

**PATENDIAMET
TÖÖSTUSOMANDI
APELLATSIOONIKOMISJON**

Otsus nr 1966-o

Tallinn, 7.06.2022

Avaldus nr 1966 – kaubamärgi „Rabarps + kuju“ (taotlus nr M202000390) registreerimise vaidlustamine

Tööstusomandi apellatsioonikomisjon (edaspidi komisjon), koosseisus Tanel Kalmet (eesistuja), Rein Laaneots, Maria Silvia Martinson, vaatas läbi **Peenjoogivabrik Nudist OÜ** (edaspidi vaidlustaja; esindaja patendivolnik Riina Pärn) 2.10.2020 vaidlustusavalduse kaubamärgi „Rabarps + kuju“ (taotlus nr M202000390, taotluse esitamise kuupäev 4.05.2020, avaldamise kuupäev 3.08.2020; edaspidi vaidlustatud kaubamärk) registreerimise vastu **Pihkla pruulikoda OÜ** (edaspidi taotleja; esindaja patendivolnik Almar Sehver) nimele klassides 32 ja 33.

Vaidlustatud kaubamärk:



Vaidlustajale kuuluv varasem Euroopa Liidu kaubamärk (vaidlustusavalduse lisa 2):

	Reg nr 018074361; taotluse esitamise kuupäev 30.05.2019	Kaitstud klassides: 32 (<i>non-alcoholic beverages; mineral and aerated waters; fruit beverages and fruit juices; syrups and other non-alcoholic preparations for making beverages</i>), 33 (<i>alcoholic beverages, except beers; alcoholic preparations for making beverages</i>)
--	--	---

Menetluse käik

1) Vaidlustaja on 2.10.2020 esitanud vaidlustusavalduse vaidlustatud kaubamärgi õiguskaitset välis-
tavate asjaolude tuvastamiseks, mis on sätestatud kaubamärgiseaduse (KaMS) § 10 lg 1 p-des 2 ja 3,
mille kohaselt õiguskaitset ei saa kaubamärk,

- mis on identne või sarnane varasema kaubamärgiga, mis on saanud õiguskaitse identsete või sama-
liigiliste kaupade või teenuste tähistamiseks, kui on tõenäoline kaubamärkide äravahetamine tarbija
poolt, sealhulgas kaubamärgi assotsieerumine varasema kaubamärgiga;

- mis on identne või sarnane varasema registreeritud kaubamärgiga, sõltumata sellest, kas varasemal
kaubamärgil on õiguskaitse identsete, samaliigiliste või teisti liiki kaupade või teenuste tähistamiseks,
juhul kui varasem Eesti kaubamärk on tuntud Eestis või varasem Euroopa Liidu kaubamärk on tuntud
Euroopa Liidus ja kui hilisema kaubamärgi põhjendamatu kasutamine kasutaks ebaausalt ära või kah-
justaks varasema kaubamärgi eristusvõimet või omandatud mainet.

Vaidlustaja nõue oli rahuldada vaidlustaja vaidlustusavaldus, tühistada Patendiameti otsus taotleja
kaubamärgitaotluse nr M202000390 registreerimise kohta ning keelduda nimetatud kaubamärgi regist-
reerimisest vaidlustusavalduses toodud asjaoludel KaMS § 10 lg 1 p-de 2 ja 3 alusel.

Vaidlustusavaldusele olid lisatud väljavõtted Patendiameti ja EUIPO andmebaasidest vaidlustatud ja
vastandatud kaubamärgi kohta.

Adress:
Toompuiestee 7
15041 Tallinn

Telefon:
627 7942
e-mail: toak@epa.ee

Faks:
645 1342
<http://toak.epa.ee/>

Komisjon võttis vaidlustusavalduse menetlusse **12.10.2020**. Avaldus toimetati taotlejale kätte (kätte saadud 21.10.2020) ning talle teatati kooskõlas tööstusomandi õiguskorralduse aluste seaduse (TÕAS) § 48² lõikega 2 kohustusest teatada kirjalikult komisjonile enne 18.12.2020, kas ta soovib avaldusele vastu vaielda või mitte.

Taotleja teatas **17.12.2020** komisjonile, et ta soovib vaidlustusavaldusele vastu vaielda. **Komisjon** andis 18.12.2020 vaidlustajale võimaluse esitada vaidlustusavaldust täiendavad põhjendused ja tõendid hiljemalt 19.02.2021.

2) 18.02.2021 esitas **vaidlustaja** vaidlustusavalduse põhjendused ja tõendid. Vaidlustaja (koduleht www.nudistdrink.com) puhul on tegemist 27.05.2011 asutatud Eesti äriühinguga, mille peamine tegevuskoht asub Tallinnas Telliskivi Loomelinnakus. Tegemist on nõ uue ajastu käsitööjoogivabrikuga – väiketootja ja mahetootjaga –, kes jookides kasutatava toorainena kasutab kõike muud peale viinamarjade ega järgi tootmisprotsessides traditsioone. Oma tegevuses on vaidlustaja lähtunud eesmärgist alustada ja juhtida puuviljavahuveinide uut ajastut. Sellega seoses kasutab ta oma toodangus vaid värskeid koostisosi, jookide tootmisel lähtub madalast suhkrusisaldusest ega lisa kontsentrante. Selle tulemuseks on mõnusalt kuivad siidrid ning põhjamaised vahuveinid, mis on viimaste aastate jooksul kogunud tuntust ja populaarsust. Vastavalt äriregistri andmetele on vaidlustaja tegev valdkonnas „siidri ja muu marja- ja puuviljaveini tootmine“ (EMTAK 11031). Inforegister.ee (Score Storybook) andmete kohaselt on antud valdkonnas tegutsevaid ettevõtteid 12.01.2021 seisuga Eestis alles jäänud 9. Vaidlustaja 2019. a käive oli 860 408 €, 2019. a lõpuseisuga oli 13 töötajat. Valdonna turu maht kokku on 56,0 miljonit eurot, millest vaidlustaja osa on tubli 2,2 % (Inforegister.ee). Ajaleht Äripäev on paigutanud vaidlustaja 2019. aastal Joogitööstuse TOP'is 2. kohale, vaatamata selle väiksusele Eesti suurtootjate kõrval. Olgugi, et vaidlustaja puhul on tegemist väiketootjaga, on tänapäevases Eestis joogitööstuses populaarsust kogunud väiketootjad, samuti on tuntust ja mainet kogunud vaidlustaja kaubamärgiga „RABARBRA“ toodang, so vahuveinid. Peamise toodangu moodustabki vaidlustaja käibes kaubamärgiga „RABARBRA“ tooted. Vaidlustaja esitas mõningaid fakte selle kaubamärgi ja sellega tähistatud toodete kohta: esimene selle kaubamärgiga toode tuli turule juunis 2017; koostöö toodete turustamiseks ja müügiks Baltikumi suurima jookide müügi- ja turundusettevõttega Prike algas 2017. a juunis; novembris 2017 oli toode müügil üle 90 müügikohas üle Eesti, sh Kaubamajas, Stockmannis, Selveris jne; Rabarbra 8,0 % on auhinnatud kui Parim Jook Põhja-Eesti Väikeettevõtetele 2018; Rabarbra 8,0 % on Eestis enimmüüv rabarberivahuvein 2017–2020 aastal (Nielsen); kõigi vahuveinide arvestuses on Rabarbra 8,0 % TOP5-10 enimmüüv vahuvein alates 2018. a suvest (Nielsen); Rabarbra 2019. a kogutoodang oli üle 100 000 pudeli; Rabarbra Brut Organic vahuvein tuli turule augustis 2019; Rabarbra Brut Organic vahuvein on auhinnatud "Parim Eesti Mahejook 2019"; Rabarbra Brut Organic 11 % osales Eesti Parima Toiduaine 2020 konkursil (konkursil said osaleda tooted, mis on Eestis tööstuslikult toodetud ning mis on toodud Eesti turule ajavahemikus 1.01- 31.12.2019 (toiduliit.ee/tegevused/parim/eesti-parim-toiduaine-2020)); Rabarbra Null 0,5 % vahuvein tuli turule veebruaris 2020; Rabarbra Eau de Vie 40 % destillaat tuli turule aprillis 2020; Rabarbra 8,0 % on Soomes laialdaselt saadaval ja enimtuntud rabarberivahuvein (saadaval alates maist 2019). Rabarbra kaubamärk on Euroopas registreeritud oktoobris 2019; Rabarbra kaubamärgiga tooted tõid 2019. aastal üle 500 000 EUR käibemaksuta müügitulu (2020. a käibemaksuta müügitulu oli 650 000 EUR); Rabarbra kaubamärgiga tooted on turu keskmisest 1,5-2 korda kallimad, kuid tänu kaubamärgi tuntuusele ja ihaldusväärsele on võimalik müüa premium-hinnaga suuri koguseid; Rabarbra kaubamärgi 2017–2019. a käive oli ligi 1,5 miljonit EUR; Rabarbra kaubamärgi hinnanguline väärtus arvatuna eeldatavast kulust sarnase tuntuuse ja tugevusega kaubamärgi loomiseks on 0,5 miljonit EUR. Taolise ulatusliku kasutuse ning oluliste investeeringute tulemusena kaubamärgiga „RABARBRA“ toodete tootmisse, turundusse, reklaami ja müüki, on vaidlustaja loonud tuntuuse (maine) ning väärtuse seoses talle kuuluva kaubamärgiga, mida ta peab oma äritegevuse üheks väärtuslikuimaks ja olulisimaks osaks. Kaubamärgiga „RABARBRA“ tähistatud vahuveine (edaspidi ka „toode“) on alates 2017. aastast müüdnud laialdaselt üle Eesti, toodet on hinnatud kõrgelt valdkonna spetsialistide poolt, mida kinnitavad ülalviidatud auhinnad, samuti leidnud tunnustuse tarbijate poolt, seda eelkõige antud juhul Eestis, mida kinnitavad müüginäitajad ning kajastused meedias. Samuti on Eesti Vabariigi President Kesti Kaljulaid 24.04.2019 Eesti Parima Toiduaine 2019 konkursi autasustamise kõnes viidanud vahuveini „RABARBRA“ populaarsusele.

Antud asjaolude kinnituseks esitas vaidlustaja (1) toote tutvustuse vaidlustaja kodulehel; (2–3) Inforegister.ee väljavõtted; (4) Riikliku Alkoholiregistri väljavõte, mis sh kinnitab ekspordiks suunatud toodet alates 2017. a; (5–8) Eesti Toiduainetööstuse Liidu (so Toiduliidu) teated; (9) vaidlustaja tutvustuse oktoobrist 2017 ühisrahasutusplatvormil Fundwise; (10–19) Google otsingu tulemused perioodil kuni 3.05.2020; (20) Google otsingu puhverdatud tulemuste mõningad väljavõtted (osaliselt kus puhverdatud andmed olid saadaval), mis kinnitavad toote müüki ja saadavust enne 4.05.2020 erinevate kanalite kaudu, sh jaemüügikettides (Selver, Prisma, Prike, CityAlko, SuperAlko jne), samuti toote pakkumist

erinevates toidukohtades üle Eesti, kinkepakendites ja mujal; (21) Vabariigi Presidendi 24.04.2019 kõne konkursi Eesti Parim Toiduaine 2019 autasustamisel, milles president Kersti Kaljulaid sedastanud: „Võin öelda, et varasematest võitjatest on Rabarbra vahuvein populaarne ja isegi kroonitud pead on mulle öelnud, et see on täitsa hea [...]“; (22) Rimi kliendilehe 10.09-16.09.2019 väljavõtte, kajastades toodet; (23) kodulehe www.thymeout.ee väljavõte 22.12.2019 blogist, kus viidatud: „Ja kui soovite midagi lihtsamat ja ülimalt populaarset, siis Nudisti Rabarbra on hea valik [...]“; (24) väljavõtte ajakirja Buduaar september-oktoober 2018 numbrist, mille artikli pealkirjas sisaldub: „[...] vahuvein RABARBRA ei jää alla hinnatud Chardonney vahuveinidele [...]“, sisus viitab „Mõistagi sobivad aastalõpusündmustele ideaalselt vahutavad mullijoogid, milledest maksab mekkida eeskätt legendaarse diiva Barbra Streisandi järgi nime saanud Rabarbrat“ ning esitab loetelu müügikohtadest, lisades „Nudisti keelekastet saavad janused osta Telliskivi SIP-ist, veini- ja õllepoodidest Tallinnas ja Tartus, kuid joogid on saadaval ka Delicel, Kaubamaja, Selverite, Juustukuningate ja Stockmanni lettidel, kokku üle 90 müügikohas üle Eesti ning veebilehel nudistdrink.com“; (25) Kaubamaja väljaande „Hooaeg. Kevad 2018“ numbri väljavõtte, milles arikkel pealkirjaga „Roosa MULL valitseb“ - selle juures foto, millel kujutatud toode, ning alapealkirja „Eesti oma Rose'd“ all kajastatud toodet, esitades „Ka Eestil on nüüd oma rosé - värske ja suvine rabarberivahuvein RABARBRA, valmistatud Eestis kasvatatud Red Champagne'i rabarberitest. /.../ Vahune rabarberijook sai Kaubamaja klientide hulgas kiirelt populaarseks. Mõõdunud aasta rabarberivein on suurelt osalt läbi müüdnud [...]“; (26) Äripäeva 3.09.2019 artikli, mis kinnitab, et kahe aastaga on vaidlustaja kerkinud 20 suurema Eesti joogitööstuse hulka, ja et vaidlustajat teatakse rabarberivahuveini Rabarbra poolest; (27) Äripäeva „Tööstusuudised. August 2019“ väljavõtte, milles kinnitatakse vaidlustaja esmakordset joogitootjate TOP-i sisenemist ning koheselt 2. koha saavutamist, ning Rabarbra vahuveini suuremate partiide valmimist, hüppelist kasvu ja laialdast müüki ja kättesaadavust 2018. a suve algusest; (28) Äripäeva „Tööstusuudised“ artikli 21.08.2019 pealkirjaga „Joogitootjate TOP: väikepruulijatest on saamas uus normaalsus“, mis kinnitab, et vaidlustaja platseerus kõrvuti suurtootjatega Joogitootjate TOPi esikolmikusse, ning alapealkirjaks „Nudisti edu taga on populaarne vahuvein“, pidades silmas toodet; (29–51) erinevad artiklid, meediakajastused vahemikus sügis 2017 kuni 3.05.2020, mis kajastavad vaidlustajat ja toodet ning selle populaarsust; (52–54) ERR populaarse õhtuse ETV telesaate Ringvaade (vastavalt turu-uuringufirma Kantar Emori 10.11.2017 avaldatud uuringule „Teleauditooriumi ülevaade oktoobrikuus 2017“, kuulus Ringvaade 2017. a oktoobris 20 vaadatuima telesaate hulka, mille vaatajaid reaalselt oli 99 000 (www.kantaremor.ee/pressiteated/teleauditooriumi-ulevaade-oktoobrikuus-2017/)) kajastuse 1500. saatest 29.11.2017 (arhiiv.err.ee/vaata/ringvaade-1500), mille sissejuhatuse avavad saatejuhid Grete Lõbu ja Marko Reikop vahuveini Rabarbra avamisega – so avasõnas Marko Reikop sedastab „[...] kuna Eesti joogi nädal on käimas ja väga palju erinevad Eesti joogitootjad on väga palju uusi jooke teinud, siis üks mis siit kohe silma torkab ja mida on sobilik pakkuda täna kõikidele meie külalistele, kes täna külla tulevad, ei ole midagi muud kui (Grete Lõbu: „vahuvein“), mitte ainult, Eestis toodetud, selle nimi on muide Nudist Rabarbra [...]“, avades Rabarbra pudeli ning valades vahuveini pokaalidesse; samuti kajastus 1597. saatest 26.04.2018. Kõik need tõendid kinnitavad vaidlustaja edu ning tuntust (mainet), eelkõige seoses vahuveiniga „RABARBRA“ ning seda enne vaidlustatud märgi taotluse esitamist 4.05.2020. Kuigi vaidlustaja tegevus avalikkusele ja seda saatnud edu seoses vahuveiniga „RABARBRA“ on toimunud vaid alates 2017. aastast, siis siiski, kõik need esitatud tõendid ja faktid näitavad ja kinnitavad laialdast kaubamärgi levikut ja populaarsust eelkõige Eestis enne vaidlustatud märgi esitamist 4.05.2020 (arhiiv.err.ee/guid/20180426075849501000300112290E2BA238B440000002912B00000D0F003953).

KaMS § 11 lg 1 p 7 kohaselt on vaidlustaja kaubamärk varasem võrreldes vaidlustatud kaubamärgi taotluse esitamise kuupäevaga.

Vaidlustaja leidis, et Patendiameti otsus vaidlustatud kaubamärgile õiguskaitse andmise kohta on vastuolus KaMS § 10 lg 1 p-ga 2. Patendiameti otsusega vaidlustatud kaubamärgile õiguskaitse andmisega kaupadele klassides 32 ja 33 võidakse kahjustada talle kuuluvaid varasemaid õigusi, kuna vaidlustatud kaubamärk on äravahetamiseni sarnane, sh assotsieeruv, talle kuuluva varasema kaubamärgiga ning vaidlustaja varasem kaubamärk hõlmab identseid/samaliigilisi kaupu. Euroopa Kohtu seisukohti arvesse võttes tuleb kaubamärkide segiajamise tõenäosust hinnata igakülgelt, võttes arvesse kõiki asjas tähtsust omavaid tegureid (11.11.1997, C-251/95 Sabel, p 22). Küsimust tuleb hinnata asjaomaste kaupade/teenuste keskmise tarbija seisukohast lähtudes (samas, p 23), kes on piisavalt informeeritud, mõistlikult tähelepanelik ja arukas, kuid kellel on harva võimalust kaubamärke omavahel otseselt võrrelda ja selle asemel tuleb tal usaldada seda vigast mälupilti, mille ta on jäädvustanud nendest tähistest oma meeltes (22.06.1999, C-342/97 Lloyd, p 26). Segiajamise tõenäosus seisneb selles, et avalikkus võib arvata, et kõnealused kaubad või teenused pärinevad samalt ettevõtjalt või ka omavahel majanduslikult seotud ettevõtjatelt (C-39/97 Canon [1998], p 29). Segiajamise tõenäosuse igakülgne hindamine peab kõnealuste kaubamärkide visuaalse, foneetilise või kontseptuaalse sarnasuse osas põhinema kaubamärkidest jääval tervikmuljel, pidades silmas nende eristavaid ja domineerivaid osi (C-251/95, p 23). Segiajamise tõenäosuse esinemise väljaselgitamisel ei tähenda kaubamär-

kide sarnasuse hindamine seda, et arvesse tuleb võtta vaid mitmeosalise kaubamärgi ühte koostisosa ja võrrelda seda teise kaubamärgiga; selle asemel tuleb võrdlemisel uurida igat kõnealust kaubamärki tervikuna, mis ei välista, et mitmeosalisest kaubamärgist asjaomase avalikkuse mällu jäänud tervikmuljes võib mõnel juhul olla domineeriv üks või mitu selle koostisosa (C-120/04 THOMSON LIFE [2005], p 29). Kui kaubamärgid langevad kokku nende algusosades, on segiajamise tõenäosus suurem, kuna tarbijad pööravad üldiselt enam tähelepanu sõna algusele, kui selle lõpule (liidetud kohtuasjad T-183/02 ja T-184/02 MUNDICOR [2004], p 83; T-112/03 FLEXI AIR [2005], p-d 64-65). Kui sarnasus esineb ainult ühes kolmest aspektist, nimelt visuaalses, foneetilisest või kontseptuaalses, siis on tähised siiski sarnased ning võib tuvastada sarnasuse taset (T-434/07 VOLVO / SOLVO [2009], p 50). Kaubamärkide segiajamise tõenäosus on suurem, kui varasemal kaubamärgil on kõrge eristusvõime kas *per se* või tulenevalt tema kasutamisest (C-251/95, p 24). Üldtunnustatud on põhimõte, mis kinnitab, et kui kaubamärk sisaldab kujunduselemente ja selgestitajutavat sõnalist osa, siis annab just nimetatud sõnaline osa kogu kaubamärgile tarbijate poolt koheselt tajutava identiteedi. Näiteks on Euroopa Üldkohus 14.07.2005 otsuses asjas nr T-312/03 SELENIUM, p 37) rõhutanud, et kui kaubamärk koosneb nii sõnalisest kui ka kujunduslikust elemendist, on kaubamärgi sõnaline osa eristusvõimelisem kui selle kujunduslik osa. Sõnaline osa on see, mis annab kõige tõenäolisemalt kogu kaubamärgile nime. Samuti on Üldkohus märkinud, et avalikkus üldiselt ei käsitle mitmeosalises kaubamärgis sisalduvat kirjeldavat elementi märgi tervikmuljes eristusvõimelise ja domineeriva osana (T-129/01 BUDMEN [2003], p 53).

Vaidlustaja kaubamärgi puhul on tegemist kujutismärgiga, milles kõige domineerivamaks ning eristusvõimelisemaks osaks on sõnaline element „RABARBRA“. Taotleja kaubamärk koosneb sõnalisest elemendist „Rabarps“ koos kujundelemendiga. Siiski on taotleja kaubamärgis kõige eristusvõimelisemaks ja domineerivamaks elemendiks sõna „Rabarps“, langedes suures osas kokku vaidlustaja kaubamärgis sisalduva elemendiga. Olgugi et mõlemaid märke võib teatud määral seostada kõnealustes toodetes sisalduva või potentsiaalselt sisalduva koostisosaga (so rabarberiga), siis võrreldavad tähised on siiski äravahetamiseni sarnased KaMS § 10 lg 1 p 2 tähenduses. Pealegi, vastavalt varasemale kaubamärgipraktikale, ei eristata kaubamärkide võrdluses suur- ja väiketähti. Võrreldes kaubamärkide sõnalisi osi, on võrreldavad kaubamärgid vaidlustaja hinnangul visuaalselt, foneetiliselt ja kontseptuaalselt äravahetamiseni sarnased.

Visuaalselt on märgid sarnased. Vaidlustaja märgis domineerib ja eristub sõnaline element RABARBRA roosas värvilahenduses. Roosa värvitoon seondub samas kõnealuste toodetega, mistõttu tarbija antud värvilahendusele olulist tähelepanu ei omista, pöörates põhitähelepanu sõnale. Kui tarbija ka omistab värvilahendusele tähelepanu, siis pigem suurendab antud värvilahendus sõnalise elemendi tajumist ning selle sõna meeldejäämist kontekstis. Taotleja märk on samuti esitatud nimetatud toodete komponendi, so rabarberi, värvitoonides, millele tarbija olulist tähelepanu ei pööra. Olgugi, et esimene täht R- on kujutatud kombineerituna rabarberi lehe kujuga, siis esmapilgul antud tähisega kokku puutudes pigem üritab tarbija tajuda ja tunnetada selles tähises sõnalise konteksti tajumist, nähes esmapilgul tähte R- ning seejärel tunnetades alles selle kujundust. Samas on taotleja kaubamärgi ülejäänud tähed esitatud lihtsas tänapäeval laialt kasutatavas ja populaarses tähešriftis, millele tarbija olulist tähelepanu ei pööra. Seega, visuaalselt tajub tarbija taotleja märgis tähist „Rabarps“, mille kujutamiseviisi omab seoseid toodete komponendiga rabarber ning on samuti kujutatud rabarberi värvilahendustes, millele tarbija tähelepanu ei pööra ning kui ka pöörab, siis pigem suurendab selle värvilahenduse kasutamise sõnalise elemendi tajumist ja seoseid kontekstiga. Pealegi on esitähes R- kasutatud värvilahenduse punakas värvitoon sarnane vaidlustaja märgis kasutatud värvilahendusega. Olgugi, et see taaskord seondub kõnealuste toodete komponendiga, toob see siiski esile nende märkide visuaalselt sarnaseid jooni või omab visuaalses kontekstis tarbijatele meeldejäävust. Võrreldavad sõnad RABARBRA vs Rabarps aga on ise suures osas kokkulangevad, mida toetab võrreldavate tähisteh foneetiline analüüs.

Foneetiliselt on märgid sarnased. Võrreldavad elemendid RABARBRA vs Rabarps langevad algusosas suuremalt jaolt kokku, eristudes üksteises vaid tähtede –BRA vs. –PS poolest. Tähed -B- ja -p- omavad samuti foneetilist sarnasust, mistõttu tegelikkuses eristuvad need elemendid vaid lõputähtede -RA vs -S osas. Nimetatud väike erinevus lõputähtedes siiski kaubamärgipraktika kohaselt tähisteh omavahelises võrdluses olulist tähtsust ei oma, kuna väljakujunenud kohtupraktika kohaselt pööravad tarbijad üldjuhul rohkem tähelepanu märgi esimesele osale (T-803/14 B'lue, p 31).

Kontseptuaalselt omavad võrreldavad tähised sama tähendust, kuivõrd seonduvad kõnealustes toodetes sisalduva või potentsiaalselt sisalduva komponendiga „rabarber“. Olgugi, et võrreldavad märgid ning nende seondumine tähendusega „rabarber“ võib omada kirjeldavaid ja/või eristusvõimetuid tunnusjooni seoses kõnealuste kaupadega, on siin siiski oluline, et mõlemad sõnad on tegelikult eristusvõimelised ning neil tähistel on sarnane ülesehitus – kumbki sõna on nõ 'mänglevalt' moonutatud sõna sõnast „rabarber“, kusjuures sõna moonutus esineb ühesuguselt sõna lõpuosas. Kuigi on aktuaalne

nõ 'kiiksuga' sõnade tekitamine toote kirjeldavast sõnast, siis siiski antud juhul omab selline mõõnutamine sarnaseid tunnusoone, sarnast mängulisust sõnast „rabarber“ – tarbijad võivad vaadelda taotleja tähist kui vaidlustaja kaubamärgi edasiarendust või varianti.

Kombineeritud kaubamärki, mis sisaldab oma koosseisus varasemat kaubamärki, tuleb pidada sarnaseks, kui kombineeritud kaubamärgi domineeriv element on identne või sarnane varasema kaubamärgiga kaitstud tähisega (C-3/03 P Matratzen Concord [2004], p 32). Isegi kui varasema kaubamärgi koostisosa ei ole hilisema kaubamärgi domineerivaks osaks, võib ikkagi tuvastada sarnasust, kui tal on selles märgis iseseisev ja eristusvõimeline positsioon (C-120/04, p 29-31). Arvestades elemendi „Rabarps“ domineerimist vaidlustatud kaubamärgis, on element „Rabarps“ taotleja kaubamärgi domineerivaks osaks ja domineeriva osana ka seda tajutakse, ning omab selgelt iseseisvat ja eristusvõimelist positsiooni vaidlustatud märgis. Element „Rabarps“ on tarbijate tähelepanu keskmes, kes näevad või võivad näha taotleja kaubamärki kui teist vaidlustaja kaubamärki, mis võib moodustada osa vaidlustaja kaubamärkide perekonnast.

Vaidlustaja järeldas, et võrreldavad kaubamärgid on visuaalselt, foneetiliselt ja kontseptuaalselt sarnased. Antud juhul sisaldab taotleja kaubamärk selle olulises domineerivas osas vaidlustaja kaubamärgiga ligilähedast/sarnast elementi. Kaubamärkide sarnasust suurendab tarbijate „ebatäiuslik mälu“ pilt. Keskmisel tarbijal on harva võimalust otseselt võrrelda erinevaid kaubamärke ning ta peab „usaldama seda vigast mälu“ pilti, mille ta on jäädvustanud nendest tähistest oma meeltes“ (C-342/97, p 26). Seega ei võrdle tarbijad vaidlustaja ja taotleja kaubamärke kõrvuti, vaid jätavad meelde nende kaubamärkide domineeriva foneetilise, visuaalse ja kontseptuaalse elemendi, milleks on sarnased sõnad RABARBRA vs Rabarps. Seega on võrreldavate tähisteh puhul tegemist sarnaste tähistehga KaMS § 10 lg 1 p 2 mõistes ning esmane eeldus võrreldavate kaubamärkide identsusest/sarnasusest on täidetud.

KaMS § 10 lg 1 p 2 kohaldamise teiseks eelduseks on kaupade/teenuste identsus ja/või samaliigilisus. Kaubamärkidega kaetud kaupade või teenuste samaliigilisuse analüüsimisel on Euroopa Kohus asunud seisukohale, et hinnates kaupade või teenuste samaliigilisust, tuleb arvesse võtta kõiki asjakohaseid tegureid, mis iseloomustavad kaupade- või teenustevahelisi seoseid. Antud tegurid hõlmavad sealhulgas võrreldavate kaupade olemust, lõpptarbijaid ja kasutusviisi ning kas nad on üksteise suhtes konkureerivad või üksteist täiendavad (C-39/97, p-d 19 ja 23). Samuti on Riigikohus 3.10.2007 otsuses nr 3-2-1-86-07 selgitanud, et teenuste samaliigilisuse hindamisel tuleb arvestada kõiki kaupade ja teenustega seotud aspekte, sh nende olemust, nende lõpptarbijaid, nende kasutusviisi, kaubamärgi kasutamise tekkivaid assotsiatsioone, kaubamärkide ja kaupade (teenuste) sarnasuse astet ning kas need on üksteist asendavad või täiendavad. Piisab ka üksnes ühe tunnuse esinemisest, kui see avaldub piisavalt tugevalt, et pidada teenuseid samaliigilisteks.

Vaidlustaja kaubamärgiga tähistatakse klassis 32 kaupu [õlu:] *alkoholivabad joogid; mineraal- ja gaseerivesi; puuviljajoogid ja puuviljamahlad; siirupid ja teised alkoholivabad joogivalmistusained* ja klassis 33 kaupu *alkoholjoogid (v.a õlu); alkoholjookide valmistusained*.

Taotleja kaubamärgiga tähistatakse klassis 32 kaupu *ale (õlu); alkoholivabad õlled; alkoholivabad õllemaitselised joogid; bock-õlu; hele ale-tüüpi õlu; hele õlu; ipa-tüüpi õlu; kali (alkoholivaba jook); käsitööõlled; kohvimaitseline ale-tüüpi õlu; kohvimaitseline õlu; laagriõlu; linnaseõlu; linnasevirre; maitsestatud õlu; mineraalidega rikastatud õlled; must õlu (pruunistatud linnaseõlu); nisuõlu; odravein (õlu); õlleimitatsioon; õllepõhised joogid; õllepõhised kokteilid; õllevirre; õlu; õlu sidrunilimonaadi või ingverijoo-giga; porter (tume õlu); saison-tüüpi õlu; stout (iiripärane tume õlu); alkoholi- ja linnasevabad joogid, v.a meditsiinilised; alkoholivaba kaneelipunš kuivatatud diospüüriga (sujeonggwa); alkoholivaba punš; alkoholivaba puuviljapunš; alkoholivaba riisipunš (sikhye); alkoholivaba siider; alkoholivabad aperitiivid; alkoholivabad gaseeritud puuviljamahlajoogid; alkoholivabad joogid aloe vera'st; alkoholivabad karastusjoogid; alkoholivabad kohvimaitselised joogid; alkoholivabad kokteilid; alkoholivabad kokteili-põhjad (joogivalmistussegud); alkoholivabad kokteilisegud; alkoholivabad linnasejoogid; alkoholivabad meejoogid; alkoholivabad meest valmistatud joogid; alkoholivabad puuviljakokteilid; alkoholivabad puuviljamahla sisaldavad joogid; alkoholivabad teemaitselised joogid; alkoholivabad veinid; apelsini-odrajoogid; douzhi (kääritatud oajook); elektrolüüte sisaldavad spordijoogid; energijoo-gid; energijoo-gid, v.a meditsiinilised; gaseerimata karastusjoogid; guaraanajoogid; hiniinivesi; alkoholivabad liköörid; alkoholivabad puuviljaekstraktid jookide valmistamiseks; apelsinidest pressitud mahlad; ekstraktid jookide valmistamiseks; essentsid alkoholivabade jookide valmistamiseks, v.a eeterlikud õlid; gaseer-joogipulbrid; gaseerjoogitabletid; gaseerveevalmistusained; humalaekstraktid jookide valmistamiseks; humalaekstraktid õlle valmistamiseks; joogiessentsid; joogisiirupid; joogivalmistuspulbrid; kääritamata konservitud veinivirre; kääritamata veinivirde ekstraktid; karastusjoogipulbrid; karastusjookide kont-sentraadid; karastusjookide valmistamisel kasutatavad kontsentraadid; kookosveejookide valmistami-se pulbrid; lahjendatavad ained (kontsentraadid) jookide valmistamiseks; laimimahl jookide valmista-miseks; laimimahlakontsentraadid; likööri valmistusained; limonaadisiirupid; linnasesiirup jookide val-*

mistamiseks; mahlasiiirupid (alkoholivabad joogid); maitsestatud mineraalvee valmistamise essentsid, v.a eeterlikud õlid; maitsestatud mineraalvee valmistamisel kasutatavad siirupid; alkoholivabad puuviljajookide kontsentraadid; mustasõstrakontsentraadid; oržaad (mandlimaitseline karastusjook); puuviljajookide valmistamise kontsentraadid; puuviljapõhiste jookide valmistamisel kasutatavad pulbrid; sidrunijook; sidrunimahl jookide valmistamiseks; siirupid alkoholivabade jookide valmistamiseks; siirupid ja muud alkoholivabad joogivalmistuspreparaadid; siirupid jookide valmistamiseks; siirupid karastusjookide valmistamiseks; siirupid puuviljamaitsete jookide valmistamiseks; sorbetijookide valmistamise segud; vadaku jookide valmistamise siirupid; veinivirre, kääritamata viinamarjamahl; sojapõhised joogid, v.a piimaasendajad; alkoholivabad gaseeritud joogid; alkoholivabad gaseerjoogid; alkoholivabad maitsestatud gaseeritud joogid; alkoholivabad teemaitsetelised karastusjoogid; gaseeritud alkoholivabad joogid; gaseeritud mahlad; gaseeritud mahlajoogid; gaseeritud mõru sidrunijook (bitter lemon); ingveriõlu; koola; koolad (karastusjoogid); koolajoogid; koorelimonaad; kuiv ingveriõlu; limonaadid; madala kalorsusega karastusjoogid; puuviljamaitsetelised karastusjoogid; sassafras'i juurtest valmistatud kaljajook (root beer); toonik (ravitoimeta jook); aaloemahlapõhised joogid; aedviljamahlad; alkoholivabad grebimahlajoogid; alkoholivabad köögiviljamahlajoogid; alkoholivabad puuviljaekstraktid; alkoholivabad puuviljajoogid; alkoholivabad puuviljamahlajoogid; alkoholivabad puuviljanektarid; aloe vera mahlad; ananassimahlajoogid; apelsinimahl; apelsinimahlajoogid; arbuusimahl; gaseeritud puuviljamahlad; granaatõunamahl; greibimahl; guajaavimahl; ingverimahlajoogid; jääga puuviljajoogid; jõhvikamahl; kondenseeritud suitsuploomimahl; allikavesi; destilleeritud joogivesi; gaseerimata veed; gaseeritud veed ja mineraalveed; gaseeritud vesi, gaseerivesi; gaseerivesi (soodavesi); joogivesi; karboniseeritud mineraalvesi; kookosvesi joogina; lauaveed; liitiumoksiidi sisaldav mineraalvesi; liustikuvesi; maitsestatud mineraalvesi; maitsestatud veed; mineraalidega rikastatud joogivesi; mineraalvesi (jook); ravitoimeta mineraalvesi; mullivesi; pudelisse villitud joogivesi; puhastatud joogivesi; vähese alkoholisisaldusega õlu; isotoonilised joogid; isotoonilised joogid, v.a meditsiiniliseks otstarbeks; kaerapõhised joogid, v.a piima aseained; kasemahl; kofeiini sisaldavad energijaogid; köögiviljamahlu sisaldavad alkoholivabad joogid; kuivatatud puuviljade põhised alkoholivabad joogid; külmutatud gaseerjoogid; mahedikud (alkoholivabad puuviljajoogid); mahlad; maitsestatud gaseeritud joogid; meepõhised alkoholivabad joogid; mungubadest joogid; osaliselt külmutatud purustatud jää joogid; pähkli- ja sojajoogid; proteiinjoogid; pruuni riisi põhised joogid, v.a piimaasendajad; puuviljamahlad; puuviljapõhised külmutatud joogid; ramune (jaapani limonaad); riisipõhised joogid, v.a piimaasendajad; rohelistest köögiviljadest mahlajoogid; sarsaparillijook (alkoholivaba jook); šerbetid (joogid); sidruni-odrajoogid; smuutid; sorbett joogina; spordijoogid; suitsuploomijoogid; süsivesikujoogid; teega maitsestatud puuvilja-karastusjoogid; toitaineliseadega rikastatud joogid; vadakujoogid; vahtramahl; valkudega rikastatud spordijoogid; veed (joogid); vitamiine sisaldavad joogid; vitamiinide ja mineraalainetega rikastatud alkoholivabad joogid; vitamiinidega rikastatud gaseeritud joogid; vitamiinidega rikastatud alkoholivabad joogid ja klassis 33 kaupu alkohoolsed puuviljaekstraktid; piiritusekstraktid; piiritusesentsid; alkoholiga munaliköör; alkoholiga tarretised; alkohoolsed bitterid; aniisiliköör; anisett (liköör); aperitiivid; bitterid; destilleeritud alkohol; digestiivid (liköörid ja piiritusjoogid); karboniseeritud alkohoolsed joogid, v.a õlu; kohviiliköörid; kokteileid; kooreliköörid; kooreisisaldusega liköörid; kùrassao, pomerantsiliköör; liköörid; madala alkoholisisaldusega joogid; mõdu; mustasõstraliköör; nira (alkohoolne jook suhkruroo baasil); piiritusjoogid; piparmündiliköörid; pirnivein; riisivein; sake (riisivein); absint; aguardiente (suhkruroopiiritusjook); akvaviit; arrak; arrak (alkoholjook); baijiu (hiina destilleeritud alkoholjook); brändi; burboonviski; cachaca (brasiilia suhkruliköör); destilleerimise teel saadud joogid, aetised, destilleeritud joogid; džinn, kadakamarjaviin; grappa; hiina pruulitud liköör (laojiou); hiina seguliköör (wujiapie-jiou); hiina sorgo baasil valmistatud kange alkohoolne jook (gaolian-jiou); hiina sorgopõhised alkoholjoogid; hiina valge liköör (baiganr); jaapani ploomi ekstraktidega maitsestatud jaapani liköörid; jaapani ploomi ekstraktiga maitsestatud toniseeriv liköör (umeshu); jaapani taastõdeldud liköörid (naoshi); jaapani valge liköör (shochu); kääritatud piiritusjoogid; kalvados; kanada viski; alkoholveinid; amontillado (šerri); brändilisandiga veinid; dessertveinid; destilleeritud alkohollikööri põhised aperitiivid; gaseerimata veinid; hõõgveinid; kaitstud geograafilise tähisega veinid; kaitstud päritolunimetusega veinid; kangestatud veinid; kollane riisivein; korea traditsiooniline riisivein (makgeoli); korea vaarika vein (bokbunjaju); lauaveinid; maasikavein; magusad veinid; naturaalsed vahuveinid; ogapaanaksivein (ogapiju); piquette (viinamarjavein); põldmarjavein; punased vahuveinid; punased veinid; puuviljavahuvein; kuiv siider; magus siider; alkoholi sisaldavad energijaogid; alkoholi sisaldavad kokteileid (alcopop'id); alkoholiga aperitiivbitterid; alkoholiga kohvijooj; alkoholiga kokteilisegud; alkoholiga puuviljakokteilijoogid; alkoholiga teejoogid; alkohoolsed energijaogid; alkohoolsed joogid puuviljadest; alkohoolsed kokteileid jahutatud tarretise kujul; alkohoolsed piimakokteileid; alkohoolsed punsid; alkohoolsed puuvilju sisaldavad joogid; jaapani magus riisipõhine seguliköör (shiro-zake); likööripõhised aperitiivid; puuvilju sisaldavad alkohoolsed joogid; rummipõhised joogid; rummipunš; sangria; valmis alkoholikokteilid; valmissegatud alkoholjoogid, v.a õllepõhised; valmissegatud veinikokteilid; veini sisaldavad jahutavad kokteileid (cooler'id) (joogid).

Eeltoodust nähtub, et vaidlustaja kaubamärk on üldiselt kaitstud alkoholivabade jookide [ja õlu] osas (klass 32), alkohoolsete jookide osas (klass 33) ning nende jookide valmistusainete osas (klassid 32,

33). Taotleja soovib oma kaubamärgiga õiguskaitset saavutada identsetele toodetele, kuivõrd vaidlustatud märgiga on hõlmatud nii alkoholivabad joogid, alkohoolsed joogid kui ka ained nende valmistamiseks. Seega soovib taotleja saavutada õiguskaitset identsetele kaupadele, mis on hõlmatud vaidlustaja varasema kaubamärgiga klassides 32 ja 33. Vaidlustaja järeldas, et võrreldavate kaubamärkidega kaetud kaubad on KaMS § 10 lg 1 p 2 tähenduses identsed ning teine eeldus võrreldavate kaubamärkide identsusest/sarnasusest on täidetud.

Vastavalt Euroopa Kohtu lahenditele tähendab tõenäoline kaubamärkide äravahetamine seda tõenäosust, et tarbija võib uskuda, et vaadeldavad kaubad või teenused pärinevad samalt ettevõtjalt või vastavalt olukorrale, majanduslikult seotud samalt ettevõtjalt (T-169/03 SISSI ROSSI, p 77). Segiajamise tõenäosust tuleb hinnata igakülgset vastavalt sellele, kuidas asjaomane avalikkus tähiseid ning nendega kaetud kaupu ja teenuseid tajub, võttes arvesse kõiki juhtumi asjassepuutuvaid tegureid (C-251/95, p 22), eelkõige kaubamärkide sarnasust ning kaupade ja teenuste sarnasust, mis on omavahelises sõltuvuses selliselt, et mida sarnasemad on kaubamärgid, seda suurem peab olema erinevus kaupade ja teenuste vahel ning vastupidi (C-39/97, p 17). Segiajamise tõenäosuse igakülgse hindamise raames eeldatakse, et asjaomase kaubakategooria keskmine tarbija on piisavalt informeeritud, mõistlikult tähelepanelik ja arukas. Samuti tuleb arvesse võtta asjaolu, et keskmise tarbija tähelepanelikkuse tase võib vastavalt kõnealusele kauba- või teenusekategoriale erineda (C 342/97, p 25-26).

Kõnealused identsed tooted on suunatud üldiseks tarbimiseks laiale tarbijaskonnale, kelle tähelepanu aste antud kaupade ostmisel ning nendega kokkupuutel võib pidada keskmiseks, seega tuleb võrreldavate kaubamärkide äravahetamise tõenäosust hinnata keskmise tarbija seisukohtadest lähtuvalt, kelle tähelepanu aste nende kaupadega kokku puutudes ei ole kõrge.

Õiguskaitset soovitakse saavutada tähisele, milles selgelt eristub ja on esiletõusvaks element „Rabarps“. Samas omab vaidlustaja varasemat õiguskaitset kaubamärgile, milles kõige eristusvõimelisemaks ja domineerivamaks elemendiks on sõna „RABARBRA“. Tarbijad tajuvad ja jätavad võrreldavaid kaubamärke meelde nimetatud sõnade kaudu. Samas on tegemist suures osas kokkulangevate elementidega. Olguigi, et märgid võivad seostuda kõnealuste kaupadega (so nendes sisalduva komponendiga „rabarber“), on siiski märkide ülesehitus sarnane – pole ju taotleja kaubamärgis sisalduv tähis pelgalt kirjeldav sõna „rabarber“, vaid selle sarnase ülesehitusega nõ 'mänglev sõna' või 'kiiksuga sõna' sõnast „rabarber“, kusjuures sõnade moonutus leiab aset sarnaselt, so sõnade lõpus, omistades tarbijatele sarnaseid tunnetuslikke jooni, sarnast tähiste tunnetuslikku ja tähenduslikku tajumist. Tarbija, kes tähistes kasutatud värvilahendustele tähelepanu ei pööra, näeb eelkõige neid sarnaseid sama ülesehitusega sõnu. Tarbija, kes pöörab ka märkides kasutatud värvilahendustele tähelepanu, seostab seda värvilahendust märgi tähendusliku aspektiga, mis veelgi suurendab nende märkide omavahelisi seoseid ning nende märkide omavahelisi sarnaseid tunnetuslikke protsesse. Seega on võrreldavad kaubamärgid üldmuljelt sarnased. Tarbija võib eeldada, et vaidlustatud kaubamärgi näol on tegemist vaidlustaja kaubamärgi variatsiooniga või ka näiteks kaubamärgiperekonda kuuluva kaubamärgiga. Tarbijad võivad tajuda uue kujundusega kaubamärki vaidlustaja kaubamärgi uue kujunduse või selle edasiarendusena. Võrreldavate tähistega on hõlmatud identsed kaubad, mis suurendab segiajamise tõenäosust veelgi. Seega võivad tarbijad eeldada ja uskuda, et vaadeldavad kaubad pärinevad samalt ettevõtjalt või vastavalt olukorrale, majanduslikult seotud samalt ettevõtjalt, mistõttu on tõenäoline kaubamärkide äravahetamine, sh nende assotsieerumine. Segiajamise tõenäosuse riski suurendab vaidlustaja hinnangul ka vaidlustaja märgi omandatud kõrge eristusvõime turul. Nimelt on Euroopa Kohtu seisukohtade kohaselt kaubamärkide äravahetamise tõenäosus suurem, mida eristusvõimelisem on varasem kaubamärk (vt C-251/95, p 24), ning sellest tulenevalt omavad kõrge eristusvõimega kaubamärgid kas *per se* või siis tulenevalt nende omandatud mainest turul laiemat kaitset kui seda on väiksema eristusvõimega kaubamärgid (ibid., p 18). Vaidlustaja on oma märgi tuntuse (mainega) seotud asjaolusid käsitlenud eespool ja näidanud, et tema märk on olnud kasutusel ja saavutanud maine/tuntuse Euroopa Liidu territooriumil, eelkõige Eestis, enne vaidlustatud märgi taotluse esitamist. Sellest tulenevalt leidis vaidlustaja, et tema kaubamärk on muutunud *per se* või selle mainest turul kõrge eristusvõimega tähiseks, mis suurendavad veelgi enam võrreldavate tähiste äravahetamise riski tarbijate poolt. Seda enam, et mõlemad osapooled pakuvad või plaanivad pakkuda identsid / sarnaseid kaupu ning kõnealused kaubad on suunatud samale tarbijaskonnale. Isegi, kui komisjon peaks tuvastama võrreldavate märkide vahel madala sarnasuse astme, siis vaidlustaja peab vajalikuks viidata, et vastavalt Euroopa Kohtu praktikale isegi juhul, kui tähised on vähesel määral sarnased, võib asjaomase avalikkuse hulgas esineda märkide segiajamise tõenäosus, arvestades muude asjakohaste tegurite olemasolu, näiteks varasema kaubamärgi tuntus või maine (C-328/18 P BLACK LABEL [2020], p 60). Seega, võttes arvesse kõiki asjakohaseid tegureid ja eelkõige kaubamärkide ja nendega kaetud kaupade vastastikuse sõltuvuse printsiipi, ning asjaolu, et keskmine tarbija omab harva võimalust võrrelda erinevaid märke otseselt, millega seoses tuleb tal usaldada seda vigast mälupilti, mille ta on jäädvustanud nendest tähistest oma meeltes, siis sellest tulenevalt erinevused nende võrreldavate tähistega vahel pole piisavad, mis välistaksid nende tähistega omavahelise sarnasuse,

eriti arvestades nende visuaalset, foneetilist ja kontseptuaalset sarnasust ning kaupade identsust. Seetõttu võib asjaomane avalikkus uskuda, et need identsed/sarnased kaubad pärinevad samalt ettevõtjalt või vähemalt omavahel majanduslikult seotud ettevõtjatelt. Lisaks hõlmab segiajamise tõenäosus ka assotsieeruvuse tõenäosust, seda sel moel, et asjaomane avalikkus võib uskuda, isegi kui ta neid võrreldavaid tähiseid omavahel otseselt segi ei aja, et need kaubamärgid on omavahel seotud sama kaubandusliku päritoluga. Käesoleval juhul võib asjaomane avalikkus näiteks uskuda, et taotleja kaubamärk on vaidlustaja kaubamärgi variantiks. Antud asjaolusid arvesse võttes leidis vaidlustaja, et võrreldavad kaubamärgid on sedavõrd sarnased, et on võimalik tarbijatepoolne tõenäoline kaubamärkide äravahetamine, sh kaubamärkide assotsieerumine KaMS § 10 lg 1 p 2 tähenduses.

Lisaks KaMS § 10 lg 1 p-s 2 sätestatud õiguskaitset välistava asjaolu esinemisele, oli vaidlustaja seisukohal, et Patendiameti otsus kaubamärgi "Rabarps + kuju" registreerimise kohta on vastuolus ka KaMS § 10 lg 1 p-ga 3. Antud juhul on vaidlustaja tuginenud oma EL kaubamärgile. Mõiste „maine“ eeldab teatavat tuntuse taset asjaomase avalikkuse hulgas (6.10.2009, C-301/07 PAGO, p 21). Vastavalt kohtupraktikale võib EL kaubamärgi tuntuks lugemisel piisata tema tuntusest ühes liikmesriigis (C-301/07, p-d 27-29). Vaidlustaja on näidanud ja tõendanud, et tema kaubamärk on mainekas/tuntud EL-is, eelkõige Eestis, sealjuures langes kokku taotletava kaubamärgi territooriumiga, ning seda enne vaidlustatud kaubamärgi taotluse esitamise kuupäeva 4.05.2020. Kuivõrd kaubamärk omab kõrget tuntust/mainet siinse asjaomase avalikkuse hulgas, on täidetud nõue varasema EL kaubamärgi tuntuusest Euroopa Liidus. Vaidlustaja märgi tuntuse (maine) Eesti territooriumil võib lugeda piisavaks ka tuginedes Tallinna Ringkonnakohtu 1.10.2012 lahendile tsiviilasjas nr 2-12-4639 (BAUHOF), milles Tallinna Ringkonnakohus on sedastanud, et „[...] Asjaoludest sõltuvalt võib ühenduse kaubamärgi tuntuks lugemisel piisata tema tuntusest ühes liikmesriigis (C-301/07). Põhimõtteliselt võib seega selleks liikmesriigiks olla Eesti, aga ka Soome või Saksamaa. [...]“. Samas, KaMS § 10 lg 1 p 3 normikoosseis ei näe ette, et kaubamärkide sarnasus esineks määral, mis võib kaasa tuua kaubamärkide äravahetamise tõenäosuse, vaid oluline on lihtsalt kaubamärkide sarnasus (C-408/01, p 31). Antud juhul on siiski tegemist äravahetamiseni sarnaste, sh assotsieeruvate kaubamärkidega, mistõttu on võrreldavate tähiste omavaheline sarnasus KaMS § 10 lg 1 p 3 kontekstis igati ilmne.

Vaidlustatud kaubamärgiga võidakse ära kasutada või kahjustada varasema märgi mainet või selle eristusvõimet ning taotleja võib olla õigustamatult ära kasutanud varasema märgi maine/tuntuse. Vaidlustaja on mitmeid aastaid ning eelkõige Eestis kasutanud laiaulatuslikult oma kaubamärki, tekitades teatud tuntuse/maine tähisele „RABARBRA“ identsetel ja sarnastel (sh üksteist täiendavatel) toodetel. Olgugi, et vaidlustaja kaubamärk on mainekas/tuntud vahuveinide (sh alkoholivabade) osas, on taotleja sooviks saavutada õiguskaitse alkoholivabadele ja alkoholsetele jookidele ning nende valmistusainetele, mis on tihedalt seotud ja (osalt) kokkulangev vaidlustaja varasema tuntud/maineka kaubamärgi turusektoriga. Joogitööstuse valdkonnad on omavahel seotud, mida tõendab ka asjaolu, et taotleja soovib õiguskaitset saavutada mõlemas valdkonnas, so nii alkoholivabadel kui alkoholsetel jookidel, sealjuures ka vahuveinidel ning selliste toodete osas, mis pole kuidagi seotud rabarberi toorainega. Nii näiteks soovib taotleja õiguskaitset ka sellistele toodetele nagu riisi-, apelsini-, ingveri-, odra-, maasikajoogid jne. Sellistel toodetel puudub igasugune puutumus rabarberiga ning juhul, kui taotleja peaks tuginema oma vastuargumentides oma kaubamärgi kirjeldava olemuse seostele, siis pole sellised vastuargumentid kuidagi asjakohased ega põhjendatud. Seega pidas vaidlustaja selgeks, et taotleja võib olla ära kasutanud vaidlustaja märgist tulenevat tuntust, eesmärgiga soodustada enda majanduslikku edu, sh suurendades vaidlustatud kaubamärgi all pakutavate kaupade läbimüüki. Vaidlustaja märgi maine kahjustamine seevastu võib aset leida, kuna vaidlustatud tähisega võidakse ennekõike kahjustada vaidlustaja märgi peamist ülesannet tagada kaubamärgiga pakutavate kaupade / teenuste kvaliteet, mõjutades samuti reklaami, mille üle vaidlustajal puudus vaidlustatud kaubamärgi registreerimisel ja kasutamisel igasugune kontroll. Vaidlustatud kaubamärgis sisaldub suures osas kokkulangev element "Rabarps", mis annab viiteid vaidlustajale ning tekitavad seoseid vaidlustajaga ja/või tema maineka/tuntud kaubamärgiga. Uue kaubamärgi registreerimisega teise isiku nimele kahjustatakse seda mainet, mida vaidlustaja on oma kaubamärgiga kasutamise käigus siiani omandanud ning vaidlustaja huvides pole uuele sarnasele märgile õiguskaitse andmine teise isiku nimele, millega võidakse ära kasutada või kahjustada seda omandatud mainet/tuntust. Vaidlustatud kaubamärgi kasutamine ja registreerimine klasside 32 ja 33 kaupade suhtes kahandaks seda hoolikalt hoitud positiivset mainet, mida vaidlustaja on omandanud seoses oma märgi senise kasutamisega identsetel ja sarnastel kaupadel. Vaidlustaja leidis, et taotleja kaubamärgi kasutamine kahjustab ka vaidlustaja varasema kaubamärgi eristusvõimet läbi „hägustamise“/“lahjendamise“ (ingl k: blurring / dilution). Taoline kasutamine vähendab selgelt vaidlustaja kaubamärgi võimet eristada oma kaupu ning nende atraktiivsust. Järelikult on vaidlustatud kaubamärgi registreerimise otsus vastuolus KaMS § 10 lg 1 p 3 sättega.

19.02.2021 andis komisjon taotlejale võimaluse vaidlustajale vastata hiljemalt 20.04.2021.

3) 20.04.2021 esitas **taotleja** oma seisukoha. Taotleja teatas, et ta ei nõustu vaidlustusavalduses esitatuga ja vaidleb sellele vastu, ning palus tuvastada, et vaidlustatud kaubamärgi osas ei esine KaMS § 10 lg 1 p-des 2 ja 3 sätestatud õiguskaitsset välistavaid asjaolusid.

Taotleja märkis vastuväitena vastandatud kaubamärgi mainekusele, et kooskõlas Euroopa Parlamendi ja nõukogu määruse (EL) 2017/1001 (edaspidi kaubamärgimäärus) artiklis 8(5) sätestatuga, registreeritud varasema kaubamärgi omaniku vastulause korral ei registreerita taotletavat kaubamärki, kui see on identne või sarnane varasema kaubamärgiga, sõltumata sellest, kas seda tahetakse registreerida kaupade või teenuste jaoks, mis on identsed, sarnased või ei ole sarnased nendega, mille jaoks varasem kaubamärk on registreeritud, kui varasema ELi kaubamärgi olemasolu korral on see liidus mainekas ja varasema riigisisese kaubamärgi olemasolu korral on see mainekas asjaomasel liikmesriigis ning kui taotletava kaubamärgi kasutamine asjakohase põhjuseta tähendaks varasema kaubamärgi eristatavuse või maine ebaasat ärakasutamist või kahjustamist. Euroopa Kohus on leidnud, et EL kaubamärki peab ühenduse territooriumi olulises osas teadma kaubamärgiga hõlmatud kaupade või teenuste asjaomase sihtrühma oluline osa. Konkreetse kohtuasja asjaolusid arvestades peeti kõnealuse liikmesriigi (Austria) territooriumi Euroopa Liidu territooriumi oluliseks osaks (p-d 29 ja 30). Ekslik on vaidlustaja arusaam, nagu oleks kohus tuvastanud, et maine ühe liikmesriigi territooriumil tähendab igal juhul mainet Euroopa Liidus. Otsustavaks kriteeriumiks on see, et maine oleks saavutatud ühenduse territooriumi olulises osas. Seda kriteeriumit ei ole piiratud klausliga, et ühenduse territooriumi oluliseks osaks on tingimata ühe liikmesriigi territoorium. Nimetatud oluline osa võib, sõltuvalt asjaoludest, olla ka liikmesriigi territooriumist suurem või väiksem osa. Ka EUIPO on kaubamärgisuunistes selgitanud, et kui hinnatakse, kas territooriumi osa on oluline, tuleb samas tavaliselt arvestada nii geograafilise piirkonna ulatust kui ka selle elanike arvu võrreldes rahvastiku koguarvuga, sest mõlemad kriteeriumid võivad mõjutada territooriumi üldist tähtsust.

Vaidlustaja on esitanud varasema kaubamärgi kasutamist puudutavaid tõendeid eeskätt Eesti kohta. Eesti rahvaarv on ca 1,3 miljonit inimest (seisukoha lisa 1). Euroopa Liidu rahvaarv on ca 446 miljonit inimest (lisa 2). Seega moodustab kogu Eesti rahvaarv ca 0,29 % asjaomasest Euroopa Liidu tarbijakonnast. Taotleja leidis, et kaubamärgi teoreetiline, väidetav maine osa Eesti tarbijate hulgas (millega taotleja ei nõustu) jääb pigem ebapiisavaks tuvastamiseks, et EL kaubamärk on saavutanud maine Euroopa Liidu territooriumi olulises osas. Vaidlustaja on lisanud oma põhjendustele materjale selleks, et tõendada varasema kaubamärgi mainet Eesti tarbijate hulgas. Taotleja märkis sellega seoses järgnevat. Materjalist nähtuvalt on vaidlustaja tähist kandvaid kaupu Eestis turustatud. Vaidlustaja kogu prognoositud kogukäive 2020. a oli 1,2 miljonit. eurot (põhjenduste lisa 2). Vaidlustaja veebilehel on enam kui 25 toodet (lisa 3). Ei ole teada, kui suure osa sellest moodustasid tähist „RABARBRA + kuju“ kandvate toodete käive. Vaidlustaja esitatud StoryBook tekst (põhjenduste lisa 3) on ebaüsaldusväärne – see on automaatselt koostatud tekst mille puhul ei ole teada, millisest allikast võetud andmetele see tugineb. Materjal sisaldab vaidlustaja tutvustust investorite kaasamise eesmärgil (põhjenduste lisa 9). Tegemist on vaidlustaja enda koostatud reklaamtekstiga, milles sisalduvaid andmeid peaksid tõendama täiendavad, erapooletutest allikatest pärinevad materjalid, mida vaidlustusavaldusele lisatud ei ole. Räägitakse erinevatest toodetest, ei ole teada, millises ulatuses on kasutatud vastandatud kaubamärki. Vaidlustaja tähist „RABARBRA + kuju“ kandvat rabarberiveini on ühel korral ära märgitud 2018. a toimunud Eesti Parima Toiduaine konkursi ühe alamkategorია teise tulemuse saavutanud tootena (põhjenduste lisa 5) ning ühel korral, 2019. a parima mahejoogina. Vaidlustaja „RABARBRA“ rabarberiveini on ühel korral mainitud blogis thymeout.ee (põhjenduste lisa 23). Vaidlustaja tähisega „RABARBRA + kuju“ markeeritud toodetest on ühel korral olnud juttu ajakirjas Buduaar (põhjenduste lisa 24), ühel korral ajakirjas Mood ning lisaks veel mõnes ajaleheartiklis (põhjenduste lisad 26–51). Kõikides artiklites küsitletakse vaidlustajaga otseselt seotud isikuid – vastavalt kas vaidlustaja tegevjuhti Matthias Vutt'i või asutajat ja tegevjuhti Mihkel Männikut, kes nimetavad RABARBRA toodet tuntuks ja populaarseks. Kõik nimetatud väited on vaidlustaja enda paljasõnalised väited, milles sisalduvaid asjaolusid tuleks erapooletutest allikatest pärinevate tõenditega tõendada. Vaidlustaja seda teinud ei ole. Vaidlustaja tähisega markeeritud toode on ühel korral sisaldunud Kaubamaja brošüüris (põhjenduste lisa 25) ja ühel korral Rimi kliendilehes (põhjenduste lisa 22); Äripäeva 3.09.2019 artiklis ei ole esitletud vaidlustaja tähist „RABARBRA + kuju“ tähisega markeeritud toodet loetaval viisil, so sellelt ei ole kaubamärk tuvastatav. Puhverdatud veebilehtede väljatrükkide kohaselt (põhjenduste lisa 20) on nende lehtede viimaseks muutmise kuupäevadeks vastavalt: 6.02.2021 (Selver), 4.02.2021 (Finewine), 8.02.2021 (BAHUS), 8.02.2021 (astri.ee), 27.01.2021 (Cityalko), 31.01.2021 (viinarannasta.ee), 5.02.2021 (netimarket.ee), 29.01.2021 (shuupi.ee), 1.02.2021 (gardest.ee), 1.02.2021 (nop.ee), 28.01.2021 (megaturg.ee), 4.02.2021 (deluxwine.ee), 3.02.2012 (mojoapp.eu), 8.02.2021 (lafka24.fi), 7.02.2021 (carmen.ee), 21.01.2021 (saartesahver.ee), 7.02.2021 (calle.ee), 2.02.2021 (fhoone.ee), 7.02.2021 (suveterrass.ee), 5.02.2021 (korstenresto.ee), 6.02.2021 (restoranmoon.ee), 2.02.2021 (kohvikmaiasmokk.ee), 29.01.2021 (grandrose.ee), 5.02.2021 (polpo.ee), 1.02.2021 (nosi.ee), 2.02.2021 (ruhe.ee), 5.02.2021 (takeout.ee), 6.02.2021 (aparaadiresto.ee), 6.02.2021 (kivipaber.ee) jne. Kõikides nimetatud väljatrükkides on märgitud, et tegemist on vastava lehekülje tõmmisega seal

märgitud kuupäeva seisuga. Kuna nimetatud kuupäevad on vaidlustatud kaubamärgi taotluse esitamise kuupäevast hilisemad, ei näita need varasema kaubamärgi kasutamist vaidlustatud kaubamärgi taotluse esitamisele eelnenud aja seisuga. Mitmetes analoogsetes väljatrükkides puuduvad kuupäevad sootuks, so nende osas tuleb lugeda relevantseks väljatrüki kuupäev, mis on samuti vaidlustatud kaubamärgi taotluse esitamise kuupäevast hilisem. Esitatud tõenditele tuginedes leidis taotleja, et vaidlustaja on kasutanud varasemat kaubamärki pigem tavapärasest väiksemas mahus, kuna mitmest esitatud materjalist nähtub, et vaidlustaja toodangu maht on olnud sedavõrd väike, et sellest ei ole jätkunud vastandatud kaubamärgiga markeeritud toodete aastaringseks turustamiseks. Seega on nimetatud toodete tarne ja saadavus olnud lünklik, mis veelgi vähendab toote tuntust ja mainet asjaomase keskmise tarbijaskonna hulgas (täiskasvanud tavatarbijad). Taotleja leidis seetõttu, et vaidlustaja kaubamärgi kasutus on pigem madalam kui asjaomaste kaupade valdkonnas tavapärane, kusjuures ka tavapärane kasutus ei tähenda automaatselt seda, et kõik sarnaselt kasutatud kaubamärgid oleksid muutunud keskmise tarbijaskonna silmis mainekateks. Samuti leidis taotleja, et esitatud tõenditest ei nähtu, et varasem EL kaubamärk oleks saavutanud maine asjaomasel territooriumil, so Euroopa Liidu territooriumi olulises osas.

Kaubamärkide äravahetamise tõenäosust on Euroopa Kohtu praktika kohaselt defineeritud riskina, et avalikkus võib uskuda, et kaubad või teenused tulevad samalt ettevõtelt või temaga majanduslikult seotud ettevõtelt (C-342/97, p 17). Kaubamärkide äravahetamise tõenäosuse 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 (C-251/95, p 23). Euroopa Üldkohtu praktika kohaselt tuleb 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 konkreetset ettevõtelt pärinevatena, eristades neid seeläbi teiste ettevõtete kaupadest või teenustest (6.10.2004, T-356/02 Vita-kraft, p 52). Euroopa Esimese Astme Kohus on täiendavalt märkinud, et avalikkus ei taju kombineeritud kaubamärgi kirjeldavat osa selle tähise üldmuljes eristusvõimelise või domineeriva elemendiga (27.11.2007, T-434/05 GATEWAY, p 47).

Vaidlustaja kaubamärk sisaldab sõna RABARBRA, mis on esitatud roosades, kujundatud trükitähtedes, kirjutatuna diagonaalis tõusvas joones. Vaidlustaja kaubamärgis sisalduv sõna tähendab Norra keeles „rabarberit“ (lisa 4). Nimetatud tähendus on koheselt mõistetav ka Eesti tarbijatele, sest eesti keelne sõna RABARBER erineb varasemast kaubamärgist RABARBRA sisuliselt vaid ühe tähe ja ühe tähe paigutuse poolest sõna lõpus. Seega on EL kaubamärgi sõnalise osa loomulik eristusvõime jookide osas märkimisväärselt madal – see annab ka Eesti tarbijatele infot, et tegemist on rabarberipõhiste jookidega. Kooskõlas eelviidatud kohtupraktikaga, ei taju avalikkus varasemas kaubamärgis sisalduvat, õigekirjaveaga viidet asjaomaste toodete omadustele varasema kaubamärgi üldmuljes eristusvõimelise või domineeriva elemendina. Vaidlustaja kaubamärgi üldmuljes domineerib, eristusvõime aspektist, eeskätt sõnalise osa kujundus tervikuna, hõlmates nii kasutatavat värvi, kui ka konkreetset kirjaviisi. Taotletav kaubamärk koosneb sõnast „Rabarps“, mis on esitatud suure algustähega rohelistes kirjatähtedes, tavapärasest fondist koheselt erinevas kirjaviisis. Sõna suur algustäht on esitatud selliselt, et R-tähe püstise posti moodustab stiliseeritud kujutis rabarberivarrest ning sõna muu osa selliselt, et kõik kaubamärgis sisalduvad tähed oleksid justkui kirjutatud ühe joonega. Sõna kujunduslikus osas püüab pilku lisaks stiliseeritud rabarberivarrele ka lõputähtede „ps“ eriline kujundus. Kaubamärgi sõnaline osa Rabarps kordab oma algusosas kirjeldavat ja eristusvõimetut sõna RABARBER, erineb sellest kahe lõputähe poolest. Ei ole kahtlust, et Eesti tarbijad tunnevad asjaomaste kaupade puhul ka selles kaubamärgis ära viite rabarberisisaldusele tähistatud joogis. Siiski, sõna rabarps on suurele osale Eesti tarbijatest kahtlemata tajutav ka kui sõna RABARBER slängivorm / lühivorm, sarnaselt paljudele tuntud analoogsetele vormidele – paps, mamps, emps, õps, kleeps, õlts, väints, veints jne. Seega, tarbijad tajuvad seda uudse, väljamõeldud ent äratuntava lühivormina sõnast RABARBER, mistõttu on see sõnaline osa, kui selline, ka nõrgalt eristusvõimeline. Eelviidatud asjaoludel ei kohaldu käesolevas vaidluses vaidlustaja poolt viidatud põhimõtte, mille kohaselt annab just kaubamärkide sõnaline osa kogu kaubamärgile tarbijate poolt koheselt tajutava identiteedi. Antud juhul on kaubamärkide sõnalised osad nõrga eristusvõimega (kui üldse eristusvõimelised), kuna need annavad asjaomaste toodete osas tarbijatele infot toodete rabarberisisalduse kohta. Ka vaidlustaja ise tõdes, et: „mõlemaid märke võib teatud määral seostada kõnealustes toodetes sisalduva või potentsiaalselt sisalduva koostisosaga, so rabarberiga“.

Varasem kaubamärk koosneb sõnast RABARBRA, mis on esitatud roosades, kujundatud trükitähtedes, kirjutatuna diagonaalis tõusvas joones. Kaubamärgi sõnaline osa on vähesel määral muudetud (õigekirjaveaga) vorm sõnast RABARBER, mis asjaomaste toodete puhul viitab nende rabarberisisaldusele. Taotletav kaubamärk sisaldab sõnalist osa Rabarps, mis, sarnaselt varasemale kaubamärgile

viitab asjaomaste kaupade puhul (joogid) nende rabarberisisaldusele. Taotletav kaubamärk erineb varasemast kaubamärgist kõikides ülejäänud aspektides – kaubamärgi sõnaline osa on esitatud suure algustähega rohelistes kirjatähtedes, tavapärasest fondist erinevas kirjaviisis. Sõna suur algustäht on esitatud selliselt, et R-tähe püstise posti moodustab stiliseeritud kujutis rabarberivarrest ning sõna muu osa selliselt, et kõik kaubamärgis sisalduvad tähed oleksid justkui kirjutatud ühe joonega. Taotletava kaubamärgi visuaalne üldmulje, arvestades sealhulgas kaubamärkide domineerivaid elemente kaubamärkide üldmuljetes, on varasema kaubamärgi visuaalsest üldmuljest erinev. Seega peab taotleja ekslikuks vaidlustaja arusaama, nagu oleksid vastandatavad kaubamärgid visuaalselt sarnased.

Foneetilisest aspektist võrreldakse kaubamärkide sõnalisi osi selliselt, nagu neid hääldatakse. Kui varasem kaubamärk koosneb kolmest silbist, siis taotletav kaubamärk sisaldab kahte silpi: ra-bar-bra vs ra-barps. Seega häälduvad vastandatavad kaubamärgid erinevalt – taotletav kaubamärk on foneetiliselt varasemast ühe silbi võrra lühem ning see lõpeb konsonandiga, samas kui varasem kaubamärk lõpeb vokaaliga. Ka häälduse hindamisel tuleb arvestada ülalviidatud põhimõttega, mille kohaselt ei taju avalikkus kaubamärgi kirjeldavat osa selle tähise üldmuljes eristusvõimelise või domineeriva elemendiga (T-434/05, p 47), so tarbijad tajuvad ka foneetiliselt, et mõlemad kaubamärgid viitavad rabarberi sisaldusele asjaomases tootes, mistõttu ei taju nad võrreldavate kaubamärkide sarnast algusosa osana asjaomaste toodete ärilist päritolu identifitseerivate tähistena. Foneetilise võrdluse juures ei ole vaidlustaja võrrelnud asjaomaseid kaubamärke tervikuna, võrreldud on vaid üksikuid tähti. Nimetatu on viinud ekslikule arusaamale kaubamärkide foneetilise üldmulje sarnasusest.

Mõlemad kaubamärgid viitavad rabarberi sisaldusele asjaomases tootes, mida tarbijad ei taju osana kaubamärgist ega omista seda seetõttu ka ühelegi konkreetsele turuosalisele. Siiski, kui varasem kaubamärk viitab nimetatud rabarberisisaldusele otsesõnu, so kaubamärgi „RABARBRA + kuju“ sõnaline osa tähendab norra keeles „rabarberit“ ja on mõistetav eestikeelse sõna RABARBER õigekirjaveega vormina, siis taotletava kaubamärgi sõnaline osa Rabarps on pigem mõistetav rabarberi uudse slänginimetuse- või lühivormina. Selles osas jätavad asjaomased kaubamärgid kontseptuaalselt erineva mulje. Kaubamärkide seostumist rabarberiga ei ole eitanud ka vaidlustaja. Mh tunnistab vaidlustaja, et mõlemad kaubamärgid on mänglevalt moonutatud sõna sõnast rabarber.

Euroopa Kohtu kohaselt esineb kaubamärkide äravahetamise tõenäosus juhul, kui tarbijad võivad käsitada eri kaubamärkidega tähistatud tooteid samalt või majanduslikult seotud isikutelt pärinevatena (C-39/97, p 29). Vastandatavate kaubamärkide äravahetamise tõenäosuse hindamisel on märkide sarnasus ning kaupade ja teenuste sarnasus omavahelises vastastikusel seoses selliselt, et mida sarnasemad on võrreldavad märgid, seda erinevamad peavad olema nende kaubamärkide kaupade ja teenuste loetelud ning vastupidi (samas, p 17). Käesoleval juhul on vaidlustatud kaubamärk visuaalselt, foneetiliselt aga ka kontseptuaalselt erinev varasemast kaubamärgist. Kaubamärkide sarnasused piirduvad asjaoluga, et mõlemad kaubamärgid viitavad rabarberile, mis ei too asjaomaste kaupade kontekstis kaasa eksitust kaupade ärilise päritolu osas – tarbijad ei arva, et vaid üks turuosalistest toodaks rabarberisisaldusega jooke. Kaubamärkide eelkirjeldatud erinevusi ei kõrvalda ka vaidlustaja poolt väidetud varasema kaubamärgi omandatud kõrge eristusvõime turul, millega taotleja ei nõustu. Toodust nähtuvalt ei ole taotletav kaubamärk äravahetamiseni sarnane varasema kaubamärgiga ja ei esine taotleja hinnangul KaMS § 10 lg 1 p-s 2 sätestatud õiguskaitset välistav asjaolu.

KaMS § 10 lg 1 p-ga 3 kaitstava õigushüve osas märkis taotleja, 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 asjaomases tarbijate sektorist (14.09.1999, C-375/97 General Motors Corporation, p 26). Euroopa Kohus on kaubamärgidirektiivi artikli 5 lõike 2 tõlgendamisel leidnud, et kaubamärgidirektiivi tekst „osutab varasema märgi teatud määral tundmisele üldsuse hulgas“, ja selgitas, et „ainult juhul, kui sihtrühm märki piisavalt teab, võib hilisema kaubamärgiga kokku puutudes kaubamärke seostada [...] ja selle tulemusena varasemat kaubamärki kahjustada“ (samas, p 23). Neid kaalutlusi arvestades järeldas kohus, et maine on teadmise künnise nõue, millest järeldub, et seda tuleb peamiselt hinnata kvantitatiivsete kriteeriumide alusel. Maine nõudele vastamiseks peab varasem märk olema tuntud asjaomase sihtrühma sellise olulise osa hulgas, keda selle kaubamärgiga hõlmatud kaubad või teenused puudutavad (samas, p-d 22–23; 25.05.2005, T-67/04 Spa-Finders, p 34).

Taotleja analüüsis varasema kaubamärgi maine küsimust vastuse algusosas ning jäi selle juurde. Esitatud tõenditele tuginedes leidis taotleja, et vaidlustaja on kasutanud varasemat kaubamärki pigem tavapärasel või sellest väiksemal määral. Tavapärane kasutuse maht iseenesest ei tõenda, et kõik selliselt kasutatud kaubamärgid oleksid muutunud asjaomase tarbijaskonna silmis mainekaks. Pigem

tuleb maine saavutamist hinnata erandlikuks olukorraks. Taotleja leidis samuti, et esitatud tõenditest ei nähtu, et varasem EL kaubamärk oleks saavutanud maine asjaomasel territooriumil, so Euroopa Liidu territooriumi olulises osas.

Eespool esitatud kaubamärgivõrdlusest nähtuvalt on võrreldavate kaubamärkide ainsaks sarnasuseks kaubamärkides sisalduv viide sellele, et asjaomaste kaubamärkidega tähistatavad tooted sisaldavad rabarberit. Muus osas on kaubamärgid oma terviklikelt üldmuljetelt visuaalselt ja foneetiliselt, kuid mõneti ka kontseptuaalselt erinevad. Kaubamärkide erinevustest tulenevalt puudub tõenäosus, et asjaomane tarbijaskond võiks neid kaubamärke omavahel seostada muus osas kui toodete rabarberisisalduse poolest. Nimetatud, toote omadustele viitavate elementide seostamine ei ole KaMS § 10 lg 1 p 3 rakendamiseks kohane. Ainuüksi nimetatud välistab taotleja hinnangul KaMS § 10 lg 1 p-s 3 sätestatud õiguskaitsset välistava asjaolu esinemise taotletava kaubamärgi osas.

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 (22.03.2007, T-215/03 Sigla SA, p 40). Euroopa Kohus on selgitanud, et kaubamärgi eristusvõime või maine ebaõiglane ärakasutamine segijamise 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 selle kaubamärgi kuvandi loomisel ja säilitamisel panustamata (18.06.2009, C-487/07 P L'Oréal SA, p 50). Käesolevas asjas puudub taotleja hinnangul tõenäosus, et ta võiks saada kasu varasema kaubamärgi tõendamata mainest. Kaubamärgid on sarnased üksnes selle poolest, et mõlemad tähised viitavad oma toodete rabarberisisaldusele. Nimetatud sarnasus ei ole tarbijatele tajutav selliselt, et tarbijad seostaksid asjaomaste toodete ärilist päritolu, so puudub alus arvata, et Eesti keskmine tarbijaskond usuks, et rabarberisisaldusega jooke valmistab vaid üks tootja Eesti turul. Vaidlustaja, võttes kasutusse väga nõrga eristusvõimega sõnalist osa sisaldava kaubamärgi, ei saa eeldada, et selle õiguskaitselise laienuks kaubamärgis sisalduvale kirjeldavale sõnatüvele. Muus, eristusvõimelises osas, on võrreldavad kaubamärgid teineteisest väga erinevad, mis välistab võimaluse, et taotleja võiks saada õigustamatut tulu varasema kaubamärgi tõendamata mainest. Euroopa Kohtu kohtujuristi Francis Geoffrey Jacobs kohtuasjas nr C-408/01 (Adidas-Salomon) antud arvamuse kohaselt: "eristusvõime kahjustamise kontseptsioon peegeldab tähise eristusvõime nõrgendamist. /.../ Sisuliselt tähendab see seda, et kaubamärk ei ole enam võimeline koheselt seostuma nende kaupadega, mille osas see on registreeritud või kasutatud." Seega võib kaubamärgi eristusvõime kahjustamist nimetada ka 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, 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. Üldkohus on samuti 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 (T-215/03, p 39). Eelkirjeldatud asjaoludel puudub käesolevas asjas ka tõenäosus, et taotleja üldmuljetelt erinev kaubamärk võiks kahjustada varasema kaubamärgi eristusvõimet või tõendamata mainet. Tarbijad ei kannu varasema kaubamärgi väidetud mainet üle kaubamärgile, mille ainsaks sarnasuseks varasema kaubamärgiga on asjaolu, et mõlemad tähised viitavad asjaomaste toodete rabarberisisaldusele ega lahjenda sellise varasema kaubamärgi eristusvõimet. Taotlejale jäid mõistetamatuks vaidlustaja hüpoteetilised etteheited, nagu võiks taotleja hakata oma kaubamärki kasutama toodete osas, mis pole kuidagi seotud rabarberi toorainega. Taotleja ei mõista, kuidas see võimaldaks taotlejal ära kasutada või kahjustada vaidlustaja kaubamärgi väidetud mainet või eristusvõimet.

Toodust nähtuvalt ei ole taotleja hinnangul vaidlustaja varasema kaubamärgi osas täidetud KaMS § 10 lg 1 p-s 3 sätestatu kohaldamise eeldused – selle maine Euroopa Liidus ega Eestis ei ole tõendatud, see ei ole sarnane käesolevas asjas vaidlustatud kaubamärgiga, mistõttu ei seosta asjaomane tarbijaskond võrdlusaluseid kaubamärke. Seetõttu ei saa taotletav kaubamärk ka ära kasutada ega kahjustada varasema kaubamärgi tõendamata mainet või eristusvõimet. Seega ei esine kaubamärgi

ka KaMS § 10 lg 1 p-s 3 sätestatud õiguskaitset välistavat asjaolu. Eeltoodust tulenevalt pidas taotleja vaidlustusavaldus alusetuks ja põhjendamatuks.

Seisukohale oli lisatud (1) väljatrükk Statistikaameti veebilehelt Eesti rahvaarvu kohta; (2) väljatrükk EL veebilehelt Euroopa Liidu rahvaarvu kohta Euroopa Liidu territooriumil; (3) väljatrükk vaidlustaja veebilehelt, (4) väljatrükk Glosbe online sõnaraamatust sõna „rabarbra“ tähenduse kohta.

4) 24.05.2021 esitas **vaidlustaja** vastuseisukoha. Vaidlustaja märkis, et taotleja on väielnud vastu vaidlustaja varasema EL kaubamärgi mainekuse argumentidele, leides et antud juhul pole vaidlustaja tõendanud oma varasema EL kaubamärgi mainet ühenduse territooriumi olulises osas, nagu vastavalt kohtupraktikale on see nõutav ja tõendamist vajav, kuivõrd vaidlustaja on oma kaubamärgi kasutamist puudutavaid tõendeid esitanud eeskätt Eesti kohta, mida väidetavalt EL mastaapi arvestades, ei saa pidada taotleja seisukohalt ühenduse territooriumi oluliseks osaks. Vaidlustaja ei nõustunud taotlejaga ning leidis, et on EL kaubamärgi varasema mainekuse tingimus täidetud. Vastavalt kohtupraktikale on nõutav EL kaubamärgi mainekus ühenduse territooriumi olulises osas (C-301/07, p 27), kuid antud tingimus on täidetud, olenevalt olukorrast, kui EL kaubamärk on tuntud ühes liikmesriigis (samam, p 28-29). Olgugi, et viidatud lahendis peeti asjaolusid arvestades oluliseks osaks Austria territooriumi, siis vaidlustaja hinnangul ka antud juhtumil tuleb lugeda antud tingimuse nõue, lähtudes vaid Eesti territooriumist, täidetuks. Viidatud kohtulahendi p 28 viitab samuti asjaolule „olenevalt olukorrast“ ning loeb EL territooriumi puudutava nõude ühe liikmesriigi piires täidetuks. Samasisulise avalduse on teinud Tallinna Ringkonnakohus 1.10.2012 lahendis nr 2-12-4639 (BAUHOF). Viidatud PAGO lahend on vaidlustaja hinnangul asjaoludelt sarnane käesolevale juhtumile: Euroopa Kohus hindas, kas EL kaubamärgi maine tingimus ühenduse territooriumil oli täidetud Nõukogu määruse (EÜ) nr 40/94 artikli 9 lõike 1 p c tähenduses, kuivõrd EL kaubamärk PAGO oli registreeritud 2001. aastast EL kujutismärgina (sh puuviljajookide ja puuviljamahlade jaoks), kaubamärgiga puuviljamahla turustati Austrias ning EL kaubamärk PAGO oli kõnealuses liikmesriigis väga tuntud (samam, p 6). Nendel asjaoludel ning kuivõrd EL kaubamärgil PAGO oli maine ühe liikmesriigi kogu territooriumil, luges Euroopa Kohus EL kaubamärgi mainega seotud tingimuse täidetuks selle geograafilises tähenduses, s.o ühenduse territooriumi olulises osas. Need asjaolud tulenevad ka põhimõttest, et EL kaubamärk on oma olemuselt ühtne kogu EL territooriumil. Sellega seoses viitas vaidlustaja ka kohtujuristi arvamusel PAGO lahendiga seotud asjas: „Määruse aluseks on eeldus, et ühenduse kaubamärk on oma olemuselt ühtne. /.../ Sellest tulenevalt ei ole oluline, kas maine on ühes liikmesriigis või mitmes kindlas liikmesriigis. Samuti ei ole oluline, kas need liikmesriigid on „suured“, „keskmised“ või „väikesed“ (ükskõik millisel alusel neid mõisteid määratletakse)“ (p 29; curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=73511&pageIndex=0&doclang=ET&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5780693).

Samasisulise järelduseni on Euroopa Kohus jõudnud 3.09.2015 lahendis C-125/14 (Impulse), kus p-s 19 on sedastatud, et „Geograafilises tähenduses tuleb mainega seotud tingimus lugeda täidetuks, kui ühenduse kaubamärgil on maine ühenduse territooriumi olulises osas, kusjuures sellisele osale võib vastavalt olukorrale vastata üheainsa liikmesriigi territoorium (C-301/07, p-d 27 ja 29)“, ning kokkuvõttes otsustas, et antud geograafilise aspektiga seotud tingimus tuleb lugeda täidetuks, kui varasema ühenduse kaubamärgi maine on tõendatud Euroopa Liidu olulises osas, mis võib vastavalt olukorrale ühtida üheainsa liikmesriigi territooriumiga. Lahendiga seotult on kohtujurist ettepanekus selgitanud: „Kuigi Euroopa Kohus piiritles viimati nimetatud seisukohta („põhikohtuasja asjaolusid silmas pidades“), saab sellest kohtuotsusest järeldada, et ka üldiselt võib ühes liikmesriigis omandatud mainest – tingimusel, et märkimisväärne osa avalikkusest, keda kaubamärgiga hõlmatud kaubad või teenused puudutavad, ühtib sellesama liikmesriigi asjassepuutuva avalikkusega – piisata tuvastamiseks, et asjajamane kaubamärk on tõepoolest omandanud Euroopa Liidus direktiivi artikli 4 lõike 3 tähenduses maine“ (p 16; curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=163168&pageIndex=0&doclang=ET&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5780967).

Seega leidis vaidlustaja, et EL kaubamärgi maine tingimus selle geograafilises tähenduses tuleb lugeda täidetuks, kui antud kaubamärgil on maine ühe EL liikmesriigi piires. Kuivõrd see ei olene liikmesriigi territooriumi mõõtetest, saab selleks olla ka Eesti territoorium. Austria ja Eesti territooriumi ning nende tarbijaskonda ei saa omavahel võrrelda, kuid vaidlustajale ei saa ette heita ning vaidlustajast ei sõltu Eesti territooriumi väiksus ning sinne väike elanikkond võrreldes Austria või kogu EL territooriumiga. Need on asjaolud, millest ei sõltu vaidlustaja panus antud tingimuse täitmiseks. Vastupidine lähenemine oleks Eesti ettevõtjaid ja isikuid diskrimineeriv ning kaotaks igasuguse Eesti ettevõtjate kaubamärkide kaitse mõtte EL tasandil, millest lähtuvalt Eesti ettevõtjad, kui nad ka vaid oma kaubamärki näiteks Eestis kasutavad, ei saaks tugineda KaMS § 10 lg 1 p 3 sättele. Kui selline lähenemine, nagu taotleja sellele viitab, peaks aset leidma, siis ei oleks see kooskõlas EL märkide kaitse mõtte, eesmärkide ja tingimustega, sh selle ühtse olemuse („unitary character“) kontekstist ja mõttest lähtu-

valt. Seega tuleb lugeda piisavaks, kui vaidlustaja tõendab, et tema varasem EL kaubamärk, millele vaidlustaja antud avalduses tugineb, omab mainet Eesti territooriumil.

Vastavalt kohtupraktikale eeldab mõiste „maine” asjaomase avalikkuse hulgas teatavat tuntuse taset, ning see tuleb lugeda saavutatuks, kui ühenduse kaubamärki teab märkimisväärne osa avalikkusest, keda selle kaubamärgiga hõlmatud kaubad või teenused puudutavad. Selle tingimuse analüüsimisel tuleb arvesse võtta kõiki olulisi asjaolusid, milleks on muu hulgas kaubamärgi turuosa, kaubamärgi kasutamise intensiivsus, geograafiline ulatus ja kestus ning ettevõtja poolt selle reklaamimiseks tehtud investeeringute maht (C-125/14, p 17-18). Kõiki neid tõendeid tuleb hinnata kogumis, sealjuures pole oluline kõigi nende tõendite esitamine, vaid saab lugeda piisavaks, kui vaidlustaja tõendab, et märkimisväärne osa asjaomases avalikkusest teab tema kaubamärki, sealjuures arvestades kaubamärgiga hõlmatud kaupu/teenuseid (T-47/06 NASDAQ [2007], p 46. Vaidlustaja on esitanud hulgaliselt tõendeid, mis kinnitavad, et märkimisväärne osa asjaomases Eesti tarbijaskonnast teab tema kaubamärki enne vaidlustatud kaubamärgi registreerimistaotluse esitamist 4.05.2020. Tuleb arvestada asjaoluga, et tegemist on peamiselt alkoholsete jookidega, mis on suunatud täiskasvanud elanikkonnale. Olguigi, et tegemist on nõ tavatarbijale suunatud toodetega, ei ole antud toode suunatud kogu Eesti elanikkonnale, mistõttu on asjaomane avalikkus teatud määral piiratud (väljastades nt alaealised, karsklased). Seega ei saa antud toote ja tõendamiskoormise puhul lähtuda kogu Eesti elanikkonnast, pealegi on teada, et viimastel aastatel on alkoholi tarbimine Eestis vähenenud (alkoinfo.ee/et/moju/alkoholi-toime/ulevaade-statistikast). Samuti on tegemist nõ väiketootja tootega, kes on olenemata oma 'väiksesest' saavutanud kaubamärgiga tuntuse ja populaarsuse eelkõige Eestis vahuveinide sektoris, kaubamärgi populaarsust on märkinud muu hulgas Vabariigi president ning leidnud tunnustust kolmandate isikute poolt, toode on leidnud kajastamist meedias ja on turustatud laialdaselt enne vaidlustatud märgi esitamist. Teadupärast on väiketootjad joogitööstuses ning nende toodang muutunud Eestis populaarseks, samas on tegemist nõ 'nišitootega' ning tavalisest kõrgema hinnaklassi tootega, mistõttu toodangumahud ei pruugi ja/või ei saagi olla suurtootjate omadega võrreldavad. Kaubamärgi tunnus, populaarsus ei sõltu pelgalt toodangu mahust, nagu taotleja sellele viitas, vaid ka muudest asjaoludest. Neid asjaolusid tuleb samuti arvestada kaubamärgi maine hindamisel, lähtudes varasemast kohtupraktikast. Vaidlustaja viitas näiteks Toiduliidu poolt korraldatud Eesti Parima Toiduaine 2018 konkursile, kus vaidlustaja „RABARBRA“ kaubamärgiga toode ka auhinnatud sai kui Parim Jook Põhja-Eesti Väikeettevõttelt 2018, mis osales antud konkursil ka Rahva Lemmiku hääletusel, andsid tarbijad oma lemmiktoodetele kokku üle 12 000 hääle. Seega hindas antud toodet juba üle 12 000 inimese. Toiduliidu juht, Sirje Potisepp, aga on antud konkursi tulemusi kommenteerinud sõnadega: „See Nõmmel asuvas vabrikus piiratud koguses valmistatav rabarberijook hoiab pidevalt Eesti tarbijaid ärevuses – uue partii valmimist oodatakse hinge kinni hoides ning müüki jõudes saab see otsa loetud tundidega. Rabarbra on fenomen, mis väärrib kahtlemata tunnustamist” (seisukoha lisa 1 ja 18.02.2021 lisa 5).

Menetlusökonomika põhimõttest lähtuvalt ning soovides ära hoida asja materjalide ülekoormamist, on vaidlustaja selekteerinud olulisemad asjas tähtsust omavad tõendid. Sellega seoses leidis ta, et esitatud tõendid on piisavad tõendamaks ja hindamaks tema EL kaubamärgi vajalikku tuntust (mainet) Eesti territooriumil. Tegemist ei ole pelgalt vaidlustaja poolt produtseeritud (kuigi teatud juhtudel saavadi andmed olla vaid vaidlustajalt), vaid peamiselt kolmandatest, erapooletustest allikatest pärinevate tõenditega. Vaidlustaja ei saa nõustuda taotleja analüüsiga 20.04.2021 vastuses ning esitatud järeldustega. Vaidlustaja kommenteeris, et vaidlustaja 18.02.2021 põhjenduste lisa 20 esitatud väljavõtted, millele taotleja tugevalt vastu argumenteerib, leides, et need ei näita vaidlustaja kaubamärgi kasutamist vaidlustatud kaubamärgi taotlusele esitamisele eelnenud aja seisuga, siis kõik need vaidlustaja 18.02.2021 lisa 20 esitatud Google otsingu puhverdatud tulemuste väljavõtted seonduvad vaidlustaja 18.02.2021 põhjenduste lisadega 10-19, s.o Google otsingu tulemustega perioodil kuni 3.05.2020. Taotleja on antud puhverdatud väljavõtteid tõlgendanud piiratult ning ilmselgelt püüdnud komisjoni eksitada. Sellega seoses selgitas vaidlustaja järgnevat. Nimelt, 18.02.2021 lisades 10–19 on vaidlustaja esitanud Google otsingu tulemused kuni 3.05.2020, kusjuures kõikides nendes nimetatud lisades nähtub ülal tekst „Enne 3. mai 2020“. Seega kõik need otsingu tulemused seonduvad ajaliselt perioodiga enne vaidlustatud kaubamärgi esitamist ning annavad tulemused sõnale „rabarbra“. Puht tehniliselt pole vaidlustajal tagantjärele kuidagi võimalik esitada Google otsingu tulemuste väljavõtteid mineviku andmetest Internetis sellega seoses, kui vaid peamiselt puhvrst võetud kujul. Siiski, need lisades 10–19 esitatud Google otsingu tulemuste väljavõtted, vastupidiselt taotleja arusaamadetele, näitavad tegelikkuses vaidlustaja kaubamärgiga toodete olemasolu/müüki, so kuupäevad nähtuvad iga Google tulemuse juures, nt vaidlustaja 18.02.2021 lisa 10 lk 1. On võimalik, et puhvrst on toimunud mõningad muudatused (nt hinna, müügimahtude vms või muude, mitteseotud andmete, muutmine), kuid need Google tulemused lisades 10–19, mis on kõik seotud Eestiga, ei tee olematuks vaidlustaja kaubamärgiga toodete olemasolu/kommentaare/müüki vähemalt nende tulemuste põhjal või nendes tulemustes esitatud isikute kaudu. Seega, tuleb korrektseks lugeda kuupäevi vähemalt järgnevalt:

- müük: 29.08.2018 (Selver), 1.12.2017 (Kaubamaja), 14.06.2018 (prismamarket.ee), 23.06.2017 (Finewine), 6.12.2017 (Prike), 29.09.2018 (Bahus), 3.07.2018 (astri.ee), 1.03.2019

(viinarannasta.ee), 20.05.2019 (kaupmees.ee), 7.03.2019 (viinarannasta.ee), 31.03.2020 (netimarket.ee), 6.09.2017 (calle.ee), 24.03.2020 (nop.ee), 16.04.2020 (shopping.tallink.com), 16.03.2019 (saartesarhver.ee), 10.09.2019 (minukataloogid.ee, so Rimi kliendileht), 29.04.2020 (pood.carmen.ee), 3.12.2017 (cityalko.ee), 6.02.2020 (productinfo24.com), 19.09.2019 (magasiit.ee);

- uudised, artiklid, foorumid: 27.11.2017 (mood.ee), 27.01.2019 (annaabi.ee), 27.09.2017 (LHV foorum), 15.09.2019 (lounapostimees.postimees.ee), 16.10.2017 (fundwise.me), 9.11.2018 (sobranna.elu24.ee), 29.04.2019 (ehemaitse.ee), 15.12.2018 (kodus.ee), 25.04.2018 (pealinn.ee), 3.07.2018 (gloss.ee), 8.03.2019 (flavoursofestonia.com), 15.09.2019 (lõunaestlane.ee), 22.04.2019 (nõmmeleht.ee), 20.11.2019 (mammfrukt.ee), 21.08.2019 (toostusuudised.ee), 24.04.2018 (perenaine.ee), 15.09.2019 (aripaev.ee), 2.09.2019 (bestmarketing.ee), 1.07.2018 (marimell.eu), 22.04.2019 (organicestonia.ee), 22.12.2019 (thymeout.ee), 1.10.2019 (katusekohvik.ee), 17.02.2018 (edasi.org), 19.12.2019 (balticguide.ee), 14.11.2019 (sommeljee.ee), 7.06.2019 (portail.ee), 14.09.2018 (sirp.ee), 24.04.2019 (president.ee), 11.01.2018 (mahedik.ee), 22.09.2019 (maainfo.ee), 23.03.2020 (toiduliit.ee), 25.11.2019 (foorum.prerekool.ee), 30.01.2019 (lauriita.ee), 18.09.2019 (laanlane.ee);
- söögikohtade menüüs/joogikaardil: 28.02.2020 (suveterrass.ee), 28.12.2019 (restoranmoon.ee), 5.10.2018 (kohvikmaiasmokk.ee), 27.02.2019 (jahtklubiresto.ee), 20.09.2019 (grandrose.ee), 18.03.2020 (laitseloss.ee), 9.01.2019 (pohjalaaber.com), 28.12.2017 (polpo.ee), 17.04.2020 (nosi.ee), 2.12.2018 (crepp.ee), 20.08.2019 (tondiresto.ee), 7.10.2019 (takeout.ee), 6.04.2020 (aparaadiresto.ee), 14.01.2019 (resto.pull.ee), 10.02.2020 (hellhunt.ee).

Ilmselgelt ei anna Google otsingu tulemus kõiki tulemusi antud asjaolude kohta, kuid peegeldab vähemalt mingit osa vaidlustaja kaubamärgiga toodet. Mingeid osalisi kommentaare toote kohta nähtub ka nendelt väljavõtetelt. Lisaks, igal juhul ning kui ka vaadelda 18.02.2020 vaidlustaja lisa 20, milles on esitatud Google otsingu tulemused puhverdatuna, siis antud tõendist nähtuvad mineviku tulemused vähemalt järgnevate kohta: Prike – detsember 2017 (lisa 20, lk 4-5), alko.fi – 2018 (lisa 20, lk 24), Katusekohvik – september 2019 (lisa 20, lk 46-47), Tondi Resto – veebruar 2020 (lisa 20, lk 58-59), Leib Resto – talv 2017 (lisa 20, lk 60-61), Anno – veebruar 2019 (lisa 20, lk 68), Resto Pull – jaanuar 2019 (lisa 20, lk 69-70), Adeline Tannbaum retseptid – jaanuar 2018 (lisa 20, lk 77-78). Nende tulemuste kohta võib mainida, et AS Prike on Baltikumi suurim maailma juhtivaid joogibrände esindav müügi- ja turundusettevõtte (www.prike.ee) ning www.alko.fi puhul on tegemist Soome riikliku monopolise alkoholimüüja kodulehega, kes omab ainuõigust Soomes alkoholsete jookide müügi osas. Ülejäänute puhul on tegemist söögikohtadega. Samas, söögikoha menüüsse/joogikaardile pole nii lihtne pääseda, kuivõrd need on piiratud võimaluste, mahuga vms, mistõttu juba söögikohas antud toote pakkumine ning joogikaardile jõudmine on tunnustus selle toote tegijale, antud juhul vaidlustajale tema kaubamärgiga. Tegemist ei ole pelgalt ühe või paari kohaga, vaid mitmete, võib ka öelda paljudega, mida näitavad ja tõendavad vaidlustaja 18.02.2021 lisade 10–19 väljavõtted. Et neid asjaolusid veelgi kinnitada, on vaidlustaja leidnud oma „RABARBRA“ toote kohta mõningaid tulemusi internetiarhiivis WayBackMachine seoses Selveri, Kaubamaja ning viinarannasta.ee (so SuperAlko ja CityAlko; kodulehte omab ja opereerib Aldar Eesti OÜ, mis on Eesti kapitalil põhinev jae- ja hulgemüügiga tegelev ettevõtte, mille kaubamärkideks on SuperAlko, CityAlko, Sadama Turg, Aldar Market, Aldar Cash&Carry ja Kochi Aidad - SuperAlko ja City Alko kauplusi on üle Eesti suuremates linnades, sh Tallinna, Tartu, Rakvere, Võru, Jõhvi jne kaubanduskeskustes (20.05.2021 seisuga kokku 42 SuperAlko, CityAlko ja Aldar Market kauplust) ning Super Alko piirikauplused on Eestis, Lätis ja Poolas (cityalko.ee/contact)) kaudu pakutava vaidlustaja tootega „RABARBRA“ kuni 3.05.2020 (seisukoha lisad 2–4). Vaidlustaja tuletas ka meelde, et tagantjärei internetiarhiivis otsingute teostamine ning nende kodulehtede osas tulemuste saamine ja esitamine konkreetse toote osas on keeruline, praktiliselt võimatu, kuivõrd internetiarhiivis kajastuvad andmed on paljudel juhtudel piiratud. Kuid juba tulemuste esitamine ja saamine nende mainitud kolme osas on samuti oluline, kuna Selveri ning SuperAlko ja CityAlko kauplusi on üle Eesti, Kaubamaja oma tuntusega ning kauplustega Tartus ja Tallinnas omavad samuti tähtsust, lisaks tegutsevad need kõik e-poodidena.

Samuti, taotleja heitis justkui ette, et vaidlustaja tähist kandev rabarberivahuvein on vaid ühel korral ära märgitud 2018. a toimunud Eesti Parima Toiduaine konkursi ühe alamkategoria teise tulemuse saavutanud tootena (18.02.2021 lisa 5) ning vaid ühel korral, 2019. a parima mahejoogina. Sellega seoses märkis vaidlustaja, et vaidlustaja kaubamärgiga toode tuli turule juunis 2017, seega pole moeldav, et ta oleks saanud osaleda enamatel konkursitel, mida korraldatakse vaid kord aastas. Juba nomineerimine antud konkursile on suur saavutus ning veelgi enam on tunnustuseks seal mõne koha saavutamine. Pealegi hindab neil konkursitel, eelkõige Eesti Parima Toiduaine konkursil, tooteid suur arv inimesi. Lisaks, olgugi, et vaidlustaja toodete sortiment on suhteliselt lai käesoleval hetkel, siis enamik tema käibest tuleb siiski kaubamärgiga „RABARBRA“ toodete müügist. Nagu vaidlustaja on 18.02.2021 seisukohtades märkinud, on „RABARBRA“ kaubamärgi käive 2017–2019. a ulatunud ligi 1,5 miljoni euroni. Sellega seoses vaidlustaja kinnitas, et „RABARBRA“ vahuvein on alates 2018. a II

poolest (k.a) järjepidevalt olnud poodidest müüdnud käibes mõõdetuna TOP3-4 enimmüüv kuiv vahuvein Eestis konkureerides tihedalt Eestis enimmüüvate vahuveinidega nagu Mionetto Prosecco, Zonin Prosecco, Macchia Prosecco ja Martini Asti Dry. Andmed põhinevad uuringufirma Nielsen (jaemüügi turuandmete kogumisele ja statistika koostamisele spetsialiseerunud uuringufirma –www.nielsen.com, www.nielsen.ee) analüüsil. 2019. a (enne vaidlustatud taotluse esitamist) oli „RABARBRA“ müügiväärteses aasta kokkuvõttes 1,79 % turuosaga kõigist vahuveinidest 3. kohal, seda vaatamata keskmisest 1,5-2 korda kõrgemale hinnaklassile. Antud asjaolude kinnituseks lisas vaidlustaja lisas 5 turu-uuringufirma Nielsen tulemused, mis kajastab perioodi juuli 2018 – detsember 2019. On ka oluline, et antud andmed hõlmavad vaid vaidlustaja RABARBRA DRY 8 % G 0,75 L vahuveini, kuid vaidlustaja kasutab kaubamarki „RABARBRA“ ka muudel toodetel (taotleja 20.04.2021 lisa 3). Kuigi turuosa 1,79 % tundub esmapilgul väikese saavutusena, siis see siiski puudutab vaid konkreetset „RABARBRA“ toodet 'BRUT&DRY' segmendis, samas ei ole ka 1. kohal olev MONETTO vahuvein 2,8 % turuosaga oluliselt suurema turuosaga, kuigi antud toode on laialdaselt turustatud ja teada Eesti turul. Kahjuks on Eesti turg oma territooriumi mõõtmetelt ning elanikkonna arvult piiratud, kuid see ei tohiks olla ega saakski olla takistuseks vaidlustaja kaubamärgi tuntuse (maine) tuvastamisel, nagu ka varasemalt ja ülalpool on vaidlustaja selgitanud. Seega ei jaga vaidlustaja taotleja analüüsi ja seisukohti antud asjaolude suhtes, vaid jäi seisukohale, et tema kaubamärk oli ja on tuntud (mainekas) Eestis enne vaidlustatud kaubamärgi esitamist 4.05.2020, kusjuures vaidlustaja varasema EL kaubamärgi mainekuse tingimus tuleb lugeda seeläbi täidetuks. On ka oluline, et vaidlustaja ja taotleja kaubamärgiga hõlmatud territooriumid kattuvad.

Vaidlustaja jäi varasemate seisukohtade ja põhjenduste juurde võrreldavate kaubamärkide äravahetamiseni sarnasuse osas KaMS § 10 lg 1 p 2 mõistes. Taotleja viitas sõna RABARBRA norra keelest tulenevale tähendusele ning nimetatud tähenduses koheselt mõistetavusele Eesti tarbijate poolt, kuna eestikeelne sõna „rabarber“ erineb kaubamärgist RABARBRA vaid ühe tähe ja ühe tähe paigutuse erinevusele sõna lõpus. Vaidlustaja viitas, et sõna RABARBRA norrakeelne tähendus on vaevalt hoomatav kohalikule Eesti elanikkonnale ning siinsele asjaomasele tarbijaskonnale, kuivõrd norra keele oskuse tase on ilmselgelt Eestis väga madal, kui mitte öelda olematu. Küll aga jagas vaidlustaja taotleja seisukohta, et mõlemad kaubamärgid, milles domineerivalt ja kõige eristusvõimelisemalt on esitatud sõnad „RABARBRA“ vs „Rabarps“, võivad seonduda eestikeelse sõnaga „rabarber“, kuna kumbki sõna on nõ 'mänglevalt' moonutatud sõna sõnast „rabarber“, kusjuures sõna moonutus esineb sarnaselt sõna lõpuosas. Tegelikuses tunnistas ka taotleja oma 20.04.2021 vastuses esitatud seisukohtadega, et need võrreldavad sõnad on samatähenduslikud ja assotsieeruvad. Ka taotleja viitas, et „sõna „rabarps“ on suurele osale Eesti tarbijatest kahtlemata tajutav kui sõna RABARBER slängivorm/lühivorm, sarnaselt paljudele tuntud analoogsetele vormidele – paps, mamps, [...]“ Siit järeldub, et kuna taotleja tunnistas sõna RABARBRA olemust tähenduses RABARBER ning oma kaubamärgi olemust sõna RABARBER slängivormi/lühivormina, siis tegelikuses on need sõnad samatähenduslikud, mida taotleja ka ise oma seisukohtadega tunnistas. Põhimõtteliselt ka taotleja enda seisukohtadest järeldub, et tema kaubamärk on vaidlustaja kaubamärgi slängivormiks/lühivormiks. Pole usutav ega mõeldav, et tavatarbija hakkaks kaalutlema või analüüsima nende kaubamärkidega kokku puutudes nende lingvistilisi või detailsemaid iseärasusi (s.o et ühel juhul õigekirjavea vorm ning teisel juhul sama sõna slänginimetus/lühivorm), vaid näeb ja tunnetab neis märkides sarnast tähendust, sarnaseid seoseid. Samas on mõlemad sõnad moonutatud määral, mis omistab neile eristusvõime, sealjuures omavad need sõnad sarnast tähendust ja ülesehitust. Kaubamärkide omavahelise äravahetamise tõenäosust suurendavad ka järgnevad asjaolud. Mõlemad märgid on esitatud värvitoonis, mis seondub samuti „rabarberiga“ (roosa-tumeroosa-punane-roheline), millele vastavalt kaubamärgipraktikale tarbija olulist tähelepanu ei pööra. Sarnaselt ei oma olulist tähtsust taotleja kaubamärgis sisalduvad kujundelemendid: esmapilgul püüab tarbija tajuda ja tunnetada selles tähises sõnalist konteksti, nähes esmapilgul tähte R- ning seejärel tunnetades alles selle kujundust; taotleja kaubamärgi käekirjaline kirjaviis on aga tänapäeval laialt kasutatav ja populaarne – seega ei pööra asjaomane tarbija neile elementidele olulist tähelepanu. Tegemist on identsete toodetega, mistõttu lähtuvalt võrreldavate kaubamärkide ja kaupade/teenuste omavahelise sõltuvuse printsiibist peaksid kaubamärgid olema rohkem erinevad, kuid mida hetkel vaidlustaja seisukohalt ei esine.

Nagu mainitud, siis käekirjaline kirjaviis kaubamärkide kujunduses ja tänapäeva kaubanduses (sh taotleja kaubamärgis sisalduv) on viimastel aastatel muutunud populaarseks erinevatel kaupadel, reklaamis jne. Vaidlustaja tõi mõningaid näiteid käekirjalisest, sh taotleja kaubamärgiga sarnasest kirjaviisist Eestis müüdavatel toodetel/kaubamärkidel: vahuvein „Perlapp“ (remecom.ee/brands/perlage-veinid-1/perlapp; vt ka Kaubamaja kunagist Osturalli väljavõtet lisas 6), limonaad „õun“ (www.selver.ee/rabarberilimonaad-mahe-oun-330-ml-1; www.oun.ee), smuuti „Smushie“ (www.selver.ee/smushie-mustika-jogurtismuuti-kinoa-helvestega-salvest-170-g), porgandimehu „Mahlakas“ (www.selver.ee/mahlakas-porgandimehu-salvest-480-ml-1), smuuti „love berries“ (www.selver.ee/smuuti-love-berries-klaas-largo-250-ml-1), smuuti „ever green“ (www.selver.ee/smuuti-ever-green-klaas-largo-250-ml-1), smuuti „Pai“, lihatooted „Maks & Moorits“ (andme-

baas.epa.ee/avalik/#/trademarks?nr=M201500579&ln=et, maksjamoorits.ee/). Näitlikustamaks veelgi sellise taotleja kaubamärgis sisalduva kirjaviisi populaarsust, tavapärasust Eestis, esitas vaidlustaja lisas 7 näiteid Eesti raamatupoodides müüdavatest raamatutest, millest nähtub ligilähedale või sarnane kirjaviis, – samas ei pruugi tarbija jätta täpselt meelde antud kirjaviisi detaile, vaid selle üldpilti, mis on sarnane või ligilähedane lisas 7 esitatud näidetega. Seega on kohalik asjaomane tarbijaskond harjunud käekirjalise kirjaviisiga Eestis pakutavatel ja müüdavatel toodetel ega pruugi taotleja kaubamärgis sisalduvalt kirjaviisilise olulist tähtsust või tähendust omistada, vaid peab oluliseks siiski sõna „Rabarps“.

Seega leidis vaidlustaja, et asjaomane tarbija võib arvata, et taotleja kaubamärgiga pakutavad kaubad pärinevad vaidlustajalt või vaidlustajaga seotud ettevõttelt, seda näiteks eeldades, et vaidlustaja on arendanud edasi oma märki või teinud variandi oma „RABARBRA“ kaubamärgist. Vastavalt varasemale kohtupraktikale suurendab märkide omavahelise segiajamise tõenäosuse riski ka vaidlustaja märgi omandatud kõrge eristusvõime turul ning isegi juhul, kui peaks tuvastatama, et tähised on vähesel määral sarnased, võib asjaomase avalikkuse hulgas siiski esineda märkide segiajamise tõenäosus, arvestades muude asjakohaste tegurite olemasolu, näiteks varasema kaubamärgi tuntust või mainet. Viimast asjaolu aga on vaidlustaja näidanud ja tõendanud, sealjuures on oluline, et vaidlustatud kaubamärgiga soovitakse saavutada õiguskaitset identsetel toodetel ja samal territooriumil, kus varasem kaubamärk omab tuntust (mainet). Võrdluseks, vaidlustaja pole hetkel pidanud vajalikuks vaidlustada hilisemat märki „RABARBEROL“ (taotl nr M202000830, reg nr 59385) identsete kaupade osas klassis 33 Global Wine House OÜ nimel (taotl kuup 17.08.2020, reg kuup 11.02.2021). Lisaks pidas vaidlustaja oluliseks mainida, et kui ka lähtuda nõrga eristusvõimega kaubamärkidest, on Euroopa Kohus tuvastanud äravahetamiseni sarnasust ka nõrga, madala eristusvõimega kaubamärkide puhul, mille kohaselt varasema kaubamärgi nõrga eristusvõime tuvastamine ei takista segiajamise tõenäosust (nt „TROPICAL“ vs „Tropical + kuju“ klassides 5, 31 (T-804/14 [2016]); „Easy Credit + kuju“ vs „e@sy Credit + kuju“ klassides 36, 38 (T-745/14 [2016]) jne). Kuigi segiajamise tõenäosuse hindamisel tuleb arvestada varasema kaubamärgi eristusvõimet, on see vaid üks hindamise käigus arvesse võetavatest asjaoludest; seega isegi juhul, kui tegemist on nõrga eristusvõimega varasema kaubamärgiga, võib esineda segiajamise tõenäosus, ja seda nimelt tähiste ja nendega kaetud kaupade või teenuste sarnasuse tõttu (T-[134/06], PAGESJAUNES.COM, [2007], p 70).

Vaidlustaja leidis, et ta on piisavalt põhjalikult esitanud oma seisukohad KaMS § 10 lg 1 p 3 kohaldamisel, leides hilisema vaidlustatud märgi vastuolu antud sättega. Selle sätte eesmärk on tagada kaubamärgiga tähistatud kaupade/teenuste kvaliteet, kaubamärgi reklaamifunktsioon, investeeringud, eriline kuvand (nt eksklusiivsus, elustiil, prestiiž) jne, s.o kaitse mis väljub KaMS § 10 lg 1 p 2 kohaldamisalast tagamaks kaitset mainekale kaubamärgile, mis on enamasti saavutatud selle omaniku jõupingutuste ja investeeringute tulemusena. Selles mõttes on kaubamärgil endal autonoomne majanduslik väärtus, mis seisab eraldi nende kaupade ja teenuste majanduslikust väärtusest, mille jaoks ta on registreeritud. Eelkõige tagavad käsitletavat maineka kaubamärgi poolt edastatavad või sellega seostatavad sõnumid sellele olulise väärtuse, mida on tarvis kaitsta seda enam, et enamusel juhtudel on kaubamärgi maine selle omaniku jõupingutuste ja investeeringute tulemus (T-215/0, p 35). Sätte kohaldamise tingimused (T-85/16, p 33) on varasem identne või sarnane kaubamärk (äravahetamiseni sarnasus § 10 lg 1 p 2 tähenduses pole nõutav); varasema kaubamärgi omandatud maine (EL märkide puhul EL-s vastavalt kohtupraktikale); tarbija loodav seos (*link*) kaubamärkide vahel; ja kahjustamise oht (*risk of injury*) läbi „parasiitluse“ (*free-riding*), „lahjendamise/hägustamise“ (*dilution*) või „halvustamise“ (*tarnishment*). Sätte kohaldamise põhimõtteid on väljendatud Euroopa Kohtu lahendites. KaMS § 10 lg 1 p-s 3 sätestatud rikkumised on nende esinemise korral asjaomase kaubamärgi ja tähise teatava sarnasuse tagajärg, mille tõttu asjaomane avalikkus seostab tähist kaubamärgiga, st loob nende vahel seose, olgugi et ta ei aja neid omavahel segi (C-252/07 Intel [2008], p 30). Kui hilisem kaubamärk meenutab keskmisele piisavalt informeeritud, mõistlikult tähelepanelikule ja arukale tarbijale varasemat kaubamärki, siis see viitab seose olemasolule (samas, p 60). Sellise asjaomasele avalikkusele tajutava seose olemasolu on vajalik eeltingimus, kuid ei ole iseenesest piisav selleks, et tuvastada ühe sellise rikkumise olemasolu (C-487/07, p-d 36-37). Sellise seose olemasolu tuleb hinnata igakülgset, võttes arvesse kõiki juhtumiga seotud olulisi asjaolusid, sh nende kaupade või teenuste sarnasuse või erisuse laadi ja määra, vastandatud kaubamärkide vahelise sarnasuse taset, varasema kaubamärgi maine tugevust, varasema kaubamärgi olemuslikku või kasutamise tulemusena tekkinud eristusvõime määra, või kus kohane, tõenäosust, et avalikkus võib kaubamärgid omavahel segi ajada (T-85/16, p 35).

Mis puutub kaubamärgi maine tugevusse ja eristusvõime määra, siis on Euroopa Kohus sedastanud, et mida tugevamad on kaubamärgi eristusvõime ja maine, seda lihtsam on mõõnda, et sellele on tekitatud kahju. Kohtupraktikast tuleneb ka, et mida vahetumalt ja tugevamalt meenutab tähis kaubamärki, seda tõenäolisem on oht, et tähise kasutamine hetkel või tulevikus kasutab ebaõiglaselt ära või kahjustab varasema kaubamärgi eristusvõimet või mainet (C-487/07, p 44). Vaidlustaja on näidanud ja

tõendanud, et tema EL kaubamärk on mainekas/tuntud/kõrge eistusvõimega EL olulises osas, mis käesoleval juhul langeb kokku vähemalt Eesti territooriumiga ning mida vastavalt eespool selgitatule, tuleb lugeda piisavaks selle geograafilises tähenduses. On ka oluline, et need territooriumid langevad kokku, so hilisema märgiga soovitakse õiguskaitset saavutada samal territooriumil, kus vaidlustaja varasem märk omab mainet/tuntust/kõrget eristusvõimet. Vastavalt kohtupraktikale, mida sarnasemad on võrreldavad kaubamärgid, seda tõenäolisem on, et hilisem kaubamärk meenutab asjaomasele avalikkusele varasemat mainekat kaubamärki (C-252/07, p 44). Võrreldavad tähised on vägagi sarnased, antud hinnanguid on vaidlustaja juba varasemalt ja eespool käsitletud, kusjuures pole siinjuures vajalik ega oluline märkide äravahetamiseni sarnasuse aste, vaid piisavaks saab lugeda, kui need on sarnased. Võrreldavatel kaubamärkidel on tähenduslik seos ning olemuslikult sarnased tunnusjooned. Ka taotleja on näidanud nende märkide vahel oleva tähendusliku seose olemasolu (vaidlustaja märk kui sõna „rabarber“ õigekirjavea vorm vs. sõna „Rabarps“ kui sama sõna slänginimetus või selle lühivorm). Seoses võrreldavate tähistega kaupade sarnasuse või erisuse laadi ja määra hindamisega, tuleb KaMS § 10 lg 1 p 3 kohaldamisel arvesse võtta nende kaupade või teenuste laadi, mille jaoks vastandatud kaubamärgid registreeriti (C-252/07, p 50). Antud kaupade/teenuste omavaheline võrdlus ei eelda samasugust kaupade/teenuste omavahelist analüüsi nagu seda eeldatakse KaMS § 10 lg 1 p 2 tähenduses, vaid seose olemasolu või selle puudumise hindamisel vaadeldakse võrreldavate kaubamärkidega kaetud kaupade/teenuste turusektoreid (*market sectors*), kas need võivad omavahel kattuda või seostuda, võimaldades üle kanda varasema märgi kuvandit. Vaidlustaja on näidanud ja tõendanud, et tema varasem tuntud (mainekas) kaubamärk on omandanud tuntuse (maine) seoses vahuveinidega (sh alkoholivabadega). Lähtudes asjaolust, et taotleja sooviks on saavutada õiguskaitse alkoholivabadele ja alkoholoolsetele jookidele ning nende valmistusainetele, siis on käesoleval juhul tegemist identsente ning omavahel kattuvate ja seonduvate turusektoritega.

Kohtupraktika kohaselt võib KaMS § 10 lg 1 p-s 3 sätestatud ohtu tõlgendada mitmeti. Tegemist võib olla ohuga, et hilisema kaubamärgi õigustamatu kasutamine, esiteks, kahjustab varasema kaubamärgi eristusvõimet (n.ö „lahjendamine“, „hägustamine“ (*dilution*)), teiseks, kahjustab varasema kaubamärgi mainet (n.ö läbi „halvustamise“ (*tarnishment*)), või kolmandaks, kasutab varasema kaubamärgi eristusvõimet või mainet õigustamatult ära (n.ö „parasiitlus“ (*free-riding*)). Piisab ühe ohuolukorra esinemisest KaMS § 10 lg 1 p 3 kohaldamiseks. Sarnaselt vastandatud kaubamärkide vahelisele seosele tuleb ühte kahju esinemise ohtu või sellise kahju esinemise tõelist ohtu tulevikus hinnata igakülgsest, võttes arvesse kõiki juhtumiga seotud olulisi asjaolusid (C-252/07, p 68). Varasema kaubamärgi omanik ei pea tõendama, et tema kaubamärgile on tegelikult ning vastaval hetkel kahju tekitatud, kuid ta peab välja tooma asjaolud, mille alusel saab prima facie järeldada, et varasema kaubamärgi tulevase ärakasutamise või kahjustamise oht ei ole hüpoteetiline ja et niisugusele järeldusele võib jõuda eelkõige tõenäosuste analüüsist tehtavate loogiliste järelduste alusel, võttes arvesse asjaomasel kaubandussektoris levinud praktikad ning kõiki muid konkreetse juhtumi asjaolusid (C-100/11 P BOTOLIST [2012], p 95). Hageja ei pea tõendama, et tema kaubamärgile on KaMS § 10 lg 1 p 3 tähenduses tegelikult ning vastaval hetkel kahju tekitatud. Kui on ette näha, et viis, kuidas hilisema kaubamärgi omanik võib kasutada varasemat kaubamärki, tekitab tulevikus selliselt kahju, siis ei ole varasema kaubamärgi omanik kohustatud ootama tegelikku kahjutekitamist, et keelata selline kasutamine. Varasema kaubamärgi omanik peab siiski tõendama selliste tegurite olemasolu, mis võimaldavad järeldada, et esineb tõsine oht, et tema kaubamärgile tulevikus kahju tekitatakse. Kui varasema kaubamärgi omanik on suutnud tõendada kas seda, et tema kaubamärgile direktiivi artikli 4 lõike 4 punkti a tähenduses tegelikult ning vastaval hetkel kahju tekitatakse või vastupidisel juhul seda, et esineb tõsine oht, et tema kaubamärgile tulevikus sel moel kahju tekitatakse, siis peab hilisema kaubamärgi omanik tõendama, et ta kasutab nimetatud kaubamärki põhjusega (C-252/07, p 38-39). Kui kolmas isik üritab maineka kaubamärgiga sarnase tähise kasutamisega asuda asjaomase kaubamärgi kiiluvette, et saada kasu viimase atraktiivsusest, reputatsioonist ja prestiižist ning kasutada seda ilma rahalist huvitist maksmata ja ise kaubamärgiomaniku ärilisse panusesse selle kaubamärgi kuvandi loomisest ja säilitamisest panustamata, tuleb seda kasutamist pidada kaubamärgi eristusvõime või maine ebaõiglaseks ärakasutamiseks. Seega, KaMS § 10 lg 1 p 3 tuleb tõlgendada selliselt, et selle sätte tähenduses ei eelda kaubamärgi eristusvõime või maine ebaõiglane ärakasutamine segiajamise tõenäosuse olemasolu ega ohtu, 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 ilma rahalist huvitist maksmata ja ise kaubamärgiomaniku ärilisse panusesse selle kaubamärgi kuvandi loomisest ja säilitamisest panustamata (C-487/07, p 49-50).

Samasugused asjaolud on vaidlustaja hinnangul täheldatavad ka antud asjas, vaadeldes taotleja ilmseid kavatsusi kaubamärgi kaubanduslikul kasutamisel, kui võrd võrreldatav märgiga soovitakse õiguskaitset saavutada väga laia loeteluga kaupadele klassides 32 ja 33, mis suuremalt osalt pole

kuidagi seotud 'rabarberi' koostisosaga. On täheldatav, et taotleja on ära kasutanud vaidlustaja tuntud/maineka kaubamärgi, seda identsetel ja sarnastel toodetel, soovides ära kasutada vaidlustaja kaubamärgiga loodud kuvandit, atraktiivsust, prestiiži, reputatsiooni ning asudes sellega vaidlustaja tuntud/maineka kaubamärgi kiiluvette. Võimalik ka kõnelda 'parasiitluse ohust' s.o ohust, et maineka kaubamärgi kuvand või sellega edasiantavad omadused kantakse üle taotletava kaubamärgiga tähistatavatele kaupadele, mille tõttu neid on tänu sellisele varasema maineka kaubamärgiga seostumisele kergem turustada (T-480/12 Master [2014], p 82). On igati ilmne, et taotleja, kelle sooviks ja huviks on võtta kasutusele ja registreerida kaubamärk „Rabarps“, mis Eesti tarbijale seostub selle tähendusega „rabarber“, kuid soovides seda teha väga laia spektriga toodete osas klassides 32 ja 33, sh sellekohaste seosteta märgi tähenduse ja kaupade vahel, on seeläbi soovinud ära kasutada vaidlustaja kaubamärgiga loodud kuvandit, tuntust, mainet. Vastupidisel juhul oleks taotleja võinud ju pigem kujundada teistsuguse kaubamärgi, s.o sellekohaste seosteta sõnaga „rabarber“. Vaidlustaja on oma kaubamärgiga loonud kõrge kvaliteedi ning kuvandi oma toodetele, mida tähistatakse sarnase kaubamärgiga. Kuivõrd vaidlustaja kaubamärk seondub tähendusega „rabarber“ ning nagu ka taotleja ise väidab, on tema kaubamärk sõna „rabarber“ slänginimetus või selle lühivorm, on tarbija võimeline looma seoseid nende kaubamärkide vahel. Mõlemad tähised on tegelikkuses eristusvõimelised – taotleja ei soovi siinjuures kaitset sõnale „rabarber“, mida ei saaks vaidlustaja ka keelustada, vaid taotleja huviks ja sooviks on käesoleval juhul sarnasele sõnale õiguskaitsese omandamine. Sellest järeldub, et märkimisväärne osa asjaomastest Eesti tarbijaskonnast on võimeline seostama taotleja kaubamärki vaidlustaja kaubamärgiga, eelkõige kuna need turusektorid, milles võrreldavaid märke kasutatakse või kavatakse kasutada on identsed ning üksteist täiendavad ja konkureerivad. Kahju tekkimise oht KaMS § 10 lg 1 p 3 kontekstis leiab aset või esineb tõsine oht sellise kahju tekkimises tulevikus, kuna:

- taotleja kaubamärgi kasutamine kahjustab varasema kaubamärgi eristusvõimet, millega taotleja kaubamärgi kasutuselevõtu tulemusel ei looks varasem kaubamärk enam vahetut seost nende kaupadega, mille jaoks see on registreeritud ja mille jaoks seda kasutatakse;
- taotleja kaubamärgi kasutamine kahjustab varasema kaubamärgi mainet, kuna taotleja kaupadel on avalikkusele mõju, mis vähendab varasema kaubamärgi külgetõmbejõudu, sh vaidlustaja ei saa kontrollida kuidas taotleja kasutab vaidlustatud kaubamärki (nt kaubamärgiga tähistatud kaupade kvaliteeti); ning
- taotleja kasutab varasema kaubamärgi eristusvõimet või mainet õigustamatult ära – tulenevalt vaidlustaja varasema kaubamärgi mainest toob sarnase kaubamärgi kasutamine identsete (või sarnaste) kaupade suhtes paratamatult kaasa "parasiitluse" või vaidlustaja maine ebaausa ärakasutamise.

Seega on vaidlustaja hinnangul taotleja kaubamärk vastuolus ka KaMS § 10 lg 1 p-ga 3 ning vaidlustaja jääb oma nõuete juurde.

Seisukohale oli lisatud (1) Postimehe 23.04.2018 artikkel; (2) internetiarhiivi väljavõtted Selveri kodulehelt seisuga 6.07.2019; (3) Kaubamaja kodulehelt seisuga 7.10.2018; (4) viinarannasta.ee e-poest seisuga 3.04.2019; (5) uuringufirma Nielsen tulemused; (6) kaubamaja osturalli 2018; (7) kirjastiili näiteid Eesti raamatupoodides Rahva Raamat ja Apollo müüdavate raamatute näitel.

Taotleja teatas 25.06.2021, et ta ei pea vajalikuks täiendavat seisukohta vaidlustaja seisukohale esitada. Komisjon tegi 25.06.2021 vaidlustajale ettepaneku esitada lõplikud seisukohad hiljemalt 26.07.2021.

5) 2.07.2021 esitas **vaidlustaja** lõplikud seisukohad. Vaidlustaja teatas, et ta jääb oma varasemalt esitatud seisukohtade, argumentide, esitatud tõendite ning nõude juurde. Ta leidis, et ta on varasemalt piisavalt põhjalikult selgitanud ning tõendanud avalduse aluseks olevaid asjaolusid. Puudub vajadus korrata varasemalt esitatut ning uuesti välja tuua teatud asjaolusid, kuna kõik antud asjas tähtsust omavad asjaolud, seisukohad, tõendid ning nõue on juba varasemalt esitatud.

Komisjon tegi 5.07.2021 taotlejale ettepaneku esitada lõplikud seisukohad hiljemalt 6.08.2021.

6) 6.08.2021 esitas **taotleja** lõplikud seisukohad. Taotleja jäi oma seisukohtade juurde ja palus jätta vaidlustusavaldus rahuldamata. Ta märkis, et vaidlustaja poolt esile toodud kaubamärkide sarnasused on tingitud üksnes asjaolust, et mõlemad kaubamärgid osundavad, et nendega tähistatud tooted on valmistatud rabarberist või sisaldavad rabarberit. Seega, kui märkide algusosa isegi viitab mõlemas märgis rabarberile, siis see semantiline seos ei saa olla aluseks kaubamärkide äravahetamise tõenäosusele ega ka vaidlustaja kaubamärgi väidetavale maine kaitsele, kuna põhineb kirjeldaval tähendusel, mida kaubamärgiõiguse alusel kaitsta ei saa. Rabarberijookide puhul on tegemist joogitööstusharus tavapärase praktikaga toota ja turustada rabarberi sisaldusega jooke ning tarbija on harjunud kaubanduses erinevate rabarberil põhinevate või rabarberi sisaldusega jookidega. Seda illustreerib ka tavapärase vaatepilt (taotleja esitas foto kaupluseriilist rabarberijookidega) kaubandusest (kauplus Stockmann), milline asjaolu käesolevas lõplikus seisukohas põhineb vaidlustaja varasemal seisukohal

rabarberijookide laialdasest levikust. Arvestades kaubamärkide selget visuaalset ja foneetilist erinevust osas, mis ei põhine kirjeldaval viitel rabarberile, puudub võrreldavate kaubamärkide vahel otsese või kaudse äravahetamise tõenäosus.

Taotleja leidis, et kuigi pole kahtlust sellest, et vaidlustaja kaubamärgiga rabarberi vahuveini turustatakse Eestis, siis puuduvad tõendid lugemaks seda mainekaks määral, mis võimaldaks rakendada KaMS § 10 lg 1 p 3 ning ennekõike vaidlustatud kaubamärgi suhtes, kuna kaubamärkide sarnasused ei põhine enamal, kui kokkulangeval viitel rabarberile, kui joogi koostisosale/valmistusainele. Vaidlustaja on tuginenud vähestele turunduslikele materjalidele, mis ei ole piisavad kaubamärgi maine tuvastamiseks tarbija taju seisukohast. Viidatud 2018. a Eesti parima toiduaine valimisega seotud artikkel on ilmselgelt üksnes ülepingsutatud turunduslik allikas – väide, et toode kaob poelettidelt tundidega, ei ole usutav (esitatud fotolt on näha, et „RABARBRA“ oli poelettidelt saadaval) ning väide eksklusiivsuse ja piiratud koguses tootmise kohta ei ole usutav vaidlustaja poolt esitatud Nielsen mahulise turuosa andmete alusel (müügimahtude osas võrreldav viinamarjast valmistatud vahuveinide, proseccode ja šampanjadega). Lisaks on vaidlustaja kaubamärk „NUDIST RABARBRA“ ning sisaldab ka viidet „rabarberivahuvein“, mis annab tarbijale ühese info, et „RABARBRA“ ei ole mitte niiväga iseseisev kaubamärk, vaid rabarberivahuveinile osundav tootenimi.

7) 30.08.2021 esitas **vaidlustaja** repliigi. Vaidlustaja märkis, et taotleja on esitanud lõplikud seisukohad 6.08.2021, mille vaidlustaja on kätte saanud 9.08.2021. Oma lõplikes seisukohtades on taotleja välja toonud uusi asjaolusid ning uue tõendi, mis vastavalt kehtivale seadusandlusele on lubamatu (TÕAS § 54¹ lg 4). Seeläbi on taotleja rikkunud protsessinorme, millega on vaidlustajalt võetud ära võimalus nendele uutele asjaoludele ja tõendile vastu vaidlemiseks. Sellest tulenevalt palus vaidlustaja jätta taotleja lõplikud seisukohad tähelepanuta. Taotlejal oli võimalus neid asjaolusid välja tuua hiljemalt oma 25.06.2021 seisukohtades, mida aga ta teinud pole, vaid on selles pelgalt sedastanud lakoonilise seisukoha: „Taotleja ei pea vajalikuks täiendavat seisukohta vaidlustaja seisukohale esitada“. Seevastu lõplikes seisukohtades välja toodud uusi asjaolusid ja tõendit oli tal võimalik esitada ka juba 25.06.2021, kuid taotleja pole seda teinud. Vastavalt TsMS § 200 lõikele 1 on menetlusosaline kohustatud kasutama oma menetlusõigusi heauskselt. Vaidlustaja leidis, et taotleja pole vastavat käitumisnormi nende uute asjaolude ja tõendiga järginud, mistõttu palus vaidlustaja ka antud alusel jätta taotleja 6.08.2021 lõplikud seisukohad tähelepanuta.

Kui komisjon peaks taotleja lõplikke seisukohti arvesse võtma, tänas vaidlustaja taotlejat tähelepanu juhtimise eest turul olevatele sarnase kaubamärgiga toodetele, eelkõige „Rabarberetto“ ja „RABARBBER. MULL“ (kujutatud taotleja 6.08.2021 fotol kaupluseletist), mis nähtuvad vaidlustaja toote „RABARBRA“ kõrvale paigutatuna poes. Sellega seoses vaidlustaja kinnitas, et ta võtab vastu meetmeid oma õiguste kaitseks selliste sarnaste kaubamärkide ja toodete turult kõrvaldamiseks. Seda enam, et pildil nähtuv toode „Rabarberetto“ tootjaks on Võhu Vein AS (lisa 1, väljavõte kodulehelt www.megaturg.ee, mis kinnitab, et „Rabarberetto“ tootjaks Võhu Vein AS), kellega on vaidlustaja 2018. aastal sõlminud koostöölepingu, mis on ka hetkel kehtiv, ning mille kohaselt lepingupoolte koostöö vältel ei tohi Võhu Vein AS villida vaidlustaja „RABARBRA“ toote omadustega sarnast rabarberivahuveini (väljavõtteid antud lepingust lisades 2–4 – konfidentsiaalsuse huvides lisatud vaid olulised kohad lepingust). Antud toodet „Rabarberetto“ ei nähtu ka Võhu Vein AS enda kodulehel www.vohuvein.eu (lisa 5), mistõttu võib eeldada, et antud toode on toodangust juba kõrvaldatud. Antud toode puudub ka Eesti suurimate toidukaupluste kettide Selver, Prisma, Rimi ja Coop toodete hulgast (lisad 6–9 otsingu tulemused).

Kõigest sellest tulenevalt palus vaidlustaja jätta taotleja lõplikud seisukohad tähelepanuta ning isegi, kui neid arvestada, siis vaid teatud mõõndustega.

Komisjon alustas **5.05.2022** avalduse menetluses lõppmenetlust.

Komisjoni selgitused ja otsus

Komisjon, tutvunud menetluses esitatud seisukohtadega ning hinnanud tõendeid kogumis, leiab järgmist.

Vaidlustaja, kellele kuulub EL kaubamärk „RABARBRA + kuju“ (taotluse esitamise kuupäev 30.05.2019) on vaidlustanud taotleja kaubamärgi „Rabarps + kuju“ (taotluse esitamise kuupäev 4.05.2020) KaMS § 10 lg 1 p-de 2 ja 3 alusel. Kuna vaidlustaja kaubamärgi taotluse esitamise kuupäev on varasem kui vaidlustatud kaubamärgi taotluse esitamise kuupäev, kuulub talle varasem kaubamärk KaMS § 11 lg 1 p 6 tähenduses. Vaidlust ei ole selles, et taotleja ei ole saanud vaidlustajalt luba vaidlustatud kaubamärgi registreerimiseks.

1) KaMS § 10 lg 1 p 2 kohaselt ei saa õiguskaitsset kaubamärk, mis on identne või sarnane varasema kaubamärgiga, mis on saanud õiguskaitsese identsete või samaliigiliste kaupade või teenuste tähistamiseks, kui on tõenäoline kaubamärkide äravahetamine tarbija poolt, sealhulgas kaubamärgi assotsieerumine varasema kaubamärgiga. Selle sätte kohaldamiseks tuleb hinnata kaubamärkide ja nendega tähistatavate kaupade sarnasust ning sellest tingitud riski, kas tarbija võib hilisema kaubamärgi ajada segamini varasema kaubamärgiga, sealhulgas neid alusetult assotsieerida, seostades hilisema kaubamärgi või selle omaniku varasema kaubamärgiga või selle omanikuga.

Kaubamärkide sarnasuse hindamisel tuleb lähtuda asjassepuutuvate kaupade keskmise, informeeritud ja aruka tarbija tajust ja tähelepanust ning eeldada, et tarbijal ei ole võimalust üldjuhul kaubamärke turusituatsioonis võrrelda. Tarbija toetub varasemat kaubamärki kohates mällu jäänud ebatäielikule üldmuljele, mille detailid on teisejärgulised. Seetõttu on olulisemad kaubamärkide silmatorkavamad, meeldejäätavamad ja domineerivamad elemendid. Asjakohased kaubad kuuluvad klassidesse 32 ja 33 (üldistades: õlu ja alkoholivabad joogid ning nende valmistusained; alkohoolsed joogid ja jookide valmistusained). Sellised kaubad on lihtsalt kättesaadavad, pigem odavad ning mõeldud tarbimiseks laiale tarbijaskonnale, kellel puudub üldiselt vajadus ostuotsust põhjalikult kaaluda. Kuigi eksootilise kauba puhul võib tarbija põhjalikumalt uurida kauba koostist ja muid omadusi, ei keskendu ta niivõrd kaubamärgi analüüsile. Seega on tarbija tähelepanelikkus keskmine või isegi alla selle. Kui tarbija on alkohoolset jooki juba tarbinud, nt baaris, on tema tähelepanu joogikaardilt järgmise joogi valikul ilmselt veelgi madalam.

Kaupade sarnasuse osas on komisjon seisukohal, et need on põhiosas identsed, kuivõrd varasema kaubamärgiga tähistatakse klassis 32 üldiselt alkoholivabu jooke ja nende valmistusaineid ning klassis 33 üldiselt alkohoolseid jooke ja jookide valmistusaineid, vaidlustatud kaubamärgi kaubad hõlmavad erinevaid jooke ja komponente, mis kuuluvad samadesse kategooriatesse.

Vaidlustatud kaubamärgiga tähistatav õlu ja sellele sarnased joogid on varasema kaubamärgi kaupadega identsed, kui see on kaitstud klassis 32 kauba *õlu* suhtes (nagu nähtub vaidlustusavalduse tekstist ja registreeringu kaupade loetelust enamuses EL keeltes. Ingliskeelses loetelus kaupa *õlu* ei sisaldu. Kui lähtuda viimasest, on võrreldavate kaubamärkide kaubad siiski samaliigilised ning tarbija jaoks teineteist asendavad.

Võrreldavad kaubamärgid on kombineeritud kaubamärgid. Varasem kaubamärk koosneb sõnast „RABARBRA“, mida on kaubamärgi reproduktsioonil kujutatud roosas kirjas tõusva paigutusega, šriftis, mis meenutab käsitsi kirjutatud suurtähti. Vaidlustatud kaubamärk koosneb sõnast „Rabarps“, mis on kirjutatud rohelises kirjas ja mille šrift on disainitud, kuid meenutab ikkagi käsitsi kirjutamisel tekkitavat. Sõna alguses olev R-täht on disainitud selliselt, et selle püstkriips kujutab endast punakas-roosat rabarberivart ning sellele on lisatud rabarberilehest inspireeritud roheline disain. Mõlemas kaubamärgis domineerivad visuaalselt nende disainitud sõnalised elemendid, sõnalistest elementidest lahus olev kujundus puudub.

Kuigi teadaolevalt tähistavad mõlemad pooled oma kaubamärkidega rabarberijooke, ei järeldu see kaubamärkide kaupade loenditest. Kaubamärkide võrdlemisel tuleb lähtuda kaubamärgiregistreeringus ja taotluses sisalduvast kaupade loetelust, mitte sellest, kuidas omanik või taotleja oma kaubamärki kasutab. Komisjon nõustub, et rabarberijookide tähistamisel on mõlema kaubamärgi sõnalise elemendi eristusvõime väga madal, kuna see vihjab toodete omadustele (toorme, maitsele vm). Muude kaupade puhul ei ole põhjust kaubamärkide eristusvõimes kahelda. Rabarberijookide puhul rõhutab sõnalise elemendi toodet kirjeldavat iseloomu ka mõlema kaubamärgi kujundus – varasema kaubamärgi rabarberiroosa värv, vaidlustatud kaubamärgi rabarberilehe disain ja värvikombinatsioon. Igal juhul seostub mõlema kaubamärgi sõnaline osa rabarberiga – vaatamata sellele, kas märgiga tähistatakse rabarberi- või muid jooke. Vaidlustaja on püüdnud tõendada oma kaubamärgi tugevamat eristusvõimet, mis tuleneb tema toodete omapärast ja nendele osaks saanud tunnustusest. Komisjon leiab, et vaatamata hüpoteetilisele tundeusele ei ole varasem kaubamärk rabarberitoodete tähistamisel minetanud oma kirjeldavat või vähemalt vihjavat iseloomu ning jääb selles osas, milles see kirjeldab toote omadusi, eristusvõimelt pigem madalaks.

Kaubamärke moodustavaid sõnalisi elemente visuaalselt võrreldes – jättes tähelepanuta tähesuuruse, disaini ja värvi erinevused – on sõnade algus 5 tähe ulatuses identne, kuid lõpp erinev. Sama on ka nende sõnade hääldusega. Hääldub varasem kaubamärk kolmesilbilisena, rõhuga teisel silbil, vaidlustatud kaubamärk aga kahesilbilisena, rõhuga lõpus, mis omakorda rõhutab lõpu olulisust. Kontseptuaalselt viitavad mõlemad tähised rabarberile, kuid siiski on tegemist moonutatud, mänglevalt loodud kunstlike sõnadega, millel tervikuna tähendus puudub. Sõnade lõpu erinevusest tulenevalt võivad tarbijas tekitatavad semantilised assotsiatsioonid olla hoopis erinevad – näiteks võidakse varasemat

tähist tajuda naisenimena, vaidlustatud kaubamärk aga võib seostuda kõnekeelsete vormidega „õps“, „mamps“ vms. Kuigi üldiselt tuleb sõnade algusele rohkem tähelepanu pöörata kui lõpule, suunab mõlema tähise ilmne vihje rabarberile (rabarberijookide puhul on seejuures see vihje selgelt kirjeldav) tähelepanu sõnade lõpule ja tervikdisainile, mis võimaldavad võrreldavaid tähiseid kaubamärgi funktsioonis tajuda. Selles osas, milles kaubamärgid on identsed, on nad ka kirjeldavad, mille tõttu rõhk kaubamärkide võrdlemisel läheb kaubamärkidele kui tervikutele. Kaubamärkide terviklik disain ja sellest jääv üldmulje on aga erinev – eriti silmatorkav on vaidlustatud kaubamärgi alguses olev rabarberilehe element, samuti on kaubamärki moodustavate sõnade šrift, paigutus ja värvilahendus erinevad.

Komisjon leiab, et tervikuna on võrreldavad kaubamärgid erinevad. Seetõttu, vaatamata kaupade identsusele (või samaliigilisusele, kui lähtuda varasema kaubamärgi registreeringu ingliskeelsest tekstist), on ka vähe tõenäoline, et tarbija vahetaks need kaubamärgid ära või seostaks hilisemat kaubamärki varasema kaubamärgiga või taotlejat vaidlustajaga.

2) KaMS § 10 lg 1 p 3 kohaselt ei saa õiguskaitsset kaubamärk, mis on identne või sarnane varasema registreeritud kaubamärgiga, sõltumata sellest, kas varasemal kaubamärgil on õiguskaitsese identsete, samaliigiliste või teist liiki kaupade või teenuste tähistamiseks, juhul kui varasem Eesti kaubamärk on tuntud Eestis või varasem Euroopa Liidu kaubamärk on tuntud Euroopa Liidus ja kui hilisema kaubamärgi põhjendamatu kasutamine kasutaks ebaausalt ära või kahjustaks varasema kaubamärgi eristusvõimet või omandatud mainet. Erinevalt äravahetamiseni sarnasuse analüüsist ei ole seejuures oluline kaupade samaliigilisus ega kaubamärkide äravahetamiseni tõenäosus. Seevastu on oluline, et varasem EL kaubamärk on omandanud Euroopa Liidus eristusvõime ja maine, mida hilisema kaubamärgi kasutamine võib kahjustada või ära kasutada. Selleks, et varasema kaubamärgi eristusvõime või maine saaks olla hilisema kaubamärgi kasutamise kaudu kahjustatav või ära kasutatav, peab varasem EL kaubamärk olema hilisema kaubamärgi registreerimistaotluse esitamise ajaks Euroopa Liidus või vähemalt selle olulises osas piisavalt tuntud. Vastavalt Euroopa Liidu kohtupraktikale võib EL kaubamärgi tuntuks lugemisel piisata tema tuntusest ühes liikmesriigis. Nõutav tunnus ei ole samastatav kaubamärgi üldtuntusega Pariisi tööstusomandi kaitse konventsiooni art 6bis tähenduses, kuid selle tuvastamisel on kohaldatavad samad põhimõtted, mis kaubamärgi üldtuntuse tuvastamisel – mingeid etteantud kvantitatiivseid näitajaid ei ole ning arvesse tuleb võtta erinevaid asjaolusid nende kogumis. Seejuures on aktsepteeritavad nii need tõendid, mis pärinevad ajast enne vastandatud kaubamärgi registreerimist, kui ka need, mis pärinevad ajast pärast vaidlustatud kaubamärgi registreerimiseks esitamist, kuid tõendavad varasema kaubamärgi kasutamist enne viimatinimetatud ajahetke. Varasem kaubamärk peab olema omandanud tuntuse mingil identifitseeritaval kujul – kas nii, nagu ta on registreeritud või nii, nagu ta on tegelikult kasutusele võetud ja tuntuse omandanud. Vastupidisel juhul ei ole selge, millise tähise eristusvõime või maine kahjustamise või ära kasutamise ohuga tegemist on.

Vaidlustaja on esile toonud, et tema kaubamärki on kasutatud alates 2017. aastast, seega kaks aastat enne oma kaubamärgile Euroopa Liidus kaitse taotlemist. Asjaolud, mis puudutavad vaidlustaja kui ettevõtja tegevuse alustamist, tema imagot mahetootjana jne on teisejärgulised, kuna need asjaolud ei nähtu kaubamärgist ja ei tõenda kaubamärgi tuntuust. Muude tõendite hulgas on vaidlustaja esitanud andmed oma rabarberiveini äramärkimise kohta 2018. a Toiduliidu konkursil ja Vanariigi Presidendi kõnes aprillist 2019, toote (ja tootja) tutvustusi ajakirjandusest ajavahemikust 2017–2020 ning majanduslikke näitajaid. Nagu taotleja on märkinud, pärineb osa tõenditest vaidlustajalt endalt ning on seega madalama tõendiväärtusega. Artiklites on vaidlustaja toodet tähistatud sõnaliselt „Rabarbra’na“, harvem kogu toote nimega, mitte aga vastandatud märgile sarnaneva kaubamärgina; toote reaalsel müüki näitavates väljavõtetes on kasutatud joogipudelitel kaubamärgidisaini, millel on lisaks vastandatud kaubamärgil olevale sõnale ka tuntav ja korduv kujunduslik element (daami kujutis), mis mõjub etiketil domineerivana kauba omadustele viitava algusega sõnalise elemendi kõrval. Seega – kuigi ei ole kahtlust vaidlustaja tegevuses rabarberijookide tootmisel ja talle kohati osaks saanud tunnustuses – ei saa komisjon olla veendunud selles, et varasem kaubamärk oli vaidlustatud kaubamärgi registreerimistaotluse esitamise ajaks omandanud tuntuse just sellisel kujul, nagu see on registreeritud. Maine ja eristusvõime osas, mida võiks vaidlustatud kaubamärgi kasutamisega kahjustada või ära kasutada, on samuti olulised eespool toodud järeldused võrreldavate kaubamärkide erinevate elementide eristusvõime kohta. Kahtlust ei ole selles, et varasem kaubamärk tervikuna on eristusvõimeline, selle sõnalise osa rabarberijooke kirjeldav sisu on aga väga madala eristusvõimega. Võttes varasemast märgist ära kujundusliku osa või lisades tootja nime (nt „Nudist Rabarbra“) või täieliku tootenime (nt „vahuvein Rabarbra Brut Organic“) või uue kujundusliku elemendi, olukord muutub ning selle muutunud olukorra alusel tehtavaid järeldusi ei saa omistada varasemale kaubamärgile nii, nagu see on registreeritud. Seega ei ole täidetud tingimus, et varasem kaubamärk oleks mingil konkreetsetel kujul omandanud tuntuse, millest tulenevalt oleks selle kaubamärgi maine või eristusvõime ohus.

Isegi kui varasema kaubamärgi tuntus oleks tõendatud, on võrreldavate kaubamärkide sarnasus (KaMS § 10 lg 1 p 3 ei nõua äravahetamiseni sarnasust) selles, et need sisaldavad nende kaupade – erinevate jookide ja joogivalmistusainete, mis kõik võivad potentsiaalselt olla rabarberist valmistatud, rabarberi maitse, lõhna või värviga või rabarberit sisaldada – osas kirjeldavat, üheselt rabarberile viitavat silmatorkavat alusosa. Mõlemad kaubamärgid teeb eristusvõimeliseks nende terviklik kuju, mis sisaldab eristuvat sõna lõppu ja erinevat kujundust. Varasema kaubamärgi (osalisest) kirjeldavusest tulenevat madalat loomupärast eristusvõimet ei ole komisjoni hinnangul vaidlustaja enda esitatud kaubamärgi kasutamise tõenditega ümber lükanud.

Eeltoodust tulenevalt on täitmata KaMS § 10 lg 1 p 3 kohaldamise eeldused.

3) Komisjon jätab tähelepanuta taotleja lõplikes seisukohtades esitatud tõendid, kuna nendele ei olnud viidatud varasemas menetluses, ning vaidlustaja repliigi sisulised seisukohad. Samuti on küsitav sõna „rabarbra“ norrakeelse tähenduse asjakohasus Eesti turusituatsioonis toimuva võimaliku kaubamärki-de segiajamise kontekstis.

Tulenevalt eeltoodust ning lähtudes KaMS § 10 lg 1 p-dest 2 ja 3 ning TÕAS § 61 lõikest 1 otsustab komisjon:

jätta Peenjoogivabrik Nudist OÜ vaidlustusavaldus rahuldamata.

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

(allkirjastatud digitaalselt)

Tanel Kalmet

Rein Laaneots

Maria Silvia Martinson