





Otsus nr 1782-o

Tallinn, 10.01.2023

**Avaldus nr 1782 – kaubamärgi „GATTART“ (taotlus nr M201800182) registreerimise vaidlustamine**

Tööstusomandi apellatsioonikomisjon (edaspidi komisjon), koosseisus Tanel Kalmet (eesistuja), Ekke-Kristian Erilaid, Janika Kruus, vaatas läbi füüsilise isiku **Tarek Kuds Alattar**, SY (edaspidi vaidlustaja; esindaja patendivolinik Mart Enn Koppel) 1.10.2018 vaidlustusavalduse kaubamärgi „GATTART“ (taotlus nr M201800182, taotluse esitamise kuupäev 23.02.2018, avaldamise kuupäev 1.08.2018; edaspidi vaidlustatud kaubamärk) registreerimise vastu **PHARMACEUTICAL CHEMICAL COSMETIC INDUSTRY ALKALOID AD**, MK (edaspidi taotleja; esindajad patendivolinikud Sirje Kahu ja Kadri Aua) nimele klassi 5 kaupade *farmaatsiatooted, antatsiidid* suhtes.

Vaidlustajale kuuluvad klassis 5 kaitstud varasemad Euroopa Liidu (EL) kaubamärgid (vaidlustusavalduse lisad 1–3):

Kaubamärk	Andmed	Kaitstud klassides
Alattar	Reg nr 015608011; taotluse esitamise kuupäev 3.07.2016	3, 5 ( <i>meditsiinilised hügieenitarbed; meditsiiniliseks või veterinaarseks kasutuseks kohandatud dieettoidud ja -ained; imikutoit; toidulisandid inimestele ja loomadele; plaastrid, sidemematerjalid; materjalid sidemete valmistamiseks; hambatäidised; hambajäljendite valmistamise materjalid; desinfektsioonivahendid; kahjuritõrjepreparaadid; fungitsiidid; herbitsiidid</i> ), 29, 30, 31, 32, 35, 43, 44
 Alattar	Reg nr 015575061; taotluse esitamise kuupäev 24.06.2016;  vaidlus registreeringu kehtivuse üle on EUIPO menetluses	3, 5 ( <i>meditsiinilised hügieenitarbed; meditsiiniliseks või veterinaarseks kasutuseks kohandatud dieettoidud ja -ained; imikutoit; toidulisandid inimestele ja loomadele; plaastrid, sidemematerjalid; materjalid sidemete valmistamiseks; hambatäidised; hambajäljendite valmistamise materjalid; desinfektsioonivahendid; kahjuritõrjevahendid; fungitsiidid; herbitsiidid</i> ), 29, 30, 31, 32, 35, 43, 44
 الطار alattar	Reg nr 008283806; taotluse esitamise kuupäev 6.05.2009; vaidlus registreeringu kehtivuse üle on EUIPO menetluses; komisjoni 14.05.2021 otsu- se kohaselt on vaidlustus- avaldus seda kaubamärgi puudutavas osas tagasi lü- katud	3, 5 ( <i>kõik tooted, mis kuuluvad klassi 5, nimelt farmaatsia- ja veterinaarpreparaadid; meditsiinilised hügieeni- preparaadid; dieetained (meditsiinilised), imikutoidud; plaastrid, sidumismaterjalid; hambaplommimismaterjal, hambavaha; desinfektsioonivahendid; parasitite hävita- vad preparaadid; fungitsiidid, herbitsiidid</i> ), 29, 30, 31, 32

## Menetluse käik

**1) Vaidlustaja on 1.10.2018** esitanud vaidlustusavalduse vaidlustatud kaubamärgi õiguskaitset välistavate asjaolude tuvastamiseks, mis on sätestatud kaubamärgiseaduse (KaMS) § 10 lg 1 p-s 2. Vaidlustaja nõue oli tuvastada taotluse õiguskaitset välistav asjaolu, tühistada Patendiameti otsus vaidlustatud kaubamärgi registreerimise kohta ning kohustada Patendiametit jätkama menetlust.

Vaidlustaja märkis, et talle kuuluvad eelnimetatud EL kaubamärgid, samuti kuulub talle hulgaliselt samasse kaubamärkide perekonda ja seeriasse kuuluvaid kaubamärke ja taotlusi erinevates riikides klassis 5 ravimitoodete osas, nt USAs, Türgis, Indias, Brasiilias, Marokos, Jordaania, Kambodžas (lisa 5). Vaidlustaja kaubamärgid on varasemad ja vaidlustaja on varasema kaubamärgi omanik KaMS § 11 lg 1 p 6 tähenduses. Vaidlustaja kaubamärgid on sarnased vaidlustatud märgiga ning kaubad on identsed ja/või samaliigilised. Sellest lähtuvalt on tõenäoline kaubamärkide äravahetamine tarbija poolt, sealhulgas kaubamärgi assotsieerumine varasema kaubamärgiga. Vaidlustaja ei ole andnud taotlejale luba kõnealuse kaubamärgi registreerimiseks ning märgi registreerimisotsus tuleks KaMS § 10 lg 1 p 2 alusel tühistada. Vaidlustuses saab tugineda ühiselt mitmele kaubamärgile, millel on ühised tunnusjooned, mis võimaldavad neid käsitada samasse kaubamärkide perekonda või seeriasse kuuluvatena. Kaubamärkide „perekonna“ või „seeria“ korral tuleneb segiajamise tõenäosus asjaolust, et tarbija võib eksida taotletava kaubamärgiga hõlmatud kaupade või teenuste päritolu või algupära osas ning arvata valesti, et hilisem kaubamärk kuulub sellesse kaubamärkide perekonda või seeriasse (Euroopa Kohtu 13.09.2007 otsus C-234/06 P, p 62 ja 63). Antud juhul on vaidlustaja hinnangul selge, et varasemad märgid kuuluvad kaubamärkide perekonda ja seeriasse ning seda tuleb arvestada nii märkide võrdlemisel kui üleüldisel segiajamise tõenäosuse hindamisel.

Vaidlustaja leidis, et võrreldavad märgid on visuaalselt sarnased, kuna vaidlustaja kaubamärkide perekonda kuuluvate märkide domineeriv ja eristusvõimeline sõna on Alattar. See koosneb seitsmest tähest ning selle kõige silmatorkavam osa on „ATTAR“. Täpselt samad tunnused on ka taotleja märgil: see koosneb seitsmest tähest ja silmatorkav osa on „ATTAR“. See domineeriv osa koosneb viiest tähest ehk moodustab enamiku mõlemast sõnamärgist. Eesti tarbija jaoks on selline täheühend haruldane ja meelde jääv. Vaidlustaja hinnangul on just see osa märkidest kõige eristusvõimelisem, mistõttu on kaubamärkide visuaalne sarnasus kõrge. Märgid on ka kõlalt sarnased, sest selgelt on kõige kõlavam osa „ATTAR“, mis üldmuljes kõlab tarbijate jaoks sarnaselt ning eesti keelt kõnelejale on ebatavalise ja meelde jääva kõlaga. Täiendavalt märkis vaidlustaja, et Eesti tarbijad saavad araabia tähti märgates aru, et tegemist on araabia keelega, kuid ei oska seda lugeda ega hääldada. Seetõttu jätab tarbija varasemates märkides sisalduva araabiakeelse osa pigem tähelepanuta kui tõlkimatu osa, tajudes eristusvõimelisena just ladina tähtedes toodud sõnalist osa, mida tarbija oskab lugeda ja hääldada.

Vaidlustatud märgi kaubad on *farmaatsiatooted, antatsiidid* ehk teisisõnu ravimeid hõlmavad tooted ning ravimid mao happesuse vähendamiseks. Vaidlustaja hinnangul on vaidlustatud kaubamärgi kaupadega identsed varasemate kaubamärkidega tähistatavad kaubad *farmaatsia- ja veterinaariapreparaadid; meditsiinilised hügieenitarbed (ja -preparaadid); meditsiiniliseks või veterinaarseks kasutuseks kohandatud ained; dieetained (meditsiinilised); toidulisandid inimestele ja loomadele; plaastrid, sidemematerjalid (e sidumismaterjalid); materjalid sidemete valmistamiseks; hambaplommimismaterjal, hambatäidised; stomatoloogiline vaha (e hambavaha); desinfektsioonivahendid; parasiite hävitavad vahendid*. Lisaks on omavahel samaliigilised kõik kaubad, mille koostises võib sisalduda ravimeid, mida müüakse ravimitega koos, mis täiendavad ravimtooteid või mida inimesed kasutavad tervise parandamiseks. Vaidlustaja viitas Riigikohtu 3.10.2007 otsusele nr 3-2-1- 86-07, kus on selgitatud, et samaliigilisuse hindamisel tuleb arvestada kõiki kaupade ja teenustega seotud aspekte, sh nende olemust, nende lõpptarbijaid, nende kasutusviisi, kaubamärgi kasutamisega tekkivaid assotsiatsioone, kaubamärkide ja kaupade sarnasuse astet ning kas need on üksteist asendavad või täiendavad. Piisab ka üksnes ühe tunnuse esinemisest, kui see avaldub piisavalt tugevalt, et pidada teenuseid samaliigilisteks.

Kinnistunud praktikast tuleneb, et tarbijate poolt kaubamärkide äravahetamise tõenäosust tuleb hinnata üleüldiselt, võttes arvesse kõiki antud asjas tähtsust omavaid tegureid. Hinnates kaubamärkide sarnasust peab antud hinnang tuginema vaadeldavate kaubamärkide üldisele muljele, arvestades eriti võrreldavate kaubamärkide eristusvõimelisi ja domineerivaid komponente. Vaidlustaja hinnangul on tähtsust omavad tegurid järgmised. Varasemad märgid on kaubamärkide perekond ja seeria. Kõikide varasemate märkide ühine eristusvõimeline ja domineeriv osa on sõna ALATTAR, millest omakorda jääb eriliselt silma ja kõlama Eesti tarbijate jaoks haruldane ja meelde jääv osa „ATTAR“. Kuivõrd vaidlustatud märgis sisaldub sama eristusvõimeline osa ning see on domineeriv osa, võib see põhjustada assotsieerumist

vaidlustaja kaubamärgiperekonnaga. Sellise seose kasvõi teoreetiline tekkimine toobki kaasa äravahtamise, sh assotsieerumise tõenäosuse. Tuleb ka arvestada, et tarbijal ei ole reeglina võimalik eri kaupade vahel valiku tegemisel ja ostu sooritamisel kaubamärke vahetult võrrelda. Tarbijatel puudub võimalus üldjuhul märke üheaegselt vaadelda ning nad peavad usaldama oma mällu sööbinud pilti varasemast märgist (C-342/97 Lloyd Schuhfabrik Meyer, p 26). Meelde jääb aga eelkõige märgi domineerivam ja eristusvõimelisem osa ehk eestikeeles tundmatu, kuid meelde jääv „ATTAR“. Varasemad märgid kuuluvad perekonda ja seeriasse, mis on kaitstud globaalselt, mistõttu on nende maine ja tuntus kõrge. See asjaolu suurendab segiajamise, sh assotsieerumise riski. Taotluses olevate kaupade tarbijaskonna hulgas on palju väga madala tähelepanuga tarbijaid. Paljud farmaatsiatoodete tarbijad on kõrges vanuses ja/või halvenenud tervisega, mis paratamatult jätab jälje ka tähelepanuvõimesse. Samuti müüakse tänapäeval ravimeid ja neid sisaldavaid tooteid selvepoodides, -apteekides ja ka e-poodides ning lisaks veel pakendites, mis sisaldavad väga suurel hulgal informatsiooni. See tähendab, et tegelikkuses ei pruugi ravimiositja märgata kõiki erinevusi kaupade tähistustes ning hinnangut andes tuleb lähtuda tarbija madalast tähelepanust. Kõiki neid asjaolusid arvestades leidis vaidlustaja, et esineb tõenäosus, et tarbija ajab tähistused, kaupade päritolu või algupära segamini ja seostab kaupu mõne muu ettevõtja või kaubamärkide perekonnaga.

Vaidlustusavaldusele olid lisatud väljavõtted EUIPO andmebaasist vastandatud kaubamärkide reg nr 015608011, 015575061 ja 008283806 kohta, vaidlustatud kaubamärgi taotluse nr M201800182 väljatrukk Patendiamet andmebaasist ning väljavõte kaubamärkide andmebaasist TMView.

**Komisjon** võttis vaidlustusavalduse menetluse **12.10.2018**. Avaldus edastati kehtinud menetluskorra kohaselt taotlejat esindavale patendivolinikule ja tehti talle ettepanek esitada oma kirjalikud seisukohad vaidlustusavalduse kohta hiljemalt 14.01.2019.

**2) Taotleja** esitas **4.12.2018** menetluse peatamise avalduse. Avalduses märgiti, et vastandatud sõnalise EL kaubamärgi „Alattar“ (nr 015608011) suhtes on 11.06.2018 esitatud EUIPO-le EL kaubamärgi määruse artikli 60(1)(a) ja artikli 8(1)(b) alusel kehtetuks tunnistamise avaldus klassi 5 kaupade farmaatsia- ja veterinaarpreparaadid ning klassi 44 teenuste meditsiiniteenused osas, mille kohta oli esitatud tõend. Avalduse esitamise ajal oli kehtetuks tunnistamise menetlus pooleli, EUIPO ei ole otsust veel teinud. Taotleja leidis, et seega on vaidlustusavalduse üheks aluseks oleva varasema sõnalise kaubamärgi õiguskaitse ulatus klassi 5 farmaatsia- ja veterinaarpreparaatide ning klassi 44 meditsiiniteenuste osas ebaselge. Tulenevalt eeltoodust ning tuginedes tööstusomandi õiguskorralduse aluste seaduse (TÕAS) § 54 lõikele 1 ja tsiviilkohtumenetluse seadustiku § 356 lg-le 1, palus taotleja peatada vaidlustusavalduse nr 1782 menetlus kuni EL kaubamärgi „Alattar“ kehtetuks tunnistamise menetluse lõppemiseni. **Komisjon** peatas **7.12.2018** otsusega vaidlustusavalduse nr 1782 menetluse kuni EL kaubamärgi „Alattar“ (nr 015608011) kehtetuks tunnistamise menetluse lõppemiseni.

**31.12.2020** esitas **taotleja** avalduse menetluse jätkamise kohta. Avalduses märgiti, et taotleja palus peatada menetlust jätkata, sest menetluse peatamise tinginud asjaolud oli ära langenud. Vaidlustamise aluseks oleva EL kaubamärgi „Alattar“ tühistamise menetlus EUIPO Apellatsioonikojas oli lõppenud ja 29.04.2020 otsus jõustunud. Otsuse kohaselt on EL kaubamärgi „Alattar“ registreering nr 015608011 osaliselt kehtetu, õiguskaitse alt on välja arvatud klassis 5 farmaatsia- ja veterinaariapreparaadid ning klassis 44 meditsiiniteenused. Avaldusele olid lisatud EUIPO Apellatsioonikoja 29.04.2020 otsus, EUIPO 22.09.2020 kiri otsuse registrisse kandmise kohta ning väljatrukk EUIPO andmebaasist kaubamärgi „Alattar“ registreeringu nr 015608011 kohta. **Komisjon** tegi **11.01.2021** vaidlustusavalduse nr 1782 menetluse jätkamise otsuse. Otsuses märgiti, et KaMS § 72 lõike 14 kohaselt lähtutakse Patendiameti tehtud otsuse peale esitatud vaidlustusavalduse lahendamisel asja menetlemise ajal kehtivast menetlusnormist. TÕAS §-s 48<sup>2</sup> nähakse ette avalduse menetluses leppeperiood, mille vältel taotleja peab komisjonile kirjalikult teatama, kas ta vaidleb avaldusele vastu. Seejärel on pooltel võimalik vahtada oma seisukohti. TÕAS § 54 lg 2 alusel otsustas komisjon eeltoodut arvestades jätkata vaidlustusavalduse menetlust ning kohaldada vaidlustusavalduse menetluses TÕAS §-s 48<sup>2</sup> kohast leppeperioodi. Komisjon toimetab vaidlustusavalduse TÕAS § 48<sup>2</sup> lõike 1 kohaselt taotlejale kätte. Taotleja pidi hiljemalt 14.03.2021 teatama, kas ta soovib vaidlustusavaldusele vastu vaielda. 12.01.2021 kinnitas taotleja vaidlustusavalduse kättesaamist.

**3) 12.03.2021** esitas **taotleja** teate, et soovib vaidlustusavaldusele vastu vaielda, ning vastuväite seoses varasema kaubamärgi kasutamata jätmisega. Taotleja märkis, et KaMS § 17 lg 1 kohaselt on kaubamärgiomanik kohustatud registreeritud kaubamärki tegelikult kasutama registreeringus märgitud kaupade ja teenuste tähistamiseks. Samasisuline kohustus on ette nähtud ka Euroopa Parlamendi ja Nõukogu Määruse (EL), 14.06.2017, Euroopa Liidu kaubamärgi kohta artiklis 18. Vastavalt KaMS § 41 lõikele 2<sup>1</sup>

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 prioriteedikuupäeva mõjuva põhjuseta tegelikult kasutanud KaMS § 17 tähenduses. Vaidlustusavalduse aluseks on EL kaubamärgid „ALATTAR + kuju“ nr 008283806, taotluse kuupäev 6.05.2009, registreerimise kuupäev 3.12.2009; „ALATTAR“ nr 015608011, taotluse kuupäev 3.07.2016, registreerimise kuupäev 3.11.2016; „ALATTAR + kuju“ nr 015575061, taotluse kuupäev 24.06.2016, registreerimise kuupäev 12.12.2017. Vaidlustatud kaubamärgi „GATTART“ registreerimise taotlus on esitatud 23.02.2018. Seega vaidlustajal tekkis vaidlustuse aluseks oleva EL kaubamärgi „ALATTAR + kuju“ (nr 008283806) kasutamise kohustus rohkem kui viis aastat enne taotleja kaubamärgi registreerimise taotluse esitamise kuupäeva. Arvestades eeltoodut esitas taotleja vastuväite, et vaidlustusavalduse aluseks oleva varasema kaubamärgi „ALATTAR + kuju“ (nr 008283806) mittekasutamise tõttu puudub vaidlustustajal selle kaubamärgi alusel õigus vaidlustada taotleja õigust kaubamärgile „GATTART“ klassi 5 kaupade tähistamiseks. KaMS § 41 lg 2<sup>1</sup> kohaselt sellise vastuväite põhjendatust eeldatakse. Seega nõudis taotleja, et vaidlustaja tõendaks oma varasema EL kaubamärgi „ALATTAR + kuju“ (nr 008283806) tegelikku kasutamist.

**Komisjon** teatas **12.03.2021** vaidlustajale, et alustab vaidlustusavalduse nr 1782 menetluses eelmenetlust. Samuti määras komisjon vaidlustajale vastavalt TÕAS § 52<sup>1</sup> lõikele 1 tähtaja varasema kaubamärgi kasutamise kohta tõendite esitamiseks või kaubamärgi kasutamata jätmise põhjendamiseks hiljemalt 13.05.2021. Taotleja tähtpäevaks kasutamise tõendeid ega põhjendusi ei esitanud. TÕAS § 52<sup>1</sup> lõike 3 kohaselt juhul, kui vaidlustaja ei esita varasema kaubamärgi kasutamise kohta tõendeid ega põhjenda kaubamärgi kasutamata jätmist sama paragrahvi lõike 1 alusel antud tähtaja jooksul või kui esitatud tõendid või põhjendused on ilmselgelt asjakohatud või ebapiisavad, lükatakse avaldus varasemale kaubamärgile põhinevas osas komisjoni koosseisu eesistuja ainuisikulise otsusega tagasi.

**Komisjon** tegi **14.05.2021** otsuse, millega lükkas TÕAS § 52<sup>1</sup> lõike 3 alusel vaidlustusavalduse nr 1782 varasemale EL kaubamärgile „alattar + kuju“ (reg nr 008283806) põhinevas osas tagasi. Ülejäänud osas vaidlustusavalduse menetlus jätkus ja vaidlustajat teavitati 16.06.2021 tema õigusest esitada avalduse põhjendused ja tõendid või neid täiendada kooskõlas TÕAS § 48<sup>3</sup> lõikes 1 sätestatuga hiljemalt 17.08.2021. Vaidlustaja täiendavaid põhjendusi ega tõendeid ei esitanud.

**Komisjon** tegi **24.08.2021** vastavalt TÕAS § 48<sup>3</sup> lõikele 2 taotlejale ettepaneku esitada kirjalik seisukoht vaidlustusavalduse kohta hiljemalt 25.10.2021.

**4) 25.10.2021** esitas **taotleja** oma seisukoha. Taotleja märkis, et ta ei ole vaidlustaja seisukohtadega nõus ning leiab, et vaidlustusavaldus tuleb jätta rahuldamata alljärgnevatel põhjustel. Taotleja oli seisukohal, et vaidlustatud kaubamärgi osas puuduvad mistahes kaubamärgi õiguskaitset välistavad asjaolud.

Taotleja märkis, et vaidlustatud kaubamärgile vastandatud EL kaubamärkide klassi 5 kaubad, niivõrd kui need registreeringutes on kehtivad, on osaliselt erinevad nii olemuse, otstarbe, kasutusviisi, tootjate kui turustuskanalite poolest. Osaliselt on kaubad samaliigilised. Vaidlustatud kaubamärgiga tähistatavad tooted *farmaatsiatooted, antatsiidid* on erinevad vaidlustaja kaubamärkidega tähistatavatest toodetest *kahjuritõrjevahendid; fungitsiidid; herbitsiidid*. Vaidlustatud kaubamärgiga tähistatavad kaubad on vaidlustaja kaubamärgiga tähistatavate kaupadega *meditsiinilised hügieenitarbed; meditsiiniliseks või veterinaarseks kasutuseks kohandatud dieettoidud ja -ained; imikutoit; toidulisandid inimestele ja loomadele; plaastrid, sidemematerjalid; materjalid sidemete valmistamiseks; hambatäidised; hambajäljendite valmistamise materjalid; desinfektsioonivahendid* samaliigilised, kusjuures sarnasuse aste on madal.

Taotleja leidis, et vaidlustatud sõnaline kaubamärk erineb vaidlustaja varasematest kaubamärkidest igas tajuaspektis. Visuaalselt on kaubamärgid erinevad. Tähiste erinevus ilmneb nende erinevas alguses GAT- vs ALA- ja lõpus -TART vs -TTAR. Vaidlustaja kaubamärgi „ALATTAR + kuju“ puhul lisandub eristamist toetav kujutiselement. Tähiste tajumisel omab olulist mõju nende alguspoole tähtede erinevus – vastavalt GAT- ja ALA-. Taotleja ei nõustunud vaidlustajaga ja vaidles vastu väitele, justkui suudaks tarbija võrreldavates märkides eristada vaidlustaja sõnul domineerivat ja eristusvõimelist elementi „ATTAR“. Selline tähiste osadeks jagamine on kunstlik. Tarbija jaoks moodustavad tähised ühtse, ühtlase terviku ning pole loogikat, mille alusel tarbija sõnaliste tähiste keskosa ülejäänud tähisest eristaks. Samuti pole selles kunstlikult väljarebitud tähekombinatsioonis Eesti tarbija jaoks midagi „haruldast ega meeldejäavat“, nagu väidab vaidlustaja. Ka foneetiliselt on tähised erineva kõlaga, mida mõjutab mh erinev algushäälik ja erinev lõpuhäälik, luues erineva rütmi. Vaidlustatud märgi häälendamisel on Eesti

asjaomasel üldsusel suupärane asetada rõhk esimesele silbile, vaidlustaja märgi ALATTAR hääldamisel on Eesti tarbijale loomulik rõhutada teist silpi. Võrreldavate tähiste kõla erinevust suurendab see, et vaidlustatud märk algab sulghäälikuga G-, vaidlustaja märgid ALATTAR täishäälikuga A-. Samuti tähiste lõpuhäälikud loovad erineva helipildi – taotleja GATTART lõppedes konkreetset ja „kinniselt“ kaashäälikühendiga -RT ja vaidlustaja märk lõppedes täishääliku 'A' ning kõnes sõnalõpus ja vokaali järel tihti „hajuva“ häälikuga „R“ ühendiga loovad selgelt erineva rütmi ja kõla. Arvestades eeltoodut, oli taotleja seisukohal, et võrreldavad kaubamärgid on foneetiliselt erinevad. Võrreldavatel tähistel puudub tähendus nii eesti keeles kui Eesti tarbija jaoks arusaadavas keeles.

Taotleja märkis, et kohtu- ja komisjoni praktika kohaselt tuleb kaubamärkide äravahetamise tõenäosust 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 (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 määratlemisel hinnata kaubamärgi suuremat või väiksemat võimet identifitseerida kaupu või teenuseid pärinevana kindlalt ettevõtjalt ja seeläbi eristada neid kaupu või teenuseid teiste ettevõtjate omadest (22.06.1999 otsus C-342/97, Lloyd Schuhfabrik, p 22). Taotleja hinnangul on vaidlustaja kaubamärkide eristusvõime aste tavapärane. 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 (13.02.2007 otsus T-256/04, RESPICUR, p 42). Asjaomase üldsuse kõrgendatud tähelepanu vähendab äravahetamise tõenäosust. Võrreldavate kaubamärkide asjaomaseks üldsuseks on nii lõpptarbija kui vastava valdkonna spetsialist (proviisor, arst). Nii vaidlustatud kaubamärgiga kui vaidlustaja kaubamärkidega 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 leidis, et vaidlustatud kaubamärgi erinevuse aste võrreldes vaidlustaja kaubamärkidega on väga kõrge nii visuaalselt kui eriti foneetiliselt. Kaubamärkide sarnasuse hindamisel tuleb arvestada ka, et kaubamärkide alguspoolt märkab tarbija paremini, mistõttu jääb talle ka tähiste esimene pool lihtsamini meelde. Kuna võrreldavate kaubamärkide sõnade GATTART ja ALATTAR esimesel poolel (GAT vs ALAT-) on suurem kaal sarnasuste ja erinevuste hindamisel, siis on tähiste erinevuse aste eriti kõrge. Seetõttu ei ole tõenäoline, et tarbija ajaks segamini niivõrd suure erinevuse astmega märgid isegi siis, kui märkidega tähistatavad kaubad oleksid identsed. Arvestades, et tähistatavad kaubad on kas samaliigilised või erinevad, on tähiste äravahetamise tõenäosus veelgi väiksem.

Taotleja ei nõustunud, et vaidlustaja kaubamärkide „ALATTAR“ ja „ALATTAR + kuju“ puhul tuleb arvestada kaubamärkide perekonna ja seeriaga – käesolevas vaidluses on asjakohased vaid vaidlustaja kaks EL kaubamärki, mis ei moodusta perekonda ega seeriat ning seetõttu ei oma ka tarbijale sellist mõju, nagu väidab vaidlustaja. Taotleja ei nõustunud vaidlustajaga ja jäi seisukohale, et asjaomase üldsuse jaoks on võrreldavad tähised GATTART ja ALATTAR üks jagamatu tervik, milles ei eristata keskmist osa. Taotleja ei pidanud tõenäoliseks, et kõnealuste kaubamärkidega tähistatavate kaupade – farmaatsiapreparaadid ja antatsiidid taotleja poolt ning toidulisandid inimestele ja loomadele; *meditsiinilised hügieenitarbed; meditsiiniliseks või veterinaarseks kasutuseks kohandatud dieettoidud ja -ained; imikutoit; desinfektsioonivahendid; fungitsiidid* jne vaidlustaja poolt - olemusest tingituna väga kõrge tähelepanelikkuse ja informeerituse tasemega asjaomane üldsus eksib vastavate kaupade päritolu määratlemisel. Samuti vaidlustaja kaubamärkidega tähistatavate toodete *kahjuritõrjevahendid; herbitsiidid* puhul on vastav tarbija keskmisest tähelepanelikum, kuna tegemist on tervisele potentsiaalselt kahjulike toodetega. Vaidlustaja kaubad *materjalid sidemete valmistamiseks; hambatäidised; hambajäljendite valmistamise materjalid* on oma ala professionaalidele suunatud kaup ning ravimite või toidulisandite lõpptarbija neid ise ei osta ning professionaalide tähelepanelikkus ja asjatundlikkus vähendavad eksimisvõimalust toodete valikul. Tarbijate eksimise võimalust vähendab ka asjaolu, et vaidlustatud kaubamärgiga tähistatavaid kaupu müüakse reeglina apteekides ja arsti soovitusel ning neid tutvustab vastava ala spetsialist, kes on ainuüksi oma ameti olemusest tulenevalt kõrgeimal tasemel informeeritud ja tähelepanelik. Selline kõrge teadlikkuse ja tähelepanelikkusega üldsus (kes võib olla nii oma tervise eest

hoolitsev tavatarbija kui proviisorist või arstist professionaal) suudab taotleja ja vaidlustaja kaupadel kaubamärkide GATTART ja ALATTAR alusel vahet teha. Arvestades võrreldavate märkide visuaalse ja eriti foneetilise erinevuse kõrget astet, teeb kaubamärkidel hõlpsasti vahet ka tavapärase teadlikkuse ja tähelepanelikkusega tarbija. Arvestades kõiki eelkirjeldatud asjaolusid, sh kaubamärkide visuaalse ja foneetilise erinevuse kõrget astet ning asjaomase üldsuse kõrgendatud tähelepanelikkust, samuti vaidlustaja kaubamärkide tavapärasest eristusvõime astet, oli taotleja seisukohal, et puudub tarbija poolt kaubamärkide äravahetamise tõenäosus, sh assotsieerumine. Lähtudes ülaltoodust palus taotleja vaidlustusavaldust mitte rahuldada.

Komisjon andis 26.10.2021 vaidlustajale võimaluse esitada seisukohad hiljemalt 29.11.2021. Vaidlustaja seisukohti ei esitanud. Komisjon tegi 3.12.2021 vaidlustajale ettepaneku esitada lõplikud seisukohad hiljemalt 4.01.2022. Vaidlustaja lõplikke seisukohti ei esitanud. Komisjon tegi 6.01.2022 taotlejale ettepaneku esitada lõplikud seisukohad hiljemalt 7.02.2022. 6.01.2022 teatas taotleja, et jääb varasemalt esitatud seisukohtade juurde.

Komisjon alustas **1.06.2022** avalduse menetluses lõppmenetlust.

### Komisjoni selgitused ja otsus

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

Kooskõlas KaMS § 72 lõikega 14 kohaldatakse vaidlustusavalduse lahendamisel ning otsuse tühistamise korral uue otsuse tegemisel taotluse kohta, mis on esitatud enne 1.04.2019 ja mille kohta on tehtud otsus pärast 1.05.2004, taotluse esitamise ajal kehtinud kaubamärgi registreerimisest keeldumise aluseid ja lähtutakse asja menetlemise ajal kehtivast menetlusnormist. Vaidlustatud kaubamärgi „GATTART“ (taotlus nr M201800182) registreerimise taotlus esitati 23.02.2018. Seega kuulub käesolevas asjas kaubamärgi registreerimisest keeldumise aluste osas kohaldamisele kaubamärgiseadus selle 23.02.2018 kehtinud redaktsioonis ning menetlusnormide osas kuuluvad kohaldamisele kehtivad õigusaktid.

Vaidlustaja Tarek Kudsi Alattar on väitnud, et sõnamärgi „GATTART“ (taotlus nr M201800182) registreerimine taotleja PHARMACEUTICAL CHEMICAL COSMETIC INDUSTRY ALKALOID AD nimele on vastuolus KaMS § 10 lg 1 p-ga 2. Vaidlustajale kuuluvad EL sõnaline kaubamärk „Alattar“ (reg nr 015608011) ja EL kombineeritud kaubamärk „Alattar + kuju“ (reg nr 015575061), mis on saanud kaitse klassi 5 kaupade suhtes. Kolmandal vaidlustaja EL kaubamärgil (reg nr 008283806) põhinevas osas on vaidlustusavaldus komisjoni 14.05.2021 otsusega tagasi lükatud. Vaidlustatud kaubamärgi registreerimistaotlus on esitatud 23.02.2018, vastandatud kaubamärkide registreerimistaotlused 3.07.2016 ja 24.06.2016, seega on vastandatud kaubamärgid KaMS § 11 lg 1 p 6 tähenduses varasemad kaubamärgid.

Vastandatud kombineeritud kaubamärgi „Alattar + kuju“ (reg nr 015575061) kehtivuse üle jätkub käesoleva otsuse tegemise ajal vaidlus, mille sisu ei ole komisjonile teada. Komisjon, arvesse võttes selle kaubamärgi Eesti tarbijale arusaadava ning ilmselt meeldejääva, häälduva ja domineeriva osa ALATTAR identsust teise vastandatud kaubamärgiga (reg nr 015608011) ning klassis 5 tähistatavate kaupade kattuvust teise vastandatud kaubamärgiga tähistatavate kaupadega ei pea seda asjaolu menetlust takistavaks.

KaMS § 10 lg 1 p 2 kohaselt ei saa õiguskaitset kaubamärk, mis on identne või sarnane varasema kaubamärgiga, mis on saanud õiguskaitse identsete või samaliigiliste kaupade või teenuste tähistamiseks, kui on tõenäoline kaubamärkide äravahetamine tarbija poolt, sealhulgas kaubamärgi assotsieerumine varasema kaubamärgiga. 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 ning 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:

Varasemad kaubamärgid	Vaidlustatud kaubamärk
<i>meditsiinilised hügieenitarbed; meditsiiniliseks või veterinaarseks kasutuseks kohandatud dieettoidud ja -ained; imikutoit; toidulisandid inimestele ja loomadele; plaastrid, sidemematerjalid; materjalid sidemete valmistamiseks; hambatäidised; hambajäljendite valmistamise materjalid; desinfektsioonivahendid; kahjuritõrjepreparaadid; fungitsiidid; herbitsiidid</i>	<i>farmaatsiatooted, antatsiidid</i>

Üldiselt kasutab klassi 5 kuuluvaid kaupu, sh *farmaatsiatoteid* valdav osa elanikkonnast (veterinäärtoodete osas on asjakohane see osa elanikkonnast, kes peavad loomi). Paljud farmaatsiatooted on vabalt kättesaadavad apteegi käsimüügist, poest või e-poest. Mitmeid farmaatsiatoteid, 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 farmaatsiatoteid kasutatakse üksnes meditsiiniautustes ja/või vastava valdkonna spetsialisti kontrolli all. Võrreldavate kaubamärkide kaupade loetelust ei järeldu, et ükski toode oleks vältimatult kasutatav üksnes meditsiiniautustes ja/või vastava valdkonna spetsialisti kontrolli all. Seda enam on mitmed muud mõlema kaubamärgi loetelus nimetatud kaubad mõeldud just otse laiemale avalikkusele. *Hügieenitarvete, sidemematerjalide, toidulisandite, imikutoidu, desinfektsioonivahendite* jms omandamisel ja tarvitamisel on väga harva, kui üldse vajalik arsti või apteekri abi. Vaidlustatud kaubamärgi kaupade loetelus sisalduvad *antatsiidid* (happevastased v hapet neutraliseerivad vahendid) ei ole sihtrühma tähelepanu ja taju aspektist erinevad muudest farmaatsiatoodetest. Varasemate kaubamärkide kaupade loetelus nimetatud *hambatäidised, hambajäljendite valmistamise vahendid* on tooted, mida kasutavad vastava valdkonna spetsialistid, mitte lai avalikkus.

Niisiis saab võrreldavate kaubamärkidega tähistatavate kaupade (välja arvatud hambatäidised jms) osas 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 tajuada kaubamärgi kõnealustel kaupadel enne nende kaupade lõpptarvitamist, ning järelikult on oluline see, kuidas selline lõpptarbijal võrreldavaid kaubamärke tajub, mäletab ja eristab. Eelõeldu ei välista, 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, et asjakohane on hinnata seda, kuidas kaubamärke ja kaupu tajuvad laia avalikkuse esindajad, kelle tähelepanelikkuse aste kaubamärkide võrdlemisel turusituatsioonis ei ole kõrge.

Vaidlustaja on pidanud võrreldavaid kaupu kas identseks (*meditsiinilised hügieenitarbed; meditsiiniliseks või veterinaarseks kasutuseks kohandatud ained; toidulisandid inimestele ja loomadele; plaastrid, sidemematerjalid; materjalid sidemete valmistamiseks; hambatäidised; desinfektsioonivahendid; kahjuritõrjepreparaadid*) või samaliigiliseks, taotleja seevastu samaliigiliseks või erinevaks (*kahjuritõrjevahendid; fungitsiidid; herbitsiidid*).

Komisjon leiab, et võrreldavate kaubamärkidega tähistatavad kaubad on valdavalt samaliigilised ning herbitsiidide puhul üheselt erinevad. Farmaatsiatoodete all klassis 5 tuleb mõista eeskätt ravimeid jms aineid, millel võib olla mh inimese või looma ravimina kasutatava seenevastane (fungitsiidse) või parasitivastane toime. Herbitsiide teadaolevalt inimese peal ei kasutata, samuti on fungitsiide ja kahjuritõrjeaineid, mida ei saa ravimiks lugeda; sel juhul on kaubad erinevad. Nendele erisustele vaatamata ja kuigi varasemate kaubamärkidega tähistatavad kaubad ei ole kõik ravimid (nt plaastrid või imikutoit), on viimaste kaupade vahel palju sarnast. Kaupade võrdlemisel on asjakohane mh nende turustamisviis: kõnealuseid kaupu võidakse müüa lõpptarbijale apteegis, mis ongi sellistele kaupadele spetsialiseerunud äri, harvem eraldi tervisepoes või ka muudes (suuremates) kauplustes, kuid seal eraldi osakonnas. Dieetained, desinfektsioonivahendid jms võivad olla pakendatud sarnaselt muude ravimite ja farmaatsiatoodetega.

Vaidlustatud kaubamärk on sõnamärk „GATTART“. Vastandatud kaubamärgid on sõnamärk „Alattar“ ja kombineeritud kaubamärk, mis koosneb samuti sõnast ALATTAR ning selle kohal samast sõnast/nimest araabia kirjas, mis ei ole Eesti tarbijale arusaadav. Seega on võrreldavad tähised „GATTART“ ja „Alattar“. Mõlemat kaubamärki moodustavad sõnad on Eesti tarbija jaoks tähenduseta.

Vaidlustaja on väitnud, et võrreldavad kaubamärgid on sarnased ühtelangeva osa „-ATTAR-“, tõttu. Komisjon sellega ei nõustu. On üldiselt omaks võetud, et tarbija tähelepanu on kõrgem tähise alg- ja lõpuosa suhtes, keskmise osa suhtes on tähelepanu madalam ja selle järgi kaubamärki eeldatavalt meelde ei jäeta. Alusetu on vaidlustaja eeldus, et Eesti tarbija peab ebaoluliseks varasema kaubamärgi esimest osa AL- (s.t araabia keele artiklit). Eesti tarbija üldjuhul araabia keelt ei mõista ning puudub seega põhjus, miks kõige esimesena nähtav osa peaks olema tarbija jaoks teisejärguline. Visuaalselt on kaubamärkide algused „GAT“ ja „ALA“ täiesti erinevad. Kuigi kaubamärkide ülejäänud osas („TART“ ja „TTAR“) on visuaalseid sarnasusi, on selle sarnasuse tajumine vähem kaalukas kui kaubamärkide alguste ja ka terviku erinevus.

Foneetiliselt ei ole kaubamärgid samuti komisjoni hinnangul sarnased. Kuigi mõlemas kaubamärgis esineb sarnane häälikute järgnevus „ATAR“, on häälikute paigutus moodustuvates silpides ja sõnade kui tervikute hääldus (tarbija ei tee kaubamärkidele fonoloogilist analüüsi) erinev. Tõenäoliselt on ka sõnade rõhutamine erinev: eesti tarbija hääldab tõenäoliselt vaidlustatud kaubamärgis rõhuliselt esimest, varasemates kaubamärkides aga pigem teist silpi. Vaidlustatud kaubamärk hääldub kahesilbilisena [gat-tart], varasemad kaubamärgid aga kolmesilbilisena [a-lat-tar]. Väga oluline on ka see, et vaidlustatud kaubamärk algab klusiiliga [g], samas kui varasemates kaubamärkides on sõna alguses vokaal [a].

Eeltoodust tulenevalt leiab komisjon, et võrreldavad kaubamärgid ei ole sarnased.

Komisjon leiab, et vaatamata tähistatavate klassi 5 kaupa samaliigilisusele on kaubamärkide erinevusest tulenevalt ebatõenäoline kaubamärkide äravahetamine, sealhulgas assotsieerimine tarbijate poolt. Seda vaatamata asjaolule, et klassi 5 kaupade puhul kaasneb kaubamärkide äravahetamisega risk, et tarbija ostab või kasutab vale ravimit vm farmaatsiatoodet, või asetab end ohtu, kui kaubaks on kõrge ohtlikkuse astmega aine, nt herbitsiid. Komisjon peab kaubamärke niivõrd erinevaks, et keskmine tarbija nii turusituatsioonis kui ravimit vms toodet kasutades ei aja neid kaubamärke segamini. Seda vähem on tõenäoline kaubamärkide äravahetamine spetsialisti poolt.

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

**jätta hr Tarek Kudsi Alattar'i vaidlustusavaldus rahuldamata.**

Avalduse menetlusosaline, keda ei rahulda komisjoni otsus ja kes soovib jätkata vaidlust menetlusosaliste vahel hagimenetluse korras, võib esitada hagi kahe kuu jooksul komisjoni otsuse avaldamisest arvates. Hageja teavitab viivitamata komisjoni hagi esitamisest. Kui nimetatud hagi ei ole esitatud, jõustub komisjoni otsus kahe kuu möödumisel otsuse avaldamisest ja kuulub täitmisele. Kui hagi esitatakse, kuid kohus ei võta hagi menetlusse, jätab hagi läbi vaatamata või lõpetab menetluse otsust tegemata, jõustub komisjoni otsus vastava kohtumääruse jõustumise hetkest, kui kohtumäärusest ei tulene teisiti.

*(allkirjastatud digitaalselt)*

Tanel Kalmet

Ekke-Kristian Erilaid

Janika Kruus