

**PATENDIAMET
TÖÖSTUSOMANDI
APELLATSIOONIKOMISJON**

Otsus nr 1939-o

Tallinn, 25.10.2022

Avaldus nr 1939 – kaubamärgi „NEOCARD“ (taotlus nr M20200038) registreerimise vaidlustamine

Tööstusomandi apellatsioonikomisjon (edaspidi komisjon), koosseisus Tanel Kalmet (eesistuja), Kertu Priimägi, Edith Sassian, vaatas läbi **NOVARTIS AG**, CH (edaspidi vaidlustaja; esindaja patendivolnik Maria Silvia Martinson) 3.07.2020 vaidlustusavalduse kaubamärgi „NEOCARD“ (taotlus nr M20200038, taotluse esitamise kuupäev 17.01.2020, avaldamise kuupäev 4.05.2020; edaspidi vaidlustatud kaubamärk) registreerimise vastu **Sõeluuringud OÜ** (edaspidi taotleja; esindajad patendivolnikud Sirje Kahu ja – lühemal perioodil – Kadri Aua) nimele klassis 5 (*toidulisandid südame ja veresoonte tervise toetamiseks; vitamiinid; vitamiinipreparaadid; mineraalpreparaadid; mikroelementidest koosnevad toidulisandid; farmatseutilised taimeekstraktid; meditsiinilised taimeekstraktid; ravimkapslid*).

Vaidlustajale kuuluv varasem kaubamärk (vaidlustusavalduse lisa 3):

NEBICARD	Reg nr 45986	Taotluse esitamise kuupäev 2.08.2007	Kaitstud klassis 5 (<i>farmaatsia- ja veterinaariatarbed, v.a hormoonpreparaadid; hügieenitarbed; meditsiinilised dieetained, lastetoidud; plaastrid, sidemematerjalid; hambaplommimaterjalid, hambajäljendivaha</i>)
----------	-----------------	---	---

Menetluse käik

1) Vaidlustaja on **3.07.2020** esitanud vaidlustusavalduse vaidlustatud kaubamärgi õiguskaitset välis-tava asjaolu tuvastamiseks, mis on sätestatud kaubamärgiseaduse (KaMS) § 10 lg 1 p-s 2, mille kohaselt õiguskaitset ei saa kaubamärk, mis on identne või sarnane varasema kaubamärgiga, mis on saanud õiguskaitse identsete või samaliigiliste kaupade või teenuste tähistamiseks, kui on tõenäoline kaubamärkide äravahetamine tarbija poolt, sealhulgas kaubamärgi assotsieerumine varasema kaubamärgiga.

Vaidlustaja nõue oli tuginedes KaMS § 10 lg 1 p-le 2 ning § 41 lg-tele 2 ja 3 tühistada Patendiameti otsus vaidlustatud kaubamärgi registreerimise kohta taotleja nimele klassi 5 kuuluvate kaupade osas ja teha kaubamärgi registreerimise kohta uus otsus.

Vaidlustusavaldusele olid lisatud väljavõtted Kaubamärgilehest vaidlustatud ja Patendiameti andmebaasist vastandatud kaubamärgi kohta.

Komisjon võttis vaidlustusavalduse menetlusse **20.07.2020**. Avaldus toimetati taotlejale kätte (kätte saadud 21.08.2020) ning talle teatati kooskõlas tööstusomandi õiguskorralduse aluste seaduse (TÕAS) § 48² lõikega 2 kohustusest teatada kirjalikult komisjonile enne 26.09.2020, kas ta soovib avaldusele vastu vaielda või mitte.

Taotleja teatas **25.09.2020** komisjonile, et ta soovib vaidlustusavaldusele vastu vaielda. **Komisjon** andis 28.09.2020 vaidlustajale võimaluse esitada vaidlustusavaldust täiendavad põhjendused ja tõendid hiljemalt 30.11.2020.

2) 26.10.2020 esitas **vaidlustaja** täiendavad põhjendused ja tõendid. Vaidlustaja oli jätkuvalt seisukohal, et Patendiameti otsus registreerida vaidlustatud kaubamärk on vastuolus KaMS § 10 lg 1 p-ga 2. Vaidlustaja põhjendas enda seisukohta alljärgnevat. Lähtuvalt Euroopa Kohtu otsusest C-39/97 tu-

leb kaupade samaliigilisust hinnates arvesse võtta kõiki asjakohaseid tegureid, mis iseloomustavad kaupadevahelisi seoseid. Antud tegurid hõlmavad sealhulgas võrreldavate kaupade olemust, lõpp-tarbijaid ja kasutusviisi ning seda, kas need kaubad on üksteise suhtes konkureerivad või üksteist asendavad. Vaidlustaja oli seisukohal, et kõik vaidlustatud kaubamärgi taotluses sisalduvad kaubad on identsed vaidlustaja kaubamärgiregistreeringus nimetatud kaupadega. Vaidlustaja leidis, et kõik taotleja kaubad sisalduvad vaidlustaja kaubas *farmaatsia- ja veterinaariatarbed, v.a hormoonpreparaadid*. Samuti on taotleja kaubad *toidulisandid südame ja veresoonte tervise toetamiseks ja mikroelementidest koosnevad toidulisandid* identsed vaidlustaja kaubaga *meditsiinilised dieetained, lastetoidud*.

Euroopa Kohus on otsuses C-251/95 leidnud, et tähiste sarnasuse ja sellest tuleneva äravahetamise, sh assotsieerumise hindamisel tuleb aluseks võtta tähiste visuaalseid, foneetilisi ja semantilisi aspekte, kusjuures tähise hindamine peab põhinema tähisest tekkival üldmuljel. Määravat tähtsust omab asjaolu, kuidas keskmine tarbija tähiseid tervikuna tajub, tuginedes enda ebatäiuslikule mälpildile. Võrreldavad kaubamärgid on sõnamärgid, mille algus ja lõpp on identsed, s.t kaubamärgid vastavad struktuurile NE_CARD. Märkide ainsaks erinevuseks on, et vaidlustaja kaubamärgi keskosas asuv „-bi-“ on asendatud tähega „-o-“. Arvestades võrreldavate märkide pikkust, jääb tarbijatele sisuliselt märkamatuks, et üks märk koosneb kaheksast tähest ja teine seitsmest tähest. Sarnastel juhtudel on Euroopa Kohus korduvalt lugenud kaubamärgid eksitavalt sarnasteks (näiteks T-154/03, ARTEX/ALREX; T-161/10, EPILEX/EPLEX). Vaidlustaja oli seisukohal, et võrreldavad märgid on kõrge sarnasusastmega nii visuaalselt kui ka foneetiliselt. Euroopa Kohtu hinnangul on tähise algus kaubamärgi poolt tekitatavas üldmuljes reeglina eriti oluline (15.12.2009 otsus T-412/08, TRUBION; T-109/07, SPA THERAPY). Seetõttu olukorras, kus identne on mitte üksnes tähiste algus, vaid ka lõpp, võib asjaomane tarbija enda ebatäiuslikule mälpildile tuginedes kaubamärgid ära vahetada. Kuivõrd võrreldavatel kaubamärkidel on üksnes väga minimaalsed erinevused tähemärkide arvus, pole see piisav, et välistada kaubamärkide üldmulje sarnasus, eriti kuivõrd mõlemad märgid koosnevad ka kolmest silbist (NE-O-CARD v NE-BI-CARD). Keskmise Eesti tarbija jaoks puudub nii taotlejale kui vaidlustajale kuuluvatel kaubamärkidel selge tähendus. Seejuures sisaldavad mõlemad kaubamärgid sõna „-card“, mis kuulub inglise keele baassõnavarasse („kaart“ – lisa 4) ning mille tähendusest Eesti keskmine tarbija ilmselt teadlik on. Eeltoodust lähtuvalt tekivad tarbijatel võrreldavate kaubamärkidega sarnased assotsiatsioonid ja märgid on osaliselt semantiliselt sarnased. Eeltoodust lähtuvalt oli vaidlustaja seisukohal, et kaubamärgid on kõrge sarnasusastmega nii visuaalselt, foneetiliselt kui ka semantiliselt.

Euroopa Kohus on asunud seisukohale, et äravahetamise tõenäosus (sealhulgas assotsieerumise tõenäosus) esineb juhul, kui avalikkus võib arvata, et kõnealused kaubad või teenused pärinevad samalt ettevõtjalt või, olenevalt olukorrast, majanduslikult seotud ettevõtjalt (C-39/97). Äravahetamise tõenäosust tuleb hinnata igakülgset, arvestades kõiki asjakohaseid tegureid, sh kaubamärkide ning kaupade ja teenuste omavahelist sarnasust (C-251/95). Tulenevalt vastastikuse sõltuvuse printsiibist võib kaupade või teenuste väiksemat sarnasust kompenseerida kaubamärkide suurem sarnasus ja vastupidi (C-39/97). Vaidlustaja oli seisukohal, et tulenevalt võrreldavate kaubamärkide kõrgest sarnasuse astmest ning asjaomaste kaupade identsusest eksisteerib kaubamärkide äravahetamise tõenäosus KaMS § 10 lg 1 p 2 mõistes. Nimelt jääb asjaomastele tarbijatele kaubamärkidest sarnane üldmulje, kuivõrd märkide algus- ja lõpuosad on identsed. Tarbijatel puudub turusituatsioonis enamasti võimalus kaubamärke kõrvuti võrrelda, mistõttu eksisteerib märkimisväärne risk, et tarbija vahetab kaubamärgid ära või eeldab, et tegemist on sama majandusliku päritoluga kaupadega. Kaubamärgi funktsiooniks on KaMS § 3 kohaselt majandus- ja äritegevuses kaupade ja/või teenuste eristamine teistest samaliigilistest kaupadest ja/või teenustest. Kuivõrd taotleja kaubamärk on väga sarnane vaidlustaja varasema kaubamärgiga ning taotleja kaubamärgi registreerimist taotletakse kaupade osas, mis on identsed vaidlustaja kaupadega, siis ei täida vaidlustatud tähis kaubamärgi põhifunktsiooni ning sellega ei ole võimalik eristada taotleja kaupu vaidlustaja kaupadest.

Täiendustele oli lisatud (4) väljavõte inglise-estegi sõnaraamatust aare.edu.ee (26.10.2020 seisuga).

26.10.2020 andis komisjon vaidlustajale võimaluse vaidlustajale vastata hiljemalt 28.12.2020.

3) 28.12.2020 esitas **taotleja** oma seisukoha. Taotleja ei olnud vaidlustaja seisukohtadega nõus ning leidis, et vaidlustusavaldus tuleb jätta rahuldamata järgnevatel põhjustel. Taotleja oli seisukohal, et vaidlustatud kaubamärgi osas puuduvad mistahes kaubamärgi õiguskaitset välistavad asjaolud. Taotleja vaidles vaidlustusavaldusele vastu ja palus komisjonil jätta vaidlustusavaldus rahuldamata ning Patendiameti otsus kaubamärgi registreerimise kohta jõusse.

Taotleja ei nõustunud, et kõik vaidlustatud kaubamärgi taotluses sisalduvad kaubad on identsed vaidlustaja kaubamärgiregistreeringus nimetatud kaupadega. Taotleja väitis, et arvestades vaidlustaja kaubamärgi õiguskaitse tegelikku ulatust, on taotleja ja vaidlustaja kaubamärkidega tähistatavad kaubad

kas erinevad või samaliigilised. Vaidlustaja tugines vaidlustusavalduses oma varasema kaubamärgiregistreeringu kõikidele kaupadele. Vaidlustusavalduse aluseks olev kaubamärk on registreeritud 3.03.2009, s.o rohkem kui 5 aastat enne vaidlustatud kaubamärgi NEOCARD registreerimistaotluse esitamist 17.01.2020. KaMS § 17 lõike 1 kohaselt on kaubamärgiomanik kohustatud registreeritud kaubamärki tegelikult kasutama registreeringus märgitud kaupade ja teenuste tähistamiseks. Vastavalt KaMS § 41 lõikele 2¹ puudub varasema kaubamärgi omanikul õigus vaidlustada taotleja õigust kaubamärgile ulatuses, milles ta ei ole varasemat registreeritud kaubamärki viie aasta jooksul enne hilisema kaubamärgi taotluse esitamise kuupäeva või prioriteedikoopäeva mõjuva põhjusega tegelikult kasutanud KaMS § 17 tähenduses. Taotleja väitis, et puuduvad andmed selle kohta, et vaidlustaja on oma kaubamärki tegelikult kasutanud peale südame-veresoonkonna retseptiravimi ka muudel registreeringus märgitud toodetel. Seega vaidlustaja varasema kaubamärgi õiguskaitse ulatus piirdub selles vaidluses üksnes südame-veresoonkonna retseptiravimiga ning vaidlustajal puudub õigus vaidlustada taotleja õigus kaubamärgile tuginedes muudele kaupadele. Seetõttu ei ole põhjendatud võrrelda taotleja kaubamärgi taotluses nimetatud kaupu vaidlustaja kaubamärgiregistreeringus nimetatud kaupadega, vaid üksnes südame-veresoonkonna retseptiravimiga. See asjaolu mõjutab oluliselt võrreldavate kaupade sarnasuse astet, kusjuures osa kaupu on erinevad ja ülejäänud samaliigilised. Taotleja täpsustas, et vaidlustatud kaubamärgi taotluses toodud kaubad *ravimkapslid* on vaidlustaja kaubamärgiga tegelikult tähistatavast kaubast *südame-veresoonkonna retseptiravim* erinevad. Need kaubad on oma olemuselt erinevad – ravimikapslid on üksnes tühjad pakendid, samas ravimid on toimeainega farmaatsiatooted. Neil kaupadel on erinev otstarve ja kasutusviis – ravimi pakendamine vs ravimine. Sama ravimit saab anda nii kapslis, tabletina, vedelikuna jne ning tooted ei täienda teineteist, st ravimit ei pea tingimata kapslisse panema. Seejuures on vaidlustaja kaubamärk kasutusel üksnes tabletina müüdavatel toodetel (seisukohtade lisa 1 - Nebicard ravimi infoleht ja lisa 6 – Nebicard ravimi omaduste kokkuvõte). Nende toodete tootjad ja turustamiskanaliid on erinevad. Samuti lisas taotleja, et tema kaubamärgi taotluses nimetatud ülejäänud kaubad *toidulisandid südame ja veresoonte tervise toetamiseks; vitamiinid; vitamiinipreparaadid; mineraalpreparaadid; mikroelementidest koosnevad toidulisandid; farmatseutilised taimeekstraktid; meditsiinilised taimeekstraktid* on vaidlustaja kaubaga *südameveresoonkonna retseptiravim* samaliigilised. Seejuures on sarnasuse aste madal, sest retseptiravimi ja toidulisandite, vitamiini- ja mineraalainepreparaatide ning taimeekstraktide turustamisviis erineb oluliselt – retseptiravimit turustatakse üksnes apteekides ning väljastatakse ainult vastava professionaali poolt. Toidulisandeid, vitamiine jms müüakse laiatarbekaubana poest või e-poest ja apteegist käsimüügi korras. Neid kaupu saab lõpptarbija võtta ise riuilult, küsida müüjalt või valida e-poest ilma eelnevalt arsti poole pöördumata. Arvestades eeltoodut oli taotleja seisukohal, et taotleja kaubamärgiga tähistatavad tooted *ravimkapslid* on erinevad vaidlustaja tootest *südameveresoonkonna retseptiravim*. Ülejäänud taotleja kaubad on vaidlustaja kaubamärgiga tegelikult tähistatava kaubaga samaliigilised, kusjuures sarnasuse aste on madal.

Taotleja oli seisukohal, et vaidlustatud kaubamärk erineb vaidlustaja varasemast kaubamärgist igas tajuaspektis. Visuaalselt on kaubamärgid erinevad, mis ilmneb tähiste erinevas pikkuses ja erinevas aliguspooles. Tähiste tajumisel omab olulist mõju nende aliguspoole tähtede erinevus – vastavalt NEO ja NEBI. Sõnad on erineva pikkusega – vastavalt 7 ja 8 tähte. Seejuures on erineva aliguspoole tähtede arv erinev – vastavalt 3 ja 4 tähte. Tähiste lõpp-pool on sama – CARD. Arvestades sõnade pikkust, tajub tarbija sõna algust ka pikemana, st mitte ainult 2 tähte (nagu väidab vaidlustaja), vaid 3 ja 4 tähte, mis moodustab poole sõnast. Seda enam, et lõpuosa CARD on tavapärane ja südameintervist toetavate toidulisandite ja ravimite puhul laialdaselt kasutatav (lisa 2 - CARD kaubamärgiotsingu tulemused), mistõttu on tarbija selle suhtes tõenäoliselt omandanud teatava „immuunsuse“ ehk sellel on väiksem mõju kaubamärgi meeldejätmisel, eristamisel. Foneetiliselt on tähised erineva kõlaga, mida mõjutab mh erinev häälikute ja silpide arv. Taotleja märki hääldatakse Eesti asjaomase üldsuse poolt 'neokard', vaidlustaja märki hääldatakse 'nebicard'. Taotleja märgis on 7 häälikut, vaidlustaja märgis on 8 häälikut. Taotleja ei nõustunud vaidlustajaga, et kumbki kaubamärk koosneb 3 silbist. Eesti keelereeglite kohaselt (täishäälikühend on samas silbis) silbitatakse võrreldavad tähised nii, et taotleja märgis on 2 silpi – neo-card, ning vaidlustaja märk on 3-silbiline – ne-bi-card. Silpide arv aga mõjutab oluliselt sõna kõla ja pikkuse tajumist. Lisaks suurendab sõnade kõla erinevust asjaolu, et vaidlustaja märgi nõ lisasilp „bi“ on just selles osas, kus ilmneb võrreldavate kaubamärkide erinevus, st see suurendab tähiste foneetilist erinevust veelgi. Samuti hääldub „e“ sõnaosas NEO täishäälikühendi tõttu justkui venitatumana, kuid sõnaosas NEBI on kaashäälikute vahel paiknev „e“ eriti lühike. See muudab sõnade erinevatel elementidel „o“ ja „bi“ rohkem kuuldavaks, selgemini eristuvaks. Arvestades eeltoodut, oli taotleja seisukohal, et võrreldavad kaubamärgid on foneetiliselt erinevad. Kontseptuaalselt on võrreldavad tähised taotleja hinnangul erinevad: kuigi mõlemad kaubamärgid on fantaasiasõnad ning neil puudub tervikuna tähendus eesti või muus Eesti üldsuse poolt mõistetavas keeles, on siiski võrreldavate tähiste puhul võimalik märgata üldsuse jaoks tähenduslikke assotsiatsioone. Kohtu ja komisjoni praktikas on aktsepteerimist leidnud seisukoht, et kuigi tarbija tajub kaubamärki tavaliselt tervikuna ega analüüsi selle erinevaid detaile, jääb siiski faktiks, et tajudes sõnamärki jagab tarbija selle osadeks, mis vihjavad talle konkreetset tähendust või mis sarnanevad talle tuttavate sõnadega

(13/02/2007 otsus T-256/04, RESPICUR, p 57). Taotleja kaubamärk on fantaasiasõna ega oma tähendust. Samuti ei viita see kaubamärgiga tähistatavate toodete toimeainetele vmt. Sõnaosa „neo“ viitab eesti keeles „uuele“ (lisa 3 „neo-“, tähendus), kuid seda tähendust tarbija tõenäoliselt otseselt ei taju. Siiski võib see luua seoseid ning aidata toodet meelde jätta just kombinatsioonis teise sõnaosaga „card“. Vaidlustaja kaubamärk viitab otseselt laialdaselt kasutatava südameravimi toimeaine nimetusele - nebivolool. Vaidlustaja toote ravimi infolehe kohaselt „Nebicard 5 mg sisaldab nebivolooli, südameveresoonekonda toimiv ravim, mis kuulub selektiivsete beetablokaatorite rühma (st valikulise toimega südame-veresoonekonnale).“ (lisa 1 Nebicard ravimi infoleht). Kummagi tähise lõpuosa moodustav 'card' viitab südamele – „kardio-“ (lisa 4 „kardio-“ tähendus) ning on farmaatsiapreparaatide ja toidulisandite nimedes laialdaselt kasutatav tähis. Vaidlustaja on leidnud, et ingliskeelse sõna „card“ tähendusena „kaart“, kuid sellise tähenduse tajumine tarbija poolt on ebatõenäoline. Arvestades tähise lõpuosa „card“ laialdasest kasutusest, omab mõlema võrreldava kaubamärgi eristumisel olulist kaalu tähiste esimene pool, st vastavalt NEBI ja NEO. Nagu eespool kirjeldatud, on võrreldavate kaubamärkide esimestel osadel erinev kontseptsioon, mistõttu tekitavad need tarbijates, asjaomases üldsuses ka erinevaid assotsiatsioone. Kuna kaubamärkide puhul on tarbijale sageli paremini meelde jäävaks osaks tähiste esimene pool (kuna loetakse vasakult paremale), siis võrreldavate tähise esimesel poolel, vastavalt NEBI ja NEO, suurem kaal omades seejuures erinevat kontseptsiooni ja tähendust.

Kohtu- ja komisjoni praktika kohaselt tuleb kaubamärkide äravahetamise tõenäosust hinnata igakülgsest, võttes arvesse kõiki asjakohaseid faktoreid, sh kaubamärkide sarnasust, kaupade sarnasust, asjaomast üldsust ja selle tähelepanu astet ning varasema kaubamärgi eristusvõimet. Nimetatud asjaolude puhul tuleb arvestada ka nende vastastikkust sõltuvust, mistõttu näiteks kaubamärkide suurem erinevus võib üle kaaluda kaupade sarnasuse ja vastupidi (Euroopa Kohtu 29/09/1998 otsus C-39/97, Canon, p 17). Mida madalam on ühe faktori tase, seda kõrgem peab olema teiste faktorite tase, et esineks äravahetamise tõenäosus. Seejuures asjaomase üldsuse kõrgendatud tähelepanu vähendab äravahetamise tõenäosust. Vaidlustaja kaubamärgi eristusvõime aste määrab selle kaubamärgi õiguskaitse ulatuse. Vastava kohtupraktika kohaselt tuleb tähise eristusvõime määramisel hinnata kaubamärgi suuremat või väiksemat võimet identifitseerida kaupu või teenuseid pärinevana kindlalt ettevõtjalt ja seeläbi eristada neid kaupu või teenuseid teiste ettevõtjate omadest (Euroopa Kohtu 22/06/1999 otsus C-342/97, Lloyd Schuhfabrik, p 22). Vaidlustaja kaubamärgi eristusvõime astet pidas taotleja tavapäraseks või pigem madalaks arvestades, et tähise esimene pool viitab otseselt tähistatava ja laialdaselt ka teiste ettevõtjate poolt kasutatava (lisa 5 raviminimed algusosaga „nebi“ Eesti Ravimiregistris) ravimi toimeainele nebivolool'ile ning tähise teine pool viitab tähistatava toote kasutusvaldkonnale, milleks on südame tervis – CARD ->CARDIO.

Vastavalt Euroopa Kohtu praktikale tuleb äravahetamise tõenäosuse hindamisel arvestada kõnealuste kaupade keskmise tarbijaga, kes on mõistlikult hästi informeeritud ning mõistlikult tähelepanelik ja ettevaatlik. Seejuures tuleb samuti meeles pidada, et keskmise tarbija tähelepanu aste on erinevate kaubakategooriate puhul erinev (T-256/04, p 42). Asjaomase üldsuse kõrgendatud tähelepanu vähendab äravahetamise tõenäosust. Võrreldavate kaubamärkide asjaomaseks üldsuseks on nii lõpptarbija kui vastava valdkonna spetsialist (proviisor, arst). Nii taotleja kaubamärgiga kui vaidlustaja kaubamärgiga tähistatakse kaupu, mille puhul asjaomasel üldsusel on kõrgendatud tähelepanu, kuna need, kas mõjutavad nende tervist (lõpptarbija) või on ametist lähtuvalt nõutav vastava kauba väga hea tundmine (proviisor, perearst, eriarst). Kõrgendatud tähelepanuga üldsus märkab paremini kaubamärkide detaile ning erinevusi. Seetõttu vähendab asjaomase üldsuse kõrgendatud tähelepanu kaubamärkide äravahetamise tõenäosust. Taotleja ei pidanud tõenäoliseks, et kõnealuste kaubamärkidega tähistatavate kaupade – *toidulisandid, farmaatsiapreparaadid* jne taotleja poolt ning *südameveresoonekonna retseptiravimid* vaidlustaja poolt – olemusest tingituna väga kõrge tähelepanelikkuse ja informeerituse tasemega asjaomane üldsus eksib vastavate kaupade päritolu määramisel. Taotleja kaubad *ravimkapslid* on oma ala professionaalidele suunatud kaup ning ravimite või toidulisandite lõpptarbija neid ise ei osta. Vaidlustaja kasutab oma kaubamärki retseptiravimil, mille puhul on tähelepanu eriti kõrgendatud. Tarbijate eksimise võimalust vähendab ka asjaolu, et retseptiravimit müüakse üksnes apteekides ja raviarsti retsepti alusel ning seda tutvustab talle vastava ala spetsialist, kes on ainuüksi oma ameti olemusest tulenevalt kõrgeimal tasemel informeeritud ja tähelepanelik. Tavatarbijal puudub reaalne võimalus üldse tooteid omavahel ära vahetada, sest kui talle on välja kirjutatud vererõhku alandav retseptiravim, ei hakka proviisor talle selle asemel alternatiivina pakkuma toidulisandit, sest retseptiravimi asendamine sellisel moel on keelatud. Vastava ala professionaal, s.o arst või eriarst, kes kirjutab välja retseptiravimi või proviisor, kes väljastab retseptiravimi retsepti alusel apteegist, aga teeb kindlasti väga selgelt vahet vererõhku alandaval retseptiravimil (nt NEBICARD) ja toidulisandil (nt NEOCARD). Seda enam, et need nimetatud oma ala professionaalid on harjunud olukorraga, kus ongi tavapärane, et erinevate ravimi- ja toidulisanditootjate kaupade nimed võivad olla üpris sarnased. Selline kõrge teadlikkuse ja tähelepanelikkusega üldsus (kes võib olla nii oma tervise eest hoolitsev tavatarbija kui proviisorist või arstist professionaal) suudaks taotleja ja vaidlustaja kaupadel kaubamärkide NEOCARD ja NEBICARD alusel vahet teha ka siis, kui kaubamärkide sarna-

suse astet hinnata keskmiseks või kõrgeks. Kaubamärkide sarnasuse hindamisel tuleb vastavalt kohtupraktikale arvesse võtta ka viisi, kuidas tähistatavaid kaupu turustatakse ehk kuidas asjaomane üldsus vastavat liiki kaupu tavapäraselt valib (C-342/97, p 27). Sellest sõltub, kas ja mil määral mõjutab äravahetamise tõenäosust tähiste visuaalne, foneetiline või kontseptuaalne sarnasus. Toidulisandeid ostetakse enamasti, kas apteegist, poest või e-poest, kus on kaup riiulitel või siis veebilehel kujutatud. Sellise taotleja kauba saab valida iseseisvalt. Vaidlustaja toodet ei saa tarbija osta ilma retseptita. Seega kauba valik on vaidlustaja ja taotleja kaupade korral erinev ja seetõttu pole kaupade äravahetamine ei tõenäoline ega ka üldse võimalik. Kaubamärkide sarnasuse hindamisel tuleb arvestada ka, et kaubamärkide algust märkab tarbija paremini, mistõttu jääb talle ka tähiste esimene pool lihtsamini meelde. Kuna võrreldavate kaubamärkide sõnade esimesel poolel NEO ja NEBI on suurem kaal sarnasuste ja erinevuste hindamisel, siis saab lugeda tähised erinevaks. Arvestades kõiki eelkirjeldatud asjaolusid, sh kaubamärkide visuaalset, foneetilist ja kontseptuaalset erinevust ning asjaomase üldsuse kõrgendatud tähelepanelikkust, samuti vaidlustaja kaubamärgi tavapärasest või mädalamat eristusvõime astet, oli taotleja seisukohal, et puudub tarbija poolt kaubamärkide „NEOCARD“ ja „NEBICARD“ äravahetamise tõenäosus, sh assotsieerumine.

Seisukohale oli lisatud (1) Nebicard ravimi infoleht; (2) CARD-lõpuga kaubamärgi otsingu tulemused, klass 5, TMView andmebaas; (3) 'neo-' tähendus, (4) 'kardio-' tähendus, väljavõtted Võõrsõnade leksikonist; (5) raviminimed algusosaga „nebi“, väljavõtte Eesti Ravimiregistrist; (6) Nebicard ravimi oma-duste kokkuvõte.

4) 20.01.2021 esitas **vaidlustaja** vastuseisukoha. Vaidlustaja kinnitas, et jääb enda varasemalt esitatud seisukohtade juurde, lisades järgmist. Taotleja oli asunud seisukohale, et kuigi vaidlustaja on tuginenud oma kaubamärgiregistreeringu kõikidele kaupadele, on õiguskaitse tegelik ulatus kitsam, kuivõrd vaidlustaja on kaubamärki kasutanud üksnes südameveresoonkonna retseptiravimi tähistamiseks. Eeltoodust tulenevalt on taotleja teostanud kaupade võrdluse, lähtudes kaubamärgi „NEBICARD“ väidetavast tegelikust ulatusest. Vaidlustaja märkis esmalt, et kuigi taotleja on võtnud seisukoha varasema kaubamärgi õiguskaitse ulatuse kohta, ei ole taotleja esitanud kaubamärgi kasutamata jätmise vastuväidet TÕAS § 52¹ lõike 1 mõistes. Vaidlustaja viitas analoogia korras Euroopa Liidu Intellektuaalomandi Ameti vaideorganite praktikale, mille kohaselt peab kasutamata jätmise vastuväide olema esitatud sõnaselgelt (Üldkohtu 16.03.2005 otsus T-112/03, mh p 24), võimaldades nii vaidlustajal kui ka komisjonil üheselt mõista, et vaidlustaja peab tõendama kaubamärgi kasutamist. Vaidlustaja leidis, et käesoleval juhul sellist vastuväidet esitatud ei ole, mida illustreerib ka asjaolu, et komisjon ei ole vaidlustajale andnud tähtaega kaubamärgi kasutamise kohta tõendite esitamiseks nagu näeb ette TÕAS § 52¹ lg 1. Sellest tulenevalt ei ole varasema kaubamärgi õiguskaitse ulatus vaidluses piiratud ning vaidlustaja tugineb õiguspäraselt kõikidele registreeritud nimetatud kaupadele. Vaidlustaja viitas varasemalt esitatud seisukohtadele, milles järeldas, et kõik vaidlustatud kaubamärgi taotluses sisalduvad kaubad on identsed vaidlustaja registreeringus sisalduvate kaupadega. Seejuures märkis vaidlustaja täiendavalt, et ka olukorras, kus vaidlustaja kaubamärgi õiguskaitse piirduks üksnes südameveresoonkonna ravimitega (retseptiga või mitte), oleksid asjaomased kaubad osaliselt identsed ning osaliselt samaliigilised, olles seejuures kõrge sarnasusastmega. Kaupu müüakse samades turustuskanalites (apteegid), kaupade olemus on sama (farmatseutilised/tervist toetavad kaubad) ning kaubad on üksteist täiendavad (südameveresoonkonna ravimeid tarbivad inimesed tarbivad tihti ka täiendavaid tervist toetavaid preparaate), mistõttu on kattuvate lõpptarbivate hulk märkimisväärne. Vaidlustaja ei nõustunud ka taotleja hinnanguga, et ravimkapslid on vaidlustaja kaupadest erinevad. Ravimkapslid on osa lõpptarbijale müüdavast farmaatsiatootest, kui ravim ise on kapsli kujul, seejuures ka südameveresoonkonna ravimid võivad olla kapsli kujul. Tegemist on vähemalt kõrge sarnasusastmega samaliigiliste kaupadega. Eeltoodust lähtuvalt asus vaidlustaja seisukohale, et arvestades varasema kaubamärgiregistreeringus nimetatud kaupu, on võrreldavad kaubad identsed. Isegi juhul, kui vaidlustaja kaubamärgi õiguskaitse piirduks üksnes südameveresoonkonna ravimitega, oleksid võrreldavad kaubad osaliselt identsed ning osaliselt samaliigilised, olles seejuures kõrge sarnasusastmega.

Arvestades kõiki varasemas registreeringus ning vaidlustatud registreerimistaotluses nimetatud kaupu, on asjaomasteks tarbijateks nii tervishoiuspetsialistid (sh arstid, apteekrid, hooldajad) kui ka laiem avalikkus. Ka kohtupraktikast tuleneb, et isegi juhul, kui käsitletavad kaubad kujutavad endast ravimeid, mille tarbijatele müümiseks apteegis on vaja retsepti, on nende kaupade puhul asjaomaseks avalikkuseks nii lõpptarbivad kui ka tervishoiuspetsialistid ehk arstid ning apteekrid (T-222/09 ALPHAREN, p 43). Seejuures on oluline, et käesoleval juhul ei ole asjaomasteks kaupadeks siiski üksnes (retsepti-)ravimid, vaid ka hügieenitarbed, vitamiinid ja muud toidulisandid, mille ostmiseks ei ole vaja retsepti ega konsulteerida tervishoiuspetsialistiga. Vaidlustaja nõustus taotlejaga, et keskmise tarbija tähelepanu aste on erinevate kaubakategooriate puhul erinev. Vaidlustaja leidis, et hügieenitarvete, vitamiinide ja muude toidulisandite ostmisel ja tarbimisel võib tarbijate tähelepanu olla tavapärase, kuid ravimpreparaatide tarbija tähelepanu on võrreldes tavapärasega kõrgendatud.

Vaidlustaja oli jätkuvalt seisukohal, et võrreldavad kaubamärgid on väga kõrge sarnasusastmega. Isegi, kui kaubamärkide vahel on võimalik leida marginaalseid erinevusi, tekib neist väga sarnane üldmulje. Ka Euroopa Kohus on otsuses C-251/95 leidnud, et tähiste hindamine peab põhinema tähistest tekkival üldmuljel, kuivõrd tarbijatel puudub reeglina võimalus kaubamärke vahetult võrrelda, mistõttu peavad nad tuginema eelkõige enda ebatäiuslikule mälupeegeldile. Vaidlustaja ei nõustunud, et kaubamärgid on visuaalselt erinevad. Tähiste pikkus erineb ühe tähe võrra, mis võrdlemisi pikkade kaubamärkide puhul jääb ilmselt tarbijatele märkamatuks. Kaubamärkide algused NE- ja lõpud -CARD on identsed. Kaubamärkide keskosades paiknevad erinevused -O-/-BI- ei muuda kaubamärkidest tekkivat üldmuljet piisavalt, et tarbijad neid erinevana tajuksid. Tulenevalt kaubamärkide sarnasest struktuurist NE_CARD jätavad kaubamärgid visuaalselt väga sarnase mulje. Seejuures ei leidnud vaidlustaja, et taotleja esitatud lisa 2 lõpuosa „CARD“ kasutamise kohta kaubamärkide koosseisus on asjakohane. Taotleja väitis tõendile tuginedes, et „CARD on tavapärane ja südamerivist toetavate toidulisandite ja ravimite puhul laialdaselt kasutatav“. Esiteks ei ole kaubamärgi „NEBICARD“ õiguskaitse piiratud südamerivist toetavate toidulisandite ja ravimitega. Teiseks ei nähtu tõendist, kui paljud väljatoodud kolmekümnest kaubamärgist on registreeritud just südamerivist toetavate toidulisandite või ravimite osas. Veelgi enam, kuivõrd vaidlus piirneb territoriaalselt üksnes Eestiga, on oluline Eesti keskmise tarbija taju. Taotleja esitatud tõendist ei nähtu, kui paljudel kaubamärkidel (peale nende, mille kaubamärgiametiks on EM) on Eestis õiguskaitse. Samuti ei nähtu tõendist, kui paljud kaubamärgid ka realselt Eestis kasutusel on, kuivõrd üksnes kaubamärgiregistreeringud ei näita, et asjaomased tarbijad vastavate kaubamärkidega asjaomaste kaupade turul kokkupuudet omavad. Vaidlustaja leidis seega, et tõend ei näita, et lõpuosa -CARD oleks omandanud taotleja poolt väidetud „immuunsuse“, eriti arvestades kõiki asjaomaseid kaupu. Kaubamärk „NEBICARD“ on tervikuna tugeva eristusvõimega ning kuivõrd kaubamärke võrreldakse tervikuna, jäi vaidlustaja varasemalt esitatud seisukoha juurde, et kaubamärgid on visuaalselt kõrge sarnasusastmega.

Vaidlustaja ei nõustunud taotleja hinnanguga kaubamärkide foneetilise erinevuse osas. Vaidlustaja jäi seisukohale, et mõlemad kaubamärgid koosnevad kolmest silbist (NE-BI-CARD, NE-O-CARD), sest ka üksik täishäälik võib moodustada vokaalsilbi (vastuseisukoha lisa 5, p 5). Kuivõrd mõlemad sõnad koosnevad kolmest silbist ning esimene ja viimane silp on identsed, tajuvad asjaomased tarbijad tähisteid foneetiliselt väga sarnastena. Vaidlustaja nõustus taotlejaga, et võrreldavad kaubamärgid on fantaasiasõnad ja neil puudub tervikuna tähendus asjaomaste tarbijate jaoks. Seejuures on taotleja siiski esitanud kaubamärkide semantilise analüüsi ning leidnud, et kaubamärgid on semantiliselt erinevad, millega vaidlustaja ei nõustunud. Segiajamise tõenäosuse hindamisel, sh kaubamärkide võrdlemisel on otsustav tähtsus sellel, kuidas kõnealuste kaupade asjaomane sihtrühm mõttes märke tajub (C-251/95 SABEL). Oluline on seejuures tähendada, et keskmine tarbija ei teosta kaubamärgi detailset analüüsi, vaid lähtub kaubamärgi üldmuljest. Vaidlustaja leidis, et võrreldavad kaubamärgid on tarbijate silmis tehissõnad ning nende sõnade osised (NEBI-, NEO-, CARD-) ei ole enamike asjaomaste tarbijate jaoks ei sugestiivsed ega kirjeldavad ning ei tekita tarbijates mingeid assotsiatsioone. Isegi juhul kui vaidlustaja kaubamärk viitab ainele „neivolool“, ei ole vastav seos ilmselge, kuivõrd kaubamärgi algusosas sisaldub üksnes NEBI-. Seejuures ei ole enamik asjaomaste kaupade tarbijatest ilmselt ka aine nimetusega tuttavad. Samuti leiab vaidlustaja, et kaubamärkide lõpp -CARD ei ole kirjeldav, kuivõrd selle seos taotleja poolt väljatoodud sõnaga „cardio“ ei ole ilmselge. Seega vaidlustaja leidis, et asjaomased kaubamärgid on tehissõnad, millel puudub tarbijate jaoks selge tähendus. Keskmine tarbija võib siiski märke semantiliselt sarnastena tajuda kattuva lõpu -CARD tõttu. Seejuures on äärmiselt vähetõenäoline, et keskmine tarbija (olenemata seejuures vastavata tarbija tähelepanelikkuse astmest) teostab ostuotsust tehes või kaubamärkidega tähistatud kaupu tarbides taotleja poolt väljapakutud kaubamärkide semantilise süvaanalüüsi. Kokkuvõtlikult leidis vaidlustaja, et kaubamärgid on kõrge sarnasusastmega visuaalselt ning foneetiliselt, ning kaubamärkide puhul võib tajuda mõningaid semantilisi sarnasusi. Keskmised tarbijad, sh ka kõrgema tähelepanelikkusega tarbijad ei analüüsi märke detailselt, vaid lähtuvad märkide üldmuljest, ning vaidlustaja oli seisukohal, et kaubamärkidest tekkiv üldmulje on väga sarnane.

Euroopa Kohus on asunud seisukohale, et äravahetamise tõenäosus (sealhulgas assotsieerumise tõenäosus) esineb juhul, kui avalikkus võib arvata, et kõnealused kaubad või teenused pärinevad samalt ettevõtjalt või, olenevalt olukorrast, majanduslikult seotud ettevõtjatelt (C-39/97). Äravahetamise tõenäosust tuleb hinnata igakülgset, arvestades kõiki asjakohaseid tegureid, sh kaubamärkide ning kaupade ja teenuste omavahelist sarnasust (C-251/95). Tulenevalt vastastikuse sõltuvuse printsiibist võib kaupade või teenuste väiksemat sarnasust kompenseerida kaubamärkide suurem sarnasus ja vastupidi (C-39/97). Taotleja on asunud seisukohale, et varasema kaubamärgi eristusvõime on tavapärane või pigem madal. Vaidlustaja ei nõustunud eelnimetatud seisukohaga. Vaidlustaja kaubamärk on registreeritud sõnamärgina ning tähis on Eestis pikaajaliselt kasutusel olnud. Nagu varasemalt välja toodud, on vaidlustaja kaubamärk tehissõna, mis ei tekita keskmises tarbijas assotsiatsioone, mis võiksid asjaomaste kaupade kontekstis kirjeldavad olla, eriti arvestades kõiki kaubamärgi-

registreeringus nimetatud kaupu. Isegi, kui analüüsida kaubamärgi eristusvõimet üksnes südameveresoonekonna ravimite kontekstis, peaks tarbija selleks, et osata luua taotleja poolt väljatoodud seosed sõnadega „nebivolool“ ning „cardio“, olema konkreetse ravimi omadustest väga teadlik ning analüüsima süvitsi kaubamärgi osiseid. Keskmise tarbija, sh ka väga tähelepanelik tarbija, ei teosta kaubamärkide semantilist süvaanalüüsi ning tugineb reeglina enda ebatäiuslikule mälupeildile (T-443/12, ANCOTEL). Vaidlustaja leidis, et iga kaubamärgi süvaanalüüsil on võimalik leida seoseid tarbijatele teadaolevate sõnadega – ka taotleja kaubamärki analoogselt analüüsidest võib jõuda järeldusele, et tähis on mõnede kaupade osas kirjeldav, viidates südame („card“) uuendamisele/tervendamisele („neo“). Seejuures lähtutakse kaubamärkide registreeritavuse (ning ka võrdlemise) eesmärgil kaubamärgi tervikmuljest. Kaubamärgi „NEBICARD“ osisteks jagamine semantilise analüüsi eesmärgil on tehisklik, s.t tarbijad tajuvad tähist ühesõnalise tervikuna, ei jaga seda osisteks ega omista osistele võimalikke tähendusi. Sellest tulenevalt leidis vaidlustaja, et varasem kaubamärk on kõikide registreeringus nimetatud kaupade osas tugeva eristusvõimega.

Vaidlustaja oli seisukohal, et eksisteerib suur kaubamärkide äravahetamise, sh assotsieerumise tõenäosus, sest võrreldavad kaubamärgid on kõrge sarnasusastmega ning võrreldavad kaubad on identsed. Kuivõrd taotleja ei ole esitanud kaubamärgi mittekasutamise vastuväidet, tuleb lähtuda vaidlustaja kaubamärgiregistreeringus nimetatud kõikidest kaupadest. Taotleja on täheldanud, et tulenevalt tarbijate suurest tähelepanelikkusest ei ole kaubamärkide äravahetamine tõenäoline. Vaidlustaja sellega ei nõustunud. Esiteks ei ole paljude asjaomaste kaupade puhul tarbijate tähelepanelikkus tavapärasest suurem (nt hügieenitarbed, vitamiinid ja muud toidulisandid). Teiseks, ka nende kaupade puhul, mille puhul tarbijatel on kõrgendatud tähelepanu, tuginevad ka väga tähelepanelikud tarbijad kaubamärkidest tekkivatele ebatäiuslikele mälupeildidele ega analüüsi kaubamärke detailselt (T-443/12). Kuivõrd kaubamärkidest jääv üldmulje on kaubamärkide identsest struktuurist NE_CARD tulenevalt äärmiselt sarnane, eksisteerib märkimisväärne kaubamärkide äravahetamise tõenäosus, millel võivad mõningate kaupade meditsiinilisi omadusi arvestades väga rasked tagajärjed olla. Taotleja on ka leidnud, et tavatarbijal puudub reaalne võimalus tooteid ära vahetada, sest retseptiravimit ei asendata toidulisandiga. Vaidlustaja tõi taas välja, et kaupade võrdlemisel ei saa lähtuda üksnes taotleja poolt väljatoodud südame-veresoonekonna retseptiravimist, mida võrreldakse vaidlustatavas taotluses nimetatud kaupadega, vaid lähtuda tuleb kõikidest vaidlustaja registreeringus nimetatud kaupadest ning neid võrrelda taotluses nimetatud kaupadega. Kui vaidlustaja kaupadeks on „farmaatsia- ja veterinaariatarbed, v.a hormoonpreparaadid“ ning „meditsiinilised dieetained“, siis hõlmavad need ka farmatseutiliste omadustega toidulisandeid. Seetõttu võib tarbija sattuda ostukohas valiku ette, kus on toidulisand „NEOCARD“ ning toidulisand „NEBICARD“, kusjuures vastavate kaupade ostmisel ei kasutata alati apteekri ega professionaali abi. Vaidlustaja leidis täiendavalt, et ka olukorras, kus võrreldakse omavahel südame-veresoonekonna retseptiravimit ning taotleja kaubaloetelus olevat toidulisandit südame ja veresoonekonna tervise toetamiseks, on kaubamärkide äravahetamine vägagi tõenäoline, kuivõrd ravimite sihtgrupp on sama. Üldkohus on leidnud, et isegi kui kaupade valikut võivad ostukohas mõjutada või määrata vahendajad (nt apteekrid), võib tarbijatepoolne segiajamine siiski aset leida, kuna viimased puutuvad nende kaupadega kokku, olgugi, et iga kauba puhul toimub eraldi ostutehing eri ajal (T-222/09, p 43). Näiteks võivad tarbijad välja osta nii retseptiravimi kui ka toidulisandi ning need hiljem kodus tulenevalt kaubamärkide sarnasusest omavahel segi ajada. Arvestades farmaatsia-kaupade väärmanustamise ohtlikkust, tuleks elimineerida igasugune kaubamärkide äravahetamise risk. Eeltoodust lähtuvalt järeldas vaidlustaja, et eksisteerib märkimisväärne kaubamärkide äravahetamise risk ning vaidlustaja jäi oma varasemalt esitatud nõuete juurde.

Seisukohale oli lisatud (5) väljavõte Eesti õigekeelsuskäsiraamatust, 18.01.2021.

5) 22.02.2021 esitas **taotleja** oma vastuseisukoha. Taotleja teatas, et jääb oma varasemalt esitatud seisukohtade juurde, vaidleb vaidlustaja seisukohtadele vastu ja leiab, et vaidlustusavaldus tuleb jätta rahuldamata. Taotleja jäi 28.12.2020 seisukohtades esitatud väite juurde, et puuduvad andmed selle kohta, et vaidlustaja on oma kaubamärki „NEBICARD“ tegelikult kasutanud peale südameveresoonekonna retseptiravimi ka muudel toodetel. Isegi kui taotleja väidet ei saa käsitleda kaubamärgi kasutamata jätmise vastuväitena TÕAS § 52¹ tähenduses, nagu leiab vaidlustaja, tuleb siiski KaMS § 41 lg 2¹ viimase lause kohaselt sellise vastuväite põhjendatust eeldada. KaMS § 41 lg 2¹ esimene lause sätestab üheselt, et varasema kaubamärgi omanikul puudub õigus vaidlustada taotleja õigust kaubamärgile ulatuses, milles ta ei ole varasemat registreeritud kaubamärki viie aasta jooksul enne hilisema kaubamärgi taotluse esitamise kuupäeva või prioriteedikoopäeva mõjuva põhjuseta tegelikult kasutanud. Sellise seadusesätte eesmärk on muuhulgas piirata registreeritud ja kaitstud kaubamärkide hulka ning sellest tulenevalt vähendada konflikte kaubamärkide või kaubamärgiomanike vahel (Üldkohtu 12/03/2003 otsus T-174/01, Silk Cocoon, p 38). Kaubamärgile õiguskaitse võimaldamine selliste kaupade osas, mille suhtes märki tegelikult ei kasutata, piirab õigustamatult teiste ettevõtjate tegutsemisvabadust, antud juhul taotleja oma. Taotleja on väitnud ja tõendanud (28.12.2020 lisa 1) ning vaidlustaja pole seda ümber lükanud, et vaidlustaja kasutab tegelikult oma kaubamärki südameveresoonekon-

na retseptiravimi tähistamiseks. Ravimiseaduse § 13 lg 5 esimeses lause kohaselt ravimi nimetus ja pakendi kujundus ei tohi koostist ja üldisi toimeid silmas pidades olla eksitav ning peab tagama tema eristamise teistest ravimitest. Arvestades, et on tõendatud vaidlustaja varasema kaubamärgi tegelik kasutamine toimeainet nebivolool sisaldava retseptiravimi tähistamiseks, saab lugeda ilmseks ja üldteada asjaoluks, et sellist nime ei saa panna muule ravimile ega ka toidulisandile, sest see oleks ebaeetiline ja eksitaks tarbijaid. Eestis turustatav ravim peab olema registreeritud Eesti või EL ravimiregistris. Eestis turustatavast toidulisandist peab vastavalt toiduseaduse § 141 lõikele 2 turuleviija teavitama Põllumajandus- ja Toiduametit hiljemalt turuleviimise päeval. Vaidlustaja toode „NEBICARD“ on küll registreeritud ravimiregistris südameveresoonekonna retseptiravimina (lisa 1), kuid selle toidulisandina Eesti turule toomisest nõuetekohaselt teavitatud ei ole – vt lisa 7 NEBICARD toidulisandite otsingu tulemus, väljavõte Põllumajandus- ja Toiduameti Järelevalve Infosüsteemist 18.02.2021. Arvestades eeltoodut väitis taotleja, et vaidlustaja varasema kaubamärgi tegelik kasutamine üksnes retseptiravimi tähistamiseks on ilmne asjaolu, ning seega on alust selles vaidluses määratleda vaidlustaja varasema kaubamärgi õiguskaitse ulatus kitsamalt, kui kaubamärgiregistreeringus toodud kaupade loend võimaldaks, st üksnes retseptiravimite piires.

Hoolimata sellest, et vaidlustusavaldus on sisuliselt aktsepteeritav üksnes retseptiravimitega määratud ulatuses, leidis taotleja, et tema kaubamärgi taotluses loetletud kaubad klassis 5 on osaliselt erinevad vaidlustaja kaubamärgiregistreeringus nimetatud kaupadest või osaliselt samaliigilised vaidlustaja kaupadega, seejuures on samaliigilisuse aste pigem madal, st mitte identsed, nagu väidab vaidlustaja. Vaidlustusavalduse põhjendustes (26.10.2020) on vaidlustaja leidnud, et taotleja kõik kaubad on identsed vaidlustaja kaubamärgiregistreeringus nimetatud kaupadega, sest kõik taotleja kaubad sisalduvad vaidlustaja kaubas *farmaatsia- ja veterinaariatarbed, v.a hormoonpreparaadid*. Lisaks leidis vaidlustaja, et taotleja kaubad *toidulisandid südame ja veresoonte tervise toetamiseks ja mikroelementidest koosnevad toidulisandid* on identsed vaidlustaja kaubaga *meditsiinilised dieetained, lastetoidud*. Samas ei ole vaidlustaja põhjendanud, mil viisil need tooted sarnanevad. Taotleja märkis selguse huvides, et vaidlustaja määratletud vaidlustuse ulatus piirneb vaidlustaja kaupadega *farmaatsiatarbed, v.a hormoonpreparaadid ning meditsiinilised dieetained, lastetoidud*.

Taotleja jäi oma seisukoha juurde (28.12.2020), et tema kaubamärgi taotluses nimetatud *ravimkapslid* on siiski erinevad vaidlustaja kaupadest. Ravimkapslid on eraldiseisev kaubaartikkel. Taotleja ei nõustunud vaidlustaja väitega, et kuna ravimkapslid on osa lõpptarbijale müüdavast farmaatsiatootest, kui ravim on kapsli kujul, on tegemist vähemalt kõrge sarnasusastmega samaliigiliste kaupadega. Sel juhul saaks analoogia alusel lugeda samaliigiliseks ka muud ravimite pakendid, nt plastpurgid, pappkarbid, kuid need ilmselgelt ei ole ravimitega samaliigilised tooted. Taotleja jäi seisukohale, et ravimkapslite kasutuseesmärk ja sihtgrupp pole samad, mis toidulisandite või ravimite puhul. Seda enam, et vaidlustaja kasutab tegelikult oma kaubamarki üksnes tablettide, mitte kapslite tähistamiseks (lisa 1). Isegi juhul, kui võrrelda taotleja kaubamärgi taotluse kaupu *toidulisandid südame ja veresoonte tervise toetamiseks; vitamiinid; vitamiinipreparaadid; mineraalpreparaadid; mikroelementidest koosnevad toidulisandid; farmatseutilised taimeekstraktid; meditsiinilised taimeekstraktid* vaidlustaja kaubamärgiregistreeringus loetletud ning vaidlustaja poolt antud vaidluse ulatusena piiritletud kaupadega *farmaatsia- ja veterinaariatarbed, v.a hormoonpreparaadid; meditsiinilised dieetained, lastetoidud*, siis saab taotleja kaupu lugeda maksimaalselt üksnes samaliigiliseks ja mitte identseks vaidlustaja kaupadega *farmaatsiatarbed, va hormoonpreparaadid ning meditsiinilised dieetained, lastetoidud*. Vaidlustaja ei ole põhjendanud küllaldaselt, milles nende toodete identsus või samaliigilisus seisneb. Arvestades eeltoodut oli taotleja seisukohal, et taotleja kaubamärgiga tähistatavad tooted *ravimkapslid* on erinevad vaidlustaja toodetest *farmaatsiatarbed, va hormoonpreparaadid ning meditsiinilised dieetained, lastetoidud* ning eriti tegelikult kaubamärgiga tähistatavast tootest *südameveresoonekonna retseptiravim*. Ülejäänud taotleja kaubad on vaidlustaja kaubamärgiregistreeringus nimetatud ja käesolevas vaidluses relevantsete toodetega *farmaatsiatarbed, va hormoonpreparaadid ning meditsiinilised dieetained, lastetoidud* ning eriti kaubamärgiga tegelikult tähistatava tootega *südameveresoonekonna retseptiravim* samaliigilised, kusjuures viimase puhul on sarnasuse aste madal.

Taotleja, sarnaselt vaidlustajaga, on ka varasemalt väljendanud seisukohta, et asjaomaseks üldsuseks antud juhul on nii laiem üldsus kui vastava ala spetsialistid (arstid, proviisorid). Arvestades, et vaidlustusavalduse maksimaalne ulatus piirneb vaidlustaja kaubamärgi „NEBICARD“ registreeringus nimetatud kaupadega *farmaatsiatarbed, va hormoonpreparaadid ning meditsiinilised dieetained, lastetoidud*, ning et taotleja kaubamärgi taotluse kaupade loend ei sisalda hügieenitarbeid, siis on eksitav vaidlustaja poolt asjaomase üldsuse määratlemisel lähtuda lisaks eelnimetatud kaupadele ka hügieenitarvetest.

Taotleja ei nõustunud ka vaidlustaja seisukohaga, et toidulisandite puhul võib tarbija tähelepanu olla tavapärane. Taotleja nõustus vaidlustajaga, et ravimpreparaatide puhul on asjaomase üldsuse tähelepanu kõrgendatud. Lisaks jäi taotleja endiselt oma seisukoha juurde, et tähelepanu on kõrgendatud ka

toidulisandite, sh vitamiini-, mineraalainete- ja ravitoimega taimeekstraktide puhul. Oma ala professionaalid (arstid, proviisorid) peavad oma ametiülesannete olemuse tõttu olema tähelepanelikud mistahes preparaatide suhtes, mida nad klientidele/patsientidele soovivad või manustavad, sh toidulisandite (vitamiinide jm) ja dieetainete, lastetoidu puhul. Kui apteegis toodet ostes on lõpptarbijale abiks proviisor, piirates nii eksimise võimalust, siis ometi ei saa väita, et toidulisandite ja lastetoidude ostmisel iseseisvaid valikuid tehes tarbija kõrgendatud tähelepanelikkus kaob või puudub üldse. Inimesele läheb reeglina väga palju korda, mida ta endale sisse sööb. Lähtuvalt toidulisandite ja dieettoitude/-ainete mõjust tervisele on ka näiteks ette nähtud karmid reeglid (toiduseaduse 3. ptk) selliste toodete tähistamiseks ja hoiatuste lisamiseks. Veelgi enam, tavapärane elu on selline, et inimesed uurivad ise, omal käel väga palju nii erinevate terviseseisundite kui nende ravimise ja oma tervise toetamise kohta hankides infot interneti erinevaid võimalusi kasutades. See teeb lõpptarbijast nii äärmiselt tähelepaneliku ja teadliku toote ostja kui ka selle tarvitaja. Lisaks on nt toidupoodides, kus puudub tervishoiuspetsialisti tugi toidulisandi valimisel, väga piiratud kaubasortiment. Arvestades vaidlustaja tegelikku kaubamärgi kasutamist (ainult retseptiravimina apteegis), on tema kaubamärgiga tähistatud toote müümine toidupoodides välistatud. Kuna toidupoos saavad müügil olla toidulisandid, nt „NEOCARD“, siis ka toidupoos puudub reaalne võimalus, et tarbijad ajaksid eelnimetatud kaubamärkidega tähistatud tooted segamini. Seega, arvestades eeltoodut, on kõigi kõnealuste kaupade asjaomane üldsus, nii laiem üldsus lõpptarbijana kui tervishoiuspetsialistid, nende toodete valimisel, soovitamisel ja tarbimisel tavapärasest kõrgema tähelepanelikkusega.

Taotleja ei nõustunud vaidlustajaga kaubamärgi sarnasuse küsimuses. Visuaalselt on kaubamärgid erinevad, mis ilmneb tähiste erinevas pikkuses ja erinevas alguspooles. Taotleja jäi oma seisukoha juurde, et sõnade pikkusest lähtuvalt tajub tarbija sõna algust ka pikemana, st mitte ainult 2 tähte (nagu väidab vaidlustaja), vaid 3 ja 4 tähte, mis moodustab poole sõnast. Taotleja jäi oma seisukohtade juurde, et võrreldavate tähiste lõpuosa CARD on tavapärane ja lisaks südamerivist toetavatele toidulisanditele ja ravimitele ka muude farmaatsiapreparaatide ja toidulisandite puhul laialdaselt kasutatav, mistõttu on tarbija harjunud seda vastavatel toodetel nägema, mistõttu on sellel väiksem mõju kaubamärgi meeldejätmisel, eristamisel. Taotleja ei nõustunud vaidlustaja väidetega taotleja seisukohtade lisas 2 toodud CARD-lõpuga kaubamärkide osas. Nimetatud lisas on näha otsingukriteeriumid ning selles on õiguskaitse territooriumiks märgitud „Eesti“, kaubaklassiks 5. Lisaks väitis taotleja, et kaubamärgiregistreeringud näitavad siiski üldist trendi antud valdkonnas ning ei ole tarvilik iga kaubamärgi kasutamise tõendamise farmaatsiapreparaatide või toidulisandite tähistamisel Eestis. Taotleja nõustus siiski, et tarbijate taju mõjutab see, kas neil on kokkupuuteid nende toodetega, mille nimetused sisaldavad CARD-elementi ehk selliste tähiste tegelik kasutamine. Otsing tuntud Eesti apteegiketi Apotheke veebipoes märksõnaga „CARD“ annab 47 vastet, sh nii toidulisandite kui (retsepti)ravimite kohta (lisa 9). See info näitab, et asjaomane üldsus on tõenäoliselt harjunud, et toidulisanditel või ravimitel, sh eriti südame tervist toetavatel toodetel, kasutatakse sõnaliselt elementi „CARD“, mistõttu see on pigem vähem märgatav element, eriti südame tervist puudutavate toodete puhul. Seega jäi taotleja oma seisukoha juurde, et võrreldavad kaubamärgid on üldmuljelt erinevad.

Taotleja jäi oma seisukoha juurde, et foneetiliselt on tähised erineva kõlaga. Seda mõjutab mh erinev häälikute ja silpide arv ning tähiste alguspoole NEO/NEBI vokaalide erinev kõrgus. Taotleja ei nõustunud endiselt vaidlustajaga, et kumbki kaubamärk koosneb kolmest silbist. Nimelt koosneb taotleja kaubamärk siiski kahest silbist. Ka vaidlustaja seisukohtade lisas 5 toodud silbitamise reeglitiku punktis 4.a on kirjas, et kahe täishääliku järjend kuulub ühte silpi. Üksik vokaal võib teise silpi kanduda siiski teistlaadi juhtudel kui praegune (2 järjestikust vokaali). Lisaks on ka „Eesti keele käsiraamatu“ silbitamist puudutava peatüki punktis 3 toodud, et diftong kuulub reeglina ühte silpi, näiteks „toa“, „luitunud“ jne (taotleja seisukohtade lisa 7 - „Eesti keele käsiraamat 2007“ väljavõte). Silpide arv mõjutab oluliselt sõna kõla ja pikkuse tajumist. Ja veelgi enam, hoolimata keelereeglitest, kostub „NEO“ selgelt ühe silbina. Lisaks taotleja varem esitatud seisukohale tõi taotleja välja, et tähiste kõla ja hääldamist mõjutab ka vokaalide kõrgus ning see, kas tegemist on ees- või tagavokaaliga. Vaidlustaja kaubamärgi alguspool NEBI sisaldab eesvokaale „e“ ja „i“, taotleja kaubamärgi alguspool NEO aga nii eesvokaali „e“ kui tagavokaali „o“. Seejuures märkide erinevad vokaalid, vastavalt NEBI häälik „i“ ja NEO häälik „o“, on erineva kõrgusega – „i“ on kõrge ja „o“ on keskkõrge häälik. Vokaalid mõjutavad oluliselt sõnadele kõla ning seetõttu eeltoodu selgitab, miks tähised tervikuna on erineva kõlaga. Seega leidis taotleja, et arvestades eeltoodut ja taotleja varasemaid argumente, on võrreldavad kaubamärgid foneetiliselt erinevad.

Taotleja jäi seisukoha juurde, et kontseptuaalselt ja semantiliselt on võrreldavad tähised erinevad. Seejuures jätavad tähised asjaomasele üldsusele erineva üldmulje. Taotleja ei nõustunud vaidlustajaga, justkui ei omaks kaubamärkide elemendid kaubamärgi kui terviku tajumisel olulist rolli. Võrreldavate tähiste puhul tervikuna on võimalik tajuda üldsuse jaoks tähenduslikke assotsiatsioone. Kohtu- ja komisjoni praktikas on aktsepteerimist leidnud seisukoht, et kuigi tarbija tajub kaubamärki tavaliselt tervikuna ega analüüsi selle erinevaid detaile, jääb siiski faktiks, et tajudes sõnamärki jagab tarbija

selle osadeks, mis vihjavad talle konkreetset tähendust või mis sarnanevad talle tuttavate sõnadega (T-256/04, p 57). Taotleja oli seisukohal, et tarbijal/asjaomasel üldsusel tekivad seosed „NEBI“ ja toimeaine nebivolool vahel; „NEO“ ja uudse vahel; „CARD“ ja südame vahel on tõenäoliselt küllaldaselt ilmsed, et tekitada asjaomasel üldsusel, sh lõpptarbijal, nimetatud assotsiatsioone. Seejuures on need seosed piisavad, et tarbijal tekiks tähist „NEOCARD“ tajudes teistlaadi seosed kui tajudes tähist „NEBICARD“. Taotleja nõustus vaidlustajaga, et tarbija ei teosta semantilist süvaanalüüsi nende kaubamärkidega tähistatud toodete valimisel ja tarbimisel, kuid nagu nenditud – need semantilised, kontseptuaalsed assotsiatsioonid saavad tarbijal, arvestades just seost tähistatavate kaupadega, sellegipoolest tekkida. Arvestades tähiste lõpuosa „card“ laialdasest kasutusest ja mõningast toodet kirjeldavat iseloomu, omab mõlema võrreldava kaubamärgi eristumisel olulist kaalu tähiste esimene pool, st vastavalt NEBI ja NEO. Nagu eespool kirjeldatud, on võrreldavate kaubamärkide esimestel osadel erinev kontseptsioon, mis muudab ka tähised tervikuna kontseptuaalselt erinevaks.

Vaidlustaja kaubamärgi eristusvõime aste määrab selle kaubamärgi õiguskaitse ulatuse. Vastava kohtupraktika kohaselt tuleb tähise eristusvõime määramisel hinnata kaubamärgi suuremat või väiksemat võimet identifitseerida kaupu või teenuseid pärinevana kindlalt ettevõtjalt ja seeläbi eristada neid kaupu või teenuseid teiste ettevõtjate omadest (C-342/97, p 22). Taotleja oli seisukohal, et vaidlustaja kaubamärgil on väiksem võime identifitseerida kaupu pärinevana kindlalt ettevõtjalt ning seega ka väiksem õiguskaitse ulatus. Vaidlustaja kaubamärgi eristusvõime aste on tavapärane või pigem madal arvestades, et tähise esimene pool viitab otseselt vaidlustaja enda poolt reaalselt tähistatava retseptiravimi ja laialdaselt ka teiste ettevõtjate poolt kasutatava ravimi toimeainele nebivolool ning tähise teine pool viitab tähistatava toote potentsiaalsele ja reaalsele kasutusvaldkonnale, milleks on südame tervis – CARD -> CARDIO. Lisaks sellele, et „CARD“ on laialdaselt kasutatav ja loomult kirjeldav element farmaatsiapreparaatide ja toidulisandite valdkonnas (ka lisa 9), on ka varasema kaubamärgi esimene pool NEBI laialdaselt kasutatav ravimite ja toidulisandite tähistamiseks. Eestis on registreeritud mitmeid ravimeid algusega NEBI ja seejuures neist mitmed on ka kaubamärgina Eestis õiguskaitset omavad. Eesti või EL ravimiregistris Eestis turustamiseks registreeritud ravimid, mille toimeaineks on nebivolool ja mille nimetuse algus on „NEBI“ (ravimi nimetus – toimeaine – müügiloa hoidja – (kaubamärgi andmed)):

- NEBICARD – nebivolool – Sandoz Pharmaceuticals d.d. – (2.08.2007, Eesti reg-nr 45986 NEBICARD, omanik Novartis AG);
- NEBILET – nebivolool – Menarini International Operations Luxembourg S.A. – (12.08.1997, Eesti reg-nr 27797 NEBILET, omanik Johnson & Johnson (originaalravim));
- NEBILET PLUS – nebivolool + hüdroklorotiasiid – sama – sama;
- NEBITEN – nebivolool – G.L. Pharma GmbH – (6.03.2009, rahvusvahelise registreeringu alusel Eesti kaubamärk NEBITEN, reg-nr 1002082 omanik Lannacher Heilmittel Ges.m.b.H.);
- NEBIPHAR – nebivolool – Teva Pharma B.V. – (puudub);
- NEBIVOLOL ACTAVIS – nebivolool – Actavis Group PTC ehf – (puudub, kuna toimeaine nimetus (“nebivolool”) ei ole kaubamärgina registreeritav, selle kasutamine ravimi nimetuses on kõigile vaba);
- NEBIVOLOL STADA – nebivolool – Stada Arzneimittel AG – (puudub).

Lisaks ülaltoodule on Eesti rahvusliku või EL kaubamärgina klassi 5 toodete tähistamiseks registreeritud järgmised algusega „NEBI“ tähised, mille hulka kuuluvad nii toimeainet nebivolool sisaldavad tähised kui muude farmaatsiapreparaatide, toidulisandite tähistamiseks kasutatavad kaubamärgid:

- NEBINORM, EL nr 008321861, taotluse kuupäev 26.05.2009, omanik Glenmark Pharmaceuticals s.r.o., kl 5 *farmaatsiatooded ja ravimid (mis kuuluvad klassi 5) hüpertoonია ja kardiovaskulaarhaiguste ravimiseks*;
- NEBITRIX, EL nr 008321895, taotluse kuupäev 26.05.2009, omanik Glenmark Pharmaceuticals s.r.o., kl 5 *farmaatsiatooded ja ravimid (mis kuuluvad klassi 5) hüpertoonია ja kardiovaskulaarhaiguste ravimiseks*; EL kaubamärkidega NEBINORM ja NEBITRIX tähistab Glenmark Pharmaceutica nebivolooli sisaldavat vererõhku alandavat ravimit;
- NEBIDO, EE nr 0802136, reg kuupäev 15.04.2003, omanik Bayer Intellectual Property GmbH, kl 5 *hormoonpreparaadid*;
- NEBIDO, EL nr 003039385, taotluse kuupäev 6.02.2003, omanik Bayer Intellectual Property GmbH, kl 5 *hormoonpreparaadid*;
- NEBICARD, EE nr 0999203, reg kuupäev 20.11.2008, omanik Sopharma AD, kl 5 *mh fungitsiidid*;
- NEBISPES, EL nr 006827761, taotluse kuupäev 11.04.2008, omanik Bausch Health Ireland Limited, kl 5 *mh farmaatsia- ja veterinaariatooded*;
- NEBILIA, EL nr 010329456, taotluse kuupäev 11.10.2011, omanik Tek, Konthirith, kl 5 *Imikutoit ja nimelt piimapulbriga segatud jahu, piim, piimapulber, puuvilja- ja marjakompotid ja aedvilja- ja teraviljapüreed*;

- NEBIANAX, EL nr 012596284, taotluse kuupäev 13.02.2014, omanik Steve Jones s.r.l., kl 5 *Meditsiinilised ja veterinaarsed preparaadid ja tooted; Toidulisandid ja farmatseutilised dieetained.*

Vaidlustaja väitis oma kaubamärgi eristusvõime kinnituseks, et see on Eestis pikaajaliselt kasutusel olnud. Samas ei ole vaidlustaja selle kohta tõendeid esitanud. Taotleja ei nõustunud vaidlustajaga ja vaidleb vastu selles, justkui peaks tarbija varasema kaubamärgiga seoses tekkivate assotsiatsioonide tekkimiseks läbi viima selle elementide süvaanalüüsi. Nagu taotleja on põhjendanud, ei ole seoste tekkimiseks vajalik tähise detailne analüüs. Siinjuures tuleb arvestada, et elemendid NEBI ja CARD ei ole suvalised sõnad, vaid nii realselt kui potentsiaalselt tähistatavate toodete omaduste ja kasutusvaldkonnaga otseselt seotud ja seostuvad väljendid, tekitades asjaomases üldsuses, sh lõpptarbijas, selge seose.

Taotleja jäi oma seisukoha juurde, et puudub tõenäosus, et vaidlustaja kaubamärgiga tähistatavate kaupade *farmaatsiatarbed, v.a hormoonpreparaadid, sh eriti südameveresoonekonna retseptiravimid, dieetained, lastetoidud* ning taotleja kaubamärgiga NEOCARD tähistatavad *toidulisandid südame ja veresoonte tervise toetamiseks; vitamiinipreparaadid; mineraalpreparaadid; farmatseutilised taimeekstraktid* jne – olemusest tingutuna väga kõrge tähelepanelikkuse ja informeerituse tasemega asjaomane üldsus eksib vastavate kaupade päritolu määramisel. Võrreldavad kaubamärgid jätavad tervikuna erineva üldmulje igas taju aspektis. Võrreldavad kaubad on osaliselt erinevad ja osaliselt samaliigilised. Seejuures on taotleja kaubamärgiga tähistatavad kaubad osaliselt erinevad (ravimkapslid) ja osaliselt samaliigilised (*toidulisandid südame ja veresoonte tervise toetamiseks; vitamiinid; vitamiinipreparaadid; mineraalpreparaadid; mikroelementidest koosnevad toidulisandid; farmatseutilised taimeekstraktid; meditsiinilised taimeekstraktid*) ka juhul, kui vaidlustaja kaubamärgi asjakohas- teks kaupadeks ei oleks üksnes *südameveresoonekonna retseptiravimid*, vaid *farmaatsiatarbed, v.a hormoonpreparaadid ning meditsiinilised dieetained, lastetoidud*. Kuigi vaidlustaja leidis, et antud vaidluses peab lähtuma kaubamärgi „NEBICARD“ registreeringus nimetatud kaupadest, mitte kaubamärgi tegelikust kasutamisest, leidis taotleja, et vaidlustaja kaubamärgi tegelik kasutamine üksnes retseptiravimi tähistamiseks on ilmne asjaolu, nimelt vaidlustaja toode NEBICARD on registreeritud ravimiregistris südameveresoonekonna retseptiravimina (lisa 1), kuid selle toidulisandina Eesti turule toomisest teavitatud ei ole (lisa 7). Lisaks oleks ravimi nime/kaubamärgi kasutamine toidulisandil ja vastupidi eksitav ning ebaeetiline. Seega reaalsel võimalust, et vaidlustaja kasutaks kaubamärki NEBICARD ka muudel toodetel, ei ole. Seega on alust selles vaidluses määratleda vaidlustaja varasema kaubamärgi õiguskaitses ulatus kitsamalt kui kaubamärgiregistreeringus toodud kaupade loend võimaldaks, st üksnes retseptiravimite piires. Taotleja juhtis tähelepanu, et vaidlustaja ise ei ole esitanud ühtki väidet ega tõendit selle kohta, et tal oleks reaalne huvi või võimalus kaubamärgi „NEBICARD“ tegelikuks kasutamiseks muude toodete kui südameveresoonekonna retseptiravimite tähistamiseks.

Taotleja oli seisukohal, et tema selgelt eristuvale kaubamärgile „NEOCARD“ õiguskaitses mitteandmine sellise varasema kaubamärgi tõttu, mille puhul puudub tegelik kaubamärgiomaniku õiguste riive, kahjustaks alusetult taotleja huve ja tegutsemisvabadust. Arvestades kõiki asjaolusid, ei saa taotleja kaubamärgi registreerimine taotletud kaupade tähistamiseks riivata vaidlustaja õigustatud huve. Kõikide kõnealuste kaupade puhul on asjaomase üldsuse, sh nii oma ala professionaali (arst, proviisor) kui lõpptarbija teadlikkus ja tähelepanelikkus kõrged. Vastupidiselt vaidlustajale oli taotleja seisukohal, et lõpptarbija hoolib oma tervisest nii palju, et uurib põhjalikult ka iseseisvalt, ilma tervishoiuspetsialisti toeta, millist ravimit või toidulisandit ta ostab ja tarvitab ning mistõttu on vähe tõenäoline, et tarbija võiks võrreldavate märkidega tooted omavahel segamini ajada. Koostöös tervishoiuspetsialistiga tehtud valik on aga veelgi kaalutletum ja kindlam. Retseptiravimi korral on tähelepanelikkuse aste eriti kõrge. Selline kõrge teadlikkuse ja tähelepanelikkusega üldsus (kes võib olla nii oma tervisest hooliv ja selle eest hoolitsev tavatarbija kui proviisorist või arstist professionaal) suudaks taotleja ja vaidlustaja kaupadel vastavate kaubamärkide alusel vahet teha ka siis, kui kaubamärkide sarnasuse astet hinnata keskmiseks või kõrgeks. Arvestades kõiki asjaolusid, sh kaubamärkide visuaalset, foneetilist ja kontseptuaalset erinevust, varasema kaubamärgi tavapärasest või madalat eristusvõimet ning asjaomase üldsuse kõrgendatud tähelepanelikkust, oli taotleja seisukohal, et puudub tarbija poolt kõnealuste kaubamärkide äravahetamise tõenäosus, sh assotsieerumine.

Seisukohtadele oli lisatud (7) NEBICARD toidulisandite otsingu tulemus, väljavõte Põllumajandus-ja Toiduameti Järelevalve Infosüsteemist 18.02.2021; (8) „Eesti keele käsiraamat 2007“ väljavõte – silbitamine; (9) CARD-tooted, Apoteeka veebipood.

6) 24.03.2021 esitas **vaidlustaja** täiendavad seisukohad, milles märgiti järgmist. Vaidlustajal on KaMS § 41 lg 2¹ ning TÕAS § 52¹ koostoimes kohustus tõendada kaubamärgi kasutamist üksnes siis, kui taotleja on esitanud menetluslikult korrektse kaubamärgi kasutamata jätmise vastuväite. Nagu vaidlus-

taja on selgitanud, ei ole taotleja kehtivat vastuväidet esitanud, millest tulenevalt ei ole vaidlustajal kohustust kaubamärgi kasutamist tõendada ning vaidlustaja saab õiguspäraselt tugineda kõikidele enda kaubamärgiregistreeringus nimetatud kaupadele. Taotleja viidatud KaMS § 41 lg 2¹ ei ole eraldi-seisev alus vastuväite esitamiseks, vaid seda vaadatakse koostoimes TÕAS §-ga 52¹. Vastuväite põhjendatust eeldatakse üksnes siis, kui vastuväide on kehtivalt esitatud. Käesolevas menetluses ei ole vastuväidet esitatud, mistõttu puudub vaidlustajal vajadus tõestada kaubamärgi tegelikku kasutamist. Taotleja seisukoht, et puuduvad andmed selle kohta, et vaidlustaja on oma kaubamärki tegelikult kasutanud peale südameveresoonekonna retseptiravimi ka muudel toodetel, ei ole asjakohane. Samuti ei ole asjakohased taotleja poolt esitatud tõendid ning seisukohad vaidlustaja kaubamärgi tegeliku kasutamise kohta. Eeltoodust lähtuvalt palus vaidlustaja komisjonil jätta taotleja 22.02.2021 esitatud seisukohtade tegelikku kasutamist puudutavad punktid ning seal viidatud tõendid otsuse tegemisel arvestamata. Vaidlustaja rõhutas, et taotlejal oli võimalik esitada kaubamärgi kasutamata jätmise vastuväide, kuid taotleja ei ole seda võimalust kasutanud. Sellest tulenevalt ei ole vaidlustaja kaubamärgi tegelik kasutamine asjakohane ning vaidlustaja saab tugineda kõikidele registreeringus nimetatud kaupadele hoolimata taotleja esitatud seisukohtadest ja/või tõenditest.

Vaidlustaja rõhutas ühtlasi, et vaidlustaja ei ole vaidlustuse ulatust piiranud üksnes kaupadele *farmaatsiatarbed, v.a hormoonpreparaadid ning meditsiinilised dieetained, lastetoidud*. Vaidlustaja on seisukohal, et kaupade võrdlemiseks piisas eelnimetatud kaupade ja taotleja registreeringus nimetatud kaupade identsuse nentimisest, mistõttu ei ole menetlusökonomika põhimõtteid arvestades vajalik hinnata vaidlustaja registreeringus nimetatud teiste kaupade sarnasuse astet taotleja kaupadega. Vaidlustaja tugines jätkuvalt, nagu toodud välja ka vaidlustusavalduses, kõikidele varasemas registreeringus nimetatud kaupadele. Vaidlustaja oli seisukohal, et kaubas *farmaatsia- ja veterinaariatarbed, v.a hormoonpreparaadid* sisalduvad kõik taotleja kaubad, kuivõrd farmaatsia- ja veterinaariatarbed on väga lai mõiste, hõlmates mitte üksnes ravimeid, vaid ka muid farmaatsias ja veterinaarias kasutatavaid kaupu, sh klassi 5 kuuluvaid toidulisandeid, vitamiine, erinevaid preparaate, ekstrakte jne. Samuti kuuluvad vaidlustaja kauba *meditsiinilised dieetained, lastetoidud* alla muuhulgas ka taotleja kaubad *toidulisandid südame ja veresoonte tervise toetamiseks*. Ka olukorras, kus vaidlustaja kaupade loetelu piirduks üksnes südameveresoonekonna ravimitega, oleks identsus/kõrge sarnasus kõikide taotleja kaupadega, nagu vaidlustaja on põhjendanud enda varasemates seisukohtades. Vaidlustaja tõi seejuures välja, et taotleja ei ole esitanud vastuargumente kaupade identsuse/sarnasuse osas, millele taotlejal oleks võimalik vastata, v.a ravimkapslite osas. Vaidlustaja jäi ühtlasi seisukohale, et vaidlustaja kaubas *farmaatsia- ja veterinaariatarbed, v.a hormoonpreparaadid* sisaldub ka taotleja kaup *ravimkapslid*, kuivõrd ravimkapsel kuulub farmaatsia- ja veterinaariatarvete alla. Nagu vaidlustaja on selgitanud, on ravimkapsel enda olemuselt osa lõpptarbijale müüdavast farmaatsiatootest, kusjuures ravim ise on kapsli kujul, mida lõpptarbija tarbivad. Taotleja analoogia ravimite pakenditega nagu plastpurgid ja pappkarbid ei ole asjakohane, kuivõrd tarbija manustab ravimina ka kapsli (tajudes seega kapslit ravimi osana), kuid ei manusta plastpurke, pappkarpe ega muid väliseid pakendeid. Vaidlustaja leidis, et seetõttu esineb kaupade identsus. Kokkuvõtlikult oli vaidlustaja kaupade võrdlemise osas seisukohal, et vaidlustaja registreeringus nimetatud kaubad on identsed (või vähemasti väga kõrge sarnasusastmega) taotleja kaubamärgitaotluses nimetatud kaupadega.

Vaidlustaja meenutas, et kõik kaubamärgiregistreeringus nimetatud kaubad on vaidlustuse aluseks. Arvestades vaidlustaja ning taotleja kattuvaid kaupu on asjaomasteks tarbijateks nii tervishoiuspetsialistid kui ka laiem avalikkus, nagu vaidlustaja on välja toonud. Asjaomasteks kaupadeks ei ole üksnes (retsepti-)ravimid, vaid ka teised farmaatsia- ja muud kaubad, sh vitamiinid ja muud toidulisandid, mille ostmiseks ei ole vajalik retsepti ega ka konsulteerida tervishoiuspetsialistiga. Sellest tulenevalt võib ka tarbijate taju erineda. Vaidlustaja ei nõustunud, et toidulisanditele ja dieettoitudele/-ainetele kehtestatud tähistamise reeglid on asjakohased kaubamärkide äravahetamise tõenäosuse hindamisel. Vaidlustaja leidis jätkuvalt, et toidulisandite puhul on tarbijate taju kaubamärgi osas pigem tavapärane. Seejuures oli vaidlustaja seisukohal, et ravimite puhul võib tarbijate taju olla kõrgendatud. Oluline on siiski täheldada, et isegi kui tarbijate taju võib teatud kaupade puhul ostuotsuse tegemise hetkel olla kõrgem kaupade omaduste osas, ei tähenda automaatselt, et tarbijad pööravad samaväärselt suurt tähelepanu ka kaubamärgile endale. Samuti ei tähenda ostuotsuse ajal kauba, näiteks ravimi valimisel eksisteerinud kõrgem tähelepanu seda, et samaväärne tähelepanu püsib tarbijatel ka nende kaupade tarvitamisel. Näiteks tõendavad Ameerika Ühendriikides läbiviidud uuringud, et nii tavapärase kui ka kõrgendatud tähelepanelikkusega tarbijad võivad erinevate ravimite tarvitamisel teha vigu, ajades ravimid ka vähesemal määral sarnaste nimetuste korral segamini. See võib päädida ravimi vale doseerimisega (näiteks jätab tarbija endale vajaliku ravimi võtmata, võtab oluliselt suurema koguse jne), millel võivad omakorda olla fataalsed tagajärjed. Kenagy ja Stein on enda 2001. a teadusartiklis täheldanud, et ravimite nimetuste segiajamine põhjustab iga-aastaselt tarbijate seas umbes 10 000 terviseriket (Kenagy JW, Stein GC. Naming, labeling, and packaging of pharmaceuticals. *Am J Health-Syst Pharm* 2001; 58: 2033–41). Seejuures on märgatud, et nimetuste äravahetamine on samal tasemel nii mitte-spetsialistidest ülikoolitüdengite kui ka erialaspetsialistidest proviisorite seas

(Lambert BL, Chang KY, Lin SJ. Effect of orthographic and phonological similarity on false recognition of drug names. Soc Sci Med 2001; 52: 1843–57). Märkimisväärtus on ka asjaolu, et nimetuste ehk kaubamärkide äravahetamiseks ei pea nimetused olema kaubamärgiõiguse mõistes kõrge sarnasusastmega – tihti peale on võimalik tihedalt segiaetavate nimetuste puhul välja tuua mitmeid visuaalsed, foneetilisi ja isegi semantilisi erisusi – näitena võib tuua kaubamärgid Losec ja Lasix (Hoffman JP. More on 'Losec or Lasix' [letter]. N Engl J Med 1990 Nov 15; 323: 1428) ning Celebex, Cerebyx ja Celexa (Hoffmann JP, Proulx SM. Medication errors caused by confusion of drug names. Drug-Safety 26, pages 445–452 (2003)). Realseid segiajamise juhtusid on esinenud ka näiteks ainete „amiodarone“ ja „amrinone“ puhul (Mitka M. What's in a (drug) name? plenty! JAMA 1999 Oct 20; 282(15): 1409–10). Otsustavaks saab kaubamärkide üldmulje, kusjuures teadusartiklitest ning nendes kirjeldatud katsetest on näha, et ei spetsialistidest tarbijad ega lõpptarbijad ei analüüsi kaubamärke detailselt. Seega, olenemata asjaomaste tarbijate tähelepanelikkuse astmest ning sellest, kas tarbija on erialaspetsialist või lõpptarbija, on praktikas korduvalt täheldatud kaubamärkide äravahetamist sarnase üldmulje tõttu. Äravahetamine võib aset leida nii ostuotsuse tegemisel kui ka ravimite, toidulisandite vm manustamisel, mis võib omakorda päädida lõpptarbijat tõsiselt terviserikkuga.

Vaidlustaja oli jätkuvalt seisukohal, et võrreldavad kaubamärgid on väga kõrge sarnasusastmega. Vaidlustaja viitas varasemalt esitatud visuaalse, foneetilise ja semantilise analüüsi kohta. Siiski toob vaidlustaja välja järgneva. Isegi kui vaidlustaja kaubamärk koosneks osadest, millele on võimalik süvaanalüüsi tulemusena anda tähendus, ei muudaks see asjaolu, et vaidlustaja kaubamärk tervikuna on tugeva eristusvõimega. Esiteks on varasemal kaubamärgil tugev algupärane eristusvõime, kuivõrd kaubamärk tervikuna on tehissõna, mis ei kirjelda asjaomaseid kaupu. Asjaolu, et ka teised tootjad võivad sarnastel kaupadel kasutada kaubamärgis sisalduvaid osiseid (näiteks -CARD), ei anna nendele osadele taotleja poolt väidetud „immuunsust“. Taotleja ei ole tõendanud, et tarbijad tajuvad kaubamärgi osiseid kirjeldavana. Samuti oli vaidlustaja seisukohal, mis ühtib ka Euroopa Kohtu praktikaga, et tarbijad tajuvad märke tervikuna ega ei jaga neid osadeks. Ka asjaomaste kaupade tarbija, kellel võib olla kõrgendatud tähelepanu, ei teosta ostuotsuse tegemisel ega hiljem kaubamärkide visuaalset, foneetilist ega semantilist süvaanalüüsi. Vaidlustaja meenutas, et tarbijad ei tegele turusituatsioonis kaubamärkide eristusvõime hindamisega ega jäta kaubamärki tajudes selle koosseisust näiteks väiksema eristusvõimega osi välja. Kaubamärkide, sh varasema kaubamärgi osisteks jagamine semantilise analüüsi eesmärgil on tehislik, s.t tarbijad tajuvad tähist ühesõnalise tervikuna, ei jaga seda osisteks ega omista osistele võimalikke tähendusi. Veelgi enam, isegi olukorras, kus vaidlustaja ja/või taotleja kaubamärgi mõni osis on asjaomastele kaupadele viitav või omab tarbijate jaoks mingit tähendust, ei muuda see tegelikult asjaolu, et võrreldavatest kaubamärkidest kui tervikutest jääv üldmulje on väga sarnane. Nimelt vastab kaubamärkide ülesehitus identsele struktuurile NE_CARD ning varasemalt viidatud Euroopa Kohtu praktika alusel jäävad tarbijatele reeglina märkamatuks kaubamärkide keskosas paiknevad erinevused. Samuti täheldas vaidlustaja – muuhulgas vastusena taotleja tähelepanekutele seoses vaidlustaja kaubamärgi eristusvõimega –, et kaubamärk „NEBICARD“ on omandanud pikaajalise ning intensiivse kasutamise tulemusena tavapärasest oluliselt tugevama eristusvõime vähemalt kauba *südame-veresoonkonna ravimid* osas. Vaidlustaja esitas järgnevad tõendid:

- väljavõtte ravimiregistrist (lisa 5), millest nähtub, et ravimil NEBICARD (näidustus: essentsiaalne hüpertensioon, stabiilse kerge ja mõõduka kroonilise südamepuudulikkuse ravi) on olnud Eestis tähtajatult kehtiv müügiluba alates 26.10.2007;
- Sandoz International GmbH (Novartise gruppi kuuluv ettevõtte) esindaja kinnitus (lisa 6), mille kohaselt võeti ravim NEBICARD Eestis kasutusele juulis 2008 ning mille viimaste aastate kohalikud müüginumbrid (tuhandetes US dollarites) on aastal 2015 – 194, 2016 – 207, 2017 – 235, 2018 – 224, 2019 – 221, 2021 (I-III kvartal) – 154.

Ravim NEBICARD kuulub samuti soodusravimite nimekirja. Vaidlustaja esitas eeltoodu näitlikustamiseks väljavõtte soodusravimite nimekirjast 1.07.2018 seisuga (lisa 7). Soodusravimite nimekirjade dokumendid ei ole dateeritud, kuid andmed on kuupäevalise viitega avalikult kättesaadavad Ravimiregistri lehel. Vaidlustaja avaldas valmisolekut esitada täiendavaid tõendeid, kuid oli seisukohal, et eeltoodud tõendid illustreerivad kaubamärgi „NEBICARD“ pikaajalist ning intensiivset kasutamist. Sellest tulenevalt on see kaubamärk omandanud vähemalt kauba *südame-veresoonkonna ravimid* osas tavapärasest tugevama eristusvõime. Tulenevalt Euroopa Kohtu praktikast on suurema eristusvõimega kaubamärkidel omakorda tugevam kaitse, s.t varasema kaubamärgi suurema eristusvõime korral on äravahetamise tõenäosus kergem tekkima (C-39/97, p-d 18, 24).

Vaidlustaja jäi seisukohale, et võrreldavad kaubamärgid on väga sarnased, s.t kaubamärkide algused ja lõpud on identsed (NE_CARD), millest tulenevalt on kaubamärkidest jääv üldmulje väga sarnane ning kaubamärkide keskosas paiknevad marginaalsed erinevused võivad märkamata jääda ka tähelepanelikumatele tarbijatele. Arvestades ka asjaomaste kaupade identsust/kõrget sarnasuse astet, eksisteerib märkimisväärtus kaubamärkide äravahetamise, sh assotsieerumise tõenäosus. Vaidlustaja tõi lühidalt välja järgnevad aspektid, mis kogumis illustreerivad kaubamärkide äravahetamise suurt tõenäosust:

- asjaomased tarbijad ei jaga kaubamärke osadeks ega analüüsi detailselt nende võimalikke tähendusi;
- tarbijad tuginevad kaubamärkide üldmuljele, milleks on ebatäiuslik mälupeilt;
- antud juhul on võrreldavatest kaubamärkidest jääv üldmulje väga sarnane, kuivõrd kaubamärkid vastavalt identsele struktuurile NE_CARD;
- vaidlustaja on Eesti turul tegutsenud pikaajaliselt, mille tulemusena on kaubamärk NEBICARD vähemalt südame-veresoonkonna ravimite osas omandanud tavapärasest tugevama eristusvõime;
- asjaomased kaubad on identsed (või vähemalt kõrge sarnasusastmega);
- kaubamärkide äravahetamisel on tulenevalt asjaomaste kaupade omadustest vea hind väga kõrge.

Vaidlustaja viitas eespool väljatoodud allikatele, mis illustreerivad, et ka kõrgendatud tähelepanelikkusega tarbijad võivad erinevate ravimite tarvitamisel teha vigu, ajades ravimid ka vähesemal määral sarnaste nimetuste korral segamini. See võib päädida ravimi vale doseerimisega (näiteks jätab tarbija endale vajaliku ravimi võtmata, võtab oluliselt suurema koguse jne), millel võivad omakorda olla fataalsed tagajärjed.

Taotleja on leidnud, et tavatarbijal puudub reaalne võimalus tooteid ära vahetada, sest retseptiravimit ei asendata toidulisandiga. Vaidlustaja tõi taas välja, et kaupade võrdlemisel ei saa lähtuda üksnes taotleja poolt väljatoodud südame-veresoonkonna retseptiravimist, mida võrreldakse vaidlustatavas taotluses nimetatud kaupadega, vaid lähtuda tuleb kõikides vaidlustaja registreeringus nimetatud kaupadest ning neid võrrelda taotluses nimetatud kaupadega. Siiski, ka olukorras, kus võrreldakse omavahel südame-veresoonkonna ravimit ning toidulisandit, on kaubamärkide äravahetamine vägagi tõenäoline. Vaidlustaja esitas eeltoodu illustreerimiseks järgneva hüpoteetilise näite. Asjaomaste kaupade turul on müügil nii „NEBICARD“ südame-veresoonkonna ravim kui ka „NEOCARD“ toidulisand südame ja veresoonte tervise toetamiseks. Kaupade sihtrühm on identne, kusjuures kaupade segiajamise oht ei eksisteeri mitte üksnes kaupu soetades ehk ostuotsust tehes (kus on teatud juhtudel võimalik, et kauba omadustele pööratakse tähelepanu ka näiteks erialaspetsialisti poolt), vaid kaupade segiajamise oht eksisteerib igal korral, kui vastavaid kaupu tarbija poolt manustatakse, s.t igapäevaselt. Kaubamärkide äärmiselt kõrge sarnasusastme tõttu on äravahetamise tõenäosus kõrge. Arvestades, et asjaomaste kaupade väärmanustamine (sh mitmekordse doosi võtmine, ravimi doosi võtmata jätmine jne) võib põhjustada lõpptarbijate tõsisid terviserikkeid, tuleb vaidlustaja hinnangul keelduda kaubamärgi NEOCARD registreerimisest.

Seisukohale oli lisatud: (5) väljavõte Eesti ravimiregistrist (24.03.2021); (6) Sandoz International GmbH esindaja kinnitus (17.03.2021); (7) väljavõte 1.07.2018 soodusravimite nimekirjast (24.03.2021).

7) 26.04.2021 esitas **taotleja** seisukoha. Jäädes varem esitatu juurde, lisis taotleja järgmist. Puuduvad andmed selle kohta, et vaidlustaja on oma kaubamärgi tegelikult kasutanud peale südameveresoonkonna retseptiravimi ka muudel toodetel. Vaidlustaja kaubamärk on kasutusel retseptiravimina, mille toimeaine on nebivolool. Taotleja palus mitte arvestada vaidlustaja taotlust jätta tähelepanuta taotleja 22.02.2021 seisukohad varasema kaubamärgi kasutamise osas ja seonduvad tõendid. Taotleja leidis endiselt, et vaidlustaja kaubamärgi tegelik kasutamine üksnes retseptiravimi tähistamiseks on ilmne asjaolu ning seega on alust selles vaidluses määratleda vaidlustaja varasema kaubamärgi õiguskaitse ulatus kitsamalt kui kaubamärgiregistreeringus toodud kaupade loend võimaldaks, st üksnes retseptiravimite piires. Sõltumata sellest, kas vaidlustusavaldus on sisuliselt aktsepteeritav üksnes retseptiravimitega määratud ulatuses või kõigi vaidlustaja kaubamärgiregistreeringus toodud kaupade ulatuses, jäi taotleja seisukoha juurde, et tema kaubamärgitaotluses loetletud kaubad klassis 5 on osaliselt erinevad (ravimikapslid) vaidlustaja kaubamärgiregistreeringus nimetatud kaupadest või osaliselt samaliigilised (ülejäanud taotleja kaubad) vaidlustaja kaupadega.

Asjaomase üldsuse tähelepanelikkuse astme osas jäi taotleja esitatud seisukohtade juurde ning vaidles vaidlustajale vastu. Vaidlust ei ole selles, et asjaomaseks üldsuseks on nii laiem üldsus kui vastava ala spetsialistid, kellel on spetsiifilised erialased teadmised tervishoiuvaldkonnas (arstid, proviisorid, toitumisterapeudid). Kõrgendatud tähelepanelikkus esineb nii taotleja kaubamärgi taotluses kui vaidlustaja kaubamärgiregistreeringus esitatud kõikide kaupade osas. Kõrgendatud tähelepanelikkus esineb kõigi inimese tervist ja keha otseselt mõjutavate toodete puhul, sh nii retseptiravimite, toidulisandite, taimsete preparaatide kui dieettoitude puhul. Toote eeldatav suurem mõju inimese keha toimimisele ja tervise seisundile toob kaasa ka nii tarbija kui vastava ala tervishoiuspetsialisti kõrgendatud tähelepanu. Taotleja tõi veel välja, et asjaomase üldsuse, sh tarbija, tähelepanu astme hindamise lähtekohaks on praktikas n-ö keskmine tarbija, kes loetakse mõistlikult hästi informeerituks ning mõistlikult tähelepanelikuks ja ettevaatlikuks. Praktikas peetakse tõenäoliseks, et tähelepanu aste erineb tulenevalt konkreetsete kaupade kategooriast (T-256/04, p 42). Käesoleval juhul on tähelepanu

aste keskmisest kõrgem. Õiguspraktikas on selgelt välja kujunenud seisukoht, et farmaatsiatoodete puhul, hoolimata sellest, kas tegemist on retseptiravimitega või mitte, on asjaomase üldsuse tähelepanelikkuse aste suhteliselt kõrge (15.12.2010, T 331/09, Tolposan, p 26; 15.03.2012, T 288/08, Zydus, p 36). Seejuures on eriti meditsiini ja laiemalt tervishoiu valdkonna spetsialistid kõrge tähelepanelikkuse astmega, kui nad patsiendile/kliendile ravimi või toidulisandi määravad. Sama kohaldub ka toidulisanditele (vitamiinid, mineraalained, taimeekstraktid) ja dieettoitudele. Kuna neil toodetel on potentsiaalne ennetav või raviv toime tervisele, on tõenäoline, et asjaomase üldsuse, st nii tervishoiu-spetsialistide kui lõpptarbija, tähelepanu aste on keskmisest kõrgem (10.02.2015, T-368/13, Angipax, p-d 42-46). Seega tarbijad, kes on mõistlikult hästi informeeritud ning mõistlikult tähelepanelikud ja ettevaatlikud, osutavad farmaatsiapreparaatidele, sõltumata sellest kas need on väljastatud retsepti alusel või mitte, ning toidulisanditele ja dieettoitudele jmt kõrgendatud astmega tähelepanu (T-412/08, p 28). Taotleja vaidles vastu vaidlustaja seisukohale, et tarbija võib küll omada kõrgendatud tähelepanu ravimit või toidulisandit ostes, kuid koju jõudes ja preparaati tarvitades tähelepanelikkus justkui kaoks. Taotleja juhtis tähelepanu sellele, et asjaomase üldsuse tähelepanelikkuse astme hindamisel tuleb lähtuda hüpoteetilisest keskmisest tarbijast, kes on mõistlikult hästi informeeritud ning mõistlikult tähelepanelik ja ettevaatlik (mitte vastupidi – keskmine tarbija, kes on ebamõistlikult hooletu). Mõistlikkus on objektiivne kriteerium, mitte subjektiivne. Võlaõigusseaduse (VÕS) § 7 lõikes 1 on määratletud mõistlikkuse põhimõte järgnevalt – võlasuhtes loetakse mõistlikuks seda, mida samas olukorras heas usus tegutsevad isikud loeksid tavaliselt mõistlikuks. Seejuures arvestatakse mõistlikkuse hindamisel võlasuhte olemust ja tehingu eesmärki, vastava tegevus- või kutseala tavasid ja praktikat, samuti muid asjaolusid (VÕS § 7 lg 2). Seega kõnealusel olukorras tuleb lähtuda sellest, mida loetakse tavaliselt mõistlikuks sellistes olukordades, kus inimene valib endale apteegis ravimit või toidulisandit ja/või kui ta seda ravimit või toidulisandit tarvitab. Kuna tegemist on inimese elu, tervist ja keha otseselt mõjutavate toodetega, siis võib kindlalt väita, et heas usus tegutsevad isikud loevad mõistlikuks tarbijat, kes on erakordselt hoolikas, tähelepanelik ja ettevaatlik selle osas, millise ravimi või toidulisandi ta ostab ja ka hiljem consumeerib. Taotleja märkis vaidlustaja seisukohta tarbija eksitusi puudutava osa kohta, et tegemist on siiski üldistusega, mis põhinevad Ameerika Ühendriikides tehtud uuringutel. Eesti tarbijate käitumist need uuringud ei kajasta. Veelgi enam, puuduvad tõendid (ja neid ei saagi olla), et konkreetset taotleja ja vaidlustaja tooteid segamini aetakse. Vaidlustaja, tundes ravimitootjana muret, et tootepakendid pole tarbijate jaoks üksteisest küllaldaselt eristuvad, saab panustada tarbija heaks sellega, et valib ise tootele selgelt eristuva kaubamärgi, mis ei viita otseselt toimeaine nimele ega ravitavale organile, mitte nagu „NEBICARD“. On ebaõiglaselt piirav teiste, hilisemate turuosaliste suhtes, kui madala eristusvõimega kaubamärkide omanikud blokeerivad uute tegijate sisenemise turule. Sellise madala eristusvõime astmega kaubamärgi alusel omatav ainuõigus saaks piirneda maksimaalselt identsete kaubamärkide ja identsete toodete suhtes. Kaubamärgiõiguse eesmärk ei ole üksnes kaitsta tarbijat. Selle ülesanne on ka tagada vaba konkurents ja vaba turu toimivus ning soodustada ettevõtjate arengut ja edendada konkurentsivõimet. Need on kaubamärgiõiguse aluspõhimõtted, mis on sõnastatud ka Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiivis (EL) 2015/2436, 16.12.2015, kaubamärke käsitlevate liikmesriikide õigusaktide ühtlustamise kohta ning Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määruses (EL) 2017/1001, 14.06.2017, Euroopa Liidu kaubamärgi kohta. Arvestades eeltoodut on kõigi kõnealuste kaupade asjaomane üldsus, nii laiem üldsus lõpptarbijana kui tervishoiuspetsialistid, nende toodete valimisel, soovitamisel ja tarbimisel tavapärasest kõrgema tähelepanelikkusega, mis võimaldab neil kergemini eri ettevõtjate toodetel vahet teha.

Taotleja jäi oma põhjalikult selgitatud seisukoha juurde, et tema kaubamärgi üldmulje erineb vaidlustaja varasemast kaubamärgist igas tajuaspektis. Taotleja on ka küllaldaselt põhjendanud ja tõendanud, et on tõenäoline, et asjaomane üldsus tajub vaidlustaja kaubamärgi elemente NEBI ja CARD kirjeldavatena, viidates vastavalt tähistatava toote toimeainele nebivolool ja ravitavale organile, südamele. Niivõrd otseste vihjete tõttu on tõenäoline, et asjaomane üldsus tajub ka tähist „NEBICARD“ tervikuna kirjeldavana. Vastuväitena vaidlustajale viitas taotleja kohtupraktikas tunnustatud põhimõttele, mille kohaselt keskmised tarbijad tõepoolest tajuvad tavapäraselt märke tervikuna ega analüüsi selle erinevaid detaile, kuid vaatamata sellele jääb siiski faktiks, et tajudes sõnamärki, jagavad tarbijad selle elementideks, mis nende jaoks vihjavad teatud tähendusele või mis meenutavad neile sõnu, mida nad teavad (T-256/04, p 57).

Taotleja ei nõustunud, et vaidlustaja kaubamärk saab olla tarbijatele tuntud ja pika kasutamise tõttu omandanud tavapärasest tugevama eristusvõime – seda põhjusel, et tegemist on üksnes südameveresoonekonna retseptiravimiga. Lisaks taotleja varasemalt esitatud argumentidele seoses retseptiravimite nimede/kaubamärkide reaalse kasutamise ravimiseadusest tulenevate piirangutega tõi taotleja välja, et arstidel on keelatud soovitada patsientidele konkreetse tootja, konkreetse kaubamärgiga ravimit. Selle asemel võivad arstid patsiendile soovitada ja tutvustada üksnes toimeainet (nt nebivolooli). Ravimi väljakirjutamisel kantakse retseptile ravimi toimeaine nimetus (sotsiaalministri 18.02.2005 määrus nr 30 "Ravimite väljakirjutamise ja apteekidest väljastamise tingimused ja kord ning retsepti vorm" § 4 lg 5). Retsepti väljakirjutamisel kasutatav tarkvara peab tagama, et ravimi

nimetuse valikul või sisestamiseks kuvatakse esimesena ravimi toimeaine nimetus ja seejärel ravimpreparaatide nimetused (ibid § 5 lg 4). Apteegi veebilehel peavad käsimüügiravimid ja retseptiravimid olema selgesti eristatavad ning ravimite valik olema esitatud toimeainete nimetuste järgi (sotsiaalministri 17.02.2005 määrus nr 24 "Apteegiteenuse osutamise tingimused ja kord" § 121 lg 3). Veebileht ei tohi sisaldada viiteid või linke kindla ravimpreparaadi eelistamiseks või tellimiseks tavapärasest tingimustest erinevalt (ibid, § 121 lg 4). Seega vaidlustaja esitatud tõendid näitavad, et tarbijad võivad olla kursis ennekõike ravimi toimeaine nimetusega nebivolool, mitte kaubamärgiga NEBICARD. Taotleja oli seisukohal, et vaidlustaja poolt esitatud tõendid ei näita, et vaidlustaja kaubamärk on omandanud tavapärasest tugevama eristusvõime. Taotleja väitis endiselt, et vaidlustaja kaubamärgi eristusvõime aste on madal.

Taotleja jäi seisukoha juurde, et puudub tõenäosus, et vaidlustaja kaubamärgiga tähistatavate kaupade farmaatsiatarbed, v.a hormoonpreparaadid, sh eriti südameveresoonkonna retseptiravimid, dieetained, lastetoidud ning taotleja kaubamärgiga tähistatavad toidulisandid südame ja veresoonte tervise toetamiseks; vitamiinipreparaadid; mineraalpreparaadid; farmatseutilised taimeekstraktid jne – olemusest tingutuna väga kõrge tähelepanelikkuse ja informeerituse tasemega asjaomane üldsus eksib vastavate kaupade päritolu määratlemisel. Asjaomase üldsuse, sh tarbija, tähelepanu astme hindamise lähtekohaks on praktikas nõ keskmine tarbija, kes loetakse mõistlikult hästi informeerituks ning mõistlikult tähelepanelikuks ja ettevaatlikuks (mitte vastupidi). Arvestades ka võlaõigusseaduse mõistlikkuse põhimõtte määratlusega, tuleb lähtuda sellest, mida loetakse tavaliselt mõistlikuks sellistes olukordades, kui inimene valib endale apteegis ravimit või toidulisandit ja/või kui ta seda ravimit või toidulisandit tarvitab. Kuna tegemist on inimese elu, tervist ja keha otseselt mõjutavate toodetega, siis võib kindlalt väita, et heas usus tegutsevad isikud loevad mõistlikuks tarbijat, kes on erakordselt hoolikas, tähelepanelik ja ettevaatlik selle osas, millise ravimi või toidulisandi ta ostab ja hiljem tarbib. Kõigi võrreldavate kaupade asjaomane üldsus, nii laiem üldsus lõpptarbijana kui tervishoiuspetsialistid, on nende toodete valimisel, soovitamisel ja tarbimisel tavapärasest kõrgema tähelepanelikkusega. See asjaolu kahandab tõenäosust, et tarbija võiks ajada kaubad omavahel segamini. Võrreldavad kaubamärgid jätavad tervikuna erineva üldmulje igas taju aspektis. Võrreldavad kaubad on osaliselt erinevad (ravimikapslid) ja osaliselt samaliigilised (ülejäänud taotleja kaubad). Seejuures on samaliigilisuse aste madal. Taotleja oli seisukohal, et vaidlustaja kaubamärgi tegelik kasutamine üksnes retseptiravimi tähistamiseks on ilmne asjaolu, kuna vaidlustaja toode „NEBICARD“ on registreeritud ravimiregistris südameveresoonkonna retseptiravimina, mille toimeaine on nebivolool. Ravimi nime/kaubamärgi kasutamine toidulisandil on vastupidi eksitav ja ebaeetiline. Puudub reaalne võimalus, et vaidlustaja kasutaks sama kaubamärki ka muudel toodetel. Seega on alust selles vaidluses määratleda vaidlustaja varasema kaubamärgi õiguskaitse ulatus üksnes retseptiravimite piires. Taotleja selgelt eristuvale kaubamärgile õiguskaitse mitte andmine sellise varasema kaubamärgi tõttu, millel ühelt poolt on madal eristusvõime ning teisalt, mille puhul puudub tegelik kaubamärgiomaniku õiguste riive, kahjustaks alusetult taotleja huve ja tegutsemisvabadust ning oleks vastuolus kaubamärgiõiguse põhimõtetega. Taotleja oli seisukohal, et äärmiselt kõrge teadlikkuse ja tähelepanelikkusega üldsus (kes võib olla nii oma tervisest hooliv ja selle eest hoolitsev tavatarbija kui toitumisterapeutid, proviisorid või arstid professionaal) suudaks taotleja ja vaidlustaja kaupadel vastavate kaubamärkide alusel vahet teha isegi siis, kui kaubamärkide sarnasuse astet hinnata keskmiseks või kõrgeks. Arvestades kõiki eelkirjeldatud asjaolusid, sh kaubamärkide visuaalset, foneetilist ja kontseptuaalset erinevust, varasema kaubamärgi tavapärasest või madalat eristusvõimet ning eriti asjaomase üldsuse kõrgendatud tähelepanelikkust, jäi taotleja seisukohale, et puudub tarbija poolt kõnealuste kaubamärkide äravahtamise tõenäosus, sh assotsieerumine.

Komisjon tegi 28.05.2021 vaidlustajale ettepaneku esitada lõplikud seisukohad hiljemalt 29.06.2021.

8) 16.06.2021 esitas **vaidlustaja** lõplikud seisukohad. Vaidlustaja jäi kõigi varem esitatud seisukohtade juurde. Varasema kaubamärgi kaitseulatus ei ole nõuetekohase kaubamärgi mittekasutamise vastuväitega piiratud. Vaidlustaja rõhutas täiendavalt, et ka olukorras, kus vaidlustaja kaubamärgi õiguskaitse piirduks üksnes südame-veresoonkonna ravimitega (retseptiga või mitte), oleksid asjaomased kaubad osaliselt identsed ning osaliselt samaliigilised, olles seejuures kõrge sarnasustasemega. Kaupu müüakse samades turustuskanalites (apteegid), kaupade olemus on sama (farmatseutilised/tervist toetavad kaubad) ning kaubad on üksteist täiendavad (südameveresoonkonna ravimeid tarbivad inimesed tarbivad tihti ka täiendavaid tervist toetavaid preparaate), mistõttu on kattuvate lõpptarbijate hulk märkimisväärne.

Arvestades kõiki varasemas registreeringus ning vaidlustatavas registreerimistaotluses nimetatud kaupu, on asjaomasteks tarbijateks nii tervishoiuspetsialistid (sh arstid, apteekrid, hooldajad) kui ka laiem avalikkus. Isegi kui käsitletavad kaubad kujutavad endast ravimeid, mille tarbijatele müümiseks apteegis on vaja retsepti, on nende kaupade puhul asjaomaseks avalikkuseks nii lõpptarbijad kui ka tervishoiuspetsialistid ehk arstid ning apteekrid (T-222/09, p 43). Seejuures on oluline, et asja-

omasteks kaupadeks ei ole üksnes (retsepti-)ravimid, vaid ka hügieenitarbed, vitamiinid ja muud toidulisandid, mille ostmiseks ei ole vaja retsepti ega konsulteerida tervishoiuspetsialistiga. Keskmise tarbija tähelepanuaste võib seejuures erinevate kaubakategooriate puhul olla erinev. Ravimiparaatide ostmisel võib tarbijate tähelepanu olla mõnevõrra kõrgendatud, kuid toidulisandite ning hügieenitarvete puhul on tarbijate taju kaubamärgi osas pigem tavapärane. Oluline on täheldada, et isegi kui tarbijate taju võib teatud kaupade puhul ostuotsuse tegemise hetkel olla kaupade omaduste osas kõrgem, ei tähenda see automaatselt, et tarbijad pööravad samaväärselt suurt tähelepanu ka toote kaubamärgile. Samuti ei tähenda ostuotsuse ajal kauba, näiteks ravimi valimisel eksisteerinud kõrgem tähelepanu seda, et samaväärne tähelepanu püsib tarbijatel ka nende kaupade tarvitamisel. Vaidlustaja viidatud teadusuuringute kohaselt võivad nii tavapärase kui ka kõrgendatud tähelepanelikkusega tarbijad erinevate ravimite tarvitamisel teha vigu, ajades ravimid ka vähesemal määral sarnaste nimetuste korral segamini. Nimetuste äravahetamine on samal tasemel nii mitte-spetsialistidest ülikoolitudengite kui ka erialaspetsialistidest proviisorite seas, kusjuures otsustavaks saab kaubamärkide üldmulje, s.t ei spetsialistidest tarbijad ega lõpptarbijad ei analüüsi kaubamärke detailselt. Eelnimetatud uuringud, mis on läbi viidud Ameerika Ühendriikides, on asjakohased ka käesoleva vaidluse kontekstis. Esiteks ei ole vaidlustajale teadaolevalt analoogseid uuringuid, millele viidata, Eestis läbi viidud. Teiseks on viidatud teadusuuringute pinnalt võimalik teha üldistusi inimeste tähelepanuaste kohta ravimite tarvitamisel, s.t järeldused ei ole käibivad üksnes Ameerika Ühendriikides elavate tarbijate kohta. Muuhulgas ei ole põhjust eeldada, et kohalike tarbijate tähelepanuaste on radikaalselt erinev uuringusse kaasatud tarbijate tähelepanuastmest. Veelgi enam, uuringute tulemused kinnitavad Euroopa Kohtu poolt tunnustatud printsiipe, s.t kaubamärkide äravahetamise tõenäosuse hindamisel on otsustav kaubamärkidest jääv üldmulje ning tarbijad ei analüüsi kaubamärke detailselt.

Vaidlustaja leidis, et kui kaubamärkide vahel on ka võimalik leida marginaalseid erinevusi, tekib neist väga sarnane üldmulje. Tarbijatel puudub reeglina võimalus kaubamärke vahetult võrrelda, mistõttu peavad nad tuginema eelkõige enda ebatäiuslikule mälpildile (C-251/95). Kaubamärkide keskosades paiknevad erinevused –O–/–BI– ei muuda kaubamärkidest tekkivat üldmuljet piisavalt, et tarbijad neid visuaalselt erinevana tajusid. Kuivõrd mõlema sõna esimene ja viimane silp on identsed, tajuvad asjaomased tarbijad tähiseid foneetiliselt väga sarnastena. Isegi, kui kaubamärkide osised võivad tekitada tarbijates teatavaid seoseid, ei ole see vaidlustaja hinnangul käesolevas vaidluses määrava tähtsusega, kuivõrd tarbijad ei teosta praktikas kaubamärkide süvaanalüüsi, kusjuures ka süvaanalüüsi teostamisel ei saa asuda seisukohale, et kaubamärgid on semantiliselt piisavalt erinevad, et välistada kaubamärkide äravahetamine. Segijamise tõenäosuse hindamisel on otsustav see, kuidas kõnealuste kaupade asjaomane sihtrühm mõttes märke tajub (C-251/95). Keskmise tarbija ei teosta kaubamärgi detailset analüüsi, vaid lähtub kaubamärgi üldmuljest. Vaidlustaja leidis, et võrreldavad kaubamärgid on tarbijate silmis tehissõnad ning nende sõnade osised (NEBI-, NEO-, CARD-) ei ole enamike asjaomaste tarbijate jaoks kirjeldavad. Keskmise tarbija võib siiski märke semantiliselt sarnastena tajuda kattuva lõpu –CARD tõttu. On äärmiselt vähetõenäoline, et keskmise tarbija (olenevata tähelepanelikkuse astmest) teostab ostuotsust tehes või kaubamärkidega tähistatud kaupu tarbides taotleja poolt väljapakutud kaubamärkide semantilise süvaanalüüsi. Kaubamärkide osisteks jagamine semantilise analüüsi eesmärgil on tehnilik, tarbijad tajuvad tähist ühesõnalise tervikuna, ei jaga seda osisteks ega omista osistele võimalikke tähendusi. Veelgi enam, isegi olukorras, kus vaidlustaja ja/või taotleja kaubamärgi mõni osis on asjaomastele kaupadele viitav või omab tarbijate jaoks mingit tähendust, ei muuda see tegelikult asjaolu, et võrreldavatest kaubamärkidest kui tervikust jääv üldmulje on väga sarnane.

Euroopa Kohus on asunud seisukohale, et äravahetamise tõenäosus (sealhulgas assotsieerumise tõenäosus) esineb juhul, kui avalikkus võib arvata, et kõnealused kaubad või teenused pärinevad samalt ettevõtjalt või, olenevalt olukorrast, majanduslikult seotud ettevõtjatelt (C-39/97). Äravahetamise tõenäosust tuleb hinnata igakülgset, arvestades kõiki asjakohaseid tegureid, sh kaubamärkide ning kaupade ja teenuste omavahelist sarnasust (C-251/95). Tulenevalt vastastikuse sõltuvuse printsiibist võib kaupade või teenuste väiksemat sarnasust kompenseerida kaubamärkide suurem sarnasus ja vastupidi (C-39/97). Vaidlustusavalduse rahuldamiseks ei pea olema praktikas tekkinud olukorda, kus kaubamärgid ära vahetatakse, eriti kuivõrd vaidlustatav kaubamärk ei pruugi veel turul saadaval olla. Taotleja on väljendanud seisukohta, et hilisemate turuosaliste suhtes on ebaõiglaselt piirav olukord, kus madala eristusvõimega kaubamärgi omanik blokeerib uute tegijate sisenemise turule ning et madala eristusvõime astmega kaubamärgi ainuõigus peaks piirduma identsete kaubamärkide ja identsete toodete blokeerimisega. Vaidlustaja leiab, et taotleja seisukoht on ekslik. Esiteks on kaubamärk „NEBICARD“ loomupäraselt vähemalt keskmise eristusvõimega, kuivõrd ei kirjelda otseselt asjaomaseid kaupu, ning samuti on kaubamärk kasutamise tulemusena omandanud tugeva eristusvõime. Vastavalt Eesti (ning Euroopa Liidu tasandil harmoniseeritud) kaubamärgiõiguse põhimõtetele on varasemad registreeringud kaitstud topeltidentsuse ning äravahetamise tõenäosuse korral, millest tulenevalt on ekslik piirata varasema registreeritud tähise õiguskaitset viisil, et seda saab jõustada üksnes topeltidentsuse korral. Varasemad registreeringud takistavad hilisemate märkide turule sisenemist üksnes

ulatuses, mis on ette nähtud õiguskorras, kusjuures varasemate kaubamärkide omanikel ei ole konkurentsi eba-proportsionaalselt piiravat monopolset seisundit. Arvestades kaubamärkide õiguskaitse põhimõtteid, sh varasemate kaubamärkide omanike õiguspäraste huvide kaitset ning tarbijate kaitset – eriti farmaatsiavaldkonnas, kus tarbijate eriline kaitsevajadus on ilmne võimalike terviseriskide tõttu – on vaidlustusavalduse rahuldamine põhjendatud. Tegemist ei ole hiljem turule sisenejate õiguste eba-proportsionaalse piiramisega, kuivõrd hilisemate kaubamärkide taotlejatel on võimalik tutvuda varasemate registreeritud kaubamärkidega ning teha tähise valimisel otsused, mis välistavad konflikti varasemate tähistega.

Komisjon tegi 16.06.2021 taotlejale ettepaneku esitada lõplikud seisukohad hiljemalt 19.07.2021.

9) 19.07.2021 esitas **taotleja** lõplikud seisukohad. Taotleja jäi varem esitatu juurde, lisades ja rõhutas järgmist. Võrreldavad kaubamärgid on piisavalt erinevad ning vaidlustatud kaubamärgitaotluses nimetatud kaupade ja vaidlustaja kaubamärgiga tähistatavate kaupade suhtes on asjaomane üldsus kõrgendatud tähelepanuga, mistõttu on ebatõenäoline, et asjaomane üldsus, sh nii tarbijad kui professionaalid, võiksid kaubamärgid omavahel ära vahetada või sattuda segadusse kaupade päritolu osas. Sõltumata sellest, kas määratleda vaidlustaja kaubamärgi õiguskaitse tegelikku ulatust kaupade järgi, mis on nimetatud kaubamärgiregistreeringus, või toodete järgi, millel kaubamärki reaalselt kasutatakse ja millel reaalselt on üldse seadusega lubatud kaubamärki kasutada (s.o südame-veresoonkonna retseptiravimid), on taotleja ja vaidlustaja kaubamärkidega tähistatavad kaubad kas erinevad või samaliigilised. Taotluses toodud kaubad *ravimkapslid* on nii vaidlustaja registreeringus nimetatud kaupadest kui vaidlustaja kaubamärgiga tegelikult tähistatavast kaubast *südameveresoonkonna retseptiravim* erinevad. Neil kaupadel on erinev otstarve ja kasutusviis – ravimi pakendamine vs ravimine. Sama ravimit saab anda nii kapslis, tabletina, vedelikuna jne ning tooted ei täienda teineteist, st ravimit ei pea tingimata kapslisse panema. Seejuures on vaidlustaja kaubamärk kasutusel üksnes tabletina müüdatavatel toodetel. Nende toodete tootjad ja turustamiskanaliid on erinevad. Taotleja kaubamärgitaotluses nimetatud ülejäänud kaubad on vaidlustaja kaubaga *südameveresoonkonna retseptiravim* samaliigilised. Seejuures on sarnasuse aste madal, sest retseptiravimi ja toidulisandite, vitamiini- ja mineraalaine preparaate ja taimeekstraktide turustamisviis erineb oluliselt.

Taotleja jäi seisukohale, et kõrgendatud tähelepanelikkus esineb nii taotleja kui vaidlustaja kaubamärgi kõikide kaupade osas. Kõrgendatud tähelepanelikkus esineb kõigi inimese tervist ja keha otseselt mõjutavate toodete puhul, sh nii retseptiravimite, toidulisandite, taimsete preparaatide kui dieettoitude puhul. Praktikast peetakse tõenäoliseks, et tähelepanu aste erineb tulenevalt konkreetsete kaupade kategooriast (T-256/04). Käesoleval juhul on tähelepanu aste keskmisest kõrgem. Tarbija omab kõrgendatud tähelepanu nii ravimi või toidulisandi ostutehingut sooritades kui ka kodus preparaati tarvitades. Taotleja jäi vaidlustajaga eriarvamusele ja vaidleb vastu viidatud Ameerika Ühendriikide ravimite tarvitamise uuringu ülekandmisele Eesti kohta. Eesti ja USA ravimimüügi kultuur ja keskkond on väga erinevad. Erinevalt muust maailmast, sh Eestist, on USAs retseptiravimite reklaam tavatarbijatele lubatud. Seega on sealsetel tarbijatel sellealase info koormus oluliselt suurem ning sellest johtuvalt on suurem ka vigade tõenäosus. Eestis on retseptiravimite reklaam avalikkusele keelatud. See tähendab, et retseptiravimi info Eestis jõuab tarbijani ainult personaalse kontakti teel retsepti väljakirjutamise õigust omava meditsiinitöötaja käest ja suure tõenäosusega toimeaine presenteerimise vormis (mida nõuab seadus), mitte kaubamärgi presenteerimise vormis. Sellele lisandub proviisori nõustamine. Seega kuna Eestis tarbija (retseptiravimi) inforuum/keskkond ja USA tarbija inforuum/keskkond pole samad, siis ei ole põhjendatud väide, et sama olukord ja tagajärjed, mis on tuvastatud USAd käsitlevas uuringus, esinevad 1:1 ka Eestis. Pigem näitab viidatud uuring seda, et USA ravimiinforuumi korralduses on puudujäägid. Sellepärast ongi Eestis ja mujal EL-s lubatud ainult personaalne retseptiraviminõustamine. Arvestades eeltoodut, on asjaomane üldsus, nii laiem üldsus lõpptarbijana kui tervishoiuspetsialistid, nende toodete valimisel, soovitamisel ja tarbimisel tavapärasest kõrgema tähelepanelikkusega, mis võimaldab neil kergemini eri ettevõtjate toodetel vahet teha.

Taotleja ei nõustunud vaidlustajaga võrreldavate kaubamärkide sarnase üldmulje osas. Tähiste lõpuosa CARD on tavapärane ja südametervist toetavate toidulisandite ja ravimite puhul laialdaselt kasutatav, mistõttu on tarbija selle suhtes tõenäoliselt omandanud teatava „immuunsuse“ ehk sellel on väiksem mõju kaubamärgi meeldejätmisel, eristamisel. Taotleja ei nõustunud vaidlustajaga, et kumbki kaubamärk koosneb kolmest silbist. Silpide arv aga mõjutab oluliselt sõna kõla ja pikkuse tajumist. Lisaks suurendab sõnade kõla erinevust asjaolu, et vaidlustaja märgi nõ lisasilp „bi“ on just selles osas, kus ilmneb võrreldavate kaubamärkide erinevus, st see suurendab tähiste foneetilist erinevust veelgi. Kuigi mõlemal kaubamärgil puudub tervikuna tähendus, on siiski võrreldavate tähiste puhul võimalik märgata üldsuse jaoks tähenduslikke assotsiatsioone. Kohtu ja komisjoni praktikast on aktsepteerimist leidnud seisukoht, et kuigi tarbija tajub kaubamärki tavaliselt tervikuna ega analüüsi selle erinevaid detaile, jääb siiski faktiks, et tajudes sõnamärki jagab tarbija selle osadeks, mis vihjavad talle konkreetset tähendust või mis sarnanevad talle tuttavate sõnadega (T-256/04, p 57). Võrreldavate

kaubamärkide esimestel osadel on erinev kontseptsioon, mistõttu tekitavad need tarbijates, asjaomas üldsuses ka erinevaid assotsiatsioone. Kuna kaubamärkide puhul on tarbijale sageli paremini meelde jäävaks osaks tähiste esimene pool (kuna loetakse vasakult paremale), siis võrreldavate tähise esimesel poolel on suurem kaal. Arvestades eeltoodut on kaubamärgid erinevad nii visuaalselt, foneetiliselt kui kontseptuaalselt.

Kaubamärkide äravahetamise tõenäosust tuleb hinnata igakülgset, võttes arvesse kõiki asjakohaseid faktoreid, sh kaubamärkide sarnasust, kaupade sarnasust, asjaomast üldsust ja selle tähelepanu astet ning varasema kaubamärgi eristusvõimet. Nimetatud asjaolude puhul tuleb arvestada ka nende vastastikkust sõltuvust, mistõttu näiteks kaubamärkide suurem erinevus võib üle kaaluda kaupade sarnasuse ja vastupidi (C-39/97, p 17). Mida madalam on ühe faktori tase, seda kõrgem peab olema teiste faktorite tase, et esineks äravahetamise tõenäosus. Seejuures asjaomase üldsuse kõrgendatud tähelepanu vähendab äravahetamise tõenäosust. Vaidlustaja kaubamärgi eristusvõime aste määrab selle kaubamärgi õiguskaitses ulatuse. Tähise eristusvõime määramisel tuleb hinnata kaubamärgi võimet identifitseerida kaupu pärinevana kindlalt ettevõtjalt ja seeläbi eristada neid kaupu teiste ettevõtjate omadest (C-342/97, p 22). Vaidlustaja kaubamärgi eristusvõime aste on tavapärane või pigem madal. Tõendatud ei ole vaidlustaja kaubamärgi omandatud kõrgendatud eristusvõime vähemalt kauba südamere-soonkonna ravimid osas. Vaidlustaja esitatud tõendid näitavad, et tarbijad võivad olla kursis ennekoike ravimi toimeaine nimetusega nebivolool, mitte kaubamärgiga „NEBICARD“. Eeltoodust tulenevalt puudub taotleja hinnangul tõenäosus, et vaidlustaja kaupade olemusest tingutuna väga kõrge tähelepanelikkuse ja informeerituse tasemega asjaomane üldsus eksib vastavate kaupade päritolu määramisel. Asjaomase üldsuse kõrgendatud tähelepanu vähendab äravahetamise tõenäosust. Vaidlustaja kasutab oma kaubamärki retseptiravimil, mille puhul on tähelepanu eriti kõrgendatud. Tarbijate eksimise võimalust vähendab ka asjaolu, et retseptiravimit müüakse üksnes apteekides raviarsti retsepti alusel ning seda tutvustab talle vastava ala spetsialist, kes on ainuüksi oma ameti olemusest tulenevalt kõrgeimal tasemel informeeritud ja tähelepanelik. Tavatarbijal puudub reaalne võimalus üldse tooteid omavahel ära vahetada, sest kui talle on välja kirjutatud vererõhku alandav retseptiravim, ei hakka proviisor talle selle asemel alternatiivina pakkuma toidulisandit, sest retseptiravimi asendamine sellisel moel on keelatud. Kõrge teadlikkuse ja tähelepanelikkusega üldsus (kes võib olla nii oma tervise eest hoolitsev tavatarbija kui proviisorist või arstist professionaal) suudaks taotleja ja vaidlustaja kaupadel võrreldavate kaubamärkide alusel vahet teha ka siis, kui kaubamärkide sarnasuse astet hinnata keskmiseks või kõrgeks. Taotleja luges kaubamärke erinevaks igas taju aspektis ja nendega tähistatavaid kaupu osaliselt erinevaks (ravimikapslid) ja osaliselt samaliigiliseks (ülejäanud taotleja kaubad). Seejuures on samaliigilisuse aste madal.

Taotleja leidis, et tema selgelt eristuvale kaubamärgile õiguskaitses andmata jätmise sellise varasema kaubamärgi tõttu, millel ühelt poolt on madal eristusvõime ning teisalt, mille puhul puudub tegelik kaubamärgiomaniku õiguste riive, kahjustaks alusetult taotleja huve ja tegutsemisvabadust ning oleks vastuolus kaubamärgiõiguse põhimõtetega.

Komisjon alustas **10.05.2022** avalduse menetluses lõppmenetlust.

Komisjoni selgitused ja otsus

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

Vaidlustaja NOVARTIS AG on väitnud, et sõnamärgi „NEOCARD“ (taotlus nr M202000038) registreerimine taotleja Sõeluuringud OÜ nimele on vastuolus KaMS § 10 lg 1 p-ga 2. Vaidlustajale kuulub sõnamärk „NEBICARD“ (reg nr 45986), mis on saanud kaitse klassi 5 kaupade suhtes. Vaidlustatud kaubamärgi registreerimistaotlus on esitatud 17.01.2020, vastandatud kaubamärgi registreerimistaotlus 2.08.2007, seega on vastandatud kaubamärk KaMS § 11 lg 1 p 2 tähenduses varasem kaubamärk.

KaMS § 10 lg 1 p 2 kohaselt ei saa õiguskaitses kaubamärk, mis on identne või sarnane varasema kaubamärgiga, mis on saanud õiguskaitses identsete või samaliigiliste kaupade või teenuste tähistamiseks, kui on tõenäoline kaubamärkide äravahetamine tarbija poolt, sealhulgas kaubamärgi assotsieerimine varasema kaubamärgiga. Arvestades praktikas selle sätte kohaldamisel omaks võetud põhimõtteid, tuleb esiteks kindlaks teha, kes on kaubamärgiga tähistatavate kaupade tarbijad ja milline on nende tähelepanelikkuse aste kaubamärkide võrdlemisel turusituatsioonis. Seejärel tuleb analüüsida ja võrrelda asjassepuutuvaid kaubamärke ja nendega tähistatavaid kaupu ja teenuseid, et tuvastada nende identsus või sarnasus (samaliigilisus). Lõpuks tuleb kõiki asjaolusid arvesse võttes hinnata, kas

kaubamärkide ja kaupade identsusest või sarnasusest lähtudes esineb tõenäosus, et tarbija vahetab võrreldavad kaubamärgid ära (hõlmab kaubamärkide assotsieerimise tõenäosuse).

Võrreldavate kaubamärkidega tähistatavad klassi 5 kaubad on järgmised:

Varasem kaubamärk	Vaidlustatud kaubamärk
farmaatsia- ja veterinaariatarbed, v.a hormoonpreparaadid; hügieenitarbed; meditsiinilised dieetained, lastetoidud; plaastrid, sidemematerjalid; hambaploommaterjalid, hambajäljendivaha	toidulisandid südame ja veresoonte tervise toetamiseks; vitamiinid; vitamiinipreparaadid; mineraalpreparaadid; mikroelementidest koosnevad toidulisandid; farmatseutilised taimeekstraktid; meditsiinilised taimeekstraktid; ravimkapslid

Kuigi keeleliselt ei ole 'farmaatsiatarbed' samastatav 'farmaatsiapreparaatide', '-toodete' ega 'ravimitega' (vrd inglise *pharmaceuticals*), tuleb komisjoni hinnangul silmas pidada seda, et klassi 5 kaubad hõlmavad eeskätt viimaseid, mitte igasuguseid inimeste ja veterinaartarvete puhul loomade diagnoosimiseks, raviks ja nende tervise toetamiseks (sh hügieeniks) mõeldud tooteid, nii aineid kui riistu ja seadmeid.

On ilmne, et farmaatsiatooteid kasutab valdav osa elanikkonnast (veterinaartoodete osas on asjakohane see osa elanikkonnast, kes peavad loomi). Paljud farmaatsiatooted on vabalt kättesaadavad apteeги käsimüügist, poest või e-poest. Mitmeid farmaatsiatooteid, eeskätt ravimeid, ei ole tarbijal võimalik osta ilma arsti ettekirjutuseta ja neid müüakse apteegis retsepti alusel kindlas koguses. Selliste farmaatsiatoodete lõppkasutamisel tarbija siiski professionaalset abi tavaliselt ei kasuta ning puutub seega ka tooteid tähistavate kaubamärkidega kokku samal viisil, kui vabalt kättesaadavate farmaatsiatoodete puhul. Piiratud osa farmaatsiatooteid kasutatakse üksnes meditsiinasutustes ja/või vastava valdkonna spetsialisti kontrolli all. Võrreldavate kaubamärkide kaupade loetelust ei järeldu, et ükski toode oleks vältimatult kasutatav üksnes meditsiinasutustes ja/või vastava valdkonna spetsialisti kontrolli all. Seda enam on mitmed muud mõlema kaubamärgi loetelus nimetatud kaubad mõeldud just otse laiemale avalikkusele. Seda rõhutab hormoonpreparaatide välistamine. Hügieenitarvete, sidemematerjalide, vitamiini- ja mineraalpreparaatide, toidulisandite, lastetoidu jms omandamisel ja tarvitamisel on väga harva, kui üldse vajalik arsti või apteekri abi.

Varasema kaubamärgi kaupade loetelus nimetatud 'hambaploommaterjalid, hambajäljendivaha' on tooted, mida kasutavad vastava valdkonna spetsialistid, mitte lai avalikkus.

Vaidlustatud kaubamärgi kaupade loendis olev kaup 'ravimkapslid' võib tähendada ravimitootjate poolt farmaatsiatööstuses kasutatavat taarat, mida täidetakse toimeainet sisaldava ravimiga üldjuhul enne selle turustamist, kuid see võib tähendada ka muus staadiumis täidetavat ravimi hoidmiseks ja manustamiseks mõeldud toodet. Kui ravimkapsel on tähistatud kaubamärgiga, ei ole tarbija aspektist oluline, kas see sisaldab ravimit või muud ainet või on tühi – lõpptarbija kätte jõudnuna kasutab mõistlik tarbija neid ühtemoodi (ei ava nt kapslit veendumaks, et see ravimit vms sisaldab) ning seega puutub ta lõpptarbimissituatsioonis kapslit tähistava kaubamärgiga kokku ühtemoodi sõltumata sellest, mida see sisaldab.

Niisiis nii varasema kui vaidlustatud kaubamärgiga tähistatavate kaupade (välja arvatud 'hambaploommaterjalid, hambajäljendivaha') osas saab jõuda järeldusele, et neid kasutab üldjuhul lai avalikkus, kuigi osal juhul võib see toimuda pärast vastava toote ettekirjutamist, müüki või muul viisil kättesaadavaks tegemist spetsialisti (arsti, farmatseudi, muu meditsiinitöötaja) poolt. See tähendab, et laia avalikkust esindaval lõpptarbijal on võimalus tajuda kaubamärki kõnealustel kaupadel enne nende kaupade lõpptarvitamist, ning järelikult on oluline see, kuidas selline lõpptarbija võrreldavaid kaubamärke tajub, mäletab ja eristab. Eelöeldu ei välista seda, et osadel juhtudel toimub võrreldavate kaubamärkidega tähistatavate kaupade ettekirjutamine, käitlemine jms spetsialisti poolt ja/või tema kontrolli all, kelle puhul kaubamärkide tajumine, mäletamine ja eristamine on erinev, kuid sellele vaatamata tuleb lähtuda kõige madalama tähelepanuvõimega keskmisest mõistlikust tarbijast, kes võib tarbimissituatsioonis võrreldavate kaubamärkidega kokku puutuda. Komisjon leiab seega, et asjakohane on hinnata seda, kuidas kaubamärke ja kaupu tajuvad laia avalikkuse esindajad.

Kõik vaidlustatud kaubamärgiga tähistatavad kaubad, v.a ravimkapslid, on hõlmatavad meditsiiniliste dieetainete mõistega. Dieedi all mõistetakse Eesti Keele Seletava Sõnaraamatu kohaselt tervist säästvat või taastavat toitumisviisi; dieetained on sellist toitumisviisi soodustavad ained, mille hulka kuuluvaks saab lugeda toidulisandeid üldiselt, vitamiine, vitamiini- ja mineraalpreparaate ja taineekstrakte.

Kaup 'ravimkapslid' on vähemalt samaliigiline dieetainetega ning hõlmatud varasema kaubamärgi kaubaga 'farmaatsia- ja veterinaartarbed'. Vaidlustatud kaubamärgiga tähistatavad kaubad on seega identsed vastandatud kaubamärgi kaupadega. Kaupade võrdlemisel on asjakohane ka nende turustamisviis: dieetaineid müüakse lõpptarbijale tavaliselt apteegis, mis ongi sellistele kaupadele spetsialiseerunud äri, harvem eraldi tervisepoes, või ka muudes (suuremates) kauplustes, kuid seal eraldi osakonnas. Dieetained, s.h nende erinevad liigid, võivad olla pakendatud ja doseeritud ravimkapslitesse, mis on vorm, kuidas need lõpptarbijani jõuavad, võrreldavalt muu pakendiga. Kaubamärgi kasutamine pakendi tähistamisel on omakorda samastatud kauba tähistamisega (KaMS § 16 lg 2 p 1).

Taotleja ei nõustunud vaidlustaja väitega, et vaidlustatud kaubamärgi kaubad on identsed varasema kaubamärgiga tähistatavate kaupadega, väites, et vaidlustaja on kasutanud oma kaubamärki üksnes südame-veresoonkonna retseptiravimi tähistamisel ja muude kaupade osas kaubamärgi kasutamist ei ole teada ning järelkult nendele ta toetuda ei saa. Komisjon leiab, et seda taotleja argumentatsiooni ei saa arvesse võtta, kuna ei ole esitatud KaMS § 41 lg 2¹ teise lause kohast eristuvat vastuväidet ega taotletud selle iseseisvat menetlemist vastavalt TÕAS §-le 52¹. Kuna varasema kaubamärgi kehtivust osade selle registreeringus loetletud kaupade suhtes ei ole lõppenuks tunnistatud ning ka vormikohast varasema kaubamärgi kasutamata jätmise vastuväidet ei ole esitatud, tuleb lähtuda vastandatud kaubamärgiregistreeringust. Taotleja argumentatsioon kaupade võrdlemisel, mis lähtub varasema kaubamärgi kaitse piirdumisest vaidlustaja turustatava südame-veresoonkonna retseptiravimiga, põhineb seega ekslikult ja eksitavalt valele eeldusele, et varasema kaubamärgi loetelu ei oma õiguslikku tähendust. Eksitav on ka seisukoht, et viis, kuidas vaidlustaja oma südame-veresoonkonna ravimit turustab (nimelt tablettidena) piirab sisuliselt loetelu veelgi ja muudab vaidlustatud kaubamärgi loetelus olevad ravimkapslid lausa erinevaks kaubaks. Kaubamärgi õiguskaitse ulatust ei määra selle tegeliku kasutamise viis ega ulatus, vaid registris olev kaupade loetelu (KaMS § 12 lg 2 p 2), kuni seda ei ole seaduslikul viisil piiratud kaupadega, millel omanik on kaubamärki tegelikult kasutanud, kui tal see kohustus on.

Taotleja nõustus samas sellega, et vähemalt osa vaidlustatud kaubamärgi loetelu kaupadest on samaliigilised (sarnased) varasema kaubamärgi loetelu kaupadega. Komisjon võtab kokku, et kuna puuduvad alused osa vaidlustatud kaubamärgiga tähistatavate kaupade võrdlusest välja jätmiseks või nende erinevaks lugemiseks varasema kaubamärgiga tähistatavatest kaupadest, saab lugeda vaidlustatud kaubamärgi kaupu identseks varasema kaubamärgi kaupadega.

Kaubamärgid, mille sarnasust tuleb hinnata, on mõlemad sõnamärgid. Mõlemat kaubamärki moodustavad sõnad on primaarse tähenduseta, kuid siiski oma struktuurilt jagatavad kaheks komponendiks: „NEBI + CARD“ ja „NEO + CARD“. Eesliide „neo“ on tähendust omav element, mida kasutatakse sageli laen- ja liitsõnades tähenduses 'uus-, uudis-'. Mõlema kaubamärgi lõpuelement „card“ on identne ning selles võidakse näha seost kaardiga (nt „ID-card“) või – seostatuna ravimite ja tervishoiuga – sõnadega 'kardioloog', 'elektrokardiogramm' jms, milles see tähendab südant. Samas tunnistab komisjon, et varasem kaubamärk „NEBICARD“ on tugevama eristusvõimelisega, kuna see sisaldab vähemalt esimese elemendina otsekohest tähendust mitte omavat elementi „nebi“. Eristusvõimelisemate tähistekaitseulatus on laiem, kui nõrgemat eristusvõimet omaval tähisel. Komisjon rõhutab, et kummagi kaubamärgi loomupärase eristusvõime olemasolus ei ole siiski kahtlust.

Võrreldes kaubamärke visuaalsest aspektist leiab komisjon, et nende erinevus seisneb tähtedes „BI“ / „O“ sõna keskel. Tähistek algus „NE“ ja lõpp „CARD“ on identsed. Tervikuna on märgid sarnased. Praktikas on omaks võetud, et erinevus võrreldavate tähistek keskel on vähem oluline, kui erinevused nende alguses või lõpus. Sõnade pikkust ühetäheline erinevus märkimisväärselt ei mõjuta. Tavatarbija ei pruugi sellist erinevust märgata isegi klassi 5 kaupade puhul, mille ostmisel ja kasutamisel võib oodata teatud kõrgendatud tähelepanelikkust. Sellise kõrgendatud tähelepanelikkuse ootus ei ole siiski millegagi garanteeritud. Tarbijal ei ole ka üldjuhul võimalust kaubamärkidega tähistatud tooteid ja kaubamärke võrrelda ning ta toetub oma mällu jäänud ebatäielikule pildile varem kohatud kaubamärgist. Kuna ravimite ja ka dieetainete väärkasutamisega kaasneb kõrgem oht (vaatamata sellele, kas neid tarvitatakse arsti määratuna), on erinevus sõna keskel eriti ebaoluline selleks, et lugeda kaubamärke visuaalselt erinevaks. Vaidlustaja on esitanud 2001. a uurimuse ravimite väärkasutusega seotud vigadest ja nende võimalikest kahjulikest tagajärgedest. Komisjon ei nõustu taotlejaga, et uurimus puudutab Ameerika Ühendriike ja seepärast ei ole Eesti turusituatsioonile kohaldatav. Tähelepanu ja riskid ravimite jms väärkasutusel on üldinimlikud ja kohaldatavad ka Eesti tarbijale.

Võrreldes kaubamärke foneetilisest aspektist leiab komisjon, et nende erinevus on taas sõna keskel, kus võib vastavalt erinevalt häälduda [bi] ja [o]. Varasem kaubamärk hääldub kolmesilbilisena, erinev osa moodustab seejuures teise rõhuta silbi. Rõhk on kas sõna lõpus või alguses; ilmselt hääldab tarbi- ja mõlemat kaubamärki rõhuga samal silbil. Vaidlustatud kaubamärki saab hääldada nii kahe- kui kolmesilbilisena. Erinevus häälduses avaldub kas esimese silbi lõpul diftongi teises komponendis või

teise silbina, mis on samuti rõhuta. Kuigi sellest sõltuvalt, kas vaidlustatud kaubamärki hääldada kahe- või kolmesilbilisena, võib häälik [o] olla enam või vähem tähelepandav, on mõlemal juhul tegemist sõna keskel asuva erinevusega, mille eristav tähendus jääb nõrgaks tähiste muude häälikutega võrreldes, mis on identsed. Tavatarbija ei erista tähiseid foneetiliselt nende üksikute erinevate häälikute järgi, vaid lähtub kaubamärgi kui terviku hääldusest, mis on võrreldavate kaubamärkide puhul pigem sarnane. Seepärast leiab komisjon, et kaubamärgid on ka foneetiliselt pigem sarnased.

Võrreldes kaubamärkide tähendusi leiab komisjon, et eeskätt on tegemist uudissõnadega, millel oma ja tarbijale koheselt arusaadav tähendus puudub. Sellistena on nende võrdlemine kontseptuaalsest aspektist võimatu. Võttes siiski arvesse seda, et mõlema märgi lõpuosa saab mitmete tähistatavate kaupade kontekstis tajuda vihjena südamele, on ka märkide tähendus sarnasem kui see oleks täiesti tähenduseta komponentidest koosnedes. Seejuures ei ole oluline sellise tähendusega elemendi nõrgem eristusvõime, kuna tarbija tajub mõlemas märgis sama elementi ühtemoodi. Nagu eespool nenditud, on vaidlustatud kaubamärgi algusosa mõistetav tähendusega 'uus'. Seetõttu võidakse seda kaubamärkide struktuuri sarnasust arvestades mõista varasema kaubamärgi 'uue' versioonina, mis suurendab kaubamärkide äravahetamise tõenäosust veelgi.

Seega on kaubamärgid komisjoni hinnangul sarnased.

Komisjon leiab, et arvestades tähistatavate klassi 5 kaupade identsust ning kaubamärkide kõrget sarnasuse astet, on tõenäoline kaubamärkide äravahetamine, sealhulgas assotsieerimine tarbijate poolt, sealhulgas on tõenäoline, et kõnealuseid kaupu peetakse pärinevaks samalt ettevõtjalt või omavahel seotud ettevõtjatelt, kes on oma kaubamärki uuendanud.

KaMS § 41 lõike 3 kohaselt vaidlustusavalduse osalise või täieliku rahuldamise korral tühistab komisjon Patendiameti otsuse ja teeb kaubamärgi registreerimise kohta uue otsuse.

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

rahuldada NOVARTIS AG vaidlustusavaldus, tühistada Patendiameti otsus kaubamärgi „NEOCARD“ (taotlus nr M202000038) registreerimise kohta ja keelduda KaMS § 10 lg 1 p 2 alusel nimetatud kaubamärgi registreerimisest Sõeluuringud OÜ nimele.

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

Kertu Priimägi

Edith Sassian