




**OTSUS nr 2098-o**

Tallinn, 09.02.2023

**Kaebus nr 2098 – kaubamärgi „EST kinnisvara + kuju“  
(taotlus nr M201900017) registreerimisest keeldumise  
vaidlustamine**

Tööstusomandi apellatsioonikomisjon, koosseisus Sulev Sulsenberg (eesistuja), Tanel Kalmet ja Anneli Kapp, vaatas kirjalikus menetluses läbi EST Kinnisvara OÜ kaebuse Patendiameti otsuse peale kaubamärgi „EST kinnisvara + kuju“ (taotlus nr M201900017) registreerimisest keeldumise kohta.

**Asjaolud ja menetluse käik**

**28.02.2022** esitas EST Kinnisvara OÜ (edaspidi ka kaebaja; esindaja patendivolinik Riina Pärn) tööstusomandi apellatsioonikomisjonile (edaspidi ka komisjon) kaebuse Patendiameti 28.12.2021 otsuse nr 7/M201900017 peale, millega Patendiamet kaubamärgiseaduse (edaspidi KaMS) § 9 lg 1 punktide 2 ja 3 alusel keeldus kaubamärgi „EST kinnisvara + kuju“ (  EST kinnisvara ) registreerimisest järgmiste teenuste osas:

*Klass 36 – kindlustus; finantstehingud; rahalised tehingud; kinnisvaratehingud, sh kinnisvara haldamine, juhtimine, hindamine, üürimine, rentimine, kinnisvaramaaklerlus.*

Komisjon võttis kaebuse menetlusse **18.03.2022**.

Kaebaja ei nõustu Patendiameti keeldumisotsusega, s.o KaMS § 9 lg 1 punktide 2 ja 3 kohaldamisega ja KaMS § 9 lg 2 kohaldamisest keeldumisega kaebaja kaubamärgi suhtes ning nendega seonduvate Patendiameti seisukohtadega.

Kaebaja märgib, et kaubamärgi „EST kinnisvara + kuju“ kirjeldavust ehk KaMS § 9 lg 1 p 3 kohaldamist põhjendab Patendiamet järgmiste asjaoludega:

- kaubamärgi sõnalise osa moodustab väljend „EST kinnisvara“, mis osutub taotluses nimetatud teenuste osas nende liiki ja geograafilist päritolu kirjeldavaks. Tähis annab tarbijale üksnes infot, et tegu on Eestis osutatavate kinnisvaraga seotud teenustega – vastavalt kas kinnisvaratehingutega, kindlustuse puhul kinnisvarakindlustuse või finantstehingute puhul näiteks kinnisvaralaenu vms – või et need teenused on seotud Eesti päritolu kinnisvaraga. Tähise koosseisus olev lihtne Eesti kontuurkaardi kujutis osutub samuti kirjeldavaks, Eesti tarbija tunneb kujutises koheselt ära Eesti kaardi ning keskmise tarbija jaoks näitab see samuti üksnes teenuste geograafilist päritolu. Tähise koosseisus olev kaardikujutis võib näidata geograafilist päritolu ka vastavalt kohtupraktikale;
- sellest tulenevalt on kaubamärki võimalik kasutada kaebaja kaubamärgitaotluses nimetatud klassi 36 teenuste kirjeldamiseks, mistõttu pole see KaMS § 9 lg 1 p 3 alusel registreeritav.

Kaebaja märgib, et kaubamärgi „EST kinnisvara + kuju“ eristusvõime puudumist ehk KaMS § 9 lg 1 p 2 kohaldamist põhjendab Patendiamet, lähtudes hinnangute andmisel kogu Eesti avalikkusest (keskmisest tarbijast), järgmiste asjaoludega:

- kuna kaubamärk on klassi 36 teenuste osas kirjeldav, siis kohtupraktikast tuleneb, et sõnamärk, mis on kaupade või teenuste omadusi kirjeldav, on samade kaupade või teenuste suhtes eristusvõimetu;
- kuigi kaebaja tähise kujunduselement – täppidest koosnev sinine Eesti kontuurkaart – annab teatud stiliseerituse, on see olemuselt siiski eristusvõimetu ega lisa kaubamärgile tervikuna eristatavust. Kujutiselemendil puuduvad omadused, mille tõttu saaks kaubamärk täita oma põhifunktsiooni seoses taotlusega hõlmatud klassi 36 teenustega ning see ei ole piisav, et juhtida tarbija tähelepanu kõrvale tähise kirjeldavalt tähenduselt, vaid üksnes rõhutab ja toetab selle kirjeldavat tähendust, kuivõrd tarbija tunneb selles koheselt ära Eesti kaardi. Kohtupraktikast tuleneb, et kui elementidel ja nende ühendamine viisil puuduvad omadused, mille tõttu saaks kaubamärk täita oma põhifunktsiooni seoses

kaubamärgi taotlusega hõlmatud kaupade ja teenustega, on tähis eristusvõimetu (Euroopa Kohtu otsus C-37/03, p 74). Samuti on kohtupraktikas leitud, et kaubamärgi registreerimisest keeldumine on õigustatud, kui märgile lisatud kujutiselement üksnes rõhutab märgi kirjeldavat sõnumit (Euroopa Üldkohtu otsus T-64/16, p 26);

- sellest tulenevalt pole kaubamärk registreeritav ka KaMS § 9 lg 1 p 2 alusel.

Kaebaja märgib, et tema KaMS § 9 lg 2 alusel esitatud kaubamärgi „EST kinnisvara + kuju“ kasutamise tulemusena omandatud eristusvõime või üldtuntuse nõuet ei ole Patendiamet rahuldanud ning on leidnud, et:

- kaebaja esitatud materjalid ja väited ei ole piisavad tähise omandatud eristusvõime tõendamiseks – need ei näita piisaval määral asjaomase tarbijaskonna teadmisi, arvamust ja vastukaja kõnealuse tähise kui kaubamärgi kohta. Patendiamet on viidanud, et sellekohasteks materjalideks saaks olla turu- või tarbija-uuringud, pikaajaline läbilõige meediaväljavõtetest, foorumitest, blogidest või muu objektiivne kolmandate isikute arvamusi kajastav materjal, mille alusel oleks võimalik järeldada, et tarbija tajub tähist kaubamärgina;

- kaebaja on tähist kasutanud erinevas vormis kui see, millisenä see kaubamärgitaotlusel kajastub, mistõttu on Patendiamet asunud seisukohale, et tarbijal sisuliselt puudub kokkupuude tähisega sellisel tervikkujul, nagu see taotlusel on esitatud.

Seoses KaMS § 9 lg 1 p 3 kohaldamisega esitab kaebaja järgmised vastuväited. Vastavalt KaMS § 9 lg 1 punktile 3 ei saa õiguskaitset tähis, mis koosneb üksnes kaupade või teenuste liiki, kvaliteeti, hulka, otstarvet, väärtust, geograafilist päritolu, kaupade tootmise või teenuste osutamise aega või kaupade või teenuste teisi omadusi näitavatest tähistest. Kaebaja märgib, et kohtupraktika kohaselt on kirjeldavad märgid need, mida võib asjaomase avalikkuse seisukohalt tavapäraselt kasutada kauba või teenuse tähistamiseks otseselt või üht selle olulist omadust mainides (Euroopa Kohtu otsus C-383/99, p 39), st et tähisel on kõnealuste kaupade või teenustega piisavalt otsene ja konkreetne seos, mis võimaldab asjaomasel tarbijal otsekohe ja ilma järele mõtlemata tajuda, et tegemist on kõnealuste kaupade või teenuste liigi või mõne nende omaduse kirjeldusega. Seda alust ei kohaldata aga mõistete suhtes, mis on kaupade ja/või teenuste teatavate omaduste osas üksnes vihjavad. Kaebaja osutab, et mõnikord viidatakse sellele ka kui ebamäärastele või kaudsetele viidetele kaupadele ja/või teenustele (Euroopa Üldkohtu otsus T-135/99, p 29). Seejuures tuleb kohtupraktika kohaselt kaubamärgile õiguskaitse andmise hindamisel lähtuda piisavalt informeeritud, mõistlikult tähelepaneliku ja aruka keskmise tarbija eeldatavast ootusest (Euroopa Kohtu otsused C-342/97, p 26; C-210/96, p 31; C-37/03 P, p 28).

Kaebaja märgib, et käesoleval juhul tuleb kaubamärgi ekspertiisil arvestada Eesti keskmise tarbija taju ja arusaamisega tähisest (komisjoni 28.11.2012 otsus 1385-o), samuti peab hindamisel arvesse võtma kaubamarki kui tervikut (Euroopa Kohtu otsus liidetud kohtuasjades C-90/11 ja C-91/11, p 23). Ka tulenevalt KaMS § 12 lg 1 punktist 2 on kaubamärgi õiguskaitse ulatuse määramise aluseks selle reproduktioon. Seega tuleb analüüsi teostamisel ning hinnangute andmisel lähtuda kaubamärgi tervikuna, seda asjassepuutuva tarbija tajust ja seisukohtadest lähtuvalt ning arvestades kaubamärgiga kaetud kaupade/teenuste konteksti.

Kaebaja viitab Euroopa Liidu Intellektuaalomandi Ameti (EUIPO) ekspertiisipraktikale (*Trade Mark Guidelines. Part B Examination, Section 4, Chapter 4, p 1.1 „The notion of descriptiveness“*), millest tulenevalt tuleb tähise registreerimisest kirjeldavuse tõttu keelduda siis, kui tähisel on tähendus, mida asjaomane avalikkus kohe tajub kui teavet pakutavate kaupade ja teenuste kohta. See on nii juhul, kui märk annab teavet muu hulgas kaupade või teenuste koguse, kvaliteedi, omaduste, otstarbe, liigi ja/või suuruse kohta. Tähise ning kaupade ja teenuste vaheline suhe peab olema piisavalt otsene ja eriomane (Euroopa Üldkohtu otsused T-311/02, p 30; T-173/03, p 20), aga ka konkreetne, otsene ja arusaadav ilma edasise järelemõtlemisseta (T-345/99, p 35). Euroopa Liidu (EL) kaubamärgimääruse artiklit 7(1)(c) (s.o KaMS § 9 lg 1 punktiga 3 samaväärne säte) ei kohaldata nende mõistete suhtes, mis on kaupade ja/või teenuste teatavate omaduste osas üksnes vihjavad, ebamäärased või kaudsed viited kaupadele ja/või teenustele (T-135/99, p 29). Kaebaja osutab ka komisjoni varasemale praktikale, mille kohaselt kirjeldavad märgid on need, mida võib asjaomase avalikkuse (st tarbijate) seisukohalt tavapäraselt kasutada kauba või teenuse tähistamiseks otseselt või üht selle olulist omadust mainides (komisjoni 30.01.2014 otsus 1409-o, „SUPER ALKO“).

Käesoleval juhul koosneb tähis nii sõnalistest osadest kui ka stiliseeritud kujutisest, mis on esitatud konkreetsetes värvikombinatsioonis. Kaebaja leiab, et kuigi kaubamärgi koosseisus olevat sõnalist elementi „EST kinnisvara“ võib teatud määral vaadelda kirjeldavana, pole seda kaubamärk tervikuna. Kaubamärgi koosseisus olev stiliseeritud kujutis esitab kaebaja hinnangul vaid vihjavaid suuniseid, kuid otseselt või konkreetselt ei kirjelda taotletavaid teenuseid. Puudub vajadus jätta kaebaja tähis tervikuna

kõigile vabalt kasutatavaks, mistõttu tuleb asuda seisukohale, et Patendiamet on oma ekspertiispraktikas ületanud volituspiire. Käesoleval juhul on tegemist kaebaja poolt kujundatud tähisega, milles on kaebaja poolt kujundatud, stiliseeritud värviline kujutis – puudub vajadus jätta see tähis tervikuna vabalt kasutatavaks kõigile ettevõtjatele kaubamärgiga hõlmatud teenuste kirjeldamisel. Ilmselgelt võivad teised isikud kasutada elemente „EST“, „kinnisvara“ ning mingit Eesti maakaardi kujutist, kuid käesoleval juhul soovib kaebaja õiguskaitsset taotletavale tähisele kui tervikule. Eelduslikult puudub vajadus jätta kaebaja tähis tervikuna vabalt kasutatavaks nende teenuste kirjeldamiseks – kui ka keegi seda tähist taotletavas kombinatsioonis kasutab, on kaebaja hinnangul tegemist pigem kaebaja õiguste rikkumisega (sh autoriõiguste alusel).

Lisaks eeltoodule ei jaga kaebaja igal juhul Patendiameti seisukohta, et kaubamärgiga hõlmatud teenustel „kindlustus; finantstehingud; rahalised tehingud“ on otsene ja konkreetne seos kaebaja tähisega. Kuigi kaebaja mõonab, et need teenused võivad olla kaudselt seotud kinnisvarateenustega, puudub tähisel siiski otsene ja konkreetne seos nende teenustega. Kaebaja tähis võib olla vihjava loomuga, mis aga vastavalt EUIPO eelviidatud praktikale ei kuulu antud KaMS § 9 lg 1 p 3 kohaldamisalasse. Nende teenuste erinevat iseloomu on käsitletud ka Riigikohus 18.12.2019 lahendis nr 2-12-6665, sedastades, et üldiselt teadaolevalt ei ole kindlustus ning rahalised- ja finantstehingud lahutamatu seotud üksnes kinnisvaraga (Riigikohtu 18.12.2019 otsus nr 2-16-6665, p 16.4).

Kaebaja leiab seega, et tema tähis tervikuna ei kirjelda taotletavaid teenuseid. Kaebaja tähises sisalduvat sõnalist elementi „EST kinnisvara“ ja tähise kujundust, eelkõige konkreetse värvikombinatsioonis, ei kasutata tavakäibes ja äritegevuses nende teenustele viitamisel. Selline kombinatsioon ja kujundus on omapärane, mistõttu puudub kaebaja hinnangul ka avalik huvi, millest tulenevalt peaks sellisele tähisele õiguskaitses andmise välistama, sh pidades silmas KaMS § 9 lg 1 p 3 seatud eesmärgi osutatud sätte kohaldamisalasse kuuluvate tähiste vabaks kasutamiseks jätmiseks avalikkuse huvides. Lisaks puudub tähisel mistahes otsene ja konkreetne seos teenustega „kindlustus; finantstehingud; rahalised tehingud“, mistõttu mainitud teenuste osas puudub igal juhul KaMS § 9 lg 1 p 3 kohaldamise alus.

Seoses KaMS § 9 lg 1 p 2 kohaldamisega esitab kaebaja järgmised vastuväited. Vastavalt KaMS § 9 lg 1 punktile 2 ei saa õiguskaitses tähis, millel puudub eristusvõime. Nimetatud sätte kohaldamise eesmärgiks on samuti avalik huvi. Eristusvõime on tähise omadus näidata kaubamärgiregistreeringus hõlmatud kaupade või teenuste päritolu või kuuluvust kindlale ettevõtjale ja seeläbi eristada neid kaupu/teenuseid teiste ettevõtjate omadest. Eristusvõime hindamisel tuleb vaadelda kaubamärki tervikuna (Tallinna Ringkonnakohtu 22.02.2019 otsus tsiviilasjas nr 2-17-179, p 10.3). Vastavalt varasemale kaubamärgi- ja kohtupraktikale on eristusvõimetud eelkõige *tähised, mis ei võimalda asjaomasel üldsusel 'korrata ostu kogemust, kui see osutub positiivseks, või vältida seda, kui see osutub negatiivseks asjaomaste kaupade või teenuste hilisema omandamise korral'* (27.02.2002, T-79/00, Lite, EU:T:2002:42, § 26). See kehtib muu hulgas tähiste kohta, mida tavaliselt kasutatakse asjaomaste kaupade või teenuste turustamisel (15/09/2005, T-320/03, Live richly, EU:T:2005:325, § 65) (EUIPO vaidlustusosakonna 28.01.2020 otsus nr 34 752 C (wecook!), lk 6).

Kaebaja märgib, et nagu tähise kirjeldavuse hindamisel, tuleb ka tähise eristusvõimet hinnata nende kaupade ja teenustega seoses, millele õiguskaitses soovitakse ning seda asjassepuutuva tarbija tajust ja seisukohtadest lähtuvalt (nt Euroopa Kohtu otsus C-299/99, p 59). Seejuures on minimaalne eristusvõime küllaldane, et nõrka märki registreerida, kui puuduvad muud õiguskaitses välistavad asjaolud (komisjoni 28.11.2012 otsus 1385-o). Kuivõrd käesoleval juhul on tegemist kujutismärgiga koos sõnalise elemendiga, muudab kaebaja hinnangul tema tähise eristusvõimeliseks eelkõige selle graafiline kujundus (vt ka eelviidatud ringkonnakohtu 22.02.2019 otsus tsiviilasjas nr 2-17-179, p 10.3).

Kaebaja osutab ka, et kombineeritud kaubamärgi puhul ei tohi eristusvõime hindamine piirduda iga eraldiseisva sõna või osa hindamisega, vaid kokkuvõttes peab lähtuma sellest, kuidas asjaomane avalikkus asjaomast kaubamärki kui tervikut tajub, mitte aga oletusest, et osad, millel eraldi võttes eristusvõime puudub, ei või omavahel kombineerituna eristusvõimet omada. Asjaolu, et kõikidel osadel eraldi võetuna puudub eristusvõime, ei välista võimalust, et nende kombinatsioon võib olla eristusvõimeline (Euroopa Kohtu otsus C-304/06 P, p 41 ning selles viidatud kohtupraktika). Sellega seoses märgib kaebaja, et soovib õiguskaitses saavutada sõnalise osaga kujutismärgile, mis peegeldab omapärast kombinatsiooni ja kujundust. Isegi kui pidada kaubamärgis sisalduvaid elemente taotletavate teenuste osas kirjeldavaks – kuigi kaebaja on vastupidisel seisukohal –, ei ole seda tähis tervikuna selle kombinatsioonis. Olgugi, et need kujundelemendid võivad olla lihtsad, on neil kaebaja hinnangul siiski kaubamärgis kaalu, mistõttu terviklahenduses on tähis omapärane, originaalne, pilkupüüdev ja meeldejääv. Kaebaja leiab, et kaubamärgi kujunduse suhteline lihtsus ja minimalistlik joon, kuid samal ajal kujunduse pilkupüüdvus, võimaldab tarbijail kaubamärki pigem kergesti meelde jätta. Nähes

kaebaja tähist, käivitub kohalikus tarbijas tunnetuslik protsess selle sõnalise elemendi „EST kinnisvara“ tähenduse üle, samuti selles sisalduva kujundi olemuse üle, jättes tervikuna meelde omapärase terviklahenduse ja kujundi. Tarbija ei hakka analüüsima ega juurdlema selle üle, kas märgis sisaldub muid eristusvõimelisi meelde jäävaid elemente või mitte, vaid näeb tähist tervikuna ning on võimeline sellist tervikut tajuma kaubamärgina. Seega on tähis tervikuna igati eristusvõimeline.

Kaebaja leiab, et selline lähenemine vastab ka kirjeldavaid/eristusvõimelisi sõnu sisaldavate kujutiskaubamärkide praktikat käsitleva EL liikmesriikide ühisteatisele CP3. Käesoleval juhul ei ole tegemist ühisteatise CP3 viidatud tähisega, milles sisalduksid pelgalt lihtsad geomeetrised kujundid, nagu näiteks ringid, jooned, täpid, punktid jne, vaid tähis sisaldub konkreetne, pilkupüüdev ja piisavalt stiliseeritud kujutis, mis tervikuna moodustab omapärase terviklahenduse. Seega on kaebaja hinnangul tegemist vähemalt minimaalse eristusvõimega tähisega, mis täidab kaubamärgifunktsiooni.

Kaebaja peab asjakohatuks Patendiameti viiteid kohtulahenditele, mille kohaselt kaubamärgi registreerimisest keeldumine on põhjendatud juhul, kui märgile lisatud kujutiselement üksnes rõhutab märgi kirjeldavat sõnumit. Kaebaja hinnangul näiteks Patendiameti viidatud Euroopa Kohtu lahendis C-37/03 käsitletakse kaubamärki „BioID + kuju“, milles kaubamärk oli esitatud kujul: **BioID**. Kaebaja leiab, et see märk tõepoolest ei sisalda kujundelemente, mis püüaksid tarbijate tähelepanu, nende kujundelementide ühendamine ei loo omapärast tervikut, mis lisaksid tähisele kaalu ning võimaldaksid tarbijatel tähist paremini meelde jätta ning tajuda tähist omapärase kujundusena. Seega pole viidatud lahendi asjaolud käesolevale juhtumile üle kantavad. Tarbija ei hakka juurdlema selle üle, kas ja kuidas selline kujundus on ühendatud sõnalise elemendiga, vaid kaubamärki tajutakse ja nähakse tervikuna kõigi selles sisalduvate elementidega.

Kaebaja viitab ka komisjoni 10.06.2020 lahendis nr 1847-o esitatud seisukohtadele, milles hinnati kaubamärgiga **mobile.de** seotud asjaolusid. Kaebaja toob muu hulgas esile, et osutatud lahendis leidis komisjon, et Patendiamet põhjendamatult alatähtsustas kaubamärgi „mobile.de + kuju“ kujunduslikke elemente ning et märgi elementide kontseptuaalne tervik – kuigi olemuselt pigem minimalistlik – oli pilkupüüdev ja omanäoline, millega tarbijad saavad kaebaja kaubamärki hõlpsalt eristada võimalikest teistsuguse kujundusega sõna „mobile“ sisaldavatest tähistest. Samuti leidis komisjon, et kaubamärgi kujunduse suhteline lihtsus ja minimalistlik joon, kuid samal ajal kujunduse pilkupüüdvus võimaldab tarbijail kaubamärgi pigem kergesti meelde jätta. Kaebaja leiab, et ka käesoleval juhul on tervikuna tegemist tähisega, millega on võimalik eristada ühe ettevõtja kaupu ja teenuseid teiste ettevõtjate omadest. Ka keskmine tarbija on võimeline nägema, tajuma ja hoomama kaubamärgis sisalduvat omapärast värvilahendust, elementide paigutust ning erilist kujundlikkust. Ka Patendiamet ise mõnab, et kaebaja tähis sisaldub kujunduselement – täppidest koosnev sinine Eesti kontuurkaart – annab teatud stiliseerituse, kuid on jõudnud järeldusele, et see on olemuselt siiski eristusvõimetu ega lisa kaubamärgile tervikuna eristatavust. Kaebaja leiab, et ka Patendiameti enda selline seisukoht annab kinnitust asjaolule, et kaubamärk tervikuna täidab vähemalt minimaalse eristusvõime nõuet. Sellest tulenevalt peab kaebaja kaubamärki „EST kinnisvara + kuju“ tervikuna igati eristusvõimeliseks, minimaalse eristusvõime nõue on täidetud (komisjoni 28.11.2012 otsus 1385-o) ning kaubamärk on vastavalt kohtupraktikale registreeritav KaMS § 9 lg 1 p 2 tähenduses. Seejuures puuduvad igal juhul KaMS § 9 lg 1 p 2 kohaldamise alused teenuste „kindlustus; finantstehingud; rahalised tehingud“ osas.

Muude märkustena toob kaebaja esile järgmist. Patendiamet on CP3 praktika kohaldamise ajal (alates 01.01.2016) identsete/sarnaste klassi 36 teenuste osas registreeritavana aktsepteerinud näiteks kaubamärki „EESTI KINNISVARA + kuju“ (taotluse kuupäev 15.06.2018, registreerimise kuupäev 25.02.2019), mis on registreeritud järgmises kujunduses:



Kaebaja märgib, et osutatud tähis sisalduvad kirjeldavad elemendid „EESTI“ ja „KINNISVARA“ ning kujunduselement, mis on igal juhul kirjeldav vastavate teenuste suhtes, kuivõrd eelkõige on esitatud kinnisvara kujundus, mida tarbija ka sellisena tajub. Seega on tegemist kaebaja hinnangul käesolevas asjas vaadeldava tähisega sarnase ülesehitusega tähisega, mistõttu kaebaja seisukohalt on Patendiamet rikkunud võrdse kohtlemise printsiipi. Kaevatava otsuse punktis 3.7 vaidleb aga Patendiamet kaebaja seisukohale vastu, põhjendades kaubamärgi „EESTI KINNISVARA + kuju“ registreerimist asjaoluga, et tegemist on erinevate märkide ja erinevate asjaoludega, mis sõltuvad individuaalsetest asjaoludest. Patendiameti väitel on kõnealusel tähisel kasutatud „muidki elemente, mida käesoleval märgil ei ole“. Kaebaja leiab, et pelgalt konstateeringust, et kaubamärgis sisalduvad

„muud elemendid“, ei piisa asjassepuutuvate asjaolude selgituseks. On ilmselge, et kaks erinevat kaubamärki erinevate isikute nimel ei saagi olla identsed, samas aga ka märgis „EESTI KINNISVARA + kuju“ sisalduvad kujutiselemendid rõhutavad kaebaja hinnangul märgi kirjeldavad sõnumit. Kaebaja hinnangul on Patendiamet jätnud selgitamata ja põhjendamata, millised on need teistsugused õiguslikud asjaolud, mida viidatud registreeritud kaubamärgi ekspertiisi tegemise hetkel ei esinenud, kuid nüüd käesoleval ajahetkel esinevad. Kaebaja märgib, et vastavaid asjaolusid tuleb hinnata taotletava kaubamärgi taotluse esitamise hetke seisuga (Riigikohtu 18.12.2019 otsus tsiviilasjas nr 2-16-6665, p 14.3), s.o kaebaja kaubamärgi puhul 07.01.2019 seisuga, mis on eelduslikult vaid paar kuud pärast registreeritud kaubamärgile „EESTI KINNISVARA + kuju“ ekspertiisi tegemist. Pelgalt trafaretse põhjendusega individuaalsest lähenemisest ja varasema registreeringu asjakohatusest jääb kaebajale tegelikkuses selgusetuks, millised on need erinevad faktilised ja/või õiguslikud asjaolud, millest lähtuvalt on Patendiameti seisukoht käesoleval juhul kardinaalselt erinev. Kaebaja toob esile, et tähise registreerimine kaubamärgina ei eelda kaebaja teatud loovuse või tähise stiliseerituse taset, vaid kaubamärgi võimet täita eristamisfunktsiooni (Euroopa Üldkohtu otsus T-208/17, p 43 ja seal viidatud kohtupraktika).

Kaebaja leiab ka, et EL liikmesriikide ühtne praktika CP3 ei ole tähise kirjeldavuse hindamisel KaMS § 9 lg 1 p 3 alusel asjakohane, kuna seondub vaid tähise eristusvõime käsitlusega, seega puudutab CP3 vaid ekspertiispraktikat § 9 lg 1 p 2 kohaldamisel. Nähtuvalt Patendiameti ekspertiispraktika muutumisest KaMS § 9 lg 1 p 3 kohaldamisel, on CP3 mõjutanud Patendiameti ekspertiispraktikat ka selle sätte suhtes. Kaebaja on seisukohal, et CP3 kohaldamine on õigusvastane, kuna CP3 kohaldamist võib lugeda õiguste piiramiseks ning proportsionaalsuspõhimõtte rikkumiseks – igasuguseid õigusi võib piirata vaid kooskõlas põhiseadusega ning vastavalt proportsionaalsuspõhimõttele peavad piirangud olema vajalikud (põhiseaduse § 11). Seega ei ole CP3-ga vastu võetud seisukohad kaebaja hinnangul siseriiklikul tasandil ülimuslikud ega kohaldatavad, kuna ei pruugi olla kooskõlas KaMS §-s 3 sisalduva regulatsiooni ja mõttega, mis kehtestab kaubamärgi definitsiooni. CP3-st tulenevad piirangud on aga kaebaja seisukohalt vastuolus põhiseadusest tuleneva viidatud regulatsiooniga. CP3 on kaebaja hinnangul soovituslik juhend, mis on vastu võetud EL organi poolt. Seega on ühisteatiste puhul tegemist soovitusetega ja need ei ole EL teiseseks õiguseks – tegemist on dokumendiga, mida pole avaldatud ka ametlikes teadaannetes, et luua isikutele õiguseid või kohustusi. Eesti Vabariigi põhiseaduse kommenteeritud väljaande kohaselt ei ole EL institutsioonide soovitusel ja arvamused siduvad (Eesti Vabariigi põhiseaduse täiendamise seaduse § 2 kommentaarid).

Kaebaja leiab, et kuivõrd vastavalt TÕAS § 35 lg 1 punktile 1 tuleb Patendiametil oma ülesandeid täita tööstusomandi seaduste või rahvusvaheliste kokkulepete alusel, ei saaks Patendiamet tugineda CP3-s sisalduvale käsitlusele, kuna ühisteatis soovitude, juhiste kujul seda nõuet ei täida.

Kaebaja saab küll aru ning aktsepteerib vajadust ühtse ekspertiispraktika järele EL-is, kuid ei leia, et taoline ühine praktika peaks järgima rangemat kaalutusõigust, kui selleks vajalik ja otstarbekohane, või et taoline praktika peaks eirama EL õiguse üldpõhimõtteid, milleks on näiteks proportsionaalsuspõhimõte. Kuigi CP3 koostamisel on lähtutud Euroopa Kohtu lahenditest, puudutavad need lahendid konkreetseid juhtumeid, samas pole kaebaja hinnangul selge, kas neis lahendites on Euroopa Kohus järginud EL aluspõhimõtteid.

Seega on kaebaja seisukohalt tegemist ebaproportsionaalsete meetmetega, mille rangema käsitluse ning piirangute vajalikkus ning eesmärgipärasus jääb kaebajale arusaamatuks. Kaebaja hinnangul peab igasugune meede õigusriigis olema vajalik, sobiv ja proportsionaalne, seejuures intellektuaalomandi puhul on tegemist põhiõigusega, mida põhiseadusest lähtuvalt kaitstakse ka üldise omandikaitse (põhiseaduse § 32) raames.

Kaebaja märgib, et käesoleval juhul on tegemist kujunduselementi sisaldava tähisega. Kaubamärgi registreerimise ning ainuõiguste omandamise eesmärgiks on monopolsete õiguste omandamine tähisele konkreetses kujunduses ning seoses kaubamärgiga kaetud kaupade/teenustega. Ka kirjeldavaid sõnalisi elemente sisaldavate kaubamärkide alusel, kui need on registreeritud, on võimalik jõustada oma kaubamärgiõigusi. Sel juhul saab määravaks kaubamärk oma terviklikkuses, s.o oma terviklikus kujunduses. Tähiste omavahelisel võrdlemisel on määravaks nende identsus või äravahetamiseni sarnasus (KaMS § 10 lg 1, § 14 lg 1), kusjuures võrreldakse tähiseid tervikuna (Euroopa Kohtu otsus C-251/95, p 23). Seega ka kirjeldavaid elemente sisaldavad kaubamärgid saavad olla aluseks kaubamärgiõiguste jõustamisel ning puudub alus ja vajadus rangema ekspertiispraktika järele, nagu käesoleval juhul Patendiamet on kohaldanud, mistõttu on kaebaja seisukohalt ületanud Patendiamet kaalutusõigust ning seeläbi rikkunud proportsionaalsuspõhimõtet.

Kaebaja osutab, et KaMS § 9 lg 1 punktid 2 ja 3 on sõnastatud abstraktsetena, mille sisustamise ja rakendamise kaalutusõigus on jäetud Patendiametile. Sisustamisel ja rakendamisel aga tuleb arvestada ja järgida sh õiguse üldpõhimõtteid. Igasuguste piirangute ning põhiõiguste riivete korral tuleb arvestada, kui kaalukas on see eesmärk, mida abinõuga soovitakse saavutada ning kas see abinõu on iseenesest vajalik, sobiv ja proportsionaalne. Kaebaja märgib, et ka Euroopa Kohus on selgitanud, et nii EL õiguse kui ka EL õigusaktidele tugineva riigisisese õiguse rakendamisel tuleb arvestada EL õiguse üldpõhimõtetega, sh proportsionaalsuse põhimõttega (Riigikohtu 03.11.2016 otsus haldusajal nr 3-3-1-37-16, p 18 ning selles viidatud kohtupraktika), kusjuures proportsionaalsuse põhimõttest tulenevalt peab meede olema sobiv, vajalik ja mõõdukas (Riigikohtu 11.02.2009 otsus haldusajal nr 3-3-1-80-08, p 15). Kui saab valida mitme sobiva meetme vahel, tuleb rakendada kõige vähem piiravat meetet, ning tekitatud piirangud peavad olema vastavuses seatud eesmärkidega (Euroopa Kohtu otsus liidetud kohtuasjades nr C-37/06 ja C-58/06).

Käesolevas asjas vaidlustatud otsuses on keeldumise aluseks KaMS § 9 lg 1 punktid 2 ja 3, mille eesmärgiks on jätta kirjeldavad ja eristusvõimetud tähised vabalt kasutatavaks avalikkuse hüvanguks. Kaebajale jääb arusaamatuks, millist eesmärki täidab käesoleval juhul kaebaja poolt kujundatud tähise teiste hüvanguks vabalt kasutamiseks jätmine. Kõnealusel juhul on kaebaja hinnangul tegemist eelkõige kaubamärgiga, milles visuaalne aspekt mängib tarbijale olulist rolli, köidab tarbija tähelepanu, millest lähtuvalt tarbija kaubamärgi meelde jätab, olenemata sellest, kas tähises sisalduvad kirjeldavad või mittekirjeldavad elemendid. Kaebaja leiab, et tarbijad näevad kaubamärki tervikuna, mis tervikuna tekitab tarbijates teatud kognitiivsed protsessid, tähist tervikuna ei kasutata kaupade-teenuste kirjeldamisel ning tervikuna on see selliselt ka eristusvõimeline, täites kaubamärgifunktsiooni KaMS § 3 tähenduses.

Kaebaja hinnangul ei ole Patendiameti tekitatud piirang vastavuses KaMS § 9 lg 1 punktides 2 ja 3 seatud eesmärkidega, mistõttu ei ole vaidlustatud otsus õiguspärane, piirang ei ole vastavuses seatud eesmärkidega, ning seeläbi on Patendiamet ületanud oma volituspiire.

Kõigest eelöeldust tulenevalt ei nõustu kaebaja Patendiameti keeldumise alustega ning ei leia, et kaebaja kaubamärgi näol on tegemist kirjeldava ja eristusvõimeta tähisega KaMS § 9 lg 1 punktide 2 ja 3 tähenduses keeldutud kaupade/teenuste suhtes, seda eelkõige teenuste „kindlustus; finantstehingud; rahalised tehingud“ osas.

Kaebaja lisab, et hiljutisest minevikust on teada, et varasemalt on kirjeldavaid/eristusvõimetuid sõnu sisaldavaid kujutiskaubamärke, olenemata nende kujundusest, peetud igati registreeritavaks ning Patendiameti ekspertiisipraktika on muutunud tulenevalt CP3 kohaldamisest, arvestades Euroopa Kohtu lahendeid. Kõik need kohtulahendid on samas Euroopa Üldkohtu lahendid, seega ei ole veel kõrgeima astme – Euroopa Kohtu – lahendit sarnastes asjades või samas küsimuses. Nagu ka Patendiamet rõhutab, on iga juhtumi asjaolud erinevad, mistõttu on kaebaja hinnangul küsitav, kas Üldkohtu lahendites esitatud seisukohad on kohaldatavad käesolevale juhtumile.

Kaebaja esitab ka vastuväited KaMS § 9 lg 2 kohaldamata jätmisele Patendiameti poolt. KaMS § 9 lg 2 kohaselt taotluse esitamise kuupäevaks kasutamise tulemusena eristusvõime omandanud kaubamärgi ja üldtuntud kaubamärgi puhul ei kohaldata KaMS § 9 lg 1 punktides 2–4 sätestatud. Kaebaja märgib, et on ekspertiisimenetluses alates 13.12.2019 esitatud vastusest Patendiametile palunud kohaldada KaMS § 9 lõiget 2, paludes peamiselt tuvastada kaebaja kaubamärgi kasutamise tulemusena omandatud eristusvõimet. Kaebaja hinnangul on ta KaMS § 9 lg 2 kohaldamise tõendamiseks esitanud Patendiametile suurel hulgal ja mahukaid tõendeid, sh ka kolmandatest allikatest, mida Patendiamet pole siiski lugenud piisavaks ja kohaseks.

Kaebaja hinnangul ei tohiks olla vaidlust selles, et kaubamärgi omandatud eristusvõime ei teki üleöö, vaid pikaajalise kasutamise tulemusena. Samuti peaks puuduma vaidlus selles, et tähise kasutamine kaubamärgifunktsioonis nõuab arvestatavate ja suurte kulude tegemist ning et see on üks asjaolu, millel on tähise eristusvõime omandamisel teiste asjaolude kõrval oluline. Kaubamärgivaidluste praktikas on vaidlusi lahendavad institutsioonid alati hinnanud ja ühe asjaoluna arvestanud ka seda, kas ja kui palju on tähise omanik tähisesse investeerinud.

Kaebaja on oma seisukohtade põhjendamiseks ja tõendamiseks esitanud Patendiametile dokumentaalseid tõendeid kokku 90 lisa 230 leheküljel, millest enamik on kahepoolsed, sealjuures ei ole enamikku kaebaja esitatud tõendeid koostanud/avaldanud kaebaja ise, vaid need pärinevad või tuginevad kolmandate isikute materjalidele. Kaebaja leiab seetõttu, et ta on esitanud tavatult suurel arvul tõendeid oma seisukohtade tõendamiseks, mis kinnitavad ja tõendavad muu hulgas kaubamärgi omandatud eristusvõimet. Patendiamet ei ole neid siiski lugenud piisavaks, selgitades, et kaebaja

materjalid ei näita piisaval määral asjaomase tarbijaskonna teadmisi, arvamust ja vastukaja kõnealuse tähise kui kaubamärgi kohta. Patendiameti seisukohalt näitaksid seda sellised materjalid, millest nähtuks, et suur osa sihtrühmast tunneb tähise ära kui kindlalt ettevõtjalt pärineva. Patendiameti hinnangul võiksid kaebaja esitatud materjalid seda tõendada üksnes koosmõjus teiste objektiivsete tarbija taju näitavate tõenditega, nagu näiteks turu- või tarbija-uuringud, pikaajaline läbilõige meediaväljavõtetest, foorumitest, blogidest või muu objektiivne kolmandate isikute arvamusi kajastav materjal, mille alusel oleks võimalik järeldada, et tarbija tajub tähist kaubamärgina.

Kaebaja ei leia, et Patendiameti poolt nõutud tõendite esitamine oleks vajalik kasutamise tulemusena omandatud eristusvõime tõendamiseks. Kaebaja hinnangul on Patendiamet nõutavate tõendite esitamisega läinud liiga kaugemale – sisuliselt on kaebajalt nõutud tõendeid, mis kinnitaksid ja tõendaksid kaubamärgi omandatud mainet, kuid kaebaja viitab, et KaMS § 9 lg 2 regulatsioon ei nõua maine tõendamist, vaid pelgalt kasutamise tulemusena omandatud eristusvõime tõendamist, mille tõendite esitamist ja asjakohasust on kaebaja lugenud piisavaks.

Kaebaja leiab, et oluline on silmas pidada KaMS § 9 lg 2 eesmärki, milleks on kaitsta tähiseid, mis jääksid küll kaubamärgiseaduse kaitsealast välja kui kirjeldavad vms, kuid kus ettevõtja on pikaajalise kasutamise käigus panustanud oluliselt määral tähise kasutusse ja reklaami, mille tulemusena on tähis võimeline täitma kaubamärgifunktsiooni. Ka Patendiamet on kaevatava otsuse punktis V (lk 8) viidanud kaubamärgi- ja kohtupraktikale, millest nähtuvalt on oluline üksnes kaubamärgi võime eristada, s.o täita kaubamärgifunktsiooni, mida võivad tõendada erinevad materjalid, mille loetelu pole seadusega reguleeritud. Patendiamet on seevastu kaebajalt nõudnud materjale, mis peaksid tõendama n-ö tulemust – asjaomase tarbijaskonna teadmisi, arvamust ja vastukaja ning et suur osa sihtrühmast tunneb tähise ära. Sisuliselt vastab see asjaomase tarbijaskonna teadlikkuse nõudele kõnealusest tähisest. Kaebaja hinnangul lähevad siin Patendiameti enda seisukohad vastuollu – ühel juhul viidatakse nõutavale materjalile, mille alusel saaks järeldada, et tarbija tajub tähist kaubamärgina (kaevatava otsuse p 4.1 (V), lk 9) ning ülejäänud argumentatsioonis viidatakse nõudele, et tarbija tunneb tähise ära (nt kaevatava otsuse p 4.1 (V), lk 10). Kaebaja leiab, et tähise tajumisel kaubamärgina ja tähise äratundmisel kui kindlalt ettevõtjalt pärinevana on siiski oluline vahe – kui esimesel juhul peaksid tõendid näitama, et tähise pikaajalise kasutuse tulemusena on tarbijad võimelised tajuma tähist kaubamärgina, siis teine seondub tarbija teadlikkusega tähisest, vastates kaubamärgi maine tuvastamisele. Seega lähevad Patendiameti nõudmised liiga kaugemale ning sisuliselt nõuab Patendiamet kaubamärgi mainet tõendavaid materjale, mis ei ole käesoleval juhul asjakohane.

Kaebaja märgib, et vastavalt kohtupraktikale ei tohi tähise kasutamise käigus omandatud eristusvõime testi segi ajada kaubamärgi maine tuvastamise testiga (Euroopa Üldkohtu otsus T-359/12, punktid 119-120 ning seal viidatud kohtupraktika). Ükski Patendiameti poolt viidatud Euroopa Kohtu lahenditest ei sisalda juhust ega põhimõtet, et nõutav oleks tarbija teadlikkuse (teadmised, arvamused, vastukaja) tõendamine. Küll on see vaid üheks teguriks, mida vastavate asjaolude hindamisel võib arvesse võtta, kuid seda ei saa pidada ega lugeda *a priori* eelduseks. Kaebaja hinnangul ei tohiks seega olla vaidlust selles, et tarbija teadlikkus ei ole kriteerium, mida tuleb hinnata tähise omandatud eristusvõime hindamisel, vaid piisab sellest, kui kaebaja on tõendanud tähise pikaajalise kasutamise ning et tähis on omandanud võime identifitseerida asjaomast kaupa või teenust kindlalt ettevõtjalt pärinevana. Kaebaja viitab, et Euroopa Kohus on sedastanud, et otsustades, kas tähis on kasutamise tulemusena omandanud eristusvõime, peab pädev asutus võtma arvesse tõendeid kogumis, kas tähis on omandanud võime identifitseerida asjaomast kaupa kindlalt ettevõtjalt pärinevana (C-108/97 ja C-109/97, p 49). Sama on kinnitanud Euroopa Üldkohus hiljutises (10.06.2020) lahendis T-105/19 (p 62 ja seal viidatud kohtupraktika).

Kaebaja märgib ka, et sõltumata asjaolust, kas kaubamärgil on eristusvõime selle olemusest tulenevalt või see omandati kasutamise tulemusena, tuleb eristusvõimet hinnata ühest küljest seoses taotletavate kaupade ja teenustega ning teisest küljest lähtuvalt asjaomase avalikkuse, mis koosneb kaupade ja teenuste piisavalt informeeritud, mõistlikult tähelepanelikest ja arukatest keskmistest tarbijatest, eeldatavast tajust (C-299/99, punktid 59 ja 63; C-353/03, p 25). KaMS § 9 lg 2 regulatsiooni on varasemalt põhjalikult analüüsinud ka komisjon oma 27.07.2016 lahendis nr 1608-o („SAAREMAA VESI“). Nimetatud lahendis on komisjon muu hulgas leidnud, et KaMS § 9 lg 2 ei eelda, et taotletavat kaubamärki (sh sõnalist tähist) kasutatakse iseseisvalt ning et kaubamärgi seostamine ühe ettevõtjaga ning seega ka eristusvõime omandamine saab tekkida nii kaubamärgi kasutamise tagajärjel teise registreeritud kaubamärgi koostisosana kui ka juhul, kui kaubamärki kasutatakse eristuva kaubamärgina kombinatsioonis registreeritud kaubamärgiga. Lisaks on komisjon selles lahendis väljendanud seisukohta, et kaubamärgi üldtuntust või kasutamise tulemusena eristusvõime omandamist võib küll tõendada asjakohase uuringuga, kuid seda on võimalik tuvastada ka muude tõendite põhjal, mis „kompenseerivad“ tarbijauuringu puudumise. Sellega seoses soovib kaebaja kõigepealt lahendada

Patendiameti vastuolulise seisukoha, justkui kaebaja poolt tähise erinevas vormis varasem kasutus (s.o taotlusest erinevas kujunduses) ei ole käesolevas asjas tähtsust omavate asjaolude tõendamiseks kohane. Vastupidi, kaebaja on pikaajaliselt kasutanud tähist „EST kinnisvara“, mida tõendavad ka esitatud mahukad tõendusmaterjalid, kas tervikuna suur- või väiketähtedes, mis poleidentsuse hindamisel oluline, kuid on seda sõnaühendit kasutanud varasemalt kaubamärgi koosseisus erinevas kujunduses, milliseid tõendeid ei ole Patendiamet samuti pidanud asjakohaseks. Kaebaja hinnangul on tema kaubamärgis eristavana esitatud sõnaühend „EST kinnisvara“, mille kasutamise käigus omandatud eristusvõimele on kaebaja peaaesjalikult tuginenud ja seda tõendanud. Vastavalt varasemale kaubamärgi- ja kohtupraktikale annab selgesti tajutavat sõnalist osa sisaldavates kujunduselementidega kaubamärkides just sõnaline osa kogu kaubamärgile tarbijate poolt koheselt tajutava identiteedi (Euroopa Üldkohtu otsus T-312/03, p 37). Seega on kaebaja hinnangul just sõnaosa „EST kinnisvara“ siin oluline kasutamise käigus omandatud eristusvõime või sellega seotud üldtuntuse hindamisel.

Kaebaja peab vajalikuks ka rõhutada, et KaMS § 9 lõikes 2 sisalduv õigusnorm ei vasta üks-ühele EL seadusandlusele. Kui Euroopa Parlamendi ja nõukogu määruse (EL) 2017/1001 Euroopa Liidu kaubamärgi kohta (EL kaubamärgimäärus) artiklis 7(3) ning KaMS § 9 lg 2 aluseks olev Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi (EL) 2015/2436 (kaubamärgidirektiiv) artiklis 4(4) reguleeritakse vaid tähise kasutamise käigus omandatud eristusvõime küsimust, siis KaMS § 9 lg 2 võimaldab õiguskaitse andmist lisaks ka üldtuntud kaubamärgile. Kuna üldtuntud kaubamärgid on jäänud EL kaubamärgimääruse artiklis 7(3) ja kaubamärgidirektiivi artiklis 4(4) kaitsealast välja, ei ole näiteks ka Euroopa Kohtu praktika käesoleval juhul tõlgendamisel üks-ühele kohaldatav. Eesti seadusandja on KaMS § 9 lg 2 sõnastanud kahe erineva alusena, mis tähendab ühtlasi seda, et üldtuntuse kriteeriumite esinemise analüüs ja tõendamine ei ole automaatselt ja täies mahus samastatav omandatud eristusvõime kriteeriumitega ning vastupidi. Kaebaja hinnangul ei nõua KaMS § 9 lõikes 2 sätte esimene pool (eristusvõime omandamine) nii kõrget tõendamiskoormist kui sätte teine pool (üldtuntus), mistõttu on kaebaja Patendiametile saadetud varasemates seisukohtades esitanud nõude sätte esimese poole alusel, kuid tegelikkuses tuleb asjaolusid hinnata KaMS § 9 lg 2 alusel tervikuna. Patendiamet kui haldusasutus oleks ka omaalgatuslikult võinud hinnata ja pakkuda kaebajale kaubamärgi üldtuntuse tuvastamise võimalust. Patendiamet seda teinud ei ole, mida kaebaja peab kahetsusväärseks. Kaebaja viimasele, 19.10.2021 Patendiametile saadetud vastuskirjas esitatud taotlusele tunnistada kaebaja kaubamärk üldtuntuks, on Patendiamet vastanud eitavalt (kaevatava otsuse p 4.5).

Kaebaja osutab, et KaMS § 7 lg 3 p 1 järgi arvestatakse üldtuntuse tunnistamisel muu hulgas kaubamärgi tuntuse astet Eestis kaubamärgiga tähistatud kaupade või teenustega analoogiliste kaupade või teenuste tegelike ja võimalike tarbijate sektoris, nende kaupade või teenuste jaotusvõrgus tegutsevate isikute sektoris või nende kaupade või teenustega tegelevas ärisektoris. Kaebaja hinnangul on Patendiamet käesoleval juhul vaadelnud ühe sektorina vaid ärisektorit ning teinud seda seejuures põhjendamatult laialt, kaasates sinna kõik kinnisvaraga tegelevad ettevõtted, samuti pangad jm finantsasutused, kes pakuvad kinnisvaralaene ja -kindlustust. Kaebaja arusaama kohaselt tuleb sektorina vaadelda kinnisvara sektorit (kuivõrd kaebaja tähises sisaldub siiski sõna „kinnisvara“, mis on ka kaebaja tegevussfääriks) ning selles olevaid isikute rühmi vastavalt KaMS § 7 lg 3 punktile 1, mitte aga laiendada seda väljapoole.

Kaebaja osutab ka, et vastavalt Maailma Intellektuaalomandi Organisatsiooni (WIPO) üldtuntud kaubamärke käsitlevale juhisele (Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Well-Known Marks (1999)) ei ole üldtuntuseks vajalik kaubamärgi tundmine valdava enamuse tarbijate poolt (WIPO juhise artikkel 2(3)(iii), mida kinnitab ka komisjoni 30.01.2019 lahend 1754-o). WIPO juhise artikli 2(1) kohaselt peab pädev asutus arvesse võtma kõiki asjaolusid, millest võib järeldada, et kaubamärk on üldtuntud. Seejuures ei pea üldtuntuse üle otsustamisel ka arvesse võtma isikute sektoreid, vaid sellistele järeldustele võib jõuda ka muid asjaolusid kaaludes. Seda kinnitab kaebaja hinnangul ka KaMS § 7 lg 3, milles sisalduv „muu hulgas“ ei kohusta järgima sättes sisalduvat asjaolude loetelu, sh isikute sektoreid, vaid piisab ka sellest, kui üldtuntust hinnatakse ja tuvastatakse muude tõendite põhjal. Isegi kui lähtuda sektoritest, leiab kaebaja siiski, et ta on esitanud tõendeid, millest võib järeldada, et kaubamärki „EST kinnisvara“ tuntakse vähemalt vastavate teenuste vahendussektoris (nt kinnisvaraportaaliid). Kaebaja märgib, et nagu on viidanud oma lahendis nr 1608-o ka komisjon, tuleb kõiki esitatud tõendeid hinnata kogumis ja vastastikusel seoses, et tuvastada, kas esinevad kaubamärgi registreerimise alused.

Kaebaja peab oluliseks rõhutada, et käesoleval juhul on tegemist spetsiifilise valdkonnaga, kus teenused pole suunatud laiale tarbijaskonnale, vaid tarbitavad üksnes teatud osa, eelduslikult täiskasvanud ja üldjuhul finantsiliselt paremini kindlustatud Eesti elanikkonna poolt. Teiseks on tegemist valdkonnaga, kus nimetatud tarbijaskond üldjuhul ei arutle foorumites või avalikus meedias erinevate



kinnisvarabüroode üle. Kinnisvara ostul/müügil kasutatakse tänapäeval enamasti kinnisvaraportaalide teenuseid, pööratakse mõne tuttava või soovitatud maakleri poole või tegeletakse kinnisvara ostu-müügiga ise. Sealjuures näiteks kinnisvara ostmisel ei lähtuta kinnisvarabüroost, vaid kinnisvaraobjektist endast. Seega on kaebaja hinnangul tegemist valdkonnaga, kus tõendite esitamine on piiratud nii tarbijaskonna piiratuse tõttu kui ka valdkonna spetsiifikast tulenevalt. Seetõttu on piiratud ka kaebaja võimalused esitada Patendiameti nõutud kolmandate isikute poolt toodetud objektiivseid materjale, näiteks väljavõtteid foorumitest. Kaebaja leiab samas, et on neid asjaolusid näidanud, põhjendanud ja tõendanud muude tõenditega.

Patendiamet valdkonna spetsiifilisuse ja tõendite esitamise piiratusega nõustunud ei ole, leides, et tegu on teenustega, mille tarbijaskonnaks on kogu täisealine avalikkus ning vastavate teenuste kohta jagatakse infot, teadmisi ja arvamusi erinevatel veebilehtedel, foorumites, blogides jne (kaevatava otsuse p 4.9). Kuna kaebaja ei esitanud Patendiameti hinnangul vajalikke materjale ka pikendamisperioodi 13 kuu jooksul, on Patendiamet järeldanud, et vastavasisuliselt materjale reaalse turuolukorra tõttu ei olegi kaebajal esitada. Kaebaja peab sellist Patendiameti järeldust isegi pahatahtlikuks ning leiab, et see, et kaebaja on pikendanud tähtaega, ei seostu kuidagi kaebajale pandud kohustusega teostada tarbijaküsitlust või turu-uuringut. Kaebajal on valikuvõimalus, kuidas ta Patendiameti seisukohtadele ja järelepärimistele vastab ning millal ta seda teeb, seejuures on seadusandja jätnud võimaluse tähtaegu pikendada. Pikendamise soovi selgituseks soovib kaebaja märkida, et tähtaegade pikendamist taotleb kaebaja ja tema esindaja omavahelisel kokkuleppel, sh tulenevalt kaebaja esindaja töökoormusest. Käesoleval juhul on aga tegemist asjaga, mis nõuab aega ning pühendumist. Asjassepuutuvat turusektorit ning selle tarbijaskonda hinnates ei pidanud kaebaja vajalikuks läbi viia kallihinnalist tarbija- või turu-uuringut, mille tulemused juba eos viitavad üldiselt tõdemusele, et sellise uuringu tegemine, sh asjaomase tarbijaskonna tuvastamine, ei pruugi kaebajale antud asjaolude tõendamiseks positiivseid tulemusi anda. See ei tähenda aga kaebaja hinnangul veel seda, et neid KaMS § 9 lõikes 2 sisalduvaid aluseid ja nende kohaldamist ei saaks tõendada muude tõendite põhjal kogumis.

Kaebaja küll nõustub Patendiametiga, et vaadeldavate teenuste tarbijaskonnaks on kogu Eesti täisealine avalikkus, kuid soovib rõhutada, et valdkonna spetsiifikast tulenevalt on Patendiameti nõutud tõendite, sh tarbijaküsitluste ja -uuringute esitamine siiski keeruline ja piiratud. Seda nii kaebaja poolt eespool viidatud põhjustel kui ka järgmiste Eesti elanikkonnast tulenevate asjaolude tõttu:

- asjassepuutuvaid teenuseid tarbib peamiselt Eesti täiskasvanud elanikkond;
- Eesti kogurahvaarv 2019. a alguses oli 1 324 820;
- täiskasvanud (alates 18 a) elanikkonna moodustas 01.01.2019 seisuga 1 104 548 isikut, s.o 83,4% kogurahvaarvust;
- täiskasvanud elanikkonnast elas 01.01.2019 seisuga suhtelises vaesuses 22,1%, s.o üle 244 000 isiku.

Kuivõrd on tegemist valdkonnaga, mis eeldab finantsilist kindlustatust, võib kaebaja hinnangul eelduslikult oletada, et suhtelises vaesuses elavad isikud, kes moodustavad suhteliselt suure osa elanikkonnast, ei puutu ka kõnealuste teenustega kokku. Lisaks sellele ei ole tegemist ka igapäevaselt tarbitavate teenustega. Kaebaja leiab, et eelduslikult tarbib Eesti täiskasvanud elanik asjassepuutuvaid teenuseid eluea jooksul keskmiselt 1-3 korral kinnisvaratehinguid tehes, kinnisvara üürimisel ilmselt sagedamini, kuid siin on oluline tarbijate käitumine kõnealuses valdkonnas, millele kaebaja eespool on viidanud. Kui keegi ka mingitel puhkudel kusagil portaalis või foorumis seisukohta võtab, ei ole see siiski tavapärane ega igapäevane tegevus vastavate teenuste sektoris. Kaebaja järeldab sellest, et käesoleval juhul on valdkonna teenuste sektoris kaubamärgi omandatud eristusvõimet keerulisem tõendada kui tavakaupade ja -teenuste sektoris, mida kaebaja palub tõendite analüüsimisel ja hinnangute andmisel ka arvestada. Kaebaja märgib, et ka Euroopa Kohus on tõdenud, et teatud turuosades on selliseid asjaolusid raskem tõendada (C-217/13 ja C-218/13, p 45). Kaebaja jääb seega seisukohale, et valdkonnaspetsiifikast tulenevalt on kaebaja võimalused Patendiameti poolt nõutava kolmandate isikute poolt toodetud objektiivse materjali esitamiseks piiratud, kuid kaebaja on asjassepuutuvaid asjaolusid näidanud, põhjendanud ja tõendanud muude tõenditega.

KaMS § 9 lg 2 kohaldamiseks piisavad faktilised asjaolud ja tõendid (mis muu hulgas on esitatud ka Patendiametile ekspertiisimenetluse käigus) on kaebaja hinnangul järgmised:

- a) kaebaja on asutatud 02.10.2002, sh ärinime „EST Kinnisvara OÜ“ all tegutsenud alates 07.03.2003 (lisa 5 – siin ja edaspidi on viidatud kaebuse lisadele);
- b) domeeninimi „estkinnisvara.ee“ on registreeritud 2003. aastal (lisa 6 – sealt nähtuvad ka 58 kinnisvaraobjekti kuulutused seisuga 17.05.2003);

- c) kaebaja on pikaajaliselt ja järjepidevalt, vähemalt alates märtsist 2003 kaubamärgifunktsioonis kasutanud tähist „EST kinnisvara“, sh logo oma äritegevuses kõnealuste teenustega seoses, eelkõige seoses kinnisvaratehingutega;
- d) kaebaja kinnisvarabüroo on asunud vahemikus 2004–2007. a Tartus Raekoja platsil aadressil Raekoja plats 20 (maja uks Raekoja platsi poole; büroo tähistatud sildiga „EST Kinnisvara“). Tegemist on ajaloolise majaga ning Tartus väga käidava kohaga – seda tõendab lisana 7 esitatud kaebaja 2006. aasta tutvustus, mille leheküljel 1 on foto hoonest, kus hoone välisukse kohal on silt kaebaja tähisega „EST Kinnisvara +k uju“, lisaks on leheküljel 4 esitatud loetelu koostööpartneritest, sh Hansapank, Sampo Pank, Falck, Tartu Veevärk, Eesti Energia, Elion jne;
- e) kaebaja on Eesti Kinnisvarafirmade Liidu (EKFL) liige alates 30.12.2013 (lisa 8 – EKFL kodulehe väljavõtte). Vastavalt EKFL kodulehe infole on kuulumine EKFL-i kujunenud kinnisvarafirmadele lisaväärtuseks, mis suurendab nende usalduskrediiti;
- f) kaebaja põhifookuses on äriklientuur; eraklientide teenindamine põhilise sihtrühmana lõpetati 2007.–2008. aastal. Kaebaja peamiseks tegevusalaks on klientidele kinnisvara investeerimisvõimaluste leidmine ja nende investeringute haldamine;
- g) kaebaja hallatava kinnisvaraportfelli väärtus oli 11.12.2019 seisuga ca 23 miljonit eurot (2018. a summast ca 18 mln eurot), kaebaja juhitava kinnisvara hulka kuuluvad äripinnad ja -hooned, elamispinnad ning põllumaad. Ettevõtte käive tekib vahendustasudest. Kaebaja on lisanud oma kodulehe väljavõtte, mis näitab tema tegevust ning kinnisvaraportfelli kasvu (lisa 9);
- h) kaebaja kliendiportfell koosneb ligi 100 kliendist;
- i) kaebaja kinnisvarakuulutusi on avaldatud erinevates Eesti kinnisvaraportalides, nt kv.ee, city24.ee. Portaali kv.ee lepinguline klient on olnud vähemalt aastast 2005 (lisa 10 – kv.ee vastuskiri. Kaebaja lisab, et tema andmetel on ta olnud kv.ee lepinguline klient alates 2003, mida oleks võimalik tõendada arvetega, kuid mida menetlusökonoomikast tulenevalt ei pea kaebaja hetkel vajalikuks esitada). 2016. aastal tegi kaebaja kv.ee kaudu kokku 140 tehingut (lisa 11 – internetiarhiivi väljavõtte portaali kv.ee kodulehest seisuga 29.02.2016). Kaebaja märgib, et kuivõrd tal puudub võimalus esitada tõendid kuulutustest portaalis kv.ee (lisa 12), siis on kaebajal vähemalt võimalik esitada andmeid portalidest City24.ee ning Kinnisvara24.ee (s.o portalide vastused järelepärimistele). City24.ee väljavõtte vahemikus 2012–2018 näitab 189 kuulutust klikkide koguarvuga 171 145 (lisad 13–14). Kinnisvara24.ee kuulutuste ajaloo väljavõtte perioodil 2016–2018 näitab 257 kuulutust (lisad 15–16). Kinnisvara24.ee'st on saadud ka tagasiside logole, mis oli lisatud kaebaja profiilile ja kuulutustele nende portaalis (lisad 17–18);
- j) kaebaja on kinnisvarabüroode kategoorias olnud mitmetel aastatel ära märgitud Äripäeva poolt koostatud edetabelites, nt 27.10.2017 avaldatud Äripäeva lisas „Top 100: Eesti edukamad ettevõtted“, avaldades 2016. a näitajad, on kaebaja paigutatud kinnisvarabüroode kategoorias kaebaja ärikasumi top 10-s 8. kohale (ärikasumiga 107 000 eurot). Kinnisvaraportal kv.ee on paigutanud kaebaja 29.02.2016 39. kohale (lisad 11 ja 86–89);
- k) vahemikus 2013.–2018. a ulatusid ettevõtte reklaamikulud üle 43 000 euro, millega reklaamiti muu hulgas erinevates üle-Eestilistes ajalehtedes, nt Postimees, Eesti Päevaleht, Äripäev, Maaleht (Eesti Ekspress), Öhtuleht – reklaamikulude väljavõtte perioodil 2013–2018 on esitatud lisas 19 (konfidentsiaalsuse huvides ilma summadeta). Vastavalt AS Ekspress Grupp 2015. a konsolideeritud majandusaasta aruandele oli nende ajalehtede lugejaskond, ilma digilehtede loetavuseta, aastatel 2014–2015 Turu-uuringute AS uuringule tuginedes järgmine: Postimees 180-200 000, Eesti Päevaleht 80-100 000, Äripäev 40-50 000, Maaleht 120-140 000, Öhtuleht 150-180 000 (lisa 20);
- l) vahemikus 01.01.2012–31.12.2018 on kodulehte www.estkinnisvara.ee külastatud üle 32 000 korra, millest üksikkülastajaid on olnud üle 25 500, sealjuures aastal 2014 on kodulehte külastatud üle 4 000 korra (lisa 21 – Google Analytics väljavõtte);
- m) kaebaja teostab äritegevust ka kodulehe www.maakoht.ee kaudu – kõnealune domeeninimi registreeriti 2008. aastal ja on olnud järjepidevalt kasutuses vähemalt alates 26.08.2008 (lisa 22 – internetiarhiivi väljavõtte). Sellel lehel on esitatud nähtavalt EST KINNISVARA kaubamärk, kodulehel on esitatud info, et tegemist on EST Kinnisvara OÜ poolt loodud portaaliga, maakoht.ee kontaktide e-posti aadressides sisaldub element 'estkinnisvara'. Kodulehte www.maakoht.ee külastati vahemikus 01.01.2012–31.12.2018 üle 11 000 korra, millest üksikkülastajaid oli ligi 11 000 (lisa 23 – Google Analytics väljavõtte). Seega kodulehtede üksikkülastajaid, kes kaebaja kaubamärgiga kokku on puutunud, on olnud kokku ca 36 500;
- n) perioodil veebruar 2014 – märts 2015 tegi ettevõtte raadioreklaami Kuku raadios, s.o 'EST Kinnisvara' ja 'maakoht.ee' raadioreklaami, mille klippide teksti luges üks Eesti tuntumaid ja tunnustatumaid lauljaid Ivo Linna, kelle hääl on audios äratuntav ning tähelepannev (lisa 24). Neid reklaame lasti raadioeetrisse ülalviidatud ajavahemikul iga nädal 50 korral, sh 'EST Kinnisvara' reklaami 35 korral. Raadioreklaami tellimus ja meediaplaan raadioreklaami osas on esitatud lisades 25 ja 26. Uuringufirma TNS Emor andmetel kuulas raadiot Kuku perioodil 03.12.2014–03.03.2015 119 000 kuulajat (12–74 vanuste Eesti elanike seas) ning radio Kuku oli sel perioodil kuulatavuselt 7. kohal (lisa 27);

- o) Google 12.10.2019 otsingu tulemus sõnaühendile „EST kinnisvara“ andis 9150 tulemust (lisa 28). Kuigi tegemist on kaubamärgitaotlusele järgneva perioodiga, võib selline märkimisväärne tulemuste arv kaebaja hinnangul anda kaudseid tõendeid ka taotlusele eelneva ajaperioodi kohta;
- p) kaebaja sotsiaalmeedias: Facebookis oli 09.12.2019 seisuga kaebajal 611 jälgijat (Facebooki konto: <https://www.facebook.com/ESTKinnisvara>) (lisa 29), Youtube'i oli 2018. aastal üles laetud 4 kaebaja reklaami (neil vaatamisi vastavalt 78, 103, 415 ja 237 korda) (lisa 30);
- q) äriregistrile esitatud majandusaasta aruannete järgi olid kaebaja kaubamärgitaotluse esitamisele eelnevate viimaste aastate olulisemad näitajad järgmised:

Majandusaasta	Käive (eurodes)	Kasum
2013	188 598	31 197
2014	212 039	55 157
2015	244 856	81 216
2016	250 586	106 799
2017	317 497	70 632
2018	281 067	16 965

Tabel näitab, et kaebaja on olnud järjepidevalt ja jätkuvalt tegev;

r) läbi ajaloo on kaebajat puudutavaid artikleid avaldatud erinevates Eesti üleriiklikes ajalehtedes Äripäev, Postimees jne. Kuigi artiklid ei käsitle otse kaebajat, need siiski puudutavad teda ning tähelepanelikum lugeja täheldab ka artiklites sisalduvad viited kaebajale (lisa 65–85);

s) kaebaja on reklaaminud end kaubamärgiga „EST kinnisvara“ erinevatel kinnistutel üle Eesti kogu tegevusaja jooksul, sh on tehtud reklaame hoonetel ja kaubanduskeskustes reklaamstendidega, samuti on tehtud kliendipäevi koostöös pankadega. Kaebaja märgib, et kahetsusväärset pole säilinud või puudub sellekohane fotojäädvustustega ajalooarhiiv, kuid siiski on arhiivist leitud mõningad fotod, mille kaebaja siinkohal esitab näitlikustamiseks (lisa 31–61);

t) kaebaja on avaldanud kinnisvarakuulutusi erinevates üle-Eestilistes ajalehtedes, nt Postimees, Eesti Päevaleht, Äripäev, Maaleht (Eesti Ekspress), Õhtuleht – näitlikustamiseks on kaebaja esitanud lisa 90–100.

Kaebaja märgib, et vastavalt 02.12.2018 avaldatud LVM Kinnisvara kinnisvaraportaali TOP 2018'le on kõigi kolme eespool mainitud kinnisvaraportaali kv.ee, Kinnisvara24.ee ja City24.ee puhul tegemist esikolmikusse kuuluvate portaalidega 2018. aastal, seda nii müügipakkumiste kui pingerea ja pakkumiste arvu alusel (lisa 62). Seega on kaebaja ning tema tähis „EST kinnisvara“ olnud nähtav ja kasutusel ning seda mitmeid aastaid enne kaubamärgi registreerimistaotluse esitamist muu hulgas kõnealuste kinnisvaraportaali kaudu. Kaebaja hinnangul on tänapäeval tavapärane, et kinnisvarakuulutusi vaadatakse eelkõige internetiportalides, seega võib öelda, et kaebaja tähisega on kokku puutunud palju asjaomasesse tarbijaskonnast, samuti võib jõuda järeldusele, et vähemalt suhteline osa asjaomasesse avalikkusest on võimeline eristama tänu kaebaja kaubamärgile asjaomaseid teenuseid kindlalt ettevõtjalt pärinevatena. Kaebaja esitatud faktidele ja tõenditele tuginedes on kaebaja seisukohal, et vähemalt teatud osa asjaomasesse avalikkusest on kaebajast ja tema tegevusest teadlik, kui ka peaks sellist teadlikkust näitama ja tõendama (mida kaebaja siiski ei leia).

Kaebaja tegevusvaldkond on muu kinnisvarahaldus või haldusega seotud tegevused, äriregistris EMTAK koodiga 68329. Samas valdkonnas tegutsevaid ettevõtteid oli 2020. aasta seisuga kokku 796 (lisa 63 – inforegister.ee väljavõte). Statistikaameti andmetel oli kinnisvaraalase tegevusega 2015. aastal hõivatud 5544 ettevõtet (lisa 64). Arvestades valdkonnas tegutsevate isikute koguhulka ning kaebaja positsiooni turul, sh erinevates edetabelites eelkõige aastatel 2013–2016, leiab kaebaja, et tuleb tunnustada kaebaja tuntust ja teadlikkust asjaomasesse turusektoris. Kaebaja on seega panustanud paljude aastate jooksul oma äritegevusse tähisega „EST kinnisvara“, mistõttu on kaebaja hinnangul tema tähis „EST kinnisvara“ vähemalt kasutamise tulemusena omandanud eristusvõime.

Kaebaja peab ebapädevaiks Patendiameti viiteid, justkui on kaebaja aktiivse tegutsemise ajajärk jäänud taotluse esitamisest peamiselt kolme-nelja aasta tagusesse aega, kasum on alates 2016. aastast kahanenud ning tähise aktiivne reklaamisperiood on jäänud aastatesse 2014–2015. Kaebaja peab eelkõige ebapädevaks kasumi vähenemise argumenti, kuivõrd ettevõtte kasumi näitaja tekib tuludekulude vahest – ettevõtte käive (n-õ tulude allikas) aga on alates 2016. aastast suurenenud. Kaebaja leiab ka, et kasutamise tulemusena omandatud eristusvõime tõendamiseks ei ole kaebaja seisukohalt taotluse esitamisele eelnenud ajaline lõik nii oluline, vaid oluline on näidata, et kaebaja on tähist

pikaajaliselt kasutanud tõendamaks tähise võimet identifitseerida asjaomaseid teenuseid konkreetselt ettevõtjalt pärinevana. Seda on kaebaja enda esitatud tõenditega ka teinud. Kuigi enamik esitatud tõendeid artiklite, reklaamide ja kuulutuste näol pärinevad ajast kuni 2015. aastani, siis need materjalid ja faktid kinnitavad, et kaebaja on oma tähisega olnud jätkuvalt tegev ka pärast 2015. aastat. Kaebaja viitab siinkohal valikule eespool viidatud tõenditest.

Kaebaja leiab, et kõik tõendid kogumis kinnitavad ja tõendavad kaebaja jätkuvat tegutsemist tähise „EST kinnisvara“ all ka pärast 2015. aastat. Patendiametil puudub seega alus väita, justkui ei oleks kaebaja jätkanud oma tegevust ning katkestanud mingiks ajaks tähise kasutamise, väites, et kaebaja aktiivne tegutsemisperiood jääb taotluse esitamise seisuga mitme aasta tagusesse aega. Tõepoolest, kaebaja seaduslik esindaja ja juht on vahemikus 2015–2017 olnud Elva linnapea ametipositsioonis, mis on mingil määral piiranud ettevõtte reklaamitegevust, kuid kaebaja on tegelikkuses olnud tegev ning jätkanud tegevust ja tähise kasutamist ka sellel ajavahemikul ning peale seda (sh teiste isikute kaasabil), mida tõendavad ja kajastavad kaebaja poolt esitatud tõendid. Seda, et mingil perioodil on ettevõtte reklaamitegevus olnud vähem aktiivne, ei saa kaebaja hinnangul kuidagi vaadelda põhjusena tähise kasutamise tulemusena omandatud eristusvõime tuvastamisest keeldumiseks. Pealegi ei saa kaebaja hinnangul temalt nõuda tõendeid selle kohta, et „tarbija tähise ka kaubamärgina ära tunneb“. Kaebaja märgib, et ka Patendiamet ise kinnitab, et „tähist võib olla kasutatud viisil, mis võiks avalikkuse silmis tekitada võime neid teenuseid kaebajaga seostada“ (kaevatava otsuse p 4.3).

Kaebaja leiab, et avalikkus on võimeline seostama tähist „EST kinnisvara“ konkreetselt ühe ettevõtjaga, s.o kaebajaga, ning seda ka esitatud tõenditele tuginedes. Võimalik, et tarbija ei seosta tähist otseselt kaebajaga, mis asjaomaseid teenuseid arvesse võttes oleks ka keeruline, kuid see pole vastavalt viidatud kohtupraktikale oluline, kuna piisavaks saab lugeda, kui asjaomane avalikkus tajub, et taotletud kaubamärgiga tähistatud teenused on pärit/seotud ühe ettevõttega. Seejuures kaebusele lisatud tõendid näitavad kaebaja hinnangul, et tähise kasutamisel on silmas peetud just kaebajat ning üksnes kaebaja poolt pakutavaid teenuseid. Kaebaja leiab, et esitatud tõendid kaubamärgi tegeliku kasutamise kohta on asjakohased ja kogumis tõendavad, et asjaomane avalikkus tajub kaebaja kaubamarki viitena kõnealuste teenuste kaubanduslikule päritolule. Kaebaja peab oluliseks märkida ja arvestada, et ükski teine ettevõtja ei kasuta ega ole kasutanud tähist „EST kinnisvara“ nende teenuste tähistamisel ning puudub oht, et tarbija seostaks kaubamarki „EST kinnisvara“ mõne teise ettevõtte poolt pakutavate identsete/samaliigiliste teenustega. See võimaldab teha järelduse, et ka tarbijad tajuvad tähist „EST kinnisvara“ kaubamärgina, millega tähistatud teenused pärinevad ühest kindast allikast, mitte eristusvõimeta ja kirjeldava tähisena.

Seoses oma kaubamärgi üldtuntusega kordab kaebaja, et nõutav ei ole tähise üldtuntus valdavale enamusele keskmistele Eesti tarbijatele, vaid piisavaks saab lugeda tähise tuntust üksnes kas äri- (nt konkurendid ehk teised kinnisvarabürood), vahendus- (nt kinnisvaraportaaliid) või tarbijate (nt tegelikud või potentsiaalsed kinnisvara ostjad) sektoris. Kaebaja leiab, et on tuntud tegija eespool käsitletud TOP 3 kinnisvaraportaali seas, mille kaudu ta on pikka aega oma kinnisvarakuulutusi vahendanud. Kuivõrd need kolm kinnisvaraportaali on Eestis kõige kasutatavamad portaalid, siis kaebaja leiab, et menetlusökonoomika põhimõttest tulenevalt puudub tal vajadus esitada täiendavaid tõendeid näitamaks ja tõendamaks asjaolu, et valdav enamus vahendussektoris (või mõnes muus sektoris) tegutsevatest isikutest tunneb kaubamarki „EST kinnisvara“ (KaMS § 7 lg 3 p 1 ja § 7 lg 4). Sellest tulenevalt leiab kaebaja, et kui tema kaubamarki „EST kinnisvara“ pole võimalik tunnistada registreeritavaks kasutamise tulemusena omandatud eristusvõime alusel ehk KaMS § 9 lg 2 sätte esimese poole alusel, tuleb komisjonil lugeda kaubamärk „EST kinnisvara“ üldtuntuks KaMS § 9 lg 2 sätte teise poole ja KaMS § 7 alusel.

Kaebaja märgib, et tähisele õiguskaitsese tagamine on oluline, kuna kaebaja poolt tehtud jõupingutuste tulemusena ei soovi kaebaja, et mõni muu ettevõtja hakkaks kasutama identset/sarnast tähist asjaomaste teenuste suhtes. Patendiameti poolne keeldumine KaMS § 9 lg 2 kohaldamisest ei oleks KaMS § 9 lg 2 mõtet ja eesmärki silmas pidades asjakohane ega õigustatud. Tähis „EST kinnisvara + kuju“ täidab kaubamärgifunktsiooni ning seda vähemalt pikaajalise kasutamise tulemusena (sõnamärgina või logona, milles sisaldub selgelt ja eristuvalt sõnaühend „EST kinnisvara“). Asjaomane avalikkus on võimeline tajuma tähist kaubamärgina ning eristama kõnealuse tähisega tähistatud teenuseid teiste isikute samaliigilistest teenustest, täites seeläbi KaMS §-s 3 sätestatud nõuet. Tähis on omandanud võime identifitseerida asjaomaseid teenuseid kindlalt ettevõtjalt pärinevana. Tähist, sh ka üksnes sõnakombinatsiooni „EST kinnisvara“ ei kasuta ükski teine isik asjaomaste teenuste suhtes, vaid seda teeb ainult kaebaja. Seega on tähise „EST kinnisvara“ seostamine mistahes muude isikutega käesoleval juhul välistatud.

Kõigest eeltoodust tulenevalt leiab kaebaja kokkuvõtlikult, et käesoleval juhul ei ole kohaldatavad KaMS § 9 lg 1 punktide 2 ja 3 tulenevad registreerimisest keeldumise alused. Igal juhul puuduvad registreerimisest keeldumise alused järgmiste teenuste osas: *kindlustus; finantstehingud; rahalised tehingud*. Kui peaks ka tuvastatama, et kaubamärk „EST kinnisvara + kuju“ ei ole registreeritav KaMS § 9 lg 1 punktide 2 ja 3 alusel (kas osa või kõigi teenuste suhtes), palub kaebaja kohaldada KaMS § 9 lõikest 2 tulenevat erinormi, millega palub lugeda tähise „EST kinnisvara“ (sh kaubamärgitaotluses nr M201900017 esitatud kujul) registreeritavaks kaubamärgiga hõlmatud kõigi (või vajadusel osa) teenuste osas klassis 36 seoses tähise kasutamise tulemusena omandatud eristusvõimega või selle üldtuntusega.

Kaebaja palub komisjonil kaebus rahuldada, tühistada täielikult kaubamärgi „EST kinnisvara + kuju“ kohta tehtud Patendiameti otsus seoses kaubamärgi registreerimisest keeldumisega ja kohustada Patendiametit jätkama menetlust komisjoni otsuses toodud asjaolusid arvestades. Samuti palub kaebaja maksta talle tagasi kaebuse esitamisel tasutud riigilõiv.

Ülevaatlikkuse huvides on kaebaja kaebuse lõppu lisanud tabeli kujul kokkuvõtte Eesti meediast kogutud tõenditest, milles on keskendutud perioodile 2012–2018.

Kaebusele on lisaks riigilõivu tasumise maksekorraldusele lisatud kaevatav Patendiameti 28.12.2021 otsus nr 7/M201900017, kaebaja kaubamärgitaotluse nr M201900017 väljavõte Patendiameti kaubamärkide andmebaasist, registreeritud kaubamärgi „EESTI KINNISVARA + kuju“ (reg nr 56677) väljavõte Patendiameti kaubamärkide andmebaasist, üldtuntud kaubamärke käsitlev WIPO juhis „Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Well-Known Marks“ ning lisadena 5–100 käesolevas otsuses eespool käsitletud tõendid.

Komisjon võttis kaebuse menetluse **18.03.2022** ning võimaldas Patendiametil esitada kaebuse kohta oma seisukoha hiljemalt 19.04.2022.

**19.04.2022** esitas Patendiamet komisjonile oma seisukoha kaebuse kohta. Patendiamet vaidleb kaebusele vastu ja leiab, et otsus, millega amet keeldus kaebaja kaubamärgi „EST kinnisvara + kuju“ registreerimisest klassis 36 KaMS § 9 lg 1 punktide 2 ja 3 ning § 39 lg 2 alusel, on seaduslik ja põhjendatud.

Seoses KaMS § 9 lg 1 punktiga 3 märgib Patendiamet, et selle sätte kohaselt ei saa registreerida kaubamärke, mis koosnevad üksnes tähistest, mida on võimalik kasutada nende kaupade või teenuste kirjeldamiseks, mille suhtes märgi registreerimist soovitakse. Sätte eesmärgiks olev avalik huvi nõuab, et kõik tähised, mida on võimalik äritegevuses kasutada nende kaupade või teenuste kirjeldamiseks, mille suhtes märgi registreerimist soovitakse, peavad jääma vabalt kasutatavaks kõigile ettevõtjatele selleks, et neil oleks võimalik neid tähiseid kasutada oma kaupade või teenuste samade iseloomulike tunnuste kirjeldamiseks.

Kaebaja on registreerimiseks esitanud tähise, mille sõnalise osa moodustab väljend „EST kinnisvara“. „EST“ tähenduseks on seejuures „Eesti“ (vt Eesti õigekeelsussõnaraamat 2018). Kaitset taotletakse klassi 36 teenustele „kindlustus; finantstehingud; rahalised tehingud; kinnisvaratehingud, sh kinnisvara haldamine, juhtimine, hindamine, üürimine, rentimine, kinnisvaramaaklerlus“. Patendiamet leiab, et tähise sõnaline osa „EST kinnisvara“ osutub nimetatud teenuste osas nende liiki ja geograafilist päritolu kirjeldavaks. Nimelt annab tähis tarbijale üksnes infot, et tegu on Eestis osutatavate, kinnisvaraga seotud teenustega – vastavalt kas kinnisvaratehingutega, kindlustuse puhul kinnisvarakindlustuse või finantstehingute puhul nt kinnisvaralaenuga vms – või et need teenused on seotud Eesti päritolu kinnisvaraga. Samuti on Patendiameti hinnangul kirjeldav tähise koosseisus olev lihtne Eesti kontuurkaardi kujutis. Patendiamet leiab nimelt, et Eesti tarbija tunneb kujutises koheselt ära Eesti kaardi ning keskmise tarbija jaoks näitab see üksnes teenuste geograafilist päritolu. Ka vastavalt kohtupraktikale võib tähise koosseisus olev kaardikujutis näidata geograafilist päritolu (Euroopa Üldkohtu otsus T-10/19, p 29). Sellest tulenevalt jõudis Patendiamet järeldusele, et tähist „EST kinnisvara + kuju“ on võimalik kasutada taotluses nimetatud klassi 36 teenuste kirjeldamiseks, mistõttu ei ole tähis KaMS § 9 lg 1 punktist 3 tulenevalt kaubamärgina registreeritav.

Seoses KaMS § 9 lg 1 punktiga 2 märgib Patendiamet, et selle sätte kohaselt ei saa õiguskaitsset tähis, millel puudub eristusvõime, kaasa arvatud üksik stiliseerimata täht, üksik stiliseerimata arv või üksik värv. Eristusvõime hindamisel tuleb arvestada esiteks kaupu ja teenuseid, mille tähistamiseks kaubamärgi registreerimist taotletakse, ja teiseks tuleb hinnata registreerimiseks esitatud tähise tajumist asjassepuutuva avalikkuse poolt, kelleks on vastava kauba või teenuse keskmine tarbija, kes on

piisavalt informeeritud ja mõistlikult tähelepanelik ning arukas (Euroopa Kohtu otsus C-363/99, p 34). Kõnealuste klassi 36 teenuste asjaomaseks tarbijaskonnaks on Patendiameti hinnangul kogu avalikkus, mistõttu tuleb tähist vaadata Eesti keskmise tarbija seisukohalt, kes on piisavalt informeeritud ning mõistlikult tähelepanelik ja arukas.

Nagu Patendiamet on selgitanud, osutub kaebaja tähis taotluses nimetatud klassi 36 teenuste osas kirjeldavaks. Kohtupraktikast tuleneb, et sõnamärk, mis on kaupade või teenuste omadusi kirjeldav, on samade kaupade või teenuste suhtes ka eristusvõimetu (Euroopa Kohtu otsused C-363/99, p 86 ja C-265/00, p 19). Patendiamet leiab, et kuigi kaebaja tähise kujunduselement – täppidest koosnev sinine Eesti kontuurkaart – annab tähisele teatud stiliseerituse, on see olemuselt siiski eristusvõimetu ega lisa kaubamärgile tervikuna eristatavust. Kujutiselemendil puuduvad omadused, mille tõttu saaks kaubamärk täita oma põhifunktsiooni seoses kaebaja klassi 36 teenustega ning see ei ole piisav, et juhtida tarbija tähelepanu kõrvale tähise kirjeldavalt tähenduselt, vaid üksnes rõhutab ja toetab selle kirjeldavat tähendust, kuivõrd tarbija tunneb selles koheselt ära Eesti kaardi. Euroopa Kohtu praktikast tuleneb, et kui elementidel ja nende ühendamise viisil puuduvad omadused, mille tõttu saaks kaubamärk täita oma põhifunktsiooni seoses kaubamärgi taotlusega hõlmatud kaupade ja teenustega, on tähis eristusvõimetu (C-37/03, p 74). Euroopa Üldkohus on leidnud, et kaubamärgi registreerimisest keeldumine on õigustatud, kui märgile lisatud kujutiselement üksnes rõhutab märgi kirjeldavat sõnumit (T-64/16, p 26). Analoogilisele seisukohale on kohus asunud ka otsuses T-623/15, punktid 50 ja 51. Sellest tulenevalt ei ole Patendiameti hinnangul kaebaja tähis ka KaMS § 9 lg 1 punktist 2 tulenevalt taotluses nimetatud klassi 36 teenuste osas kaubamärgina registreeritav.

Kaebaja vastuväidetele KaMS § 9 lg 1 punktides 2 ja 3 sätestatud keeldumisaluste kohaldamisega seoses esitab Patendiamet omakorda järgmised vastuväited.

Kaebaja on leidnud, et asjaomane tarbija (kelleks on peamiselt ärikliendid) on piisavalt teadlik ja informeeritud, et kinnisvaravaldkonnas tegutsevad ettevõtted ei pruugi olla seotud vaid Eestis osutatavate kinnisvarateenustega või Eesti kinnisvaraga – selles valdkonnas tegutsevate ettevõtete tegevus ei piirdu kaebaja sõnul tavaliselt Eestiga, vaid on tavapärane, kui Eesti kinnisvarabürood vahendavad teenuseid ka välismaal. Kaebaja ei pea seega usutavaks, et asjassepuutuv tarbija eeldaks vaatlusaluste teenuste ja kaubamärgiga kokku puutudes tingimata, et need teenused seostuksid vaid Eestiga. Patendiamet leiab, et isegi kui eeldada, et kinnisvaravaldkonna ettevõtete tegevus ei piirdu tavapäraselt ainult Eestiga, et mõjuta see kuidagi seda, kuidas tarbija käesoleval juhul tähist tajub. Kaebaja osutatavaid teenuseid saab osutada Eestis ja nende osas on kaubamärk igal juhul kirjeldav. Kinnisvarateenuste võimalik vahendamine välismaal ei välista seda, et kaubamärki registreerides omandab kaebaja teenuste loetelust lähtuvalt ainuõiguse viidata, et tema teenused pärinevad Eestist või et pakutakse müügiiks Eestist pärinevat kinnisvara.

Kaebaja on leidnud, et tema tähisel puudub mistahes otsene ja konkreetne seos teenustega „kindlustus; finantstehingud; rahalised tehingud“, mistõttu mainitud teenuste osas puudub KaMS § 9 lg 1 punktide 2 ja 3 kohaldamise alus. Patendiamet leiab, et tähis „EST kinnisvara“ on neid teenuseid kirjeldav, andes tarbijale üksnes infot, et tegu on Eestis osutatavate kinnisvaraga seotud teenustega – vastavalt kas kinnisvaratehingutega, kindlustuse puhul kinnisvarakindlustuse või finantstehingute puhul näiteks kinnisvaralaenuga. Seoses kaebaja viidatud Riigikohtu lahendiga (2-12-6665, p 16.4) märgib Patendiamet, et ei väidagi, et kindlustus- ja finantstehingud oleksid seotud üksnes kinnisvaraga. Siiski võivad nad seotud olla ja ongi seotud Patendiameti poolt välja toodud ühenduslülide kaudu. Amet leiab, et nähes finantstehingutega seoses sõna „kinnisvara“, saab tarbija koheselt aru, et tegu on kinnisvara-alaste finantstehingutega (nt antakse laenu kinnisvara soetamiseks, remondiks jne). Sama puudutab kindlustusteenuseid.

Kaebaja on leidnud, et tema tähis tervikuna ei kirjelda kõnealuseid teenuseid – tähises sisalduvat sõnalist elementi „EST kinnisvara“ ja tähise kujundust, eelkõige konkreetset värvikombinatsiooni, ei kasutata tavakäibes ja äritegevuses nendele teenustele viitamisel. Patendiamet osutab, et praegusel juhul on keeldumise aluseks KaMS § 9 lg 1 punktid 2 ja 3 ja mitte KaMS § 9 lg 1 p 4, st Patendiamet ei olegi väitnud, et tegu on tähisega, mida tavapäraselt vaatlusaluste teenustega seoses äritegevuses kasutatakse. Seoses kaebaja viidatud komisjoni varasema praktikaga (otsus nr 1409-o) toob amet välja, et komisjon on ka kinnitanud, et kaubamärgi kaitstavuse seisukohast ei ole oluline, kas tähise kasutamisest huvitatud konkurent on vähe või palju ning kas tähist on mingi perioodi jooksul juba kasutatud või üritatud kasutada – kui kaubamärgil on absoluutsed õiguskaitselised välistavad tunnused, ei lisa ka tegelike või potentsiaalsete konkurentide puudumine kaubamärgile eristusvõimet ega seega kaitstavust (komisjoni otsus nr 798-o). Ka kaebaja poolt viidatud otsusest hilisemas komisjoni otsuses nr 1542-o („PILVEPRINT“) on komisjon öelnud muu hulgas, et tähisega „PILVEPRINT“ on võimalik kirjeldada „pilve“ kaudu printimist ja seonduvaid teenuseid ka juhul, kui selline kirjeldamine ei ole üldine

ega tavaline (vt ka Euroopa Kohtu otsus C-363/99, p 61). Patendiamet märgib, et Euroopa Kohtu praktika kohaselt peab tähis, mida võib teenuse kirjeldamiseks kasutada, jääma vabaks kasutamiseks, kusjuures ei ole oluline, kas keegi teine kasutab seda tähist või kas sama teabe edastamiseks on olemas ka teisi tavapärasemaid, enam levinud viise, mida konkurendid võiksid oma teenustest teavitamisel kasutada (C-363/99, p 61; C-265/00, p 42).

Kaebaja on leidnud, et käesoleval juhul on tegemist kaebaja poolt kujundatud tähisega, milles muu hulgas on tema kujundatud ja stiliseeritud värviline kujutis – s.o puudub vajadus jätta selline tähis tervikuna vabalt kasutatavaks kõigile ettevõtjatele antud teenuste kirjeldamisel. Kaebaja hinnangul on tähise koosseisus olev abstraktses kujunduses sinist värvi Eestimaa kujund tarbijatele hästi märgatav ja pilkupüüdev ning tähis on selles kujunduses võimeline eristama erinevate isikute tooteid/teenuseid. Patendiamet leiab, et kui märgi kirjeldavus on juba tuvastatud ekspertiisis, siis on tegemist tähisega, mis peab jääma vabaks kasutamiseks. Kui tähis on tajutav kaupade-teenustega seoses tarbijale üksnes kui tähise kohta kirjeldavat infot andev, siis see tähendabki, et ettevõtjad võivad sellist tähist küll äritegevuses kasutada, kuid ei saa seda samas kaubamärgina registreerida. Nagu Patendiamet on juba selgitanud, osutub kaebaja tähis üksnes taotluses nimetatud teenuste geograafilist päritolu näitavaks ning on eristusvõimetu. Patendiameti hinnangul on kaubamärgis sisalduva kujutise näol tegu Eesti liitsa, ühevärvilise kontuurkaardiga, mida tarbija ei taju mitte teenuste kaubandusliku päritolu, vaid üksnes teenuste geograafilise päritolu näitaja ning eristusvõimetu kujundina. See sõnalisele osale lisatud kujunduselement ei ole piisav, et juhtida tarbija tähelepanu kõrvale sõnalise tähise kirjeldavalt tähenduselt, vaid vastupidi, rõhutab seda. Seda, et sellisel juhul on õigustatud kaubamärgi registreerimisest keeldumine, on leitud Euroopa Üldkohtu otsuses T-64/16, p 26. Analoogilistele seisukohtadele on kohus asunud otsustes T-559/10, punktid 25 ja 27, T-366/12, punktid 29 ja 33 ning T-623/15, p 51. Et kaardi kujutis kaubamärgi koosseisus saab kirjeldada kaupade ja teenuste geograafilist päritolu, on kohus kinnitanud otsuses T-10/19.

Patendiamet ei nõustu kaebaja seisukohtadega, et EUIPO ja EL liikmesriikide ühise praktika dokumendi CP3 kohaldamine ekspertiisis on õigusvastane ja vastuolus põhiseadusega. Patendiamet osutab, et põhiseaduse kohaselt võib õigusi ja vabadusi piirata kooskõlas seadusega ning käesoleval juhul tuleneb õiguste piiramine KaMS § 9 lg 1 punktide 2 ja 3. Patendiameti keeldumise õiguslik alus ei ole CP3, vaid kaubamärgiseadus. Kaebaja tähise analüüs ei sõltu mitte dokumendi CP3 kui sellise olemasolust, vaid selle aluseks on kaubamärgiseadus ja Patendiameti praeguseks välja kujunenud ekspertiisipraktika (mis on kujunenud muu hulgas Euroopa Kohtu lahendite põhjal). Patendiamet märgib, et CP3 on üks õiguse tõlgendamise aluseid, mis on loodud eesmärgiga koondada ja formuleerida Euroopa Liidu ametite, sh Eesti Patendiameti praktikat kujutismärkide osas ühes dokumendis, st tegu on Patendiameti ekspertiisisuunisega. Vastupidiselt kaebajale leiab Patendiamet, et selline dokument muudab registreerimisprotsessi tõhusamaks ka kaubamärgitaotlejate jaoks, tagades selgema ja läbipaistvama menetluse (st taotleja saab otsustada, kas tema tähise kujundus on registreerimiseks pigem piisav või mitte). Nagu on öeldud ka kõnealuses ühisteatises, kajastab programm nii riigisiseste ametite, Beneluxi intellektuaalomandiameti, EUIPO kui ka kasutajate ühist tahet viia EL intellektuaalomandiametid uude ajastusse, kujundades järk-järgult välja koostalitlusvõimelise Euroopa koostöövõrgustiku, mis aitab tugevdada intellektuaalomandi kaitset Euroopas. Programmi eesmärk on tagada selgus, õiguskindlus, kvaliteet ja kasutatavus nii taotlejatele kui ka ametitele ning pakkuda nendel teemadel teavet. Eesmärgi saavutamiseks tehakse koostööd praktika ühtlustamiseks, mis toob märkimisväärset kasu nii kasutajatele kui ka intellektuaalomandiametitele. Seetõttu leiab Patendiamet, et viitamine ühisteatise sisalduvatele põhimõtetele on käesoleval juhul igati põhjendatud.

Lisaks juhib Patendiamet tähelepanu, et ühise praktika dokument ei ole EUIPO koostatud, st see ei ole EL institutsiooni arvamus ega soovitus, vaid EL ametite omavahel kokku lepitud praktika, mis loob taotlejate jaoks õiguskindlust. Patendiamet on nõustunud seda praktikat järgima ja õiguskindluse pakkumine ei saa Patendiameti hinnangul olla vastuolus põhiseadusega. KaMS § 9 lg 1 p 3 järgimisega ei eirata õiguse üldpõhimõtteid, vaid vastupidi, järgitakse põhimõtet mitte registreerida kirjeldavaid kaubamärke.

Patendiamet ei nõustu ka kaebaja seisukohaga, et kuivõrd kaebaja tähis ei sisalda lihtsat geomeetrilist kujutist, mis on CP3 kohaldamise kriteeriumiks, millele Patendiamet käesoleval juhtumil rõhub, ei riku selline kujund ka CP3 kriteeriume. Patendiamet leiab, et praegusel juhul on kujutiselement otseselt seotud taotluses nimetatud teenustega, näidates nende geograafilist (Eesti) päritolu ning üksnes rõhutades tähises sisalduva sõnalise elemendi „EST“ tähendust ja sisu. Patendiamet kordab, et otsuses T-64/16, p 26 leidis Euroopa Üldkohus, et kaubamärgi registreerimisest keeldumine on õigustatud, kui märgile lisatud kujutiselement üksnes rõhutab märgi kirjeldavat sõnumit, analoogilisele seisukohale on kohus asunud otsustes T-559/1, punktid 25 ja 27, T-366/12, punktid 29 ja 33. Lisaks on kohus otsuses

T-789/16, punktid 38 ja 44 järelanud, et kujutiselement, mis rõhutab ja toetab kaubamärgi kirjeldavat sõnumit, ei muuda kaubamärki eristusvõimeliseks.

Kaebaja on leidnud, et Patendiamet on rikkunud kaubamärgitaotlejate võrdse kohtlemise printsiipi, registreerides kaubamärgi „EESTI KINNISVARA + kuju“ (reg nr 56677), samas kui kaebaja hinnangul oleks selle tähise registreerimisest tulnud eespool viidatud ühisteatisest lähtuvalt samuti keelduma. Patendiamet leiab, et tegu on erinevate märkide ja erinevate asjaoludega, mistõttu ei ole kaebaja võrdlus asjakohane. Tõsiasi, et kaubamärgis nr 56677 on kasutatud Eesti lipu värve, ei muuda Patendiameti hinnangul neid märke ega ekspertiisitingimusi või -asjaolusid automaatselt sarnaseks. Samuti on sellel tähisel kasutatud muidki elemente, mida kaebaja märgil ei ole. Seetõttu leiab Patendiamet, et ei ole rikkunud taotlejate võrdse kohtlemise printsiipi. Patendiamet juhib tähelepanu, et teeb igale kaubamärgitaotlejale uue ekspertiisi ning vaatleb märke tervikuna koos muude (kujundus)elementidega üldmuljes, samuti selles kontekstis, mis konkreetsetel ekspertiiisihetkel esineb. Patendiamet märgib, et ka komisjon on öelnud, et iga kaubamärgitaotlust käsitletakse eraldi vastavate kaupade/teenuste ja turu kontekstis (komisjoni otsus nr 829-o). Samuti on komisjon Patendiameti praktika osas öelnud, et iga lahend ja registreering sõltub individuaalsetest asjaoludest, mistõttu varasemate registreeringutele viitamine ei ole reeglina asjakohane (komisjoni otsus nr 800-o). Kuigi kaebaja viidatud varasema märgi puhul ei ole Patendiamet tuvastanud eristusvõime puudumist, siis käesoleval juhul on Patendiamet tuvastanud tähise registreerimist takistavad absoluutsed alused. Patendiamet leiab seejuures, et praeguse menetluse eesmärk on analüüsida tähise „EST kinnisvara + kuju“ registreeritavust ja mitte keskenduda teiste kaubamärkide kohta tehtud otsuste analüüsimisele, eriti kui tegu on täiesti erinevate taotlustega. Patendiamet osutab komisjoni lahendile nr 855-o, kus komisjon on öelnud, et Patendiameti varasemad otsused ükshaaval võetuna ei moodusta pretsedente, millest tuleneks ühelt poolt Patendiametit juriidiliselt siduv kohustus neid (pimedalt) järgida või millega teiselt poolt võiks ilma üldistamata argumenteerida võrdset kohtlemist nõudes.

Patendiamet leiab, et kaebaja kaubamärgi puhul ei ole põhjust kohaldada ka KaMS § 9 lõiget 2 (kaubamärgi kaitstavus seoses kasutamise tulemusena omandatud eristusvõime või üldtuntusega). Kaebaja on märkinud, et ta on pikaajaliselt ja järjepidevalt kasutanud oma tähist taotluses nimetatud teenuste suhtes, eelkõige teenuste „kinnisvaratehingud, sh kinnisvara haldamine, juhtimine, hindamine, üürimine, rentimine, kinnisvaramaaklerlus“ suhtes, esitades oma seisukoha toetamiseks ekspertiisimenetluse 13.12.2019, 27.05.2020, 27.08.2021 ja 19.10.2021 kirjade lisades mitmeid väiteid ja tõendusmaterjale. Patendiamet märgib, et Euroopa Kohtu praktika kohaselt on kasutamise käigus omandatud eristusvõime hindamisel olulised sellised tegurid nagu kaubamärgi turuosa, kaubamärgi kasutamise intensiivsus, geograafiline ulatus ja kestvus, ettevõtja kaubamärgi müügi edendamiseks tehtud investeeringute maht, suhteline osa asjaomasest avalikkusest, kes kaubamärgi põhjal eristab kaupa või teenust ühelt kindlalt ettevõtjalt pärinevana, kaubandus- ja tööstuskodade ning teiste erialaliitude seisukoht (vt C-108/97 ja C-109/97, punktid 51 ja 52 ning C-299/99 punktid 60 ja 61). Patendiameti hinnangul ei ole kaebaja tõendanud, et tema tähis on omandanud kasutamise tulemusena eristusvõime või et tegu oleks üldtuntud kaubamärgiga.

Patendiamet märgib esmalt, et kuigi taotleja väidab, et tema klientuuriks on äritarbijad, ei kajastu see kaubamärgitaotlejate teenuste loetelus, mistõttu loeb Patendiamet praegusel juhul tarbijaskonnaks kogu avalikkuse. Patendiametile esitatud tõendusmaterjalid näitavad kogumis eelkõige, et tegu on edukalt tegutseva ettevõttega; taotleja on tähist oma majandustegevuses nii praeguses kui muus kujunduses pikaajaliselt kasutanud; taotleja teenustega ning tähise sõnalise osaga „EST kinnisvara“ on puutunud kokku teatud hulk tarbijad. Patendiamet leiab, et tegemist on materjalidega, mis ühe komponendina võivad aidata kaasa tähise omandatud eristusvõime või üldtuntuse tõendamisele, kuid mis ei anna samas alust väita, et tähis Eesti tarbija jaoks kõnealuseid teenuseid ei kirjelda ning et sellel on eristusvõime ühe kindla ettevõtja kaubamärgina. Asjaolu, et kaebaja on edukalt lansseerinud teenuse ning seda reklaaminud, mille tulemusel tarbijad teenust kasutavad ning et ettevõtte on saanud sellest käivet ja kasumit, ei ole üksi piisavaks tõendiks, et tarbija tähise ka kaubamärgina ära tunneb. Patendiameti hinnangul võiksid need materjalid seda tõendada üksnes koosmõjus teiste objektiivsete tarbija taju näitavate tõenditega, nagu näiteks turu- või tarbijauuringud, pikaajaline läbilõige meediaväljavõtetest, foorumitest, blogidest või muu objektiivne kolmandate isikute arvamusi kajastav materjal, mille alusel oleks võimalik järelada, et tarbija tajub tähist kaubamärgina.

Patendiamet märgib, et kuigi kaebaja on esitanud mitmeid väljavõtteid ajakirjandusest, milles tähise sõnaline osa kajastust leiab, ei lisa needki tõendite kogumisse piisavalt kaalu kinnitamaks, et tarbija jaoks tähis taotluse esitamise hetkel kinnisvara valdkonnas kaubamärgina toimiks. Arvestades, et kõnealuste kaupade ja teenuste tarbijaskonnaks on kogu Eesti avalikkus, leiab Patendiamet, et esitatud materjalid ei näita piisaval ega veenval moel asjaomase tarbijaskonna teadmisi, arvamust ja vastukaja kõnealuse tähise kui kaubamärgi kohta loetelus nimetatud teenuste valdkonnas. Nimetatud materjalide



puhul toob Patendiamet esmalt välja, et neist valdav osa pärineb aastast 2013, vähesel määral ka aastast 2014, SEB panga kodulehelt pärinev artikkel aastast 2018 on vaid üks neist hilisem. Viidatud perioodil esindas kaebaja välismaa ettevõtjat, kes soovis alustada arendust Tallinnas Kopli liinidel – sellekohane uudis leidis kajastamist eri meediakanalites valdavalt novembris 2013 mõne päeva jooksul. Samuti osutab amet, et viidatud artiklites on tähist mainitud pigem osana taustainfost ning see ei ole uudise põhisisu keskmes, mistõttu peab Patendiamet võimalikuks, et tarbija jaoks võis kaebaja tähis ebaolulise infona märkamata jääda või kergesti ununeda. Seega ei ole need artiklid Patendiameti hinnangul piisavad näitamaks, et tarbijad tunnevad tähise kaubamärgina ära ning seda võimalikult taotluse esitamise seisuga 2019. aastal – selleks on tegemist liialt ühekülgsel ning lisaks ajaliselt taotluse esitamise hetkest liiga ammuste materjalidega.

Ka materjalidest reklaamide/kuulutuste ja majandusnäitajate kohta nähtub Patendiameti hinnangul see, et kaebaja aktiivse tegutsemise ajajärk ongi jäänud taotluse esitamisest peamiselt kolme-nelja aasta tagusesse aega: näiteks Äripäeva TOPis oldi viimati 2016. aasta näitajate põhjal, kasum on alates 2016. aastast märkimisväärselt kahanenud, tähise aktiivne reklaamimisperiood on jäänud aastatesse 2014-2015 (reklaamidest/kuulutustest valdav osa ongi pärit sellest perioodist, vaid üks kuulutus on pärit 2018. aastast). Patendiameti hinnangul on aga tähise järjepidev kasutamine üks olulisemaid elemente, mille alusel tõendada tähise omandatud eristusvõimet. Mida järjepidevamalt tarbijatele ja võimalikele tarbijatele tähist esitletud on, seda tõenäolisemalt tarbijad selle ühele kindlale ettevõtjale kuuluva kaubamärgina ära tunnevad. Samuti vastupidi – kui pika perioodi vältel on tarbijate kokkupuude tähisega minimaalne, väheneb märgatavalt ka tõenäosus, et tarbijad tähist kaubamärgina tajuvad.

Lisaks juhib Patendiamet tähelepanu, et kaebaja on tähist kasutanud erinevas vormis kui see, millisena see taotlusel kajastub, seejuures vähemalt kahel taotluse reproduktsioonist erineval kujul. Seega võib Patendiameti hinnangul öelda, et tarbijal sisuliselt puudub kokkupuude tähisega sellisel tervikkujul, nagu see taotlusel on esitatud.

Mis puudutab Google'i otsingutulemuste kokkuvõtteid, leiab Patendiamet, et Google'i otsingutulemuste lühikese info ja erinevate märksõnade jada põhjal ei ole võimalik hinnata neil lehekülgedel esitatud materjalide tegelikku sisu ja konteksti. Kaebaja ei ole ka omalt poolt kommenteerinud, mida esitatud väljavõte täpsemalt sisaldab, mida tõendab ning millele Patendiamet seal tähelepanu peab pöörama.

Kokkuvõtlikult leiab Patendiamet, et kaebaja esitatud materjalid ja väited ei ole piisavad tähise omandatud eristusvõime tõendamiseks. Kaebaja materjalid kogumis näitavad eelkõige, et tegemist on toimiva ettevõttega, et tähise sõnalist osa on kõnealuste teenuste kontekstis kasutatud ning et sellele on tehtud kulutusi. Taolisi samme astub seoses oma teenustega aga enamik ettevõtteid ning see ei näita iseenesest omandatud eristusvõimet.

Patendiamet ei nõustu kaebajaga, et amet on hinnanud kaebaja poolt esitatud omandatud eristusvõimet tõendavaid materjale valikuliselt, jättes need põhjendamatult suures osas arvestamata ja analüüsimata, ja et tõendeid on hinnatud ebaõigesti. Patendiamet leiab, et on toonud oma kirjades ning otsuses üksikasjalikult välja kõik tõendid, mida kaebaja on menetluse käigus esitanud, selgitanud, mida üks või teine materjal näitab ning hinnanud ja näidanud põhjalikult, millist infot tõendid kogumis annavad ning miks need ei ole omandatud eristusvõime tõendamiseks piisavad. Kuivõrd kaebaja on kirjavahetuses esitanud rohkelt materjale, mis sisuliselt üksteist kordavad, on ka Patendiameti argumendid olnud mõnel juhul korduvalt samalaadsed.

Seoses kaebaja seisukohaga, et kohtupraktika ei nõua omandatud eristusvõime tõendamisel tarbijapoolse teadlikkuse näitamist (nagu Patendiamet kaebajalt on nõudnud), vaid piisab sellest, kui tõendatakse, et tähis on pikaajaliselt olnud kasutuses, märgib Patendiamet järgmist. Kaubamärgiseadus ei võimalda märki registreerida üksnes põhjendusel, et kaubamärgitaotleja on tähist kasutanud. Kuigi tähist võib olla kasutatud viisil, mis võiks avalikkuse silmis tekitada võime neid teenuseid taotlejaga seostada, siis selle kinnituseks ongi vaja materjale, mis näitaksid ja tõendaksid tarbijapoolset teadlikkust. Praegusel juhul kaebaja esitatud materjalid kogumis seda ei näita ega tõenda. Kaubamärgi kasutamise käigus omandatud eristusvõime tuvastamine eeldab, et tänu kaubamärgile identifitseerib vähemalt teatav märkimisväärne osa asjaomasest avalikkusest asjaomased kaubad või teenused konkreetselt ettevõtjalt pärinevana. Siiski ei või kasutamise käigus omandatud eristusvõime tingimuse täitmist tõendada asjaolud põhineda üksnes üldisel või abstraktsel teabel. Patendiamet kordab, et arvestada tuleb selliste teguritega nagu kaubamärgi turuosa, kaubamärgi kasutamise intensiivsus, geograafiline ulatus ja kestus, ettevõtja poolt kaubamärgi tutvustamiseks tehtud investeeringute maht, suhteline osa asjaomasest avalikkusest, kes kaubamärgi põhjal identifitseerivad kaupa ühelt kindlalt ettevõtjalt pärinevana ning kaubandus- ja tööstuskodade ja teiste erialaliitude seisukohad (vt Euroopa Üldkohtu otsus T-304/16, p 27).

Kaebaja on oma 27.08.2020 kirjas mitmel korral rõhutanud, et ei nõua tähise üldtuntuks tunnistamist, mille puhul oleks taotluse esitamisele eelnenud ajaline lõik oluline (tulenevalt KaMS § 7 lõikest 5), vaid kaebaja seisukohalt on oluline näidata, et ta on tähist pikaajaliselt kasutanud tõendamaks tähise võimet identifitseerida asjaomaseid teenuseid konkreetselt ettevõtjalt pärinevana – kaebaja osutab lisaks, et mitmed tõendid näitavad, et kaebaja on tegev olnud ka peale 2015. aastat. Patendiamet juhib tähelepanu, et kaebaja on viidatud sätte alusel teinud järeldusi selle kohta, et ajalisel faktoril ei ole omandatud eristusvõime tõendamisel olulist mõju. Patendiamet leiab, et selle sätte sisust selliseid järeldusi teha ei saa, ka ei viita kaebaja muudele sellist seisukohta toetavatele allikatele. Patendiamet nõustub, et materjalide kohaselt on kaebaja olnud tegev ja tegutsenud ka peale 2015. aastat. Siiski näitavad materjalid, et kaebaja aktiivse tegutsemise periood, mil tähis avalikkusele kõige enam nähtav oli, ehk mil tähist oli kasutatud viisil, mis võiks avalikkuse silmis tekitada võime neid teenuseid kaebajaga seostada (reklaamid, mainimised ajakirjanduses), jääb taotluse esitamisest mitu aastat varasemasse aega.

Oma 19.10.2021 kirjas heidab kaebaja samas Patendiametile ette, et amet on jätnud analüüsimata, kas kaebaja tähise näol võib olla tegu üldtuntud tähisega. Kaebaja leiab nimelt, et üldtuntud kaubamärgiks tunnistamiseks piisab ka sellest, kui tähist tunneb valdav enamus ühte sektorisse kuuluvatest isikutest (KaMS § 7 lg 3 p 1 ja lg 4), mis kaebaja hinnangul on esitatud tõendite põhjal selgelt tuvastatav. Patendiamet möönab, et tähise üldtuntuks tunnistamiseks piisaks, kui tähise tuntuse aste on kõrge vastavate kaupade ja teenustega tegelevas ärisektoris. Patendiamet samas ei nõustu, et kaebaja on tõendanud, et tähist tunneb valdav osa asjaomasest ärisektorist. Patendiamet leiab, et asjaomase ärisectori moodustavad käesoleval juhul kõik kinnisvaraga tegelevad ettevõtted, samuti pangad jm finantsasutused, kes pakuvad kinnisvaralaene ja -kindlustust. Kaebaja ei ole selgitanud oma varasemates kirjades (kus, nagu öeldud, kaebaja rõhutab, et ei soovi tähise üldtuntust tõendada) ega selgita täpsemalt ka oma 19.10.2021 kirjas, millised tõendid näitavad, et tähist tunneb valdav osa nimetatud ärisektorist. Patendiameti hinnangul ei ole see asjaolu kaebaja poolt saadetud tõendite varal kinnitust leidnud.

Kaebaja on leidnud, et ta on esitanud tavatult suurel arvul tõendeid (90 lisa 230-l leheküljel, millest enamik on kahepoolsed) oma seisukohtade tõendamiseks, sh omandatud eristusvõime tõendamiseks. Patendiamet juhib tähelepanu, et tõendite hindamise kriteeriumiks ei ole mitte nende maht, vaid kvaliteet. Kuigi kaebaja esitatud tõendite hulk on märkimisväärne, on samas tegu suures osas üksteist dubleerivate materjalidega. Valdava osa materjalidest moodustavad ühetaolised meediaväljaannetes ilmunud reklaamid/kuulutused aastatest 2014–2015 ning 2013. aastal mõne päeva jooksul ilmunud meediaväljavõtteid arendusest Kopli liinidel. Patendiamet hinnangul ei ole need dubleerivad materjalid olemuslikult piisavalt kaalukad tähise omandatud eristusvõime tõendamisel, isegi kui neid on esitatud suures mahus.

Kaebaja on välja toonud, et Patendiamet on oma 26.06.2020 teates nr 7/M201900017 leidnud, nagu oleks kaebaja jätnud kõik esitatud materjalid kommenteerimata. Patendiamet märgib, et ameti vastavasisuline kommentaar puudutab kaebaja esitatud väljavõtet Google'i otsingutulemustest tähise „EST kinnisvara“ kohta (kaebaja 13.12.2019 kirja lisa 3). Patendiamet kordab, et Google'i otsingutulemuste lühikese info ja erinevate märksõnade jada põhjal ei ole võimalik hinnata neil lehekülgedel esitatud materjalide tegelikku sisu ja konteksti ning kaebaja ei ole ka omalt poolt kommenteerinud, mida esitatud väljavõtte täpsemalt sisaldab ja tõendab ning millele seal tähelepanu peab pöörama.

Kaebaja on leidnud, et tema esitatud materjalidest nähtuvalt on kaebaja tähist kasutanud järjepidevalt kuni tänaseni (vaatamata Patendiameti etteheitele, et lõviosas pärinevad tõendid vaid kuni aastani 2014) ning et Patendiametil ei ole alust väita, et taotluse esitamise ajaks 2019. a oli tarbija teadlikkus kaebaja tähisest kustunud. Patendiamet juhib tähelepanu, et ei ole oma kirjades väitnud, et kaebaja tähis oleks mistahes ajaperioodil tarbija jaoks eristusvõime omandanud ning mingil perioodil selle taas minetanud. Patendiamet leiab, et materjalides esinev ajaline lõtk on üks puudustest, mis kaebaja poolt eristusvõime omandamise kohta esitatud materjalides esineb. Eelkõige puudutab see tähise kolmandate isikute poolset kajastamist ehk meediaväljavõtteid, mis käesoleval juhul on peamiseks tõenditüübiks tähise tarbijapoolse retseptiooni näitamisel. Nagu öeldud, pärineb suurem osa materjalidest aastast 2013, vähesel määral ka aastast 2014, SEB panga kodulehel olev artikkel aastast 2018 on vaid üks neist hilisem. Patendiamet rõhutab, et kõik esitatud materjalid kogumis ei näita, et tähis oleks mingil perioodil ei enne taotluse esitamise aega ega taotluse esitamise ajal omandanud eristusvõime kaebaja kaubamärgina.

Patendiamet ei nõustu kaebaja seisukohaga, et kinnisvarateenused on üksnes spetsiifilisele sihtgrupile suunatud või kättesaadavad teenused, vaid tegemist on teenustega, mille tarbijaskonnaks on kogu täisealine avalikkus. Need on teenused, mille (ja mille pakkujate) kohta jagatakse infot, teadmisi ja arvamus erinevatel veebilehtedel, foorumites, blogides jne, samuti kirjutavad kinnisvarateemadel igapäevaselt üleriigilised meedia- jm väljaanded. Patendiameti hinnangul on seda, et tarbija tajub kirjeldavat tähist kui kaubamärki, kaebajal võimalik lisaks tõendada ka muudel viisidel, nagu näiteks tarbijaküsitluse või -uuringuga, mille professionaalset läbiviimist pakuvad tänapäeval mitmed erinevad ettevõtted ja mille teostamiseks oleks kaebajal ekspertiisimenetluse 13-kuulise pikendamisperioodi jooksul küllaldaselt aega olnud. Patendiamet järeldab sellest, et vastavasisulisi materjale reaalse turuolukorra tõttu kaebajal esitada ei ole, mistõttu on kaebaja rõhunud peamiselt tõsiasjale, et on tähist pikaajaliselt kasutanud, mis peaks kaebaja hinnangul olema piisav omandatud eristusvõime tõendamiseks. Patendiamet sellega ei nõustu, nagu on amet selgitanud ka kaevatavas otsuses.

Kaebaja on välja toonud, et Patendiameti teadetest ei nähtu, millele tuginedes leitakse, et kaebaja poolt menetluses esitatud tõendid on subjektiivsed, märkides, et enamikku kaebaja esitatud tõendeid ei ole koostanud/avaldanud kaebaja, vaid need pärinevad kolmandatest allikatest. Patendiamet märgib, et ameti hinnangul võiksid kaebaja esitatud materjalid tähise omandatud eristusvõimet tõendada üksnes koosmõjus teiste objektiivsete tarbija taju näitavate tõenditega, nagu näiteks turu- või tarbija-uuringud, väljavõtted meediast, foorumitest, blogidest või muu objektiivne kolmandate isikute arvamus kajastav materjal. Selles lauses olev sõnaühend „objektiivsed tõendid” ei tähenda, nagu oleks kaebaja esitatud materjalide näol tegu üksnes subjektiivsete materjalidega ning seda ei olegi Patendiamet väitnud.

Kokkuvõtvalt märgib Patendiamet, et on kohustatud ekspertiisi raames välja selgitama, kas kaubamärgile on võimalik õiguskaitset anda, st kas esinevad kaubamärgiseaduses sätestatud õiguskaitset välistavad asjaolud. Euroopa Kohtu praktikast nähtub, et registreerimistaotluste kontroll ei tohi olla pinnapealne, vaid see peab olema range, põhjalik ja täielik, et vältida kaubamärkide alusetut registreerimist, ning õiguskindluse ja hea halduse eesmärgil peab tagama, et ei registreeritaks kaubamärke, mille kasutamise saaks kohtus edukalt vaidlustada (nt C-39/97, C-104/01, C-64/02 P, C-29/05 P, C-265/09 P). Patendiamet on ekspertiisimenetluse raames leidnud, et tähist „EST kinnisvara + kuju” on võimalik kasutada taotluses nimetatud klassi 36 teenuste kirjeldamiseks, kuivõrd tähise sõnaline osa „EST kinnisvara” osutub nimetatud teenuste osas nende liiki ja geograafilist päritolu kirjeldavaks, andes tarbijale üksnes infot, et tegu on Eestis osutatavate, kinnisvaraga seotud teenustega – vastavalt kas kinnisvaratehingutega, kindlustuse puhul kinnisvarakindlustuse või finantstehingute puhul nt kinnisvaralaenuga vms – või et need teenused on seotud Eesti päritolu kinnisvaraga. Kaubamärgis kasutatud kujutises tunneb Eesti keskmine tarbija koheselt ära Eesti kaardi, mis näitab samuti üksnes teenuste geograafilist päritolu. Kujutiselemendil puuduvad omadused, mille tõttu saaks kaubamärk täita oma põhifunktsiooni seoses eespool nimetatud klassi 36 teenustega. Kujutiselement ei ole piisav, et juhtida tarbija tähelepanu kõrvale tähise kirjeldavalt tähenduselt, vaid üksnes rõhutab ja toetab selle kirjeldavat tähendust. Seetõttu ei ole registreerimiseks esitatud tähis taotluses nimetatud teenuste jaoks kaubamärgina registreeritav.

Patendiamet rõhutab ka, et kuivõrd kaubamärgi registreerimine annab selle omanikule õiguse keelata teistel isikutel kaubamärgiga identsete või sarnaste tähiste kasutamise samas tegevusvaldkonnas kindlal territooriumil, siis peab kaubamärgile ainuõiguse andmine olema õige ja õiglane ning kooskõlas avaliku huviga. Kõnealusel juhul oleks tähise registreerimine ebaaus, ebaõiglane ning avalik huvi saaks ilmselgelt ja äratuntavalt kahjustatud. Registreeritav kaubamärk peab täitma oma päritolutähise põhiülesannet, andmata seejuures ebaproportsionaalseid konkurentsieeliseid ning olema eristusvõimeline ning mittekirjeldav. Eristusvõimetuid tähiseid ei saa monopoliseerida ja registreerida ühe isiku nimele.

Patendiamet lisab, et ameti käesolevas seisukohas nimetatud toimikudokumendid on kaebajale varem esitatud ning suure mahukuse tõttu ja menetlusökoonomia huvides tehakse need komisjonile nähtavaks Patendiameti menetlussüsteemis.

Lähtudes eeltoodust ja tulenevalt KaMS § 9 lg 1 punktides 2 ja 3 ning § 39 lõikest 2 palub Patendiamet komisjonil jätta kaebus rahuldamata.

**20.04.2022** edastas komisjon Patendiameti seisukoha kaebajale ning võimaldas kaebajal seisukohale vastata ühe kuu jooksul, hiljemalt 23.05.2022.

**18.05.2022** esitas kaebaja komisjonile vastuse, milles teatas, et kaebaja ei nõustu Patendiameti seisukohtadega ning et kaebaja jääb oma kaebuses esitatud seisukohtade, argumentide, tõendite ning

nõude juurde. Kaebaja märkis muu hulgas, et kuivõrd Patendiamet oma seisukohtades sisuliselt kordab kaebaja kaubamärgi ekspertiisi käigus varasemalt esitatud seisukohti ning arvestades ka menetlusökonomika printsiipi, siis ei pea kaebaja vajalikuks oma varasemalt esitatud seisukohti korrata.

**19.05.2022** tegi komisjon kaebajale ettepaneku esitada lõplikud seisukohad hiljemalt 20.06.2022.

**20.05.2022** esitatud lõplikes seisukohtades kordas kaebaja, et jääb kõige varasemalt esitatu juurde.

**20.05.2022** tegi komisjon Patendiametile ettepaneku esitada lõplikud seisukohad hiljemalt 21.06.2022.

**20.06.2022** esitatud lõplikes seisukohtades teatas Patendiamet, et jääb täies ulatuses kõigi oma varem esitatud seisukohtade juurde ning refereeris neist põhilisemaid.

**02.09.2022** alustas komisjon kaebuse lõppmenetlust.

### **Komisjoni seisukohad ja otsus**

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

Käesolevas asjas on vaatluse all kaubamärk „EST kinnisvara + kuju“ (taotlus nr M201900017), mille taotluse esitamise kuupäev on 07.01.2019. Patendiameti tehtud otsuse peale esitatud kaebuse või vaidlustusavalduse lahendamisel ning otsuse tühistamise korral uue otsuse tegemisel taotluse kohta, mis on esitatud enne 2019. aasta 1. aprilli ja mille kohta on tehtud otsus pärast 2004. aasta 1. maid, kohaldatakse alates 01.04.2019 kehtiva KaMS § 72 lg 14 kohaselt taotluse esitamise ajal kehtinud kaubamärgi registreerimisest keeldumise aluseid ja lähtutakse asja menetlemise ajal kehtivast menetlusnormist. Seega kuulub käesolevas asjas kaubamärgi õiguskaitsset välistavate asjaolude tuvastamise osas kohaldamisele KaMS selle 07.01.2019 kehtinud redaktsioonis. Menetlusnormide osas kuuluvad samas kohaldamisele kehtivad tööstusomandialased õigusaktid, sh KaMS ja TÕAS nende käesoleval ajal kehtivates redaktsioonides.

Kaebaja on esitanud kaebuse Patendiameti 28.12.2021 otsuse nr 7/M201900017 peale, millega Patendiamet keeldus kombineeritud kaubamärgi „EST kinnisvara + kuju“ registreerimisest tuginedes KaMS § 9 lg 1 punktides 2 ja 3 sätestatud õiguskaitsset välistavatele asjaoludele. Kaubamärgi „EST kinnisvara + kuju“ taotluse esitamise kuupäeval 07.01.2019 kehtinud:

- KaMS § 9 lg 1 p 2 kohaselt ei saa õiguskaitsset tähis, millel puudub eristusvõime, kaasa arvatud üksik stiliseerimata täht, üksik stiliseerimata arv või üksik värv;
- KaMS § 9 lg 1 p 3 kohaselt ei saa õiguskaitsset tähis, mis koosneb üksnes kaupade või teenuste liiki, kvaliteeti, hulka, otstarvet, väärtust, geograafilist päritolu, kaupade tootmise või teenuste osutamise aega või kaupade või teenuste teisi omadusi näitavatest või muul viisil kaupa või teenust kirjeldavatest tähistest või andmetest või eelnimetatud tähistest või andmetest, mida ei ole oluliselt muudetud.

Vaatluse all oleva kaebaja kaubamärgi reproduktsioon koos keeldutud teenustega on järgmine:



*Klass 36: kindlustus; finantstehingud; rahalised tehingud; kinnisvaratehingud, sh kinnisvara haldamine, juhtimine, hindamine, uurimine, rentimine, kinnisvaramaaklerlus.*

Patendiamet on kaebaja kaubamärgi registreerimisest eelnimetatud klassi 36 teenuste osas keeldunud põhjendustel, et kaubamärk „EST kinnisvara + kuju“ on nende kaupade ja teenustega seoses kirjeldav (KaMS § 9 lg 1 p 3) ja eristusvõimetu (KaMS § 9 lg 1 p 2). Kaebaja ei nõustu Patendiameti seisukohtadega ega KaMS § 9 lg 1 punktide 2 ja 3 kohaldamisega keeldutud teenuste suhtes. Samuti leiab kaebaja, et Patendiameti poolt EL liikmesriikide ühisteatise CP3 (*Ühisteatis eristusvõimet käsitleva ühise praktika kohta – kirjeldavaid/eristusvõimetuid sõnu sisaldavad kujutiskaubamärgid*) kohaldamine on õigusvastane, kuna CP3 kohaldamist võib lugeda õiguste piiramiseks ning

proportsionaalsuspõhimõtte rikkumiseks, samas kui igasuguseid õigusi võib piirata vaid kooskõlas põhiseadusega ning vastavalt proportsionaalsuspõhimõttele peavad piirangud olema vajalikud.

Seoses ühisteatisega CP3 jääb komisjon oma varasemas otsuses väljendatud seisukohale, et ühisteatisega arvestamine ja selle põhimõtetest juhendumine kaubamärkide õiguskaitsset välistavate asjaolude hindamisel on õiguspärane – vt komisjoni 30.05.2022 otsus nr 2008-o, lk 15–16. Komisjon ei pea vajalikuks otsuses nr 2008-o väljendatud seisukohti siinkohal korrata, märkides üksnes kokkuvõtlikult, et ühisteatisega ei asendata KaMS § 9 lg 1 punktide 2 ja 3 normikoosseisega ega looda n-õ uut õigust, vaid antakse mittesiduvad praktilised juhised ja suuniseid selle kohta, kuidas juba kehtiva õiguse raames on praktikas mõistlik õigust rakendada, tagades seejuures praktika ühetaolisuse. Ühisteatise eesmärk – ühtlustada kaubamärgiõiguse kohaldamise praktikat EL-is ja muuta praktika prognoositavaks – on õiguspärane.

Mis puudutab Patendiameti seisukohta, et kaebaja kaubamärgi „EST kinnisvara + kuju“ osas esinevad keeldunud klassi 36 teenuste suhtes KaMS § 9 lg 1 punktides 2 ja 3 sätestatud õiguskaitsset välistavad asjaolud, leiab komisjon järgmist.

Komisjon nõustub kaevatavas otsuses väljendatud ja komisjonile esitatud Patendiameti seisukohtadega, et kaubamärk „EST kinnisvara + kuju“ tervikuna on keeldunud teenuseid kirjeldav ja sellest tulenevalt eristusvõimetu. Tähis annab tarbijatele infot, et tegemist on Eestis osutatavate kinnisvaraga seotud teenustega – vastavalt kas kinnisvaratehingutega, kindlustuse puhul kinnisvarakindlustuse või finantstehingute puhul nt kinnisvaralaenuga – või et need teenused on seotud Eesti päritolu kinnisvaraga. Komisjon ei pea vajalikuks käesolevas otsuses kõiki Patendiameti sellekohaseid seisukohti üle korrata, kuid soovib esile tuua ja rõhutada järgmist.

Kaebaja kaubamärk koosneb sõnalisest osast „EST kinnisvara“ ning sellest vasakul kujutatud Eesti kaardi tõetruust kujutisest. Sõnalise elemendi „EST“ tähendus on üldiselt teadaolevalt „Eesti“ (tegemist on Eesti maatahiseaga – vt nt Eesti õigekeelsussõnaraamat 2018), käesoleval juhul võimendab seda tähendust veelgi Eesti kaardi kuvamine selle elemendi kõrval. Euroopa Kohtu praktikas on leitud, et kaubamärgi eristusvõime hindamisel tuleb arvestada kaubamärgitaotluses sisalduvaid kaupu ja teenuseid ning hinnata taotletava tähise tajumist asjassepuutuva avalikkuse poolt, kelleks on keskmine tarbija, kes on piisavalt teadlik, mõistlikult tähelepanelik ja arukas (C-363/99, p 34; liidetud kohtuasjad C-456/01 P ja C-457/01, p 35). Komisjoni hinnangul on väljaspool kahtlust, et piisavalt teadlik, mõistlikult tähelepanelik ja arukas Eesti tarbija tajub tähist „EST kinnisvara“ – veel enam koosmõjus Eesti kaardi kujutisega – kui viidet Eestis osutatavatele või muul moel Eestit puudutatavatele kinnisvaraga seotud teenustele.

Komisjon nõustub seetõttu Patendiametiga, et tähis „EST kinnisvara“ on kaebaja kaubamärgitaotlusega hõlmatud klassi 36 teenuste osas nende liiki ja geograafilist päritolu näitav KaMS § 9 lg 1 p 3 tähenduses. Lisaks on teenuste geograafilist päritolu näitav kaebaja kaubamärgis kasutatud Eesti kaardi kujutis. Ka Euroopa Liidu Kohtu praktika kinnitab, et kui tarbijad tunnevad kaubamärgis kasutatud kaardikujutise ära (mis Eesti tarbijate puhul Eesti kaardiga seoses on komisjoni hinnangul ilmne), võimendab see kaubamärgi kirjeldavat sõnumit (Euroopa Üldkohtu otsus T-10/19, punktid 29 ja 32). Seejuures ei nõustu komisjon kaebajaga, et tema kaubamärgil võib olla pelgalt vihjav, ebamäärane ja kaudne tähendus. Komisjon leiab, et kaebaja kaubamärgis sisalduvate elementide kirjeldav tähendus vaatlusaluste teenuste kontekstis on otsene ja selge.

Kuna komisjon leiab, et kaebaja kaubamärgi elemendid „EST kinnisvara“ ja Eesti kaardi kujutis kaubamärgiga hõlmatud teenuste osas on kirjeldavad, tuleb hinnata, kas kaebaja kaubamärgi konkreetsetest kujunduslikest aspektidest tulenevalt võib kaubamärk „EST kinnisvara + kuju“ tervikuna olla siiski mittekirjeldav (eristusvõimeline) ja seega vastavatele teenustele registreeritav. Ka selles osas nõustub komisjon Patendiametiga ning leiab, et käesoleval juhul ei ole kaubamärgi kujunduslikud elemendid sellised, mis tagaksid tervikkaubamärgi eristatavuse. Väljakujunenud kohtupraktikas on leitud, et kui kaubamärgi sõnaline element on kirjeldav, siis on kirjeldav ka märk tervikuna, välja arvatud, kui märgi kujundelemendid juhivad tähelepanu sõnalise elemendi kirjeldavalt sõnumilt piisavalt kõrvale (vt nt Euroopa Üldkohtu otsused T-205/17, p 31; T-571/14, p 20; T-594/15, p 33; T-776/15, p 34). Samuti on kohtupraktikas leitud, et kaubamärgi registreerimisest keeldumine on põhjendatud, kui märgile lisatud kujutiselement eristusvõimet ei suurenda, vaid pigem hoopis rõhutab märgi kirjeldavat sõnumit (Euroopa Üldkohtu otsus T-64/16, p 26).

Kaebaja kaubamärgi sõnaline element „EST kinnisvara“ on esitatud standardkirjas, st sõnu moodustavatel tähtedel puudub omanäoline ja silmatorkav stiliseering. Kuigi tähist „EST“ on kaebaja kaubamärgis sõnaga „kinnisvara“ võrreldes kujutatud n-õ paksus kirjas (*bold*is), ei ole komisjoni

hinnangul tegemist sellise stiliseeringuga, mis suurendaks kaubamärgi eristusvõimet. Kaubamärgis sisalduv Eesti kaardi kujutis on – nagu eespool selgitatud – kujundelemendina ainuüksi olemuslikult teenuste geograafilisele päritolule viitav ja rõhutab märgi kirjeldavat sõnumit. Komisjon nõustub Patendiametiga, et kaardi konkreetne kujunduslik lahendus – Eesti kontuurkaart on moodustatud sinist värvi täppidest – annab kaebaja tähisele küll teatava stiliseerituse, kuid on olemuselt siiski eristusvõimetu ega lisa kaubamärgile tervikuna eristatavust. Teisisõnu, tegemist on lahendusega, mis ei juhi tähelepanu piisavalt kõrvale ei kaubamärgi sõnalise elemendi ega Eesti kaardi kujutise kui sellise kirjeldavalt sõnumilt.

Neil asjaoludel leiab komisjon, et vaatlusaluste teenuste tähistamisel on kaebaja kaubamärk „EST kinnisvara + kuju“ kirjeldav tervikuna.

Seoses Patendiameti seisukohaga, et kaebaja kaubamärk „EST kinnisvara + kuju“ on ka eristusvõimetu KaMS § 9 lg 1 p 2 tähenduses, märgib komisjon, et sisuliselt on Patendiamet lähtunud kaebaja kaubamärgi eristusvõimetuna käsitlemisel samadest asjaoludest, mis tingisid kaubamärgi käsitlemise kirjeldavana. Patendiamet on kokkuvõtteks leidnud, et kaebaja kaubamärk on eristusvõimetu tulenevalt asjaolust, et tähise kujunduselemendid ei ole piisavad juhtimaks tarbija tähelepanu kõrvale sõnalise osa kirjeldavalt tähenduselt (pigem rõhutavad ja toetavad selle kirjeldavat tähendust). Komisjon nõustub sellega. Ka Euroopa Kohtu praktikast tuleneb, et kui tähis on kaupu või teenuseid kirjeldav, on ta nende kaupade või teenuste suhtes ka eristusvõimetu (C-363/99, p 86; C-265/00, p 19). Komisjon leiab, et kuigi viidatud Euroopa Kohtu lahendites on käsitletud sõnamärke, kehtib põhimõte, et kirjeldav märk on ühtlasi eristusvõimetu märk, ka kombineeritud kaubamärkide puhul. Komisjon piirdub siin tõdemusega, et tulenevalt eespool esitatud põhjendustest kaubamärgi „EST kinnisvara + kuju“ kirjeldavuse kohta on see kaubamärk keeldunud klassi 36 teenuste suhtes ka eristusvõimetu KaMS § 9 lg 1 p 2 tähenduses. Seejuures ei nõustu komisjon kaebajaga, et kuigi tema kaubamärgi kujundelemendid võivad olla lihtsad, on märgi terviklahendus siiski meelde jääv ning et kaubamärgi kujunduse suhteline lihtsus ja minimalistlik joon, kuid samal ajal kujunduse pilkupüüdnus võimaldab tarbijail kaubamärki pigem kergesti meelde jätta. Komisjon leiab, et kaebaja kaubamärgi kujundelemendid on tõepoolest lihtsad, samas ei ole need eriliselt meelde jäävad ja pilkupüüdnud tähise kirjeldavalt tähenduselt tähelepanu kõrvale juhtimiseks. Minimaalne eristusvõime ei ole käesoleval juhul tagatud.

Kaebaja on väljendanud seisukohta, et tema kaubamärgil puudub mistahes otsene ja konkreetne seos teenustega „kindlustus; finantstehingud; rahalised tehingud“, mistõttu nende teenuste osas ei ole igal juhul alust kohaldada KaMS § 9 lg 1 punkti 3. Komisjon leiab, et kuigi kahtlemata on õige, et finants- ja kindlustustehingud ei ole lahutamatu ja üksnes seotud kinnisvaraga (nagu on leitud ka Riigikohtu 18.12.2019 otsuses nr 2-16-6665, p 16.4), on neil tehingutel siiski otsene ja lähedane seos muu hulgas kinnisvaraga. Kinnisvara näol on tegemist pigem kallimasse varagruppi kuuluva varaga, mille puhul on ka tarbijatel suurem huvi (või vajadus) finantseerimis- ja kindlustusteenuste järele. Komisjon leiab sarnaselt Patendiametiga, et nähes finants- või kindlustustehingutega seoses sõna „kinnisvara“, saab tarbija aru ning tema ootus on, et tegemist on kinnisvara-alaste finants- või kindlustustehingutega. Eelkõige võib tarbija arvata näiteks, et laenu antakse kinnisvara soetamiseks või remondiks või kinnisvara tagatisel, pakutakse kinnisvara kindlustamise teenust vms. Seega on kaebaja kaubamärk „EST kinnisvara + kuju“ kirjeldav ka seoses teenustega „kindlustus; finantstehingud; rahalised tehingud“.

Kaebaja on esile toonud ka seda, et tema kaubamärgis sisalduvat sõnalist elementi „EST kinnisvara“ ja tähise kujundust (eelkõige konkreetnes värvikombinatsioon) ei kasutata tavakäibes ja äritegevuses vaatlusaluste teenuste viitamisel. Komisjon jagab selles küsimuses Patendiameti seisukohta, et käesoleval juhul ei olegi kaubamärgi registreerimisest keeldumise aluse alusena vaatluse all KaMS § 9 lg 1 p 4 (tähise tavapärasus). Seetõttu ei ole oluline, kas kaebaja kaubamärgi näol on tegemist tähisega, mida tavapäraselt vaatlusaluste teenustega seoses äritegevuses kasutatakse ning Patendiamet ei olegi seda väitnud. Komisjon märgib, et tähise käsitlemine kaupu või teenuseid kirjeldavana ei eelda, et tähist tegelikkuses kasutatakse kirjeldavana, vaid vastavalt Euroopa Liidu Kohtu praktikale piisab ainuüksi sellisel viisil kasutamise võimalikkusest (C-191/01 P, p 32; C-363/99, p 97; T-405/05, p 63).

Kaebaja heidab Patendiametile ette volituspiiride ületamist, kuivõrd Patendiameti nägemuses peaks kaebaja tähis tervikuna jääma kõigile vabalt kasutatavaks. Kaebaja märgib, et käesoleval juhul on tegemist kaebaja poolt kujundatud tähisega ning eelduslikult puudub vajadus jätta see konkreetne tähis tervikuna vabalt kasutatavaks kaubamärgiga hõlmatud teenuste kirjeldamiseks – kui keegi peakski seda tähist taotletavas kombinatsioonis kasutama, oleks kaebaja hinnangul tegemist pigem kaebaja õiguste rikkumisega, sh autoriõiguste alusel. Patendiamet on leidnud, et kui tähis on kaupade-teenustega seoses tarbijale tajutav üksnes kui tähise kohta kirjeldavat infot andev, siis see tähendabki, et ettevõtjad võivad sellist tähist küll äritegevuses kasutada, kuid ei saa seda samas kaubamärgina registreerida. Komisjon leiab, et Patendiameti seisukoht selles küsimuses on mõneti ebatäpne või vähemalt

mitmetimõistetav. Kuigi on väljaspool kahtlust, et kaubamärgiõiguse kontekstis peavad sõnad „EST kinnisvara“ ja Eesti kaardi kujutis kui sellised olema vabalt kasutatavad, ei tähenda see automaatselt, et kõigil ettevõtjatel võiks olla õigus kasutada kaebaja tähist just sellisel konkreetsetel kujul nagu see on esitatud kaubamärgitaotluses nr M201900017. Nimelt ei saa välistada, et hoolimata sellest, et kaebaja kaubamärgi puhul ei ole täidetud registreeritavuse kriteeriumid kaubamärgiseaduse kohaselt, võib tähis „EST kinnisvara + kuju“ siiski olla originaalseks teoseks autoriõiguse seaduse kohaselt. Seega võib kaebajal kaubamärgiõigustest sõltumata olla tähisele „EST kinnisvara + kuju“ kui teosele autoriõigus, ühes sellest tuleneva õigusega keelata teistel teose kasutamine ilma autori nõusolekuta. Teisalt jällegi ei ole kaebaja poolne rõhumine autoriõigustele käesolevas vaidluses asjassepuutuv. Oluline ei ole, kas kaubamärk „EST kinnisvara + kuju“ (selle konkreetsetel kujul) on käsitletav originaalse teosena autoriõiguste kontekstis, sest kaubamärgina registreerimiseks ei pea tähis olema mitte originaalne, vaid asjaomaste kaupade ja teenustega seoses eristusvõimeline ja mittekirjeldav. Tähise võimalik originaalsus ei anna kaebajale selles osas mingeid erioigusi (nagu ka originaalsuse puudumine iseenesest ei võtaks õigusi vähemaks). Komisjon kordab oma varasemas otsuses väljendatud seisukohta, et vaatamata sellele, kas kaubamärk on ainulaadne, unikaalne või originaalne, peab see sellegipoolest olema eristusvõimeline, sh mittekirjeldav (komisjoni 16.09.2020 otsus nr 1834-o, lk 13). Komisjon märgib, et sarnasele seisukohale on asutud ka kaebaja enda poolt esile toodud Euroopa Liidu Kohtu praktikas, mille kohaselt tähise registreerimine kaubamärgina ei sõltu kaubamärgiomaniku keelelise või kunstilise loovuse või kujutlusvõime teatud tasemest, vaid tähise võimest eristada pakutavaid kaupu või teenuseid konkurentide pakutavatest kaupadest ja teenustest (Euroopa Üldkohtu otsus T-208/17, p 43 ja seal viidatud kohtupraktika). Nimetatud tähendab muu hulgas nii seda, et ka napi loomingulise panusega kaubamärk võib olla eristusvõimeline, kui ka seda, et isegi suure loomingulise panusega kaubamärk ei pruugi olla eristusvõimeline. Käesoleval juhul ei ole kaebaja kaubamärgile õiguskaitse võimaldamise tingimused täidetud, kuna kaubamärki moodustavate elementide kujundus, nende omavaheline paigutus jms ei ole võimalikule originaalsusele vaatamata selline, mis tõmbaks tähelepanu piisavalt eemale elementide ning kaubamärgi kui terviku kirjeldavalt tähenduselt.

Komisjon ei pea sarnaselt Patendiametiga asjassepuutuvaks kaebaja väidet, et kaebaja teenuste asjaomased tarbijad (kelleks on peamiselt ärikliendid) on piisavalt teadlikud ja informeeritud, teades muu hulgas seda, et kinnisvarabüroode tegevus ei piirdu tavaliselt Eestiga, vaid vahendatakse teenuseid ka välismaal – kaebaja ei pea seega usutavaks, et selline tarbija tingimata eeldaks, et vastavad teenused seostuksid vaid Eestiga. Komisjon nõustub Patendiametiga, et kaebaja teenuseid on võimalik Eestis osutada ja nende osas on kaubamärk igal juhul kirjeldav. Seda ei väära asjaolu, et kinnisvarateenuseid võidakse vahendada ka välismaal.

Seoses kaebaja viidetega varasemale praktikale, millest nähtuvalt on kaebaja hinnangul käesoleva kaubamärgi asjaoludega analoogsetel asjaoludel peetud kaubamärke registreeritavateks, jääb komisjon oma varasemates otsustes väljendatud seisukoha juurde, et iga lahend ja registreering sõltub konkreetse kaubamärgiga seotud individuaalsetest asjaoludest ning isiku õigus nõuda tähise registreerimist ei tulene mõne teise kaubamärgi registreerimise faktist (nt komisjoni otsused nr 800-o, lk 4; nr 1557-o, lk 13; nr 2008-o, lk 18). Ka Euroopa Kohus on kinnitanud põhimõtet, et kaubamärkide registreeritavus oleneb konkreetse juhtumi konkreetsetest asjaoludest ning otsuste seaduslikkust ei saa hinnata varasema otsustuspraktika põhjal (C-218/01, p 62; C-37/03 P, p 47). Komisjon soovib siiski märkida nii palju, et erinevalt kaebaja poolt esile toodust ei pea komisjon oma varasemas otsuses käsitletud kaubamärgiga „mobile.de + kuju“ (10.06.2020 otsus nr 1847-o) seotud asjaolusid analoogseiks kaebaja kaubamärgiga seotud asjaoludega, arvestades muu hulgas asjaomaste kaubamärkide kujunduslikest elementidest tulenevat erinevat mõju kaubamärkide üldmuljele. Samuti leiab komisjon, et kuigi Patendiamet on varasemalt registreerinud kaubamärgi „EESTI KINNISVARA + kuju“ (reg nr 56677), on selle kaubamärgi ja kaebaja kaubamärgi „EST kinnisvara + kuju“ puhul tegemist erinevate märkide ja erinevate asjaoludega, mistõttu ei ole kaebaja võrdlus asjakohane. Komisjon nõustub Patendiametiga, et tõsiasi, et kaubamärgis nr 56677 on kasutatud Eesti lipu värve, ei muuda nimetatud kaubamärki ja kaebaja kaubamärki ega ekspertiisingimusi või -asjaolusid automaatselt sarnaseks. Komisjon täheldab, et kaebaja kaubamärgiga võrreldes on kaubamärgis „EESTI KINNISVARA + kuju“ kasutatud lipuvärvides hoonete kujutist, mis on pilkupüüdev ja meeldejääv. Pilkupüüdev ja meeldejääv on ka tekstilise osa ja kujutise kombineerimise viis. Võrdse kohtlemise printsiipi ei ole komisjoni hinnangul rikutud. Seejuures leiab komisjon, et kuna otsuste seaduslikkust ei ole kohane hinnata varasema otsustuspraktika põhjal, ei ole Patendiamet ka kohustatud detailselt selgitama ja põhjendama, millised on need teistsugused asjaolud, mis esinesid ühe kaubamärgi ekspertiisi tegemisel, aga ei esinenud teise kaubamärgi ekspertiisi tegemisel.

Kaebaja on leidnud, et isegi kui kaubamärgi „EST kinnisvara + kuju“ osas olemuslikult esinevad KaMS § 9 lg 1 punktides 2 ja 3 sätestatud õiguskaitset välistavad asjaolud, tuleb nimetatud sätteid kohaldamata jätta ja kaebaja kaubamärk on ikkagi registreeritav vastavalt KaMS § 9 lõikele 2. KaMS § 9 lg 2 kohaselt

ei kohaldata kaubamärgitaotluse esitamise kuupäevaks kasutamise tulemusena eristusvõime omandanud kaubamärgi ja üldtuntud kaubamärgi puhul KaMS § 9 lg 1 punktides 2–4 sätestatud.

Komisjon leiab, et Patendiamet on adekvaatselt hinnanud kaebaja esitatud seisukohti ja tõendeid kaubamärgi „EST kinnisvara + kuju“ väidetava omandatud eristusvõime ja/või üldtuntuse kohta ning veenvalt põhjendanud, miks ei ole kaebaja kaubamärgile põhjust õiguskaitsset anda ka tulenevalt KaMS § 9 lõikest 2.

Kaebaja on seisukohal, et oma seisukohtade tõendamiseks, sh omandatud eristusvõime tõendamiseks on ta esitanud suurel arvul tõendeid (90 lisa 230-l leheküljel, enamik kahepoolsed). Komisjon nõustub Patendiametiga, et tõendite hindamise kriteeriumina ei ole asjakohane mitte tõendite kvantiteet, vaid kvaliteet. Kaebaja esitatud tõendite hulk võib olla küll märkimisväärne, kuid ühtlasi on suuresti tegemist samasisuliste materjalidega. Suure osa kaebaja materjalidest moodustavad meediaväljaannetes ilmunud reklaamid/kuulutused aastatest 2014–2015 (kaebuse lisad 92–100) ning 2013. aasta lõpus lühikese aja jooksul ilmunud Kopli liinide arendust käsitlevad artiklid (lisad 69–73, 76, 78, 82, 83). Samuti on kaebaja esitanud suurel hulgal dateerimata materjale kaebaja välireklaamidest (sh reklaamid hoonetel) ning fotojäädvustusi korraldatud kliendipäevadest (lisad 31–61).

Vähemalt aastate 2003–2013 lõikes näib komisjonile kaebaja esitatud meediaväljaannetes ilmunud artiklite põhjal (lisad 65–68), et kaebaja tegevus oli pigem kitsapiiriline ja projektipõhine, kus kaebaja on olnud koostööpartneriks üksikutele välisinvestoritele.

Kaebaja kuulumine Eesti Kinnisvarafirmade Liitu (lisa 8) võib küll suurendada tema usalduskrediiti, kuid ei too automaatselt kaasa kaebaja kaubamärgi eristusvõime omandamist või tuntuse tõusu. Asjaolu, et kaebaja on avaldanud kinnisvarakuulutusi erinevates Eesti kinnisvaraportalides (kv.ee, city24.ee, kinnisvara24.ee – lisad 6, 10–18), on komisjoni hinnangul normaalne ja tavaline kinnisvara valdkonna ettevõtja tegevus, mis ei tähenda iseenesest, et kaebaja kaubamärk oleks omandanud eristusvõime või saanud tuntuks. Sama võib öelda selle kohta, et kaebaja on kinnisvarabüroode kategoorias olnud mitmetel aastatel ära märgitud Äripäeva poolt koostatud edetabelites (lisad 86–89). On mõistetav ja ootuspärane, et kinnisvarabüroode kohta koostatud edetabelites sisalduvad erinevad kinnisvarabürood. Põhjendamatu oleks aga järeldada, et kõik sellised bürood või nende kasutatavad tähised oleksid üldtuntud või omandanud eristusvõime.

Komisjoni seisukoht ühtib Patendiameti hinnanguga, et kaebaja esitatud eelviidatud ja muud tõendid (nt reklaamide tellimise mahud ja kanalid, veebilehtede külastatavuse andmed) näitavad kogumis seda, et kaebaja on toimiv ettevõtte (potentsiaalselt ka edukalt toimiv), kuid mitte seda, et kaebaja kaubamärk „EST kinnisvara + kuju“ oleks kaubamärgitaotluse esitamise seisuga 2019. a omandanud kasutamise tulemusena eristusvõime või saanud üldtuntuks. Kaebaja esitatud tõenditest nähtub, et kaebaja äritegevusega kaasnenud toimingud on olnud tavapärased antud tegevusvaldkonnas, mistõttu need ei näita iseenesest kaubamärgi omandatud eristusvõimet. Komisjon nõustub Patendiametiga, et kaebaja esitatud materjalid võivad ühe komponendina aidata kaasa tähise omandatud eristusvõime või üldtuntuse tõendamisele, samas ei anna ainult need materjalid alust väita, et kaebaja tähis Eesti tarbija jaoks vaatlusaluseid teenuseid ei kirjelda ning et sellel on eristusvõime kindla ettevõtja kaubamärgina.

Komisjon märgib, et ka Euroopa Liidu Kohtu praktikast tuleneb, et kaubamärgi kasutamise käigus omandatud eristusvõimet ei saa tõendada üksnes kaupade või teenuste müügi mahtu puudutava teabe või reklaammaterjali esitamisega ning et ainuüksi asjaolu, et tähist on teatavat aega kasutatud, on ebapiisav selle tõendamiseks, et avalikkus, kellele asjaomased kaubad või teenused on suunatud, tajub tähist kui kaubandusliku päritolu tähist (Euroopa Üldkohtu otsus T-304/16, p 29 ja seal viidatud kohtupraktika). Kasutamise käigus omandatud eristusvõime tingimuse täitmist tõendavad asjaolud ei või põhineda üksnes üldisel või abstraktsel teabel ning arvestada tuleb selliste teguritega nagu kaubamärgi turuosa, kaubamärgi kasutamise intensiivsus, geograafiline ulatus ja kestus, ettevõtja poolt kaubamärgi tutvustamiseks tehtud investeeringute maht, suhteline osa asjaomases avalikkusest, kes kaubamärgi põhjal identifitseerivad kaupa ühelt kindlalt ettevõtjalt pärinevana ning kaubandus- ja tööstuskodade ja teiste erialaliitude seisukohad (T-304/16, p 27 ja C-299/99 p 60 ning neis viidatud kohtupraktika). Käesoleval juhul ei sisalda kaebaja esitatud materjalid teavet, mis võimaldaks eelnimetatud kriteeriumite kontekstis tõsikindlalt tuvastada kaebaja kaubamärgi omandatud eristusvõimet või tuntust.

Komisjon ei pea põhjendatuks kaebaja etteheidet Patendiametile, et viimane on ekspertiisimenetluses soovitanud kaebajal esitada täiendavaid tõendeid, näiteks turu- või tarbijauuringuid. Komisjon leiab, et Patendiameti sellekohased soovitusel on igati mõistlikud ja kooskõlas hea halduse põhimõttega. Loomulikult ei ole turu- või tarbijauuringud ainus mõeldav viis tõendada kaubamärgi omandatud



eristusvõimet või üldtuntust ning Patendiamet ei olegi seda väitnud. Teisalt asjaolu, et kaebaja vastavate uuringute või muude Patendiameti soovitatud täiendavate tõendusmaterjalide esitamise vajalikkusele (või võimalikkusele) vastu vaidleb, ei muuda kaebaja poolt juba esitatut kuidagi rohkem piisavaks või kaalukamaks. Patendiameti seisukohta, et kaubamärgi omandatud eristusvõimet ja/või üldtuntust saab tõendada eelkõige objektiivsete tarbija taju näitavate tõenditega, peab komisjon põhjendatuks. Asjaolu, et sellised tõendid võivad iseenesest olla sobivad ka kaubamärgi maine tõendamiseks, ei tähenda käesoleval juhul, et Patendiamet oleks nõudnud kaebajalt sisuliselt maine tõendamist.

Komisjoni hinnangul ei ole asjassepuutuv kaebaja viide, et tema klientuuriks on äritarbijad, mistõttu on ka analüüsitava turusegmenti põhjendatud kaasata vaid äritarbijad. Kaebaja kaubamärgitaotluse nr M201900017 teenuste loetelu ei ole piiratud üksnes äritarbijatele suunatud teenustega, seega on Patendiamet käesoleval juhul põhjendatult lugenud tarbijaskonnaks kogu Eesti täisealise avalikkuse. Seejuures ei nõustu komisjon kaebaja käsitlemisega (mis kaebaja hinnangul justkui piirab tema võimalusi esitada näiteks tarbijaküsitlusi ja -uuringuid), et kuna kinnisvaraala teenuste puhul on tegemist valdkonnaga, mis eeldab finantsilist kindlustatust, Eestis aga moodustavad suhteliselt suure osa elanikkonnast suhtelises vaesuses elavad isikud, siis tõenäoliselt ei puutu suur osa elanikkonnast kõnealuste teenustega kokku. Komisjon leiab, et oma sissetulekute suurusest olenemata puutuvad kinnisvarateenustega mingis eluetapis kokku põhimõtteliselt kõik Eesti isikud, kasvõi ainuüksi seoses enda eluasemega seotud vajadustega. Sõltuvalt rahalistest võimalustest on kahtlemata erinevusi, millise hinnaga ostu- või üüritehinguid saavad konkreetsed isikud endale lubada, kuid kinnisvaraga seotud teenuste sihtgrupiks on siiski põhimõtteliselt igaüks. Isegi kui konkreetselt kaebaja teenused ei ole suunatud madalama sissetulekuga inimestele (või üldse füüsilistele isikutele), ei tähenda see, et sellised isikud tuleks kõnealusest turusegmendist välja jätta. Küll aga võibki sellise olukorra tagajärjeks olla, et suhteliselt suur osa Eesti elanikkonnast ei ole kaebaja teenustega ja seega ka tähisega „EST kinnisvara + kuju“ tuttav.

Kaebaja on pidanud vajalikuks eraldi rõhutada, et KaMS § 9 lg 2 ei reguleeri mitte üksnes tähise kasutamise käigus omandatud eristusvõime küsimust, vaid võimaldab õiguskaitse andmist lisaks ka üldtuntud kaubamärgile. Üldtuntuse kriteeriumite esinemise analüüs ja tõendamine ei ole kaebaja hinnangul automaatselt ja täies mahus samastatav omandatud eristusvõime kriteeriumitega ning vastupidi. Seejuures leiab kaebaja, et üldtuntuse hindamisel KaMS § 7 lg 3 p 1 kohaselt tuleb asjassepuutuva kaupade või teenustega tegeleva ärisektorina vaadelda kinnisvarasektorit ning selles olevaid isikute rühmi, mitte aga laiendada seda väljapoole. Komisjon viitab siinkohal oma varasemale otsusele – vt komisjoni 04.09.2020 otsus nr 1846-o, lk 19 –, märkides kokkuvõtlikult, et kuigi KaMS § 9 lõikes 2 on viidatud kasutamise teel eristusvõime omandanud kaubamärgile ja üldtuntud kaubamärgile alternatiivsena, on nende hindamise kriteeriumid sarnased ning kaubamärgi üldtuntuse tunnistamiseks peab vastav tähis olema tuntud just nimelt (eristusvõimelise) kaubamärgina. Vastasel juhul võib tegemist olla tähisega, mis on küll tuntud, aga mis ei ole asjaomase avalikkuse silmis kaubamärk. KaMS § 9 lõikes 2 on omandatud eristusvõimet ja üldtuntust käsitletud alternatiividena, kuna üldtuntud kaubamärk peab igal juhul olema eristusvõimeline ning üldtuntuse tõendamiseks on hõlmatud kaubamärgi loomupärane või omandatud eristusvõime. Käesolevas asjas ei ole määravat tähtsust sellel, kas KaMS § 7 lg 3 p 1 tähenduses asjassepuutuva ärisektorina tuleb vaadelda üksnes kinnisvarasektorit või on Patendiamet seda põhjendamatult laiendanud (kaasates ka näiteks kinnisvaralaenu ja -kindlustuse pakkujad) – kaebaja esitatud tõendid ei võimalda järeldada, et kaubamärk „EST kinnisvara + kuju“ oleks omandanud isegi n-ö kitsas kinnisvarasektoris eristusvõime, ammugi mitte üldtuntuse.

Komisjon märgib lõpetuseks, et Patendiamet on iseenesest asjakohaselt välja toonud selle, et esitatud tõenditest nähtuvalt on kaebaja oma tähist paljuski kasutanud erineva kujundusega kui see, millisena tähis kajastub kaubamärgitaotluse nr M201900017 reproduktsioonil (vt nt lisad 7, 18, 37, 38, 43, 49, 61, 91). Põhimõtteliselt võib seega nõustuda Patendiametiga, et tarbijail ei olegi olnud arvestataval määral kokkupuudet kaebaja tähisega sellisel tervikkujul, nagu see on kaubamärgitaotluses registreerimiseks esitatud. Komisjon märgib samas, et nimetatud ei ole käesoleval juhul otsustava tähtsusega, kuivõrd kaebaja kaubamärgi omandatud eristusvõime ega üldtuntus ei ole tõendatud ka kaubamärgitaotluses esitatust erineval kujul kasutatud tähis(t)e osas.

Kõike eeltoodut kokku võttes leiab komisjon, et Patendiameti 28.12.2021 otsus nr 7/M201900017 kaebaja kaubamärgi „EST kinnisvara + kuju“ registreerimisest keeldumise kohta klassis 36 on seaduslik ja põhjendatud. Kaebus jääb seetõttu rahuldamata.

Lähtudes eeltoodust ning juhindudes TÕAS §-st 61, KaMS § 9 lg 1 punktidest 2 ja 3 ning KaMS § 9 lõikest 2 otsustas komisjon:

**jätta kaebus rahuldamata.**

Kaebaja võib esitada kaebuse komisjoni otsuse peale Harju Maakohusse kahe kuu jooksul komisjoni otsuse avaldamisest arvates. Kohus vaatab kaebuse läbi hagita menetluses, kaasates puudutatud isikuna Patendiameti. Kaebaja teavitab viivitamata komisjoni kaebuse esitamisest.

Kui kaebust ei ole esitatud, jõustub komisjoni otsus kahe kuu möödumisel otsuse avaldamisest ja kuulub täitmisele.

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

*(allkirjastatud digitaalselt)*

Sulev Sulsenberg

Tanel Kalmet

Anneli Kapp