud artikli, kus on kirjas, et TERE AS viib 2006. aasta septembri lõpuks kõik tooted TERE kaubamärgi alla ja uue ilme on saanud ka TERE märki kandvate toodete pakendikujundus. Uue kujunduse ja värvilahenduse said põhipiimatooted. Uute pakendite puhul lähtuti sellest, et neil oleks üks läbiv joon, mis aitaks piimaletis eristuda ja Tere tooteid juba kaugelt ära tunda; 3) Google otsing „Tere või“ kohta, kust selgub, et TERE AS turustas enne 12.10.2014 toodet „või“ üksnes pakendis, mille üldtuntuks tunnistamist TERE AS taotleb. Kõnealused pakendid on punase/valge taustaga ning tausta punasel osal on kujutatud valgeid pilvi. Samuti on pilvelaadsena kujutatud punase tausta ääred tervikuna. TERE AS antud tootele viidatakse internetis enne 12.10.2014 laialdaselt, toode on müügil kõikjal Eestis. Samuti viidatakse antud tootele mitmetes toiduretseptides ja erinevate kaupluste reklaambuklettides; 4) Google otsing „Tere piim“ kohta, kust selgub, et TERE AS turustas enne 12.10.2014 toodet „piim 2,5 %“ üksnes pakendis, mille üldtuntuks tunnistamist TERE AS taotleb. Kõnealused pakendid on punase/valge taustaga ning tausta punasel osal on kujutatud valgeid pilvi. Samuti on pilvelaadsena kujutatud punase tausta ääred tervikuna. TERE AS antud tootele viidatakse internetis enne 12.10.2014 laialdaselt, toode on müügil kõikjal Eestis. Samuti viidatakse antud tootele mitmetes toiduretseptides ja erinevate kaupluste reklaambuklettides; 5) Google otsing „Tere piim“ kohta, kust selgub, et TERE AS turustas enne 12.10.2014 toodet „hapukoor 20 %“ üksnes pakendis, mille üldtuntuks tunnistamist TERE AS taotleb. Kõnealused pakendid on punase/valge taustaga ning tausta punasel osal on kujutatud valgeid pilvi. Samuti on pilvelaadsena kujutatud punase tausta ääred tervikuna. TERE AS antud tootele viidatakse internetis enne 12.10.2014 laialdaselt, toode on müügil kõikjal Eestis. Samuti viidatakse antud tootele mitmetes toiduretseptides ja erinevate kaupluste reklaambuklettides;

6) väljatrükk Nielsen 07.04.2014 pressiteatest, millest selgub, et 2013 aasta Eesti Edukaim Uus Toode oli „Tere Piim D-vitamiiniga“ pilvelaadse taustaga pakendis; 7) väljatrükk veebilehelt http://laktoos.blogspot.com.ee „Piima pimetesti pakendite hindamine“ 30.05.2007, kus on märgitud, et TERE AS piimapakend hinnati esikohaväärilisеks ja märgiti alljärgnev: "Ilus punase-valge kombinatsioon, hakkab kohe silma". "Lihtne ja silmapaistev disain". "Selle kujundusega ära harjunud“; 8) failid „Tere piim“ reklaamklippide ja väljatrükkidega veebilehelt www.youtube.com 13.01.2012 (Tere Piim 1), 08.02.2012 (Tere Piim 2, 3 ja 4) ning 18.03.2013 (Tere Piim 5), so enne vaidlustatud kaubamärgitaotluse esitamist. Reklaamklippides reklaamitakse TERE AS piima pakendis, mille üldtuntuks tunnistamist vaidlustusavalduse esitaja taotleb; 9) TERE AS esitles oma toodet „piim“ ajavahemikus 01.01.2012 - 18.08.2012 kokku 14 reklaamklipis ja neid reklaamklippe näidati ajavahemikus 01.01.2012 - 18.08.2012 telekanalites: National Geographic; Fox Life; Kanal 2; Kanal 12; Sony Entertainment TV; Fox; TV6; Kanal 11; PBK; 3+; CTC; TV3; ETV 2; ETV; REN Estonia; jne.

2006. aastal pakendikujundust uuendati ning selle eesmärgiks oli aidata vaidlustaja toodetel piimaletis eristuda ja võimaldada neid juba kaugelt ära tunda. Google otsing kinnitab, et 12.10.2014 seisuga kasutas vaidlustaja 2,5 % piima, 20 % hapukoore ja või turustamiseks üksnes pakendeid, mille üldtuntuks tunnistamist vaidlustusavalduse esitaja käesolevas asjas taotleb. Kõik kõnealused pakendid on valge taustaga ning tausta osal on kujutatud punaseid pilvi. Google otsingu tulemused näitavad samuti, et kõnealuseid kaupu turustatakse ja kasutatakse Eestis laialdaselt, tegemist on Eesti tarbijate igapäevaste toidukaupadega (täiendavate seisukohtade lisad 3, 4, 5), mida kinnitab veebilehel http://laktoos.blogspot.com.ee 30.05.2007 avaldatud piimapakendite võrdlus „Piima pimetesti pakendite hindamine“, kus erinevad tarbijad on öelnud vaidlustusavalduse esitaja piimapakendi kohta mh seda, et selle punase-valge kombinatsioon hakkab kohe silma, pakendi disain on lihtne ja silmapaistev ning, et tarbijad on selle kujundusega ära harjunud (täiendavate seisukohtade lisa 7). Vaidlustaja on oma tooteid, sh piima, ka laialdaselt reklaaminud (täiendavate seisukohtade lisa 9).

Seega, Tere AS oli 2011. aastaks saavutanud tuntuima ja eelistatuima piimatoodete brändi maine Eestis, olles 2,5 % piima, või ja 20 % hapukoore turustamisel kasutanud järjepidevalt üksnes pakendeid, mille üldtuntuks tunnistamist vaidlustaja käesolevas asjas taotleb. Vaidlustaja on turustanud brändi TERE alati pakendites, mille kujundus sisaldab kõnealust pilvemotiivi. Seega ei ole kahtlust selles, et nende toodete osas teab brändi TERE tundev Eesti tarbijaskond ka asjaomast, väga pikka aega kasutatud, spetsiifilist ja koheselt äratuntavat pakendikujundust.

Esitatule ja täiendavatele tõenditele tuginedes jääb vaidlustaja seisukohale, et Eesti tarbijad teavad vaidlustaja „Tootepakendeid 1-4“, tunnevad need kauplustes koheselt ära ning seostavad nende eriomast kujundust just ja üksnes kaubamärgiomaniku Tere AS-ga. Seetõttu, tuginedes KaMS § 7 lg-tele 2, 3 ja 4, palub vaidlustaja komisjonil tunnistada „Tootepakendite 1-4“ üldtuntust Eestis 12.10.2014 seisuga.

Vaidlustusavalduses viidatud vastandatavate kaubamärkide reproduktsioonidest nähtuvalt ei ole kahtlust selles, et nii vaidlustaja kaubamärkide kui ka tootepakendite eriomaseks, tarbijatele koheselt märgatavaks ja meeldejäävaks tunnusjooneks on pilvemotiivi kasutamine puna/valgel pakendil. Tarbijad on nimetanud kõnealust kujundust koheselt silmahakkavaks ning on juba 2007. aastal tõdenud, et on selle kujundusega ära harjunud. Seega, nimetatud pilvemotiivi näol on kahtlemata tegemist vaidlustaja kaubamärkide ja tootepakendite eristusvõimelise ja domineeriva, tarbijate hulgas tuntud elemendiga.

Taotleja vaidlustaud kaubamärk on kujutis tootepakendist, millel on kujutatud punased laigud valgel taustal, st tegemist on samuti puna/valge pakendiga, mis sisuliselt kordab vaidlustaja varasemate kaubamärkide ja tootepakendite ülesehitust ja värvilahendust. Taotleja küll väidab,

et nimetatud pakendi kujunduse näol on tegemist piimatoodete osas väidetavalt eristusvõimetu lehmanaha mustri kujutisega, kuid antud argumentatsioon on selgelt otsitud ja ebausutav. Vaidlustajale teadaolevalt ei ole lehmanaha mustriks punased laigud valgel taustal. Sellist lehmanaha mustrit reaalselt ei eksisteeri. Käesolevas asjas puudub ka igasugune alus arvata, et tarbijad võiksid taotleja vaidlustatud kaubamärki sellisena tajuda. Kuna taotleja ei ole ka ise nimetatut tõendanud, on taotleja kõnealune käsitlus paljasõnaline ja tuleb jätta käesoleva asja lahendamisel tähelepanuta. Nii on asjakohatu ja tuleb jätta tähelepanuta ka taotleja viide Euroopa Esimese Astme Kohtu otsusele nr. T-153/03, kuna selle vaidluse tehiolud olid erinevad, st vastandatavad kaubamärgid olid must-valged, vastates lehmanaha võimalikule elutruule kujutisele. Taotleja vaidlustatud kaubamärgis kasutatavad laigud on pigem pilvekujulised ja meenutavad, tulenevalt kasutatud värvilahendusest, vaidlustaja üldtuntud ja mainekat pilvemotiivile tuginevat pakendikujundust. Taotleja pakendil esitatud sõnaline osa „estover“ on muust pakendikujundusest oluliselt väiksem ja see on esitatud osaliselt punasele laigule paigutatud punase taustaga embleemil. Nõnda on ekslik ja arusaamatu taotleja väide, nagu omaks sõna „estover“ käesolevas asjas vaidlustatavas tähises eriti olulist ja domineerivat positsiooni.

Arvestades, et asjaomaste kaupade näol on tegemist igapäevaste toidukaupadega, ei ole tarbijate tähelepanelikkuse aste nimetatud kaupade osas harilikust kõrgem. Võttes täiendavalt arvesse, et vaidlustaja oli juba ca 17 aasta jooksul enne vaidlustatud kaubamärgitaotluse esitamist kasutanud oma piimatoodete eristamiseks punase/valget pilvemotiivi, mis selgelt eristub teiste turuosaliste piimatoodete pakenditest ja mis on Eesti tarbijate hulgas kahtlemata väga hästi tuntud, on käesolevas asjas väga tõenäoline, et samad tarbijad tunnevad turusituatsioonis ka käesolevas asjas vaidlustatud tähises ära vaidlustaja varasemad kaubamärgid ja pakendikujunduse ning usuvad ekslikult, et taotleja nimetatud tähise all turustatav toode on toodetud vaidlustaja loal või kontrolli all. Seega ei ole käesolevas asjas kahtlust ka selles, et taotleja vaidlustatud kaubamärgi kujundus on nimetatud tähise kõige eristusvõimelisem ja domineerivam element. Nimetatud äravahetamise tõenäosust suurendab oluliselt vaidlustaja varasemate kaubamärkide kõrge tuntus ja maine tarbijate hulgas.

Taotleja on vastulauses ekslikult leidnud, et KaMS § 10 lg 1 p 3 sätestatud õiguskaitse andmisest keeldumise alus on kohaldatav üksnes eriliigiliste kaupade puhul. See õigusnorm puudutab sõnaselgelt kaubamärgi registreerimist või kasutamist kaupade osas, mis on maineka kaubamärgi kaupadest erinevad. Sellegipoolest, juhul, kui tähist kasutatakse identsete või sarnaste kaupade või teenuste osas, peab maineka kaubamärgi kaitse olema vähemalt sama ulatuslik nagu olukorras kus tähist kasutatakse erinevate kaupade või teenuste osas. Seega, erinevalt taotleja seisukohast, on kõnealune alus kohaldatav ka juhul kui sarnast tähist taotletakse ja/või kasutatakse identsete või samaliigiliste kaupade ja teenuste osas.

Vaidlustaja märgib täpsustavalt, et vaidlustaja tuginemine tootepakendite 1-4 üldtuntusele ja mainele väljendab ka järgmises. Tootepakendid 2, 3 ja 4 sisaldavad ebaoluliselt muudetud kujul varasemat kujunduslikku kaubamärki nr 48258 ja on sarnased varasema kombineeritud kaubamärgiga „Tere piim + kuju “ nr 47232.

Esitatule tuginedes, jääb vaidlustaja seisukohale, et kuna „Tootepakendite 1-4“ puhul on tegemist Eesti ühe tuntuima, ca 17 aastat kasutatud piimatoodete spetsiifilise kujundusega, esineb käesolevas asjas reaalne oht, et hilisema, üldmuljelt samasugust kujundust sisaldava tähise **estover + kuju** kasutusse võtmine identsete kaupade osas tingib vaidlustaja varasemate tootepakendite identiteedi hajumise/hägustumise, so varasemad tootepakendid kaotavad oma võime seostuda vaidlustajaga.

Kuna tarbijad loovad seose vaidlustatud tähise **estover + kuju** ja varasemate üldtuntud ja mainekate „Tootepakendite 1-4“ ja neil kasutatud kaubamärkide vahele, esineb käesolevas asjas reaalne oht, et hilisem tähis hakkab taotletavate kaupade osas ebaõiglaselt ära kasutama ja kahjustama varasemate „Tootepakendite 1-4“ ja kaubamärkide eristusvõimet ja mainet. Seega esineb vaidlustatava tähise **estover + kuju** osas KaMS § 10 lg 1 p-is 3 sätestatud õiguskaitset välistav asjaolu.
Taotleja vaidlustatud kaubamärk kujutab endast pakendit, kus on kujutatud pilvi meenutavaid punaseid laike valgel taustal. Vaidlustusavalduse esitajale ei ole teada, et oleks olemas punaste, pilvi meenutavate laikudega valgeid lehmi või, et Eesti tarbijad oleksid kunagi kokku puutunud sedalaadi lehmadega ja/või pakendiga. Nimetatut ei ole tõendanud ka taotleja. Seetõttu puudub käesolevas asjas igasugune alus arvata, et tarbijad võiksid vaidlustatud kaubamärki tajuda lehmanaha mustrina. Taotleja nimetatud käsitlus on paljasõnaline ja tuleb jätta käesoleva asja lahendamisel tähelepanuta.
Vaidlustaja jääb seisukohale, et taotleja, olles piimatoodete sektori professionaalne turuosaline, teadis või pidi teadma vaidlustatud kaubamärgitaotluse esitamisel vaidlustaja aastaid kasutatud mainekaid ja üldtuntud kaubamärke tulenevalt oma mõistlikust hoolsuskohustusest.
Kuna vaidlustatud kaubamärk **estover + kuju** on väga sarnane vaidlustaja „Tootepakendite 1-4“ kujundusega, võimaldaks vaidlustatud kaubamärgitaotluse rahuldamine taotlejal ebaausalt ära kasutada vaidlustaja „Tootepakendite 1-4“ ja kaubamärkide aastatepikkuse töö tulemusena saavutatud mainet ja eristusvõimet.
Nimetatule tuginedes jääb vaidlustaja seisukohale, et taotleja on esitanud käesolevas asjas vaidlustatud kaubamärgi **estover + kuju** registreerimistaotluse kas eesmärgiga takistada vaidlustajat oma varasemate tootepakendite kasutamisel või lõigata kasu juba turule toodud ning tarbijatele tuntud „Tootepakendite 1-4“ ja vaidlustusavalduse esitaja kaubamärkide arvelt. Mõlemal juhul on tegemist pahauskselt esitatud kaubamärgitaotlusega KaMS § 9 lg 1 p 10 tähenduses.
Lisad:

1. väljatrükk ajalehe Postimees 16.12.1997 artiklist „Tere-Pere koos“;
2. väljatrükk ajalehe Postimees 21.09.2006 artiklist „Tere koondab kõik tooted ühe kaubamärgi alla“;
3. Google otsingu tulemused „Tere või“ kohta enne 12.10.2014
4. Google otsingu tulemused „Tere piim“ kohta enne 12.10.2014;
5. Google otsingu tulemused „Tere hapukoor“ kohta enne 12.10.2014
6. Väljatrükk Nielsen 07.04.2014 pressiteatest;
7. Väljatrükk veebilehelt http://laktoos.blogspot.com.ee 30.05.2007 artiklist „Piima pimetesti pakendite hindamine“;
8. Failid „Tere piim“ reklaamklippidega koos väljatrükkidega veebilehelt www.youtube.com;

18.06.2016 esitas taotleja vastuse vaidlustaja täiendavate seisukohtade kohta

Taotleja leiab endiselt, et „Tootepakendite 1-4“ üldtuntust ei ole võimalik tõendada, kuna selleks puudub esitatud selgituste ja kaasnevate tõendite valguses igasugune alus.
Käesolevas vaidluses omab asjakohasust üksnes vaidlustaja puna-valge „pilvemotiiviga“ tootepakendi võimalik üldtuntus, mitte vaidlustaja n.ö katuskaubamärgi „Tere“ võimalik üld-tuntus. Vaidlustaja püüab esitatud argumentide ja tõenditega samastada kaubamärgi „Tere“ ajaloo, majandusnäitajad ja võimaliku üldtuntuse ka kõnealustele „pilvemotiiviga“ pakenditele. Selline lähenemine ei ole kaubamärgitaotleja arvates õige, kuna vaidlust ei ole „Tere“ kaubamärgi

osas. Samuti puudub vaidlustajal selline üks ja ainus pakend, mida ta kasutab tooteüleselt kogu oma toodangul. Nagu nähtub vaidlustaja kodulehelt http://www.tere.eu/et/tooted ja ka vaidlustusavalduse lisast 5, on vaidlustaja poolt kasutusel erivärviliste, s.h punaste „pallikestega“ tootepakend (nt joogijogurti puhul). Samuti on „pilvemotiiviga“ tootepakend kasutusel eri värvides, nt sini-valgena ja rohelise-valgena (vt siinjuures ka vaidlustaja 13/05/16 lisad 4 ja 5). Lisaks on ka puna-valgel põhipiimatoote enda pakendil kasutusel ka „pallikesed“, mitte ainult „pilved“.

Järelikult on tarbija harjunud nägema „Tere“ kaubamärgiga tähistatud piimatooteid erinevate kujunduste ja värvidega pakendites, s.h piima ka „pallikestega“ pakendis ja seetõttu ei saa väita, et üks variatsioon teatud toodete pakendist on muutunud üldtuntuks. Ka KaMS § 12 lg 1 p 2 sätestab, et üldtuntud kaubamärgi õiguskaitse ulatuseks saab olla üldtuntus kujul, millisena ta üldtuntuse omandas. Käesoleval juhul on nendeks kujunditeks, värvideks ja pakenditeks mitmed variatsioonid ja isegi teineteist välistavad kujundused, mistõttu ei saa väita, et kõik need kogumis annaksid välja ühe ja konkreetse kujunduse üldtuntuse.

Samuti on tulenevalt vaidlustaja erinevatest pakendikujundustest eksitav vaidlustaja väljendatud seisukoht, et 1997. aastal uuele kaubamärgile „Tere“ üleminekul võeti ühtse pakendina kasutusele „pilvemotiiv“. Selline seisukoht ei ole tõendatud. Näiteks vaidlustaja täiendavate seisukohtade lisas 1 on juttu ka joogijogurtite pakenditest, ms on aga „pallikeste“ kujundusega.

Asjakohatu on käesolevas asjas vaidlustaja täiendava seisukoha lisa 6, mis käsitleb jällegi toote katuskaubamärki „Tere“. Lisaks on konkreetse toote „Tere piim D-vitamiiniga“ tootepakendil kasutusel ka „pallikesed“. Sarnaselt on asjakohatud ka vaidlustaja täiendava seisukoha lisa 8 failid (reklaamklipid) ja lisa 9, mis samuti reklaamivad ennekõike kaubamärki „Tere“ ja mitte ainult „pilvemotiiviga“ Tere tooteid.

Otseselt eksitav ja asjassepuutumatu on vaidlustaja täiendava seisukoha lisa 7, kuna see on vaidlustajale sobivalt esitatud komisjonile puudulikult. Nimelt on sellelt puudu see osa arvamusest, milles öeldakse, et Milla piimal, mille pakendil on ka lehmanaha muster, on ka n.ö õige piimapakendi välimus. Samuti öeldi seal Alma piima sinise pakendi kohta, et „selline traditsiooniline piimapakend“. Järelikult ei saa sellest lisast teha järeldust, et „Tere“ piimapakend oleks see üks ja ainus õige piimapakend. Samuti tegemist on äärmiselt subjektiivse arvamusavaldusega (kolme inimese subjektiivne hinnang erinevatele piimatoodetele), mille puudub igasugune tõendiväärtus. Tõendiväärtust omavad ainult uuringufirmade poolt teaduslikel alustel koostatud ja läbiviidud ametlikud tarbijauuringud.

Tulenevalt eeltoodust leiab taotleja, et põhjendamatu on käesolevas asjas hinnata ja tunnistada vaidlustaja „Tootepakendite 1-4“ üldtuntust.

Kaubamärgitaotleja on põhjalikult analüüsinud kaubamärkide sarnasusega seonduvat ja ei hakka siinjuures ennast kordama. Oluline on, et vaidlustaja tugineb vaidlustuses oma tootepakendite „pilvemotiivile“, samas kui kaubamärgitaotleja kujunduseks on „lehmanaha kujundus“, mis on piimatoodete osas nõrga eristusvõimega kujunduselement.

Vastusena kaubamärgitaotleja seisukohale märgib taotleja, et tähistel kasutatav värvilahendus, st punane värv ei oma toiduainete osas samuti eristusvõimet. Komisjon on varasemas lahendis nr 1000-o märkinud, et vaadeldavate kaubamärkide sarnane värvilahendus üksi ei ole piisav argument väitmaks kaubamärkide sarnasust tervikuna. Komisjon leidis, et kuivõrd punase värvikombinatsiooni kasutamine ei ole toidukaupade puhul ainulaadne ja eriline element, siis tarbijad lähtuvad oma ostuvalikuid tehes eelkõige kaubamärgi sõnalisest osast.

Käesoleval juhul on tähistel/pakenditel kasutatavad sõnalised osad „Tere“ vs „Estover“ nii foneetiliselt, visuaalselt kui ka semantiliselt sedavõrd erinevad, et ei teki tõenäosust kaubamärkide tarbijapoolseks äravahetamiseks.

Mis puutub aga vaidlustaja väitesse, et puna-valge lehmanaha mustrit reaalselt ei eksisteeri, mistõttu ei taju ka tarbijad vaidlustatud kaubamärgitaotlust lehmanaha mustrina, siis taotleja väidab punase-valgekirju lehma olemasolu, kuna tõuaretustöö tulemusena saadud holsteini tõugu veistel valgete märgistega helepunased või punase-valgekirjud järglased.
Kokkuvõttes, hinnates võrreldavate tähiste olulisi kontseptuaalseid ja visuaalseid erinevusi, st „pilvemotiivi" ja „lehmanaha mustri" teineteisest selget eristumist, samuti arvestades lehmanaha mustri kui sellise nõrka eristusvõimet seoses asjaomaste kaupadega (piim ja piimatooted), lisaks taotleja kaubamärgi koosseisus olevat eristusvõimelist sõna „estover", mis eristab olulisel määral taotleja kaubamärki vaidlustaja „Tere" kaubamärkidest ning otseselt viitab päritolule (kaubamärgitaotlejale) ning võrreldes kaubamärke tervikuna, on taotleja hinnangul täielikult välistatud KaMS § 10 lg 1 p 2 rakendamise eelduseks olev kaubamärkide äravahetamise tõenäosuse esinemine tarbija poolt, s.h kaubamärgi assotsieerumine varasema kaubamärgiga.
Taotleja jääb kindlaks arvamusele, et ka KaMS § 10 lg 1 p 3 sõnastus ja selle tõlgendus ei jäta ruumi vaidlustaja vastupidisele käsitlusele, mistõttu ei ole käesolevas asjas KaMS § 10 lg 1 p 3 rakendatav.
Alusetud on ka vaidlustaja süüdistused kaubamärgitaotleja pahauskse käitumise ja süüdistused Ago Tederi isiku suhtes. Kaubamärgitaotleja soovib viidata ka paralleelsele menetlusele seoses vaidlustusavaldusega nr 1576, milles OÜ Estover Piimatöötsus süüdistab Tere AS-i pahauskses käitumises seoses kaubamärgitaotlusega M201400234.
Kokkuvõttes leiab kaubamärgitaotleja, et Patendiameti otsus anda õiguskaitse tema kaubamärgitaotlusele M201401093 klassis 29 on õiguspärane.

11.05.2017 esitas vaidlustaja oma lõplikud seisukohad
Vaidlustaja jääb kõigi vaidlustusavalduses toodud põhjenduste ja nõuete juurde.

12.06.2017 esitas taotleja oma lõplikud seisukohad
Taotleja jääb kõigi oma esialgsetes seisukohtades toodud põhjenduste juurde.

Komisjon alustas asjas nr 1616 lõppmenetlust 19.11.2018.

Komisjoni seisukohad
Komisjon, hinnanud menetluses esitatud seisukohti ja tõendeid, leiab, et vaidlustusavaldus kuulub rahuldamisele.
Vaidlustaja on seisukohal, et kaubamärgi **estover + kuju** (taotlus nr M201401093) registreerimine klassis 29 rikub varasemat kaubamärgiõigust ja on vastuolus muu hulgas KaMS § 10 lg 1 p-ga 2.

KaMS § 10 lg 1 p 2 kohaselt ei saa õiguskaitset kaubamärk, mis on identne või sarnane varasema kaubamärgiga, mis on saanud õiguskaitse identsete või samaliigiliste kaupade või teenuste tähistamiseks, kui on tõenäoline kaubamärkide äravahetamine tarbija poolt, sealhulgas kaubamärgi assotsieerumine varasema kaubamärgiga.
Vaidlustaja omab Eestis õiguskaitset omavaid kaubamärke nr 43900, 47232 ja 48258 ning väidetavalt üldtuntud kaubamärke Tootepakend 1, Tootepakend 2, Tootepakend 3 ja Tootepakend 4 klassis 29, mis on varasemad võrreldes vaidlustatud kombineeritud kaubamärgiga **estover + kuju**. Vaidlustaja on leidnud, et vaidlustusavaldusele lisatud tõendite kohaselt oli kaubamärkide Tootepakend 1, 2, 3 ja 4 üldtuntus klassi 29 toodete osas tekkinud juba enne taotluse nr M201401093 esitamist 13.10.2014.
Komisjon nõustub vaidlustajaga selles, et vaidlustaja kaubamärgid Tootepakend 1, Tootepakend 2, Tootepakend 3 ja Tootepakend 4 on klassis 29 üldtuntud taotleja kaubamärgitaotluse esitamise seisuga ja need on KaMS § 11 lg 1 p 2 tähenduses varasemad võrreldes taotleja

kaubamärgiga **estover + kuju**. Neid asjaolusid tõendavad vaidlustaja seisukohtadele esitatud tõendid, eriti Turu-uuringute AS 2011. aasta piimatoodete brändide tuntuse uuring. Komisjon leiab, et nimetatud uuringut ei tule vaadelda kui pelgalt vaidlustaja katuskaubamärgi „Tere" tuntust tõendavat uuringut. Kuna menetluses esitatud materjalidest nähtuvalt on vaidlustaja oma toodete tähistamisel kasutanud peamiselt või vähemalt suures osas pilvede/laikude motiivi, hõlmab komisjoni hinnangul vaidlustaja tuntus ka just seda motiivi.

Vaidlustusavaldusest järeldub, et taotlejal puudub varasema kaubamärgi õiguste omaja ehk vaidlustaja KaMS § 10 lg 2 kohane kirjalik luba hilisema vaidlustatud kaubamärgi **estover + kuju** registreerimiseks. Komisjon nõustub vaidlustajaga ka selles, et kaubamärk **estover + kuju**, millega taotleja soovib tähistada identseid kaupu klassis 29, on visuaalselt ja kontseptuaalselt sarnane varasemate vaidlustaja varasemate õiguskaitset omavate ja üldtuntud kaubamärkidega ning need kaubamärgid on omavahel assotsieeruvad KaMS § 10 lg 1 p 2 tähenduses.

Vaidlust ei ole selles, et vaidlustaja kaubamärgid on varasemad kui vaidlustatud kaubamärgi prioriteedikuupäev 13.10.2014, samas on vaidlus selles, kas taotleja kaubamärgi registreerimine on vastuolus KaMS § 10 lg 1 p-ga 2.

Komisjon nõustub vaidlustusavalduses esitatud argumentidega vaidlustatud kaubamärgi ja vaidlustaja varasemate kaubamärkide ja tootepakendite sarnasuse osas KaMS § 10 lg 1 p 2 mõttes. Vaidlustaja on piisavalt selgitanud ja põhjendanud, et KaMS § 10 lg 1 p-s 2 sätestatud tingimused on täidetud.

Komisjon võttis antud asjas võrreldavate kaubamärkide omavahelise eristatavuse hindamise aluseks KaMS § 12 kohaselt kaubamärkide registrisse kantud reproduktsioonid ning vaidlustatud kaubamärgi **estover + kuju** äravahetamise ja assotsieerumise tõenäosuse varasemate kaubamärkidega nr 43900, 47232, 48258, Tootepakend 1, Tootepakend 2, Tootepakend 3 ja Tootepakend 4**.** Tähiste hindamisel lähtus komisjon põhimõttest, et kaubamärke tuleb võrrelda üldiselt, võttes arvesse kõiki tegureid, mis esitatud materjalide põhjal on asjakohased.

Komisjon on seisukohal, et kaubamärkide sarnasuse analüüs põhineb tõsiasjal, et tarbija tõenäoselt ei analüüsi kaubamärke detailselt, vaid pöörab enam tähelepanu eristusvõimelistele ja domineerivatele elementidele. Komisjon leiab, et arvestada tuleb ka seda, et tarbijatel puudub võimalus üldjuhul märke üheaegselt vaadelda ning nad peavad usaldama oma mällu sööbinud pilti varasemast märgist. Üldiselt jääb meelde eelkõige märgi domineerivam ja eristusvõimelisem osa. Seetõttu on kaubamärkide sarnasused (mällu talletuv ühine element) olulisemad, kui nende erinevused.

Visuaalsest aspektist on vastandatavad kaubamärgid üldmuljelt äravahetamiseni sarnased ülesehituselt, kuna koosnevad samas laadis kujundatud pilvede/laikude kujutistest, mis on esitatud pilvedest eristuval foonil. Samuti kordab vaidlustatav tähis vaidlustaja varasemate kaubamärkide värvikombinatsiooni (punane/valge) vastandkujul, osa vaidlustaja tähiste puhul (nt „Tere madala rasvasisaldusega piim") ka samal, s.t mitte vastandkujul. Olgugi, et vaidlustatav tähis sisaldab ka sõnalist elementi „estover", on see esitatud väikselt ja sellisel viisil, et visuaalselt jääb see punaste pilvede taustal pigem tahaplaanile ega ole seega vaadeldav asjaomase tähise domineeriva elemendina, mille tõttu komisjoni hinnangul on võrreldavad kaubamärgid oma üldmuljelt visuaalselt väga sarnased, kuna kokkulangev element kõikide võrreldavate kaubamärkide osas on sarnane ülesehitus eri värvi pilvede ja laikude kasutamisega eri värvi taustal (põhiliselt punased pilved valgel taustal või vastupidi valged pilved punasel taustal). Komisjon peab siinjuures ebaoluliseks, kas nimetada võrreldavates kaubamärkides kasutatavaid laike pilvekujutisteks, lehmanaha mustri kujutiseks või on tegemist hoopis mingit kolmandat liiki motiiviga. On igal juhul ilmne, et nii vaidlustaja kui taotleja kaubamärgid koosnevad teatud ebakorrapärastest puna-valge laikudest, millest jääv üldmulje võrreldavates kaubamärkides on

väga sarnane olenemata sellest, kuidas tarbija neid kutsuma peaks. Komisjon nõustub siiski vaidlustajaga, et reaalselt ei eksisteeri sellistes värvitoonides lehmanaha mustrit nagu on kujutatud taotleja kaubamärgil, mistõttu ei saa pidada ka tõenäoliseks, et tarbijad tajuvad taotleja kaubamärki esmajoones lehmanaha kujutisena. Komisjon ei pea sel põhjusel veenvaks taotleja arutluskäiku, et kuivõrd tema kaubamärgi puhul on tegemist lehmanaha kujutisega, siis ei ole selline element klassi 29 kaupade osas eristusvõimeline ning sellest ei tulene taotleja kaubamärgi sarnasus vaidlustaja omaga.
Komisjon nõustub vaidlustajaga, et tarbijate tähelepanu eriti toidukaupade osas püüab tavaliselt tootepakendi (kaubamärgi) üldine visuaalne kujutis ning seetõttu ei piisa sarnasuse olemasolu välistamiseks sageli sellest, et nendele on lisatud raamiga ümbritsetud väga väikselt esitatud sõnalised elemendid, käesoleval juhul „Tere“ ja „Estover“. Seega komisjon loeb kaubamärgi **estover + kuju** tarbija poolt tõenäoselt äravahetatavaks ja visuaalselt assotsieeruvaks vaidlustaja kaubamärkidega.
Foneetiliselt ei ole võimalik võrrelda taotleja kaubamärgiga neid vaidlustaja kaubamärke, millel sõnaline osa puudub. Seega sõnalist osa mitte sisaldavate varasemate kaubamärkide osas foneetilist võrdlust teostada ei ole võimalik. Varasema kaubamärgi **TERE PERE-PIIM + kuju** osas tuleb aga arvestada sõnaühendi PERE-PIIM suhteliselt suurt kirjeldavust, mistõttu ei saa nimetatud kaubamärgielementi pidada varasema kaubamärgi foneetiliselt domineerivaks elemendiks. Seega on vaadeldavate kaubamärkide sõnalisteks elementideks eelkõige sõnad „Tere“ ja „Estover“, mis on foneetiliselt erinevad. Komisjon nõustub samas vaidlustajaga, et foneetilist erinevust hinnates tuleb arvesse võtta ka asjaomastest kaupadest lähtuvat eripära, et tarbijad valivad neid valdavalt kaupluselettidelt ega tee ostuotsustust kuulmise järgi. Seetõttu on asjaomaste kaubamärkide foneetiline erinevus ka suhteliselt vähese tähtsusega, kuna tarbijate ostuotsustust mõjutavad eelkõige visuaalne ja kontseptuaalne aspekt. Pealegi on võrreldavate kaubamärkide kujunduslikud elemendid, s.o pilvede/laikude motiiv esitatud vägagi silmatorkaval ja domineerival viisil, mis kaalub üles sõnalistest elementidest tuleneva erinevuse.
Kontseptuaalselt on võrdlusalused kaubamärgid väga sarnased/peaegu identsed, kuna kõikide tähiste ülesehitus sisaldab domineeriva elemendina kujutist pilvedest/laikudest valgel või punasel taustal ja on justkui kattuvad. Raamistikus väikselt esitatud sõnad „Tere“ vaidlustaja kaubamärkidel ja sõna „Estover“ taotleja kaubamärgil ei muuda domineeriva elemendi pilvemotiivi tähendust oluliselt teistsuguseks, kuna need sõnad on esitatud viisil, milles need visuaalselt jäävad pilvede taustal pigem tahaplaanile ning ei loo uues tähenduses kujutist.
Taotleja vaidlustaud kaubamärk on ka sisuliselt kujutis tootepakendist, millel on kujutatud punased laigud valgel taustal, st tegemist on samuti puna/valge pakendiga, mis sisuliselt kordab vaidlustaja varasemate kaubamärkide ja tootepakendite ülesehitust ja värvilahendust.
Komisjon peab asjakohaseks ka põhimõtet, et kaubamärkide äravahetamise tõenäosuse hindamisel on märkide sarnasus ja kaupade/teenuste sarnasus omavahelises vastastikuses seoses selliselt, et mida sarnasemad on võrreldavad kaubad/teenused, seda erinevamad peavad olema neid eristavad kaubamärgid ning vastupidi. Vaidlustaja analüüs on näidanud, et taotleja tähisega kaitstavad kaubad on vaidlustaja kaubamärkidega kaitstud kaupadega identsed. Seega võrreldavate kaupade identsusest lähtudes tekib antud juhul oht tarbijapoolseks kaubamärkide äravahetamiseks KaMS § 10 lg 1 p 2 tähenduses.
Arvestades eeltoodud suuri sarnasusi märkide domineerivates elementides ja kaubamärkide poolt kaitstavate kaupade identsust, leiab komisjon, et esineb tõenäosus vaidlustaja kaubamärkide ja taotleja kaubamärgi registreerimiseks esitatud tähise äravahetamiseks tarbija poolt, s.t esineb tõenäosus et tarbija ajab segamini vaadeldavad kaubamärgid või seostab vaadeldavate kaubamärkide omanikke. Äravahetamise tõenäosust suurendab asjaolu, et

tegemist on identsete kaupadega ja et vaidlustaja kaubamärgid on kõrge eristusvõimega nii olemuslikult kui tänu omandatud tuntusele.
Käesolevas asjas esile toodud asjaolude põhjal on komisjonil alust järeldada, et avalikkus võib uskuda, et võrreldavate kaubamärkidega tähistatud teenused pärinevad samast ettevõttest või majanduslikult seotud ettevõtete grupist.
Seega komisjon leiab kokkuvõttes, et on tõenäoline võrreldavate kaubamärkide äravahetamine tarbija poolt, sealhulgas taotleja kaubamärgi assotsieerumine varasemate vaidlustaja kaubamärkidega. Taotleja kaubamärgi **estover + kuju** registreerimine on seetõttu vastuolus KaMS § 10 lg 1 punktiga 2 ning vaidlustusavaldus tuleb rahuldada.
Kuivõrd komisjon tuvastas taotleja kaubamärgi registreerimise vastuolu KaMS § 10 lg 1 p-ga 2, siis puudub vajadus hinnata taotleja kaubamärgi registreerimise õiguspärasust täiendavalt veel vaidlustaja viidatud KaMS § 10 lg 1 p-s 3 ja § 9 lg 1 p-s 10 sätestatud õiguskaitset välistavate asjaolude pinnalt, kuna see ei mõjutaks komisjoni otsust.

Lähtudes eeltoodust ning juhindudes tööstusomandi õiguskorralduse aluste seaduse §-st 61, KaMS § 10 lg 1 p-st 2 ja § 41 lg-st 3 komisjon

o t s u s t a s:

vaidlustusavaldus rahuldada, tühistada Patendiameti otsus kaubamärgi estover + kuju (taotlus nr M201401093) registreerimise kohta OÜ Estover Piimatööstus nimele klassis 29 ning kohustada Patendiametit jätkama menetlust komisjoni otsuses toodud asjaolusid arvestades.

Vaidlustusavalduse menetlusosaline, keda ei rahulda komisjoni otsus ja kes soovib jätkata vaidlust menetlusosaliste vahel hagimenetluse korras, võib esitada hagi kolme kuu jooksul komisjoni otsuse avaldamisest arvates. Hageja teavitab viivitamata komisjoni hagi esitamisest. Kui hagi ei ole esitatud, jõustub komisjoni otsus kolme kuu möödumisel otsuse avaldamisest ja kuulub täitmisele.

Kui hagi esitatakse, kuid kohus ei võta hagi menetlusse, jätab hagi läbi vaatamata või lõpetab menetluse otsust tegemata, jõustub komisjoni otsus vastava kohtumääruse jõustumise hetkest, kui kohtumäärusest ei tulene teisiti.

Allkirjad:

R. Laaneots E. Hallika S. Sulsenberg