

**Käesolevaga jään mina, komisjoni liige Mari-Epp Tirkkonen asjas eriarvamusele ning leian, et vaidlustusavaldust ei tuleks rahuldada.**

*KaMS § 10 lg 2 kohaselt ei saa õiguskaitset tähis, mis on identne või sarnane varasema kaubamärgiga, mis on saanud õiguskaitse identsete või samaliigiliste kaupade või teenuste tähistamiseks, kui on tõenäoline kaubamärkide äravahetamine tarbija poolt, sealhulgas kaubamärgi assotsieerumine varasema kaubamärgiga.*

Vastavalt väljakujunenud Euroopa Kohtu praktikale peab hinnang kaubamärkide visuaalsele, foneetilisele ja semantilisele sarnasusele tuginema märkide üleüldisele muljele, eelkõige arvestades nende eristusvõimelisi ja domineerivaid osi (otsus kohtuasjas nr C-251/95, p 23).

Kaubamärkide äravahetamise tõenäosuse hindamisel arvestatakse asjakohaste asjaolude vastastikust sõltuvust, eelkõige sõltuvust kaubamärkide sarnasuse ning tähistatud kaupade või teenuste samaliigilisuse vahel. Seega võib tähistatud kaupade või teenuste vähest sarnasust kompenseerida märkide suurem sarnasus (otsus kohtuasjas nr C-39/97, p 17 ja nr T-162/01, p 32).

Antud juhul võib nõustuda ülejäänud komisjoniliikmetega, et taotleja ja vaidlustajate kaubamärkidega tähistatud kaubad klassis 32 on identsed. Samas olen seisukohal, nii nagu ka taotleja on leidnud, et vaidlustatav kaubamärk ja vaidlustajate poolt registreeritud kaubamärgid pole semantiliselt, foneetiliselt ja visuaalselt sedavõrd sarnased, et võiks esineda tarbijapoolne äravahetamise tõenäosus. Taotleja on viinud läbi tähiste semantilise, foneetilise ja visuaalse võrdluse, tuvastades muuhulgas, et vastupidiselt viidatud praktikale teevad vaidlustajad järelduse võrreldavate märkide äravahetamise tõenäosuse kohta sisuliselt üksnes nendes sisalduva ühe elemendi „VICHY“ põhjal, eirates seejuures ka olulist asjaolu, et tegu on klassis 32 eristusvõimetu tähisega. Et keskmine Eesti tarbija ei taju seda tähist iseseisvalt klassi 32 kaupu eristava tähisena, on kinnitanud ka ülejäänud komisjoniliikmed käesolevas otsuses.

Taotleja läbiviidud kaubamärkide võrdlev analüüs kõigis kolmes aspektis on adekvaatne ja ammendav ning sellega võib üldjoontes nõustuda (seda siin üle kordamata), lisades siiski mõned omapoolsed tähelepanekud. Nimelt on võrreldavatel tähistel lisaks sõnale „VICHY“ mitmeid erinevaid elemente, millest nii mõnigi on lisaks tugeva eristusvõimega – erinevalt sõnast „VICHY“, mis on üksnes jookide liiki kirjeldav tähis – ning ka silmatorkav. Taotleja tähise puhul on kujunduslikel elementidel meeldejääv roll (kirevad värvilaigud, maastikukujutis), samuti ei saa öelda, et Eesti tarbija jaoks oleks ootus- ja tavapärane soetada Barcelona päritolu kaupa. Seetõttu võib sõna „BARCELONA“ siin mõjuda mõneti isegi üllatuslikumalt ja meeldejäävamalt, kui „VICHY“, mida Eesti tarbija on harjunud ka sellisena nendel kaupadel kaupade kohta infot andvana nägema (nagu taotleja on tõendanud).

Sõnamärgis „La Compagnie de Vichy“ on kõik elemendid võrdselt esil ning pole võimalik öelda, et sõna „Vichy“ domineeriks mingil moel rohkem kui sõna „La Compagnie“, mille arusaadavus keskmise Eesti tarbija jaoks pole ka täielikult tõendatud ja kindel. Isegi kui lugeda, et Eesti tarbija mõistab tähist tähenduses „Vichy ettevõtte“ vms, on seega tegu eristusvõimetu tähisega, mis juhul oleks keeruline vaagida antud tähise kaalu käesolevas võrdlusprotsessis tervikuna.

Teise vaidlustaja tähises on sõnalise osaga samavõrra esil pudeli kuju, millel tarbija pilk samuti pidama jääb ning võrdluses taotleja tähisega on antud tähisest tulenev üldmulje – kaubamärk, mis koosneb tõetruust pudelikujutisest ja teine, kirjul taustal esitatud neljakandiline

värvikirevatest, abstraktsetest kujundelementidest koosnev tähis – täiesti erinev. Lisaks on märgi koosseisus Eesti tarbija jaoks eristusvõimeline sõna „Celestins“ (st Eesti keskmise tarbija jaoks puudub sellel tähendus).

Mis puutub vaidlustajate poolt viidatud kohtulahenditesse (C-20/14, C-334/05, C-388/10 P, C-388/10 jt), kus on juttu sellest, et ka kirjeldavad sõnad võivad mängida rolli tähiste võrdluses, siis sellega seoses tuleb märkida järgmist. Nimelt on neis lahendites rõhutatud eelkõige mõtet, et märke tuleb analüüsida tervikuna ning ei ole õige kirjeldavate sõnaliste osade täielik kõrvalejätmine kõrvutaval analüüsil (nagu on sageli tehtud vaidlustatud juhtudel). Nõustuda saab, et üldmulje analüüsimiseks tuleb vaadata tähiseid tervikuna, kõiki tähise elemente võrdselt arvesse võttes. Praegusel juhul, olleski vaadelnud tähiseid tervikuna ja võttes arvesse võrdselt kõiki tähise elemente, ei ole tähised siiski äravahetamiseni sarnased eespool toodud põhjendustel. Vastupidi, põhjendamatuks võib lugeda vaidlustajate poolt läbiviidud analüüsi, mis keskendub domineerivalt eristusvõimetule sõnale „VICHY“ ja jätab analüüsis sisuliselt kõrvale muud tähise elemendid, millest mõnigi on eristusvõimeline ja samavõrra üldmuljes domineeriv kui „VICHY“.

Seega, võttes arvesse üldtunnustatud Euroopa kohtu praktikat, et tähise domineerivateks osadeks loetakse tähiste eristusvõimelisi elemente, kuid arvestades ka vaidlustajate poolt välja toodud argumente, võib öelda, et kuivõrd tähistel on mitmeid erinevaid, silmatorkavaid, eristusvõimelisi ja domineerivaid elemente, ei ole „VICHY“ nende kaubamärkide puhul kõige domineerivam element, arvestades seejuures, et tegu on eristusvõimetu sõnaga ning märke ei saa lugeda sarnaseks üksnes selle kirjeldava sõna esinemise tõttu kõigis kolmes kaubamärgis.

Eespool toodud põhjustel võrreldavate kaubamärkide äravahetamise tõenäosust ei esine ja käesoleva vaidlustuse rahuldamine ei ole põhjendatud.