

**PATENDIAMET  
TÖÖSTUSOMANDI  
APELLATSIOONIKOMISJON**


Otsus nr 1864-o

Tallinn, 31.12.2021

**Avaldus nr 1864 kaubamärgi „Корова +  
кужу“ (registreeringu nr 38539) omaniku  
ainuõiguse lõppenuks tunnistamiseks**

Tööstusomandi apellatsioonikomisjon (edaspidi komisjon), koosseisus Tanel Kalmet (eesistuja), Priit Lello, Edith Sassian vaatas kirjalikus menetluses läbi **APFinance Investeeringud OÜ** (edaspidi avaldaja; esindaja patendivolinik Ingrid Matsina) 1.10.2019 avalduse kaubamärgi „**Корова + кужу**“ (edaspidi vaidlustatud kaubamärk) omaniku **OÜ BREWWANŽ** (esindaja patendivolinik Olga Treufeldt) ainuõiguse lõppenuks tunnistamiseks kaubamärgi kasutamiskohustuse täitmata jätmise tõttu.

Vaidlustatud kaubamärk (vaidlustusavalduse lisa 1):

Kaubamärk	Andmed	Kaitstud klassis
	registreeringu nr 38539, taotluse esitamise kuupäev 22.07.2002, registreerimise kuupäev 1.12.2003	30 ( <i>kondiitritooted ja maiustused</i> )

**Menetluse käik**

**1) Avaldaja on 1.10.2019** esitatud avalduses esitanud nõude tunnistada täielikult lõppenuks registreeringu nr 38539 omaniku ainuõigus. Avaldaja märkis, et kaubamärgiseaduse (KaMS) § 17 lg 1 sätestab, et kaubamärgiomanik on kohustatud registreeritud kaubamärki tegelikult kasutama registreeringus märgitud kaupade ja teenuste tähistamiseks. KaMS § 53 lg 1 p 3 kohaselt võib iga isik esitada komisjonile avalduse kaubamärgiomaniku vastu, nõudes tema ainuõiguse lõppenuks tunnistamist, kui kaubamärki ei ole pärast registreeringu tegemist mõjuva põhjusega viie järjestikuse aasta jooksul KaMS § 17 tähenduses kasutatud. Avaldajale teadaolevatel andmetel ei ole omanik kaubamärki viie järjestikuse aasta jooksul KaMS § 17 tähenduses kasutanud. Avaldajale teadaolevatel andmetel ei esine KaMS § 53 lõikes 2 nimetatud asjaolusid.

**Komisjon** võttis avalduse menetlusse **4.11.2019** ja toimetas selle taotlejale kätte. Kättetoimetamisel teatati taotlejale, et tulenevalt tööstusomandi õiguskorralduse aluste seaduse (TÕAS) § 48<sup>2</sup> lõikest 1 algab kättetoimetamisest leppeperiood. Kooskõlas sama paragrahvi lõikega 2 pidi omanik kirjalikult teatama komisjonile enne 21.01.2020, kas ta soovib või ei soovi avaldusele vastu vaielda. Omaniku esindaja kinnitas avalduse kättesaamist 7.11.2019.

**2) 21.01.2020** teatas **omanik**, et vaidleb 1.10.2019 avaldusele vastu ning leiab, et avaldus tuleb jätta rahuldamata. Omanik kinnitas, et on registreeringus nr 38539 toodud kaubamärki nõuetekohaselt KaMS § 17 tähenduses kasutanud, mistõttu puuduvad ainuõiguse lõppenuks tunnistamiseks alused.

KaMS § 55 lg 2 järgi ainuõiguse lõppenuks tunnistamise korral loetakse registreering kehtetuks komisjonile avalduse esitamise kuupäevast arvates. Sellest järelduvalt peab omanik tõendama registreeringus nr 38539 toodud kaubamärgi kasutamist ainuõiguse lõppenuks tunnistamise avaldusele eelnenud 5 aastat jooksul, s.o perioodil 1.10.2014–1.10.2019.

Adress:  
Toompuiestee 7  
15041 Tallinn

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

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

Omanik esitas nimetatud perioodil kaubamärgi kasutamist tõendavad tõendid ja dokumendid, samas registreeringus toodud kaupade suhtes, märkides eelnevalt, et vaidlustatud kaubamärgiga tähistatud „kondiitritooteid ja maiustusi“ toodab omanik ise ja impordib ka Ukrainast juba aastaid. „Kondiitritoode“ on Eesti Keele Instituudi määratluse kohaselt suhkrurohke jahust, munast ja lisanditest koosnev küpsetis (kook, küpsis, tort, vahvel jms); ka rohkesti suhkrut sisaldav maiustus (kompvek, šokolaad, marmelaad, martsipan, pastilaa jms) (<http://www.eki.ee/dict/ekss/index.cgi?Q=kondiitritoode&F=M>); „maiustus“ on magus, rohkesti suhkrut sisaldav toode (näit. Kompvek, šokolaad, marmelaad, pastilaa jne) (<http://www.eki.ee/dict/ekss/index.cgi?Q=maiustus&F=M>). Vastav toode [šokolaaditahvel] on toodud ka omaniku kodulehel <http://www.brewwanz.ee/sokolaad.php>. Omanik on esitanud oma vastuse tekstis sama toote näidise pildi koos kogu nõutava etiketil kajastuva informatsiooniga. [Komisjon märgib, et pildil on nähtav vaidlustatud kaubamärgi kujutis.]

Kaubamärgi kasutamist tõendavad dokumendid, mille omanik esitas, on:

1. GS1 Estonia OÜ poolt välja antud numberkoodi andmete väljatrükk, millise kohaselt on antud tootele tahvel „Korovka 100g“ numbrikood 4744277010046, millist on viimati muudetud 16.04.2015. Tõend kinnitab, et vähemalt alates 16.04.2015. on omaniku tootele „Korovka“ jaekaubanduses kasutamiseks väljastatud vastav kood (lisa 1). Toote näidis on toodud eeltoodud pildil vastuse tekstis.
2. Omaniku raamatupidamisprogrammi [HansaWorld] väljavõte perioodil 1.01.2015 kuni 31.12.2019 toote nimetusega tahvel „Korovka“ müügi kohta. Tõendist nähtuvad toote müügikuupäevad, klientide nimed ja kogused (lisa 2, 13 lehel).
3. Veterinaar- ja Toiduameti kontrollakt nr 12-108-19/129, millise kohaselt on tootele tahvel „Korovka“ teostatud 16.10.2018 ja 16.10.2019 kontroll. Tõendist nähtuvalt on omanik tootnud 16.10.2018 ja 16.10.2019 šokolaadi nimetusega tahvel „Korovka“. Samuti nähtub, et 15.10.2019 valmistati toodet koguses 500 kg (lisa 3, 4 lehel).

Lisaks eelnevalt toodud šokolaaditahvile, pakub omanik Eestis müügiks ka koorekompvekke „Korovka“. Viimaseid toodetakse Ukrainas ning imporditakse Eestisse ja turustatakse Eestis omaniku poolt. Osundatu tõendamiseks on järgmised dokumendid:

4. Kompveki „Korovka“ etiketi näidis koos kogu etiketil kajastuva informatsiooniga. Tõendist nähtuvalt on koorekompvek „Korovka“ toodetud Ukrainas ning Eestisse impordib seda Brewwanž OÜ (lisa 4).
5. Omaniku raamatupidamisprogrammi väljavõte perioodil 1.01.2015 kuni 31.12.2019 toote [komm] nimetusega „Korovka“ müügi kohta. Tõendist nähtuvad toote müügikuupäevad, klientide nimed ja kogused (lisa 5, 10 lehel).

Täiendavalt impordib omanik Ukrainast Eestisse šokolaadikompvekke „Korovka“. Osundatu tõendamiseks on järgmised dokumendid:

6. Šokolaadikompveki „Korovka“ etiketi näidis, koos kogu etiketil kajastuva informatsiooniga. Tõendist nähtuvalt on šokolaadikompvek „Korovka“ toodetud Ukrainas ning Eestisse impordib seda Brewwanž OÜ. Toote numbrikood etiketil on 4744277010282 (lisa 6).
7. Väljatrükk GS1 andmebaasist selle kohta, et numbrikood 4744277010282 on väljastatud omaniku nimele ning tootele „Kompvek Korovka šokolaadis“. Andmeid on viimati muudetud 8.06.2017 (lisa 7).
8. Omaniku raamatupidamisprogrammi väljavõte perioodil 1.01.2015 kuni 31.12.2019 toote [šokolaadikomm] nimetusega „Korovka“ müügi kohta. Tõendist nähtuvad toote müügikuupäevad, klientide nimed ja kogused (lisa 8, 8 lehel).
9. 22.09.2015 Ukraina ettevõtte EKOTEHNIKA-M poolt omanikule väljastatud arve nr 18, millise kohaselt on omanik ostnud 22.09.2015 mh kompvekke „Korovka“. Viimased on Eestisse imporditud vastavalt 13.10.2015 tollideklaratsioonile nr 15EE4200EE92497510. Dokumentide koopiad [tõlkega] lisatud (lisa 9, 5 lehel).
10. 23.11.2015 EKOTEHNIKA-M poolt omanikule väljastatud arve nr 19, millise kohaselt on omanik ostnud 23.11.2015 mh kompvekke „Korovka“. Viimased on Eestisse imporditud vastavalt 14.12.2015 tollideklaratsioonile nr 15EE4200EE93104810. Koopia lisatud (lisa 10, 5 lehel).
11. 22.02.2016 EKOTEHNIKA-M poolt omanikule väljastatud arve nr 20, millise kohaselt on omanik ostnud 22.02.2016 mh kompvekke „Korovka“. Viimased on Eestisse imporditud vastavalt 7.03.2016 tollideklaratsioonile nr 16EE4200EE90540838. Koopia lisatud (lisa 11, 5 lehel).
12. 20.08.2016 EKOTEHNIKA-M poolt omanikule väljastatud arve nr 22, millise kohaselt on omanik ostnud 02.08.2016 mh kompvekke „Korovka“. Viimased on Eestisse imporditud vastavalt 18.08.2016 tollideklaratsioonile nr 16EE4200EE92088475. Koopia lisatud (lisa 12, 6 lehel).
13. 28.11.2016 EKOTEHNIKA-M poolt omanikule väljastatud arve nr 24, millise kohaselt on omanik ostnud 28.11.2016 mh kompvekke „Korovka“. Viimased on Eestisse imporditud vastavalt 12.12.2016 tollideklaratsioonile nr 16EE4200EE93238197. Koopia lisatud (lisa 13, 4 lehel).
14. 30.11.2017 EKOTEHNIKA-M poolt omanikule väljastatud arve nr 32, millise kohaselt on omanik ostnud 30.11.2017 mh šokolaadikompvekke „Korovka“. Viimased on Eestisse imporditud vastavalt 19.12.2017 tollideklaratsioonile nr 17EE4200EE93562681. Koopia lisatud (lisa 14, 5 lehel).

15. 12.10.2017 EKOTEHNIKA-M poolt omanikule väljastatud arve nr 31, millise kohaselt on omanik ostnud 12.10.2017 mh šokolaadikompvekke „Korovka“. Viimased on Eestisse imporditud vastavalt 02.11.2017 tollideklaratsioonile nr 17EE4200EE93045425. Koopia lisatud (lisa 15, 6 lehel).
16. 12.09.2017 EKOTEHNIKA-M poolt omanikule väljastatud arve nr 30, millise kohaselt on omanik ostnud 12.09.2017 mh šokolaadikompvekke „Korovka“. Viimased on Eestisse imporditud vastavalt 25.09.2017 tollideklaratsioonile nr 17EE4200EE92635875. Koopia lisatud (lisa 16, 5 lehel).
17. 17.07.2017 EKOTEHNIKA-M poolt omanikule väljastatud arve nr 29, millise kohaselt on omanik ostnud 17.07.2017 mh šokolaadikompvekke „Korovka“ ja kompvekke „Korovka“. Viimased on Eestisse imporditud vastavalt 18.08.2017 tollideklaratsioonile nr 17EE4200EE92258919. Koopia lisatud (lisa 17, 5 lehel).
18. 14.06.2017 EKOTEHNIKA-M poolt omanikule väljastatud arve nr 28, millise kohaselt on omanik ostnud 14.06.2017 mh šokolaadikompvekke „Korovka“. Viimased on Eestisse imporditud vastavalt 26.06.2017 tollideklaratsioonile nr 17EE4200EE91710275. Koopia lisatud (lisa 18, 5 lehel).
19. 16.05.2017 EKOTEHNIKA-M poolt omanikule väljastatud arve nr 27, millise kohaselt on omanik ostnud 16.05.2017 mh šokolaadikompvekke „Korovka“ ja kompvekke „Korovka“. Viimased on Eestisse imporditud vastavalt 6.06.2017 tollideklaratsioonile nr 17EE4200EE91528247. Koopia lisatud (lisa 19, 6 lehel).
20. 19.02.2018 EKOTEHNIKA-M poolt omanikule väljastatud arve nr 33, millise kohaselt on omanik ostnud 19.02.2018 mh šokolaadikompvekke „Korovka“ ja kompvekke „Korovka“. Viimased on Eestisse imporditud vastavalt 2.03.2018 tollideklaratsioonile nr 18EE4200EE90600563. Koopia lisatud (lisa 20, 6 lehel).
21. 29.03.2018 EKOTEHNIKA-M poolt omanikule väljastatud arve nr 34, millise kohaselt on omanik ostnud 29.03.2018 mh šokolaadikompvekke „Korovka“ ja kompvekke „Korovka“. Viimased on Eestisse imporditud vastavalt 19.04.2018 tollideklaratsioonile nr 18EE4200EE91107443. Koopia lisatud (lisa 21, 6 lehel).
22. 17.05.2018 EKOTEHNIKA-M poolt omanikule väljastatud arve nr 35, millise kohaselt on omanik ostnud 17.05.2018 mh šokolaadikompvekke „Korovka“ ja kompvekke „Korovka“. Viimased on Eestisse imporditud vastavalt 5.06.2018 tollideklaratsioonile nr 18EE4200EE91595669. Koopia lisatud (lisa 22, 5 lehel).
23. 09.07.2018 EKOTEHNIKA-M poolt omanikule väljastatud arve nr 36, millise kohaselt on omanik ostnud 09.07.2018 mh šokolaadikompvekke „Korovka“ ja kompvekke „Korovka“. Viimased on Eestisse imporditud vastavalt 23.07.2018 tollideklaratsioonile nr 18EE4200EE92092270. Koopia lisatud (lisa 23, 7 lehel).
24. 04.09.2019 EKOTEHNIKA-M poolt omanikule väljastatud arve nr 48, millise kohaselt on omanik ostnud 04.09.2019 mh šokolaadikompvekke „Korovka“ ja kompvekke „Korovka“. Viimased on Eestisse imporditud vastavalt 2.10.2019 tollideklaratsioonile nr 19EE4200EE92990432. Koopia lisatud (lisa 24, 11 lehel).
25. 26.07.2019 EKOTEHNIKA-M poolt omanikule väljastatud arve nr 47, millise kohaselt on omanik ostnud 26.07.2019 mh šokolaadikompvekke „Korovka“ ja kompvekke „Korovka“. Viimased on Eestisse imporditud vastavalt 7.08.2019 tollideklaratsioonile nr 19EE4200EE92369571. Koopia lisatud (lisa 25, 14 lehel).
26. 19.06.2019 EKOTEHNIKA-M poolt omanikule väljastatud arve nr 46, millise kohaselt on omanik ostnud 19.06.2019 mh šokolaadikompvekke „Korovka“ ja kompvekke „Korovka“. Viimased on Eestisse imporditud vastavalt 2.07.2019 tollideklaratsioonile nr 19EE4200EE91987625. Koopia lisatud (lisa 26, 9 lehel).

Omanik väitis, et tegemist ei ole kõigi kauba ostmist ja Eestisse importimist (kaubamärgi kasutamiseks loetakse KaMS § 14 lg 2 p 4 kohaselt ka tähisega tähistatud kaupade sissevedu) kinnitavate dokumentidega, s.o toimiku ebamõistliku koormamise vältimiseks esitas omanik tõendid üksnes valikuliselt. Samas, kui edaspidises menetluses peaks vajalikuks osutama täiendavate tõendite esitamine, esitab omanik täiendavad tõendid esimesel võimalusel.

Lisaks loetletud tõenditele esitas omanik ka perioodist 26.12.2014–10.08.2019 ettevõtte Tartu Pak OÜ poolt väljastatud arved, millised on esitatud kaubamärgiga „Korovka“ tähistatud pakendite eest. Kaubamärgi kasutamiseks loetakse KaMS § 14 lg 2 p 1 kohaselt ka kauba pakendi tähistamine tähisega. Ka osundatud arved on üksnes osa kõikidest pakendite eest esitatud arvetest (lisa 27, 5 lehel). Pakendite näidised [kaks pilti] on toodud järgnevalt vastuse tekstis [ning komisjoni hinnangul on nendel kujutatud vaidlustatud kaubamärgi kujutist].

Lisaks müüb omanik ka kaubamärgiga „Korovka“ tähistatud assortii komplekte, mille pilt on esitatud vastuse tekstis [ja millel on komisjoni hinnangul kasutatud vaidlustatud kaubamärgi kujutist]. Viimatisetatud fotol kujutatud assortii komplekti pakendid on soetatud juba 2010. aastal, millise kinnituseks on FOP Potapov Anatolii poolt 25.11.2010 väljastatud arve nr 1/10 mainitud pakendite kohta koguses 25 070 tk. Pakendid imporditi Eestisse vastavalt 1.12.2010 tollideklaratsioonile nr 10EE4200EE92310906

(lisa 28, 2 lehel). Kuna pakendite kogus oli väga suur ning tegemist on eksklusiivse tootega, on antud pakendisse pakendatud assortii komplekte müügil ka tänasel päeval.

Täiendavalt pidas omanik vajalikuks märkida, et vaidlustatud kaubamärgi kasutamist oleks avaldaja saanud lihtsate vahenditega kontrollida ning seeläbi komisjoni menetlust vältida. Avaldaja seda aga ei teinud. Samuti ei pöördunud avaldaja omaniku poole vastavasisulise info saamiseks. Ka KaMS § 53 annab selleks selge võimaluse, käsitledes ainuõiguse lõppenuks tunnistamise menetluse algatamise kavatsuse kontseptsiooni. Avalduse esitamise läbi omanikule põhjendamatute menetluskulude tekitamine ei ole menetlusõiguste heauskne kasutamine ega kooskõlas hea usu põhimõtetega. Omanik viitas analoogia korras tsiviilkohtumenetluse seadustiku (TsMS) § 200 lõikes 1 sätestatule – menetlusosaline on kohustatud kasutama oma menetlusõigusi heauskselt – ja võlaõigusseaduse §-le 6 – võlausaldaja ja võlgnik peavad teineteise suhtes käituma hea usu põhimõttest lähtuvalt. Omanik mõonis, et KaMS ja TÕAS annavad võimaluse valimatult kõigile ainuõiguse lõppenuks tunnistamise avalduse esitamiseks, kuid omaniku hinnangul peaks komisjon vahet tegema äriilistest kaalutlustest lähtuvat avalduse esitamist, s.o omaniku ainuõiguse vaidlustamist tulenevalt enda soovist/kavatsustest kaubamärki kasutada ning heauskseid tavasid ning menetlusõigust eirates avalduse esitamisel. Avaldaja ei tegele maiustuste ega mistahes muu tootmisega. Tegemist on tegevusetu äriühinguga, millise juhatuse liikmeks ja osanikuks on vandeadvokaat Arsi Pavelts. Ei ole eluliselt usutav, et registreering nr 38539 kuidagi riivaks avaldaja õigusi või vabadusi. Tegemist on omaniku hinnangul pahauskse avalduse esitamisega, mistõttu peaks komisjon võtma seisukoha võimaliku menetluse lõpetamise osas. Analoogia korras viitab omanik TsMS sätestatud hagi menetluse võtmise keeldumise alustele: TsMS § 371 lõike 2 kohaselt võib kohus jätta hagiavalduse menetluse võtmata, kui hageja õiguste rikkumine ei ole hagi alusena toodud faktilistele asjaoludele tuginedes üldse võimalik, eeldades hageja esitatud faktiliste väidete õigsust.

Kõigi loetletud tõenditega on omanik tõendanud, et on registreeringus nr 38539 toodud kaubamärki samas registreeringus toodud kaupade suhtes perioodil 1.10.2014–1.10.2019 KaMS § 17 tähendusega kasutanud. Eeltoodut arvesse võttes ning juhindudes TÕAS § 61 lõikes 1 sätestatust palus omanik jätta avaldus kogu ulatuses rahuldamata.

**Komisjon**, alustades eelmenetlust, edastas **24.01.2020** omaniku vastuse ja selle lisad avaldajale ning andis omanikule võimaluse esitada kuni 25.03.2020 tõendeid kaubamärgi kasutamise kohta, kuna selleks ei olnud komisjon eelnevalt tähtaega määranud. Omanik täiendavaid põhjendusi ega tõendeid eelmenetluse vältel ei esitanud. **22.05.2020** andis komisjon avaldajale võimaluse seisukoha esitamiseks tähtajaga 23.07.2020.

**3) 23.07.2020** esitas avaldaja oma seisukohad. Avaldaja märkis, et KaMS § 17 lõike 1 kohaselt on kaubamärgiomanik kohustatud registreeritud kaubamärki tegelikult kasutama registreeringus märgitud kaupade ja teenuste tähistamiseks. KaMS § 53 lg 1 p 3 kohaselt võib iga isik esitada komisjonile avalduse kaubamärgiomaniku vastu, nõudes tema ainuõiguse lõppenuks tunnistamist, kui kaubamärki ei ole pärast registreeringu tegemist mõjuva põhjuseta viie järjestikuse aasta jooksul KaMS § 17 tähenduses kasutatud. KaMS § 53 lg 1 p 3 kohaldamise eelduseks ei ole asjast huvitatus, avalduse esitaja tegutsemine samas või sarnases valdkonnas, ega ka avalduse esitaja tegutsemine äritegevuses, või üleüldse tegutsemine. Ainsaks nõudeks avalduse esitajaks olemisele on olemine „isikuks“, st füüsiliseks või juriidiliseks isikuks. Avalduse esitaja on juriidiline isik, vastates seega KaMS § 53 lg 1 p-s 3 sätestatud nõudele. Seega on asjakohatud omaniku viited avalduse esitaja tegevusvaldkonnale, osanikele või väidetavale pahausksusele.

Kaubamärgi kasutamise kohustuse täitmise hindamiseks on Euroopa Kohus määratlenud järgmised põhimõtted. Esiteks peab kaubamärgi kasutamine olema tegelik ja mitte näilik, mis tähendab, et arvesse ei võeta sümbolse tähendusega kasutust, mille ainus eesmärk on kaubamärgiõiguste säilitamine (Eko 11.03.2003, C-40/01 Ansul, p 36, EKo 11.05.2006, C-416/04 P p 70). Kasutamise hindamisel tuleb arvesse võtta kõiki kaubamärgi ärilise kasutamise seotud fakte ja asjaolusid, eriti seda, kas see kasutus on suunatud turuosa loomiseks või säilitamiseks, samuti kaupade või teenuste iseloomu, turu iseloomu ja kasutuse mahtu ja sagedust (Eko 11.03.2003, C-40/01 Ansul, p 38-39). Kaubamärgi tegeliku kasutamise mõistest tuleneb, et kaubamärki tuleb kasutada kaubamärgiga kaitstud kaupade ja teenuste turul (Eko 11.03.2003, C-40/01 Ansul, p 37). Kaubamärgi kasutamine peab olema vastavuses kaubamärgi peamise funktsiooniga, milleks on tagada lõpptarbijale või -kasutajale kauba või teenuse teatud päritolu, võimaldades tal ilma võimaliku segiajamiseta eristada kaupa või teenust nendest, millel on muu päritolu (Eko 11.03.2003, C-40/01 Ansul, p 36). Kasutamine äritegevuses ei hõlma kaubamärgi ettevõttesest kasutamist (Eko 11.03.2003, C-40/01 Ansul, p 37).

Tulenevalt KaMS § 53 lõike 2 regulatsioonist peab kaubamärgiomanik kaubamärgi kasutamist tõendama avalduse esitamisele eelnenud viie aasta jooksul, st perioodil 1.10.2014 – 30.09.2019. Kas kasutamine on piisav teenuste või kaupade turuosa säilitamiseks või loomiseks, sõltub paljudest teguritest, mida tuleb hinnata juhtumipõhiselt (Eko 11.06.2006, C-416/04 P Sunrider / OHIM, p 71). Kaubamärgi kasutamise kohustusega kaetud kaupadeks on kondiitritooted ja maiustused. Kaupade olemusest tulenevalt on tegemist igapäevaselt ostetavate odavate laiatarbekaupadega, mille tarbijateks on kõik Eesti elanikud. Sellise kauba turg on ulatuslik ja tegeliku kasutamise turuosa loomiseks või säilitamiseks ei piisa väikesemahulise müügist. Näitena kohtupraktikast tuli Üldkohtus arutlusel olnud ja seejärel Euroopa Kohtusse jõudnud kohtuasjas Reber/OHIM (Eko 17.07.2014, C-141/13 P) hinnata, kas käsitööšokolaadi tootja läbimüük 40-60 kg aastas vastab kaubamärgi tegeliku kasutamise nõudele. Üldkohus asus seisukohale, et kaubamärk oli kaitstud maiustuste ja šokolaaditoodete suhtes, mis on laiatarbekaupad, ning see on nende kaupade Saksamaa tarbijaskonda arvestades väga väike kogus. Kohus leidis, et arvestada tuleb kaupade olemust, mitte aga võimalikku turunduskontseptsiooni. Euroopa Kohus nõustus sellega ja märkis, et igasugune äriine kaubamärgi kasutamine ei kvalifitseeru automaatselt tegelikuks kasutamiseks. Kaubamärgiomanik leidis, et teda kui väikest käsitööšokolaadi valmistajat on diskrimineeritud, kohaldades talle samasuguseid tegeliku kasutamise kriteeriume kui rahvusvahelistele korporatsioonidele, kelle müügi mahud ja müügipunktide arv on oluliselt suuremad. Euroopa Kohus ebaõrdselt kohtlemist ei tuvastanud ning viitas ka, et Üldkohus hindas kasutamist korrektselt Saksamaa šokolaadituru suhtes, lähtudes kaubast, mille suhtes kaubamärk on kaitstud. Samuti on kohtupraktikas leitud, et 7000 küpsisepakki on väga väike kogus (Üldkohus, 12.07.2018, T41 / 17, p 56). Õiguskirjanduses on Reber/OHIM kaasust kommenteerides leitud, et kui kohelda väikesi ja keskmise suurusega ettevõtteid võrreldes suurkorporatsioonidega lihtsustatumalt, viiks see mitte üksnes turumoonutusteni vaid ka võrdse kohtlemise printsiibi rikkumiseni (Torelli, V. David versus Goliath chocolate trade mark dispute: does size count when applying the concept of genuine use? – Journal of Intellectual Property Law & Practice 2014, Vol. 9, No. 12).

Avalduse esitaja leidis, et omaniku esitatud tõendid ei tõenda kaubamärgi kasutust viisil, mis vastaks ülaltoodud põhimõtetele. Omanik on viidanud, et „Vastav toode on toodud ka kaubamärgi omaniku kodulehel <http://www.brewwanz.ee/sokolaad.php>.“ Avaldaja märkis, et viidatud veebilehte ei ole võimalik kontrollida, sest seda käesoleval ajal ei eksisteeri, ning ka domeen ei ole kellegi nimele registreeritud (seisukoha lisa – väljatrükk internet.ee päringutulemusest, mille kohaselt domeen brewwanz.ee on vaba).

Omaniku lisa 1 toodud GS1 Estonia OÜ poolt välja antud numberkoodi andmete väljatrükk ei saa tõendada kaubamärgi tegelikku kasutamist, sest koodi olemasolu ei näita, et kaubamärki oleks kasutatud kaubaturul lõpptarbijale kauba päritolu näitava tähisena. Esitatud väljavõte on oma kvaliteedilt ka praktiliselt loetamatu ning ei ole võimalik tõsikindlalt tuvastada, mis seal kirjas on. Lisatud tootenäidisel puuduvad kuupäevad ning see näib olevat pigem väljatrükk arvutifailist kui professionaalses äritegevuses kasutatav pakend. Seetõttu on pigem tõenäoline, et näidis pärineb avalduse esitamisest hilisemast ajast ning ei kvalifitseeru seetõttu tõendama kaubamärgi kasutust asjakohasel perioodil. Seega ei ole tegemist asjakohaste tõenditega.

Omaniku lisa 2 toodud raamatupidamise programmi väljavõte perioodil 1.01.2015–31.12.2019 toote nimetusega „Korovka“ müügi kohta on omaniku enda koostatud tõend ja seetõttu juba olemuslikult madala usaldusväärsusega. Tegemist on omaniku sisedokumendiga, mis ei kajasta kaubamärgi kasutamist kaubaturul. Tõendist ei selgu, milliste kogustega on tegemist, omanik ei ole esitanud arveid ega muid dokumente, mis tõendaksid, et kaubamärgiga tähistatud kaupa müüdi, ning et neid müüdi asjakohasel territooriumil.

Omaniku lisa 3 toodud Veterinaar- ja Toiduameti kontrollakt nr 12-108- 19/129 näitab, et kontroll viidi läbi 16.10.2019, mis on hilisem, kui avalduse esitamise kuupäev (1.10.2019). Omaniku väide, et tootele tahvel „Korovka“ teostatud kontroll ka 16.10.2018, ei vasta nimetatud akti põhjal tõele. Aktis on vaid märgitud, et sel kuupäeval toimus eelmine kontrolliobjekti hindamine, kusjuures objektiks oli Brewwanž OÜ (mitte tahvel „Korovka“). Seega ei ole tegemist asjakohase tõendiga.

Omaniku lisa 4 toodud etikett ei ole dateeritud, kuid arvestades sellel sisalduvat „Parim enne“ kuupäeva 23.04.2020 on tõenäoline, et see on hilisem, kui avalduse esitamise kuupäev (1.10.2019). Etikett ei ole tootel ning seega ei ole tõendatud selle seos kauba ja kaubaturuga. Seega ei ole tegemist asjakohase tõendiga.

Omaniku lisa 5 toodud raamatupidamise programmi väljavõte perioodil 01.01.2015–31.12.2019 toote nimetusega „Korovka“ müügi kohta on omaniku enda koostatud tõend ja seetõttu juba olemuslikult madala usaldusväärsusega. Tegemist on omaniku sisedokumendiga, mis ei kajasta kaubamärgi kasutamist kaubaturul. Tõendist ei selgu, milliste kogustega on tegemist, omanik ei ole esitanud arveid ega muid dokumente, mis tõendaksid, et kaubamärgiga tähistatud kaupa müüdi, ning et neid müüdi asjakohasel territooriumil.

Omaniku lisa 6 toodud etikett ei ole dateeritud, kuid arvestades sellel sisalduvat „Parim enne“ kuupäeva 30.01.2020 on tõenäoline, et see on hilisem, kui avalduse esitamise kuupäev (1.10.2019). Etikett ei ole

tootel ning seega tõendatud selle seos kauba ja kaubaturuga. Seega ei ole tegemist asjakohase tõendiga.

Omaniku lisas 7 toodud numberkoodi andmete väljatrükk ei saa tõendada kaubamärgi tegelikku kasutamist, sest koodi olemasolu ei näita, et kaubamärki oleks kasutatud kaubaturul lõpptarbijale kauba päritolu näitava tähisena. Esitatud väljavõte on oma kvaliteedilt ka praktiliselt loetamatu ning ei ole võimalik tõsikindlalt tuvastada, mis seal kirjas on. Seega ei ole tegemist asjakohase tõendiga.

Omaniku lisas 8 toodud raamatupidamise programmi väljavõte perioodil 01.01.2015–31.12.2019 toote nimetusega „Korovka“ müügi kohta on omaniku enda koostatud tõend ja seetõttu juba olemuslikult madala usaldusväärsusega. Tegemist on omaniku sisedokumentidega, mis ei näita kaubamärgi kasutust kaubaturul. Tõendist ei selgu, milliste kogustega on tegemist, omanik ei ole esitanud arveid ega muid dokumente, mis tõendaksid, et kaubamärgiga tähistatud kaupa müüdi, ning et neid müüdi asjakohasel territooriumil.

Omaniku lisades 9-26 toodud Ukraina ettevõtte EKOTEHNIKA-M poolt omanikule väljastatud arved ja tollideklaratsioonid ei tõenda, et kaubamärki oleks kasutatud kaubaturul lõpptarbijale kauba päritolu näitava tähisena. Seega ei ole tegemist asjakohase tõendiga.

Avaldaja leidis, et ükski omaniku esitatud tõend ei näita kaubamärgi kasutamist registreeritud kujul asjakohasel perioodil. Tegemist on kombineeritud kaubamärgiga, mille sõnaline element on kirjutatud kirillitsas ning milles on oluline roll kujundusel. Omaniku lisades 5 ja 8 nimetatud toodete valmistajaks on Ukraina ettevõtte, omanik impordib neid tooteid. TRIPS lepingu art 19 lg 2 p 2 kohaselt loetakse kaubamärgi kasutamist teise isiku poolt omaniku kontrolli all registreeringut säilitavaks. Nõusoleku andmise tõendamine on omaniku kohustus (EKO 11.06.2006, C-416/04 P Sunrider / OHIM, p 44). Omaniku selgitustest ja tõenditest järeldub vastupidine – et tegemist ei ole kaubamärgi kasutamisega omaniku kontrolli all ja et omanik lihtsalt impordib kolmanda isiku kontrolli all valmistatud ja kaubamärgiga tähistatud kaupu. Seega ei ole siin tegemist kaubamärgi kasutamisega omaniku poolt.

Omaniku lisas 27 toodud arved ei ole seostatavad kaubamärgiga, arvetele on märgitud vaid, et tellitud on lainepapist pakendeid. Kaaskirjas esitatud fotod ei ole dateeritud ning need ei ole seostatavad asjaomase perioodiga, samuti ei ole ilmselt tegu pakendiga, mille kasutamine oleks vastavuses kaubamärgi peamise funktsiooniga, milleks on tagada lõpptarbijale või -kasutajale kauba või teenuse teatud päritolu, sest tegemist pole lõpptarbijale suunatud pakendiga. Lisas 27 [28?] toodud dokumendid ei pärine asjakohasest ajaperioodist ning ei ole tõendatud fotol oleva pakendi kasutamine asjakohasel perioodil.

Kokkuvõtteks leidis avaldaja, et omaniku esitatud tõendid ei tõenda kaubamärgi kasutust viisil, mis vastaks kaubamärgi tegeliku kasutamise põhimõtetele.

Komisjon võimaldas omanikul esitada omapoolne seisukoht hiljemalt 25.08.2020.

**4) 24.08.2020** esitas **omanik** oma vastuse. Omanik teatas, et ta ei nõustu avaldaja 23.07.2020 esitatud seisukohtadega ning leiab, et on esitanud piisavalt ning ammendavalt tõendeid APFinance Investeeringute OÜ avalduse rahuldamatata jätmiseks. Avaldaja väited tõendite asjakohatuse kohta on otsitud, järeldused meelevaldsed ning on esitatud ka otseselt valeväiteid. Omanik kinnitab, et on registreeringus nr 38539 toodud kaubamärgi nõuetekohaselt KaMS § 17 tähenduses kasutanud, mistõttu puuduvad ainuõiguse lõppenuks tunnistamiseks alused. Antud asjaolu kinnitavad kõik esitatud tõendid kogumis.

1. Seondult veebilehe [www.brewwanz.ee](http://www.brewwanz.ee) toimimisega juhtis omanik komisjoni tähelepanu, et 20.01.2020 menetlusdokumendi esitamise ajal oli võimalik veebilehega ning sellel avaldatud kaubamärgi „KOROVKA“ kasutamist tõendavate andmetega tutvuda. Seda on võimalik teha ka vastuse koostamise ajal. Omanik möönis, et 2020. aasta kevadel oli periood kus veebileht oli ekslikult kasutusest maas, kuid olukord on taastatud ning kõik samad andmed taas nähtavad. Tegemist oli inimliku eksitusega tagajärjel tekkunud ajutise ning lühiajalise olukorraga, milline ei mõjuta kuidagi kaubamärgi kasutamise fakti viie järjestikuse aasta jooksul KaMS § 17 tähenduses.

2. Avaldaja meelevaldsed väited, et tootele väljastatud numbrikood ei ole aluseks kaubamärgi kasutamisel, ei vasta kindlasti tõele ning tuleb otsituna ning meelevaldsena tähelepanuta jätta. On kahtlustetagi selge, et ilma unikaalse numbrikoodita ei saa kaupa lõpptarbijale müüa. Seega on numbrikoodi väljastamine kaubamärgi kasutamise eelduseks. Kaubamärgi omanik on tõendanud mh ajalisel millal ja kellele on väljastatud kaubamärgiga „KOROVKA“ tähistatud toodetele numbrikoodid ning sellest tulenevalt ka kaubamärgi kasutamise algusmomentid. Avaldaja korduvad väited antud faktiväite asjakohatuse kohta on otseselt valed.

3. Sarnaselt ei saa kuigi tõsiseltvõetavateks pidada ka avaldaja seisukohti raamatupidamisdokumentide asjakohatuse ning ebausaldusväärsuse kohta. Nimelt leiab avaldaja, et raamatupidamisprogrammi HansaWorld väljavõtted perioodil 1.10.2014–30.09.2019 kaubamärgiga „KOROVKA“ tähistatud toodete müügi kohta ei ole usaldusväärsed dokumendid, millistest nähtuks mh. müüdüd kauba kogused. Omanik juhtis komisjoni tähelepanu, et tegemist on otsese valeväitega. Kõikidel omaniku poolt 20.01.2020 esita-

tud raamatupidamisprogrammi väljavõtetel on näha kauba kogused, kauba hind, kellele kaup on müüdud, millal ning arved, milliste alusel kaup on müüdud. Ei ole kuidagi põhjendatud väita, et antud andmed ei oleks usaldusväärsed. Omanik on antud tõenditel toodud kaubamärgiga „KOROVKA“ tähistatud tooteid Eestis müünud raamatupidamisprogrammi väljavõtetel märgitud isikutele, on mh tasunud vastavad maksud, esitanud Maksu- ja Tolliametile sama müüki kajastavad deklaratsioonid ning sama müük kajastub omaniku majandusaastaaruannetes. Ei ole eluliselt kuidagi võimalik väita, et antud andmed ei oleks usaldusväärsed.

4. Selgitavalt Veterinaar- ja Toiduameti poolt omaniku Tartu tehases teostatud kontrolliga möönis omanik, et aktil märgitud kontroll teostati sisuliselt 2 nädalat pärast komisjonile avalduse esitamist, kuid antud juhul ei ole see kaubamärgi kasutamise kontekstis määrav. Seda seetõttu, et omanik on maiustusi tootnud ja müünud juba alates 1991. aastast. Maiustuste tootmine ei ole 2-nädalane projekt, vaid pikaajaline protsess. Mistõttu kõrvutades antud aktile ülejäänud omaniku poolt esitatud tõendid on igati usutav ning mõistetav, et kaubamärgiga „KOROVKA“ tähistatud tooteid toodeti juba aastaid ning kindlasti enne Veterinaar- ja Toiduameti kontrolli.

5. Avaldaja heitis omanikule ette, et esitatud etiketi näidistel on toodud „parim enne“ kuupäev 2020. aastal, mistõttu ei ole tegemist ajakohaste tõenditega. Omanik peab kõiki etiketi näidised aja- ja asjakohasteks tõenditeks, kuna etikettidel märgitud numbrikoodid on väljastatud ajavahemikus, millises kaubamärgi kasutamise tõendamist käesolevas asjas soovitakse. Näiteks lisana 6 toodud etiketil märgitud numbrikood väljastati lisa 7 kohaselt 8.06.2017. Seega on tegemist igati aja- ja asjakohaste tõenditega, millises kogumis tõendavad kaubamärgi „KOROVKA“ KaMS § 17 tähenduses kasutamist.

6. Seonduvalt Ukraina ettevõtte EKOTEHNIKA-M poolt toodetud ning Eestisse eksporditud kaubamärgiga „KOROVKA“ tähistatud kaupadega leidis avaldaja, et tegemist ei ole asjakohaste tõenditega, kuna ei ole tõendatud, et kaubamärki oleks kasutatud kauba päritolu tõendava tähisena. Ka antud avaldaja seisukoht on omaniku arvates meelevaldne ega vasta esitatud tõenditele. Omanik on tõendanud, et kaubamärgiga „KOROVKA“ tähistatud kompekid pärinevad Ukraina ettevõttelt EKOTEHNIKA-M. Osundatu nähtub nii lisana 4 esitatud etiketist, lisas 5 toodud väljavõttest, kus antud kaup on omaniku poolt lattu arvele võetud ning Eesti ettevõtetele ja eraisikutele müüdud. Sama kordub lisades 6, 7 ja 8. Omanik on tõendanud, et kaubamärgiga KOROVKA tähistatud kaup on eksporditud Ukrainast Eestisse (lisad 9–26). Sama kinnitavad tõendid, et kauba importi on kontrollinud Maksu- ja Tolliamet ning tuustanud, et omanik on Eestisse importinud ajavahemikul 1.10.2014–30.09.2019 Ukraina ettevõtte EKOTEHNIKA-M pärinevaid kaubamärgiga „KOROVKA“ tähistatud maiustusi. Juba üksnes antud fakt on piisav kaubamärgiõiguste püsijäämiseks ning avalduse nr 1864 rahuldamata jätmiseks. Kaubamärgi kasutamiseks loetakse KaMS § 14 lg 2 p 4 kohaselt ka tähisega tähistatud kaupade sissevedu.

Omanik leidis, et ta on üheselt tõendanud kaubamärgiga „KOROVKA“ tähistatud kauba liikumist tootmisest kuni lõpptarbijani. Seda kinnitavad nii omaniku raamatupidamisdokumendid, millistest nähtuvad kaubamärgiga „KOROVKA“ tähistatud toodete müügi kuupäev, arve number, kogus ning kauba saaja (nii eraisikud kui ettevõtted). Näiteks lisast 2 nähtub, et kaubamärgiga „KOROVKA“ tähistatud toote lao algsaldo jaanuaris 2015 oli 401 kg. Seejärel müüdi näiteks FIR Guzova-le 4 kg (15.01.2015 arve nr 150029) ja Ülejõe Kohvikule 4 kg (21.01.2015.a. arve nr 150044). Näiteks 13.11.2015 on lattu arvele võetud 500 kg ning sealt edasi on müük erinevatele isikutele vastavalt kogused miinuskäibega. Samuti on tõendatud Ukraina ettevõtte EKOTEHNIKA-M poolt kaubamärgiga „KOROVKA“ tähistatud kauba tootmine, kauba Eestisse importimine omaniku poolt, kauba raamatupidamises arvele võtmine ja kauba müük Eesti lõpptarbijale. Näiteks lisast 5 nähtub, et kaubamärgiga „KOROVKA“ tähistatud toode võeti laos arvele 13.10.2015 152 kg ning toode pärineb DPF „EKOTEH“. Kuna tegemist on programmiväljavõttega, siis ei ole näha kogu ettevõtte nime aga selgitavalt olgu märgitud, et tegemist on Ukraina ettevõtte EKOTEHNIKA-M kaubaga. Lisa 5 esimesest reast nähtub, et kaup on arvele võetud ning lisast 9 nähtub, et sama kaup koguses 152 kg on EKOTEHNIKA-M poolt omanikule müüdud ning 13.10.2015.a. Eestisse imporditud. Kõik loetletud tegevused on perioodist 1.10.2014–30.09.2019.

Avaldaja leidis ka, et lisa 27 ei pärine asjakohasest perioodist ning ei ole tõendatud, et fotodel kujutatud pakendid on needsamad mis kajastuvad arvetel. Avaldaja eksis taaskord. Lisast 27 nähtuvalt on arved esitatud vastavalt arve nr 1000 – 26.11.2014; arve nr 311 – 1.04.2015; arve nr 1105 – 30.11.2017; arve nr 693 – 16.07.2018; arve nr 700 – 10.07.2019. Kõik lisas 27 esitatud arved pärinevad perioodist 1.10.2014–30.09.2019. Samast perioodist pärineb ka lisana 28 esitatud pakendite arve. Nii arvetel toodust kui ka omaniku poolt 20.01.2020 menetluskäigus toodust nähtuvalt on tegemist kaubamärgiga „KOROVKA“ tähistatud pakenditega, mida kasutatakse vastavalt kaupade lõpptarbijatele müümiseks. Omanik on muuhulgas ka hulgemüüja, mistõttu ei ole võimalik maiustusi müüja ilma neid pakendamata. Ka pakendi tähistamist kaubamärgiga loetakse KaMS § 14 lg 2 p 1 kohaselt kaubamärgi kasutamiseks.

Kokkuvõtvalt pidas omanik avaldaja 23.07.2020 seisukohti omaniku tõendite aja- ja asjakohatuse kohta meelevaldseks, otsituks ning ka otseselt valeks. Avaldaja tekitas taas omanikule täiendavaid kulusid läbi alusetute ja valeväidete esitamise. Omanik juhtis ka juba 20.01.2020 tähelepanu, et tegemist ei ole

ausate ja heausksete äritavadega kooskõlas oleva tegevusega. Omanik on tõendanud kaubamärgi „KOROVKA“ KaMS § 17 tähenduses kasutamist Eestis, samas registreeringus toodud kaupade suhtes, perioodil 1.10.2014–1.10.2019. Avaldaja 23.07.2020 seisukohad ei lükka antud fakti ümber ega toeta mingilgi viisil avalduse rahuldamise põhjendatust. Kõike eeltoodut arvesse võttes ning juhindudes TÕAS § 61 lg 1 sätestatust, palus omanik jätta avaldus nr 1864 kogu ulatuses rahuldamata.

**Komisjon** võimaldas avaldajal esitada omapoolne seisukoht hiljemalt 28.09.2020. 28.09.2020 teatas **avaldaja**, et ta ei soovi teise osapoolse seisukohale eraldi vastust esitada. 02.10.2020 andis komisjon avaldajale võimaluse esitada lõplikud seisukohad hiljemalt 3.11.2020.

**5) 2.10.2020** esitas **avaldaja** lõplikud seisukohad. Omanik pidi tõendama oma kaubamärgi (reg nr 38539) kasutamist avalduse esitamisele eelnenud viie aasta jooksul, st perioodil 1.10.2014–30.09.2019. Avaldaja jäi oma 23.07.2020 seisukohtade juurde ning ei nõustunud omaniku 24.08.2020 vastuses väidetuga ning eriti sellega, nagu oleks avalduse esitaja esitanud valeväiteid. Järgnevalt käsitleski avaldaja 24.08.2020 vastuväiteid.

Avaldaja märkis oma seisukohtades, et omaniku viidatud veebilehte ei ole võimalik kontrollida, sest seda seisukoha esitamise ajal ei eksisteerinud ning ka domeen ei olnud kellegi nimele registreeritud. Selle asjaolu tõele vastamine oli tõendatud. Kui ka oli tegemist ajutise ja lühiajalise olukorraga, siis asjaolu, et omaniku vastuse esitamise ajal oli või taas käesoleval ajal on omaniku veebilehel teatav informatsioon, ei oma tähendust, sest ei tõenda kaubamärgi kasutamist asjakohasel ajaperioodil, st 1.10.2014–30.09.2019.

Omanik on oma vastuväidetes osutanud suurt tähelepanu tootele väljastatud numbrikoodile, rõhutades, et ilma unikaalse numbrikoodita ei saa kaupa lõpptarbijale müüa. See väide vastab tõele, kuid see ei tõenda mingil moel, et kaupa ka tööpoolest müüdi, sh asjakohasel ajaperioodil. Numbrikoodi taotlemine ja väljastamine on kauba müümise eelduseks, kuid sellest ei saa järeldada, et vastavat kaupa ka koodi väljastamise järel tegelikult Eesti turul müüma asuti. Seetõttu on vale omaniku väide, et omanik on tõendanud mh ajalisel millal ja kellele on väljastatud kaubamärgiga „KOROVKA“ tähistatud toodetele numbrikoodid ning sellest tulenevalt ka kaubamärgi kasutamise algusmomendid. Koodi olemasolu aktsepteerimine kaubamärgi kasutamise tõendina tähendaks, et kontrollitakse kaubamärgi näilist, mitte tegelikku kasutamist, see oleks aga vastuolus õigusaktide ja Euroopa Kohtu praktikaga.

Omaniku esitatud raamatupidamisprogrammi väljavõte on omaniku enda koostatud tõend ja seetõttu juba olemuslikult madala usaldusväärsusega. Tegemist on omaniku sisedokumentiga, mis ei kajasta kaubamärgi kasutamist kaubaturul. Tõendist ei selgu, milliste kogustega on tegemist, sest on küll olemas mingid numbrid, kuid märgitud ei ole ühikut – kilogramm, gramm, tükk vms. Seetõttu ei ole tõenditest võimalik koguste kohta informatsiooni saada. Ka hinna kohta ei ole vastupidiselt omaniku väidetule võimalik infot leida. Seega ei ole võimalik hinnata kaubamärgi kasutamise mahtu. Samuti ei ole omanik esitanud dokumente, mis tõendaksid, et kaubamärgiga tähistatud kaupa müüdi asjakohasel territooriumil. Küsimus sellest, kas omanik on tasunud vajalikud maksud ja esitanud deklaratsioonid, ei puutu käesolevasse vaidlusesse ning omanik ei ole ka vastavaid deklaratsioone ega majandusaasta aruandeid esitanud. Sellised omaniku väited ja kinnitused ei puutu seega kuidagi küsimusse, kas kaubamärgi kasutamine asjakohasel perioodil on tõendatud või mitte.

Veterinaar- ja Toiduameti poolt omaniku Tartu tehases teostatud kontroll toimus väljaspool asjakohast perioodi ning see ei tõenda kaubamärgi kasutamist asjakohasel ajaperioodil. Ühekordne tootmise kontroll ei tõenda, et märgiga „KOROVKA“ tähistatud tooteid toodeti juba aastaid ning kindlasti enne Veterinaar- ja Toiduameti kontrolli. Konkreetse maiustuse tootmise protsess ei ole pikaajaline, tootmine ei ole kaubamärgi tegeliku kasutamise hindamise seisukohalt oluline (see ei ole kaubamärgi kasutamine kaubamärgiga kaitstud kaupade turul) ning kindlasti ei saa ühekordne kontroll tõendada seda, et tegemist oleks aastatepikkuse tootmistegevusega.

Etikettide dateerimine tootekoodi väljaandmise kuupäevaga ei ole asjakohane, sest tootekoodi väljastamine ja toodete tähistamine etikettidega ei ole omavahel ajalisel seotud rohkem, kui saab väita, et etikett on trükitud pärast tootekoodi väljastamist. See ei tõenda aga, etikett pärineb asjakohasest perioodist. Antud asjas viitavad omaniku esitatud tõendid vastupidisele – etikettidel olevatest „Parim enne“ kuupäevad viitavad, et on tõenäoline, et need pärinevad hilisemast ajast kui avalduse esitamise kuupäev (1.10.2019). Etiketid ei ole ka tootel ning seega tõendatud nende seos kauba ja kaubaturuga.

Omaniku esitatud Ukraina ettevõtte EKOTEHNIKA-M poolt Brewwanž OÜ-le väljastatud arved ja tollideklaratsioonid ei tõenda, et kaubamärki oleks kasutatud kaubaturul lõpptarbijale kauba päritolu näitava tähisena. Kauba [importi?] ei loeta KaMS §-s 17, mis reguleerib kaubamärgi kasutamise kohustuse täit-



mise küsimust, tähenduses kaubamärgi kasutamiseks. Kolmandate isikute poolt kaubamärgiga tähistatud kasutatud kauba edasimüümine kui selline ei tähenda, et seda kaubamärki kasutatakse (EKO 22.10.2020 otsus kohtuasjas C-720/18 ja C-721/18, p 55). Seega ei ole tegemist asjakohase tõendiga.

KaMS § 17 lg 1 sätestab, et omanik on kohustatud registreeritud kaubamärki tegelikult kasutama registreeringus märgitud kaupade ja teenuste tähistamiseks. Kasutamine peab olema tegelik ja mitte näilik, mis tähendab, et arvesse ei võeta sümbolse tähendusega kasutus, mille ainus eesmärk on kaubamärgiõiguste säilitamine. Kaubamärgi tegeliku kasutamise mõistest tuleneb, et kaubamärki tuleb kasutada kaubamärgiga kaitstud kaupade ja teenuste turul. Kasutamine äritegevuses ei hõlma kaubamärgi ettevõttesisest kasutamist. Kasutamise kohustuse täitmise tõendamise koormus lasub omanikul ning seda tuleb hinnata lähtuvalt esitatud tõenditest, mis on dateeritavad asjakohasesse perioodi. Kaubamärgi kasutamise kohustusega kaetud kaupadeks on antud juhul kondiitritooted ja maiustused. Kaupade olemusest tulenevalt on tegemist igapäevaselt ostetavate odavate laiatarbekaupadega, mille tarbijateks on kõik Eesti elanikud. Sellise kauba turg on ulatuslik ja tegeliku kasutamise turuosa loomiseks või säilitamiseks ei piisa väikesemahulise müügist. Igasugune äriine kaubamärgi kasutamine ei kvalifitseeru automaatselt tegelikuks kasutamiseks. Avaldaja leidis, et omaniku esitatud tõendid ei tõenda kaubamärgi kasutust asjakohasel perioodil ja viisil, mis vastaks ülaltoodud põhimõtetele põhjustel, mis on välja toodud avaldaja kirjalikes seisukohtades ning lõplikus seisukohas, ning palus avalduse rahuldada.

04.11.2020 andis komisjon avaldajale võimaluse esitada lõplikud seisukohad hiljemalt 7.12.2020.

**6) 2.12.2020** esitas **omanik** lõplikud seisukohad. Omanik jäi kõigi avalduse menetluse jooksul esitatud seisukohtade ja nõuete juurde ning leidis, et on esitanud piisavalt ning ammendavalt tõendeid avalduse rahuldamata jätmiseks. Avaldaja väited kaubamärgi kasutamist tõendavate tõendite asjakohatuse kohta on otsitud, järeldused meelevaldsed ning sisaldavad ka otseselt valeväiteid. Omanik kinnitas endiselt, et on registreeringus nr 38539 toodud kaubamärki nõuetekohaselt KaMS § 17 tähenduses kasutanud, mistõttu puuduvad ainuõiguse lõppenuks tunnistamiseks alused. Antud asjaolu kinnitavad kõik esitatud tõendid kogumis. Avaldaja nõude põhjendusena on toodud kaubamärgi mittekasutamine viie järjestikuse aasta jooksul KaMS § 17 tähenduses. KaMS § 17 lg 1 kohaselt on omanik kohustatud registreeritud kaubamärki tegelikult kasutama registreeringus märgitud kaupade ja teenuste tähistamiseks. KaMS § 55 lg 2 järgi loetakse ainuõiguse lõppenuks tunnistamise korral registreering kehtetuks komisjonile avalduse esitamise kuupäevast arvates. Seega järelduvalt peab omanik antud juhul tõendama registreeringus nr 38539 toodud kaubamärgi kasutamist ainuõiguse lõppenuks tunnistamise avaldusele eelnenud 5 aastat jooksul, s.o perioodil 1.10.2014–1.10.2019. Omanik esitas 20.01.2020 kaubamärgi kasutamist tõendavaid dokumente: – viited kodulehel avaldatud kaubamärgiga seotud toodete infole; kaubamärgiga tähistatud toote näidised; kinnitused selle kohta, et ajavahemikul 1.10.2014–1.10.2019 on kaubamärgiga tähistatud toodetele väljastatud numbrikoodid; kaubamärgiga tähistatud etikettide näidised; tõendid selle kohta, et kaubamärgiga tähistatud tooteid on Eestis toodetud ja Eestisse imporditud; kaubamärgiga tähistatud toodete müüki lõpptarbijale kinnitavad tõendid; Veterinaar- ja Toiduameti kinnitus selle kohta, et omanik toodab kaubamärgiga tähistatud tooteid. Ühtlasi kinnitas Veterinaar- ja Toiduamet, et „kontrollimisel vaadati üle ettevõtte kodulehel [www.brewwanz.ee](http://www.brewwanz.ee) toote tahvel „Korovka“ 100 g kohta esitav tooteinfo. Kodulehel ei esitata toote kohta eksitavat teavet.“ Täiendavalt juba eelnevalt esitatule ning seenduvalt avaldaja lõplikes seisukohtades esitatud täiendavatele seisukohtadele ning vastuargumentidele, märkis omanik järgmist.

1. Seenduvalt veebilehe [www.brewwanz.ee](http://www.brewwanz.ee) toimimisega juhtis omanik komisjoni tähelepanu, et 20.01.2020 menetlusdokumendi esitamise ajal oli võimalik veebilehega ning sellel avaldatud kaubamärgi „KOROVKA“ kasutamist tõendavate andmetega, tutvuda. Ning seda oli võimalik teha ka 2.12.2020. Ka Veterinaar- ja Toiduamet kinnitas oma aktis, et kontrolli teostamise ajal oli kaubamärgiga tähistatud toote info veebilehel [www.brewwanz.ee](http://www.brewwanz.ee) kättesaadav. Antud kontekstis on avaldaja menetluse jooksul ka oma seisukohti muutnud, s.o kui 23.07.2020 toodi välja, et kõnealust veebilehte ei ole võimalik kontrollida, siis 3.11.2020 ei pidanud avaldaja antud kontrollimist enam vajalikuks. Selguse huvides esitas omanik järgnevalt lõplike seisukohtade tekstis ekraanitõmmised, millised kinnitavad, et avaldaja poolt küsitud perioodil 1.10.2014–1.10.2019 oli kaubamärgi KOROVKA kajastav info veebilehel [www.brewwanz.ee](http://www.brewwanz.ee) olemas ning kõigile tarbijatele ja huvilistele kättesaadav:

- 8.12.2018.a. oli veebilehel [www.brewwanz.ee](http://www.brewwanz.ee) toodud kaubamärgiga „KOROVKA“ tähistatud toode;
- 12.10.2016.a. oli veebilehel [www.brewwanz.ee](http://www.brewwanz.ee) toodud kaubamärgiga „KOROVKA“ tähistatud toode;
- 28.03.2016.a. oli veebilehel [www.brewwanz.ee](http://www.brewwanz.ee) toodud kaubamärgiga „KOROVKA“ tähistatud toode.

Omanik esitas väljatrüki Interneti arhiiviprogrammi Waybackmachine lehelt ka eraldi pdf-failidena ning pidas vajalikuks märkida, et tegemist on lubatavate tõenditega, kuivõrd tegemist ei ole uute asjaoludega, s.o menetlusosalised on antud asjaolusid eelnevalt korduvalt analüüsinud. Seega on omaniku hinnangul üheselt selgelt ning ammendavalt tõendamist leidnud, et omaniku veebilehel oli ajavahemikul 1.10.2014–1.10.2019 avaldatud info kaubamärgiga „KOROVKA“ tähistatud toodete kohta.

2. Avaldaja meelevaldsed väited, et tootele väljastatud numbrikood ei ole aluseks kaubamärgi kasutamisele, ei vasta kindlasti tõele ning tuleb otsituna ning meelevaldsena tähelepanuta jätta. Ka on avaldaja endale vasturääkivalt 3.11.2020 kinnitanud, et „vastab tõele väide, et ilma numbrikoodita ei saa kaupa lõpptarbijale müüa“. Samas aga väitis ta kummastavalt, et „seetõttu on vale kaubamärgiomaniku väide, et kaubamärgi omanik on tõendanud mh. Ajaliselt millal ja kellele on väljastatud kaubamärgiga KOROVKA tähistatud toodetele numbrikoodid ning sellest tulenevalt ka kaubamärgi kasutamise algusmomentid.“ 20.01.2020 esitatud lisast 7 nähtub üheselt, et numbrikood 4744277010282 on väljastatud tootele „kompvekk KOROVKA“, milline on väljastatud hiljemalt 8.06.2017 (tõendist nähtuvalt on 8.06.2017.a. registriandmete viimase muutmise kuupäev) OÜ-le Brewwanž, kes on ka antud toote tootja. Seega on tõendatud mh ajaliselt ja kellele on väljastatud numbrikood kaubamärgiga „KOROVKA“ tähistatud tootele.

3. Puudub mõistlik vaidlus selles, et ilma unikaalse numbrikoodita ei saa kaupa lõpptarbijale müüa. Seega on numbrikoodi väljastamine kaubamärgi kasutamise kontekstis määrava tähtsusega. Avalduse esitaja korduvad vasturääkivad väited antud faktiväite asjakohatuse kohta on otseselt valed.

4. Selgitavalt Veterinaar- ja Toiduameti poolt omaniku Tartu tehases teostatud kontrolliga, rõhutas omanik täiendavalt, et on maiustusi müünud juba alates 1991. aastast. Maiustuste tootmine on pikaajaline protsess (sisaldades mh seadmete kas soetamist või seadistamist, tooraine hankimist ja sellekohaseid ettevalmistusi, erinevate toiduohutusnõuete täitmist, müügiks ettevalmistusi, sh. Pakendite, etikettide ja reklaamide tellimist ja soetamist, jne.), mida kindlasti ei ole võimalik teostada kahe nädalaga, s.o ajaga mis jääb kasutusperioodi lõpukuupäeva (1.10.2014–1.10.2019) ja Veterinaar- ja Toiduameti kontrolli teostamise kuupäeva (16.10.2019) vahele. Kõrvutades antud ameti kontrolli faktile ülejäänud omaniku poolt esitatud tõendid on omaniku arvates tõendatud, et kaubamärgiga „KOROVKA“ tähistatud tooteid toodeti juba aastaid ning kindlasti enne Veterinaar-ja Toiduameti kontrolli.

5. Antud kontekstis on avaldaja paljasõnaliselt deklareerinud, et „konkreetsed maiustuse tootmise protsess ei ole pikaajaline, tootmine ei ole kaubamärgi tegeliku kasutamise hindamise seisukohalt oluline ning kindlasti ei saa ühekordne kontroll tõendada seda, et tegemist oleks aastatepikkuse tootmistegevusega.“ Nagu omanik 20.01.2020 osundas, on avaldaja näol tegemist tegevusega äriühinguga, mistõttu ei ole kuigi usutavad ning tõsiseltvõetavad avaldaja teadmised maiustuste toomisprotsesside kohta, veel vähem selle kohta kui mahukad mh ajaliselt, need on. Seetõttu tulevad antud avaldaja väited tähelepanuta jätta.

6. Avaldaja heidab omanikule ette, et esitatud etiketi näidistel on toodud „parim enne“ kuupäev 2020. aastal, mistõttu ei ole tegemist ajakohaste tõenditega. Omanik peab kõiki etiketi näidised aja- ja asjakohasteks tõenditeks, kuna etikettidel märgitud numbrikoodid on väljastatud ajavahemikus, millises kaubamärgi kasutamise tõendamist käesolevas asjas soovitakse. Näiteks 21.01.2020 lisana 6 toodud etiketil märgitud numbrikood väljastati lisa 7 kohaselt 8.06.2017. Seega on tegemist igati aja- ja asjakohaste tõenditega, millised kogumis tõendavad kaubamärgi „KOROVKA“ KaMS § 17 tähenduses kasutamist.

7. Seonduvalt Ukraina ettevõtte EKOTEHNIKA-M poolt toodetud ning Eestisse eksporditud kaubamärgiga „KOROVKA“ tähistatud kaupadega leidis avaldaja, et tegemist ei ole asjakohaste tõenditega, kuna ei ole tõendatud, et kaubamärki oleks kasutatud kauba päritolu tõendava tähisena. Samuti leidis avaldaja, et „kauba ekspordi ei loeta KaMS § 17, mis reguleerib kaubamärgi kasutamise kohustuse täitmise küsimust, tähenduses kaubamärgi kasutamiseks.“ Ka antud avaldaja seisukoht on omaniku arvates meelevaldne, ega vasta tõele ja esitatud tõenditele. Kaubamärgiseaduses on sätestatud kaubamärgi kasutamise põhimõtted, milliseks muuhulgas on ka kaubamärgiga tähistatud kaupade import ja eksport (KaMS § 14 lg 2 p 4). Ka EUIPO kaubamärgisuunistes (C osa: vastulause, 6. jaotis. Kasutamise tõendamine, p. 2.4.4.) on kohtupraktikale tuginedes sedastatud, et tõendid, mis on seotud üksnes kaupade importimisega asjaomasesse piirkonda, võivad sõltuvalt asjaoludest olla piisavad, et tõendada kasutust selles piirkonnas (vt analoogne 09/07/2010, T-430/08, Grain Millers, EU:T:2010:304, §33, 40jj tähise kaubanduses kasutamise tõendamise kohta Rumeeniast Saksamaale toimunud impordi alusel). Seega saab ning tuleb ka antud kaasuses lugeda asjakohasteks, kaubamärgi kasutamist tõendavateks dokumentideks, kaubamärgiga „KOROVKA“ tähistatud kaupade impordi tõendavad materjalid. Omanik on tõendanud, et kaubamärgiga „KOROVKA“ tähistatud kompvekid pärinevad Ukraina ettevõttelt EKOTEHNIKA-M. Osundatu nähtub nii 20.01.2020 lisana 4 esitatud etiketist, lisa 5 toodud väljavõttest, kus antud kaup on kaubamärgi omaniku poolt lattu arvele võetud ning Eesti ettevõtetele ja eraisikutele müüdüd. Sama kordub 20.01.2020 lisades 6, 7 ja 8. Omanik on tõendanud, et kaubamärgiga „KOROVKA“ tähistatud kaup on imporditud Ukrainast Eestisse (20.01.2020 lisad 9-26). Omanik on üheselt tõendanud kaubamärgiga „KOROVKA“ tähistatud kauba liikumist tootmisest kuni lõpptarbijani. Seda kinnitavad nii omaniku raamatupidamisdokumendid, millistest nähtuvad kaubamärgiga „KOROV-

KA“ tähistatud toodete müügi kuupäev, arve number, kogus ning kauba saaja (nii eraisikud kui ettevõtted). Näiteks lisast 2 nähtub, et kaubamärgiga „KOROVKA“ tähistatud toote lao algsaldo jaanuaris 2015 oli 401 kg. Seejärel müüdi näiteks Fie Guzova-le 4 kg (15.01.2015 arve nr 150029) ja Ülejõe Kohvikule 4 kg (21.01.2015 arve nr 150044). Näiteks 13.11.2015 on lattu arvele võetud 500 kg ning sealt edasi on müük erinevatele isikutele vastavalt kogused miinusemärgiga. Kõik loetletud tegevused on perioodist 1.10.2014–1.10.2019.

8. Avaldaja leidis lõplikes seisukohtades, et omaniku poolt tõendatud ärilisel eesmärgil kaubamärgi „KOROVKA“ kasutamine on olnud näilik, s.o kasutamine on olnud üksnes ettevõtte-sisene. Samuti on samades punktides toodud vasturääkivalt lõplikes seisukohtades toodule (“Tõenditest ei selgu, milliste kogustega on tegemist. Seega ei ole võimalik hinnata kaubamärgi kasutamise mahtu.”), et väiksemahulisest müügist ei piisa kaubamärgi tegeliku kasutamise tõendamiseks. Omanik leidis, et selline väide on vastuolus kaubamärgi kasutamise mõiste, Euroopa Liidu Intellektuaalomandi Ameti kaubamärgisuuniste, kui ka vastava kohtupraktikaga (Eli kaubamärgimääruse artikli 47 lõigete 2 ja 3 eesmärk ei ole hinnata kaubanduslikku edu või vaadata üle ettevõtte majandusstrateegia ega kitsendada kaubamärgikaitset üksnes kaubamärgi ulatuslikule ärilisele kasutusele (08/07/2004, T-334/01, Hipoviton, EU:T:2004:223, § 32; 08/07/2004, T-203/02, Vitafruit, EU:T:2004:225, § 38)). Omanik on kõigi esitatud tõenditega tõendanud, et kaubamärgi „KOROVKA“ kasutus ei ole olnud ettevõtte-sisene, vaid konkreetsele lõpptarbijale suunatud. Näiteks nähtuvalt 20.01.2020 lisast 8 on OÜ Kelliäri ostnud 27.06.2017 arve nr 170603 alusel 52 kg kaubamärgiga „KOROVKA“ tähistatud šokolaadikompekte. 20.01.2020 lisast 2 nähtuvalt on perioodil 1.01.2015–31.12.2019 omanik tootnud ja lõpptarbijatele müünud 5,1 tonni kaubamärgiga „KOROVKA“ tähistatud valge šokolaadi tahvleid. Osundatu ei ole kindlasti väiksemahuline ettevõtte sisene müük, nagu meelevaldselt väidab avaldaja.

9. Lisaks kõigele eelosundatule on omanik esitanud ka tõendid selle kohta, et kaubamärk „KOROVKA“ on kantud ka vastavatele pakenditele (20.01.2020 seisukoht ja lisad 27 ja 28). Ka pakendi tähistamist kaubamärgiga loetakse KaMS § 14 lg 2 p 1 kohaselt kaubamärgi kasutamiseks.

Omanik on seisukohal, et ta on tõendanud kaubamärgi „KOROVKA“ KaMS § 17 tähenduses kasutamist Eestis samas registreeringus toodud kaupade suhtes perioodil 1.10.2014-1.10.2019.a. Avaldaja esitatud seisukohad ei lükka antud fakti ümber ega toeta mingilgi viisil avalduse rahuldamise põhjendatust.

Lõplikele seisukohtadele olid lisatud väljatrüki veebikeskkonnast waybackarchive veebilehe [www.brewwanz.ee](http://www.brewwanz.ee) andmete kohta 8.12.2018, 12.10.2016 ja 28.03.2016.a. seisuga.

Komisjon alustas **15.03.2021** avalduse menetluses lõppmenetlust.

### **Komisjoni seisukohad ja otsus**

Tutvunud poolte seisukohtadega ja lisatud materjalidega, leiab komisjon, et avaldus kuulub rahuldamisele osaliselt.

**1)** Avaldaja esitas 1.10.2019 komisjonile nõude tunnistada täielikult lõppenuks registreeringu nr 38539 omaniku ainuõiguse kaubamärgile „Коровка + куку“. Vaidlustatud kaubamärk on registreeritud klassis 30 kaupade kondiitritooted ja maiustused suhtes. Avaldaja leidis, et vaidlustatud kaubamärki ei ole viieaastase perioodi jooksul KaMS § 17 tähenduses kasutatud.

Vaidlustatud kaubamärk on registreeritud omaniku nimele 1.12.2003 (taotluse M200201095 esitamise kuupäev 22.07.2002, kaubamärgi kehtivust on pikendatud ning kaubamärk kehtib kuni 1.12.2023).

Avalduse õiguslik alus on KaMS § 53 lõike 1 p 3, mille kohaselt iga isik võib esitada komisjonile avalduse kaubamärgiomaniku vastu, nõudes tema ainuõiguse lõppenuks tunnistamist, kui registreeritud kaubamärki ei ole pärast registreeringu tegemist mõjuva põhjuseta viie järjestikuse aasta jooksul KaMS § 17 tähenduses kasutatud.

Omaniku väited avalduse esitamise alusetuse või pahausksuse või avaldaja huvi põhjendamatuse teemal on ainetud. KaMS § 53 lõike 1 alusel võib avalduse esitada iga isik, et registrit ei koormataks näilike ainuõigustega, mille omanik ei ole registreeritud kaubamärki tegelikult kasutama hakanud (või mille objekt on omaniku tegevuse või tegevusetuse tulemusena minetanud kaubamärgi kvaliteedi).

KaMS § 53 lõigetest 2 ja 3 tuleneb, et sama paragrahvi lõike 1 punkti 3 alusel ei saa avaldust esitada, kui registreeritud kaubamärki on enne avalduse esitamist hakatud KaMS § 17 tähenduses kasutama

pärast viieaastast mittekasutamist. Seda erandit ei kohaldata, kui kaubamärgi § 17 tähenduses kasutamist alustati pärast viieaastase ajavahemiku lõppemist ja kolme kuu jooksul enne avalduse esitamist ning juhul, kui kaubamärgiomanik alustas ettevalmistusi kaubamärgi kasutamiseks alles pärast avalduse esitamise kavatsusest teada saamist. Komisjon nõustub avaldajaga, et teada ei ole asjaolusid, mis annaksid alust KaMS § 53 lõikest 2 tulenevalt erandit kohaldada.

KaMS § 55 lõikest 2 tuleneb, et ainuõiguse lõppenuks tunnistamise korral loetakse registreering kehtetuks komisjonile avalduse esitamise kuupäevast arvates. Avalduse esitaja võib nõuda ainuõiguse lõppenuks tunnistamist avalduse aluseks oleva asjaolu tekkimise kuupäevast arvates. Komisjon märgib, et käesoleval juhul avaldaja ei ole esitanud eelmises lauses nimetatud nõuet, mistõttu on avalduse kohane ainuõiguse lõppenuks (kehtetuks) tunnistamise päevaks avalduse esitamise kuupäev 1.10.2019.

KaMS § 72, mis sisaldab üleminekusätteid, ei näe ette eriregulatsiooni ainuõiguse lõppenuks tunnistamise avalduste menetluseks, mis tähendab, et avaldusele kohaldatakse kehtivat materiaalõigust vaatamata sellele, millal asjakohased sätted on jõustunud, ja lähtutakse asja menetlemise ajal kehtivast menetlusnormist. Seega ei ole asjakohased kaubamärgi kasutamise kohustust sätestava KaMS § 17 ega muude asjakohaste sätete varasemad redaktsioonid.

KaMS § 17 lõike 1 kohaselt, mis kehtestab ja määratleb kaubamärgi käsitamise kohustuse, on kaubamärgiomanik kohustatud registreeritud kaubamärki tegelikult kasutama registreeringus märgitud kaupade ja teenuste tähistamiseks. Sama paragrahvi lõike 2 kohaselt loetakse kaubamärgi kasutamiseks kaubamärgiomaniku poolt ka:

- 1) kaubamärgi kasutamine kujul, mis erineb kaubamärgi reproduktioonist selliste elementide poolest, mis ei muuda kaubamärgi eristusvõimet sellisel kujul, millisenä see on registreeritud, sõltumata sellest, kas kaubamärk on ka kasutatud kujul kaubamärgiomaniku nimele registreeritud;
- 2) üksnes väljaveoks mõeldud kaupade või nende pakendi tähistamine;
- 3) kaubamärgi kasutamine kaubamärgiomaniku loal.

KaMS §-st 56 tuleneb, et kui ainuõiguse lõppenuks tunnistamise alused kehtivad ainult osa kaubamärgiga tähistatavate kaupade või teenuste suhtes, tunnistatakse ainuõigus tühiseks või lõppenuks selle osa suhtes.

KaMS § 17 lõikest 3 tulenevalt ei kohaldata KaMS § 53 lõike 1 punktis 3 sätestatud, kui kaubamärgi registreeringu tegemisest on möödunud vähem kui viis aastat. Kuigi see ei tulene otse viidatud sätte sõnastusest, saab KaMS § 53 lg 1 p 3 kontekstis „varasem kaubamärk“ tähendada üksnes seda kaubamärki, mille omaniku ainuõiguse lõppenuks tunnistamist on nõutud. Antud juhul on vaidlustatud kaubamärk registreeritud 1.12.2003, mis tähendab, et viidatud sättest tulenev välistus ei ole kohaldatav.

KaMS § 53 lg 1 p 3 ja lõike 2 ning § 55 lõike 2 sõnastuse koosmõjust tulenevalt on viieaastane järjepidev periood enne avalduse esitamist, mille jooksul kaubamärgi kasutamine on avaldaja nõude kohaselt asjakohane, 1.10.2014–30.09.2019. Kui nõue rahuldatakse ja registreering loetakse kehtetuks avalduse esitamise kuupäevast arvates, on see vastavuses kaubamärgi kasutuse kohustuse rikkumisega viieaastase järjepideva perioodi jooksul, mis peab olema lõppenud enne seda kuupäeva.

**2)** Komisjon märgib esiteks, et kaubamärgi tegeliku kasutamise kohustuse, selle kohustuse täitmise tõendamise ja seotud asjaolude osas on Euroopa Kohus 11.03.2003 otsuse C-40/01 (Ansil BV vs Ajax Brandbeveiliging BV re: „Minimax“) p-s 31 tunnistanud vajadust anda ühetaoline Euroopa Liidu õiguse (s.t direktiiv, millega ühtlustatakse kaubamärgiõigust) tõlgendus, millega tuleb KaMS § 17, 53 jt asjakohaste sätete kohaldamisel arvestada. Sama otsuse p 36 kohaselt tuleb kaubamärgi tegeliku kasutamise all mõista kasutust, mis ei ole pelgalt sümboolne (näilik), s.t mõeldud kaubamärgist tulenevate õiguste säilitamiseks, vaid selline, mis on kooskõlas kaubamärgi olemusliku funktsiooniga anda tarbijale ilma igasuguse eksitamiseta võimalus identifitseerida kauba (resp. teenuse) päritolu, et eristada seda kaupa teisest kaubast, millel on muu päritolu. Selline kaubamärgi kasutus peab toimuma tähistatavate kaupade turul, s.t turusituatsioonis, mitte üksnes ettevõtja siseselt; teisisõnu peab kaubamärgi kasutus toimuma seoses juba turul olevate kaupadega või kaupadega, mille turuletoomiseks tarbijaid nt reklaamikampaaniaga ette valmistatakse. Seejuures võib selline kasutus toimuda nii omaniku enda kui ka teise isiku poolt, kellel on õigus kaubamärki kasutada (p 37).

Ilmselt selleks, et kaubamärgi sümboolset (näilikk) kasutamist ei maskeeritaks tegeliku kasutamise juhtumitega, on kohus täiendavalt nõudnud, et kaubamärgi kasutamise kohustust ei ole võimalik täita kaubamärgi marginaalse kasutamisega. Viidatud otsuse p 38 kohaselt tuleb fakte ja asjaolusid hinnates nimelt tuvastada, kas kaubamärgi kasutus on suunatud asjaomaste kaupade turul turuosa säilitamisele või loomisele. Seejuures tuleb hinnata kaupade ja turu iseloomu ning kaubamärgi kasutamise mahtu ja

sagedust. Siiski ei ole kaubamärgi tegeliku kasutamise hindamiseks tingimata nõutav kaubamärgi kasutamise kvantiteet eraldivõetuna; see hinnang sõltub kauba iseloomust vastaval turul jm asjaoludest – teisisõnu *de minimis*-reeglit kaubamärgi kasutamise kohta ei ole (p 39; vt ka 27.01.2004 kohtumäärust C-259/02 La Mer Technology Inc. vs Laboratoires Goemar SA re: „Laboratoire de la mer“, p-d 21–25). Euroopa Esimese Astme Kohtu otsuses T-203/02 (The Sunrider Corp. vs OHIM re: „VITAFRUIT“) on vaidlustusavalduse menetluses esitatud vastuväite kontekstis rõhutatud, et kaubamärgi kasutamise kohustuse täitmise hindamisel ei ole eesmärgiks majandusliku edu hindamine, ettevõtja majandusstrateegia kontrollimine ega ka piirdumine kaubamärkide kaitsmisega ainult nende suuremahulise kaubandusliku kasutamise korral (p 38). Näiteks on määruse C-259/02 p-s 24 loetud kaubamärgi kasutamiseks tähistatud toote importimist ühe kliendi poolt, kui sellel on ehtne kaubanduslik põhjendus kaubamärgiomaniku jaoks.

Euroopa Kohtu 22.10.2020 otsusest C-720/18 ja C-721/18 (Ferrari SpA vs DU re: „testarossa“, p-d 73–82) tuleneb üheselt, et kaubamärgi kasutamise tõendamise koormus on kaubamärgi omanikul. Selline tõendamiskoormuse jagamine on loogiline, kuna just omanikul võib olla parim juurdepääs asjakohastele tõenditele, kasutamise tõendamine toimub tema huvides ja teisel menetluse poolel ei ole võimalik negatiivset asjaolu tõendada; samuti on omaniku poolt kasutamise tõendamine praktikas teadaolevalt eranditeta omaks võetud. Kuna igaüks võib igal ajahetkel alates viie aasta möödumisest kaubamärgi registreerimisest arvates nõuda kaubamärgiomaniku ainuõiguse lõppenuks tunnistamist kaubamärgi kasutamise alusel, on praktiliselt eeldatav, et mõistlik kaubamärgiomanik kogub ja talletab kaubamärgi tegeliku kasutamise tõendeid, mille olemasolu on otsustav tema ainuõiguse kehtima jäämiseks.

Üldkohtu otsuses T-382/08 on viidatud, et kaubamärgi tegelikku kasutamist ei saa tõendada tõenäosuste või eelduste varal, vaid tuleb esitada kindlad ja objektiivsed tõendid, et kaubamärki on asjaomasel turul tõhusalt ja piisavalt kasutatud (18.01.2011 otsus, Advance Magazine Publishers, Inc. vs OHIM re: „VOGUE“, p-d 22, 32 ja 40, viitega varasematele lahenditele) ning tõendada tuleb kaubamärgi kasutamise koht, aeg, ulatus ja viis (p 25). Tõendite kaalukuse hindamisel tuleb lähtuda kõigist asjaoludest (p-d 29–31): kasutamise perioodist, mahust, sagedusest, järjepidevusest, intensiivsusest, tootmis- ja turusvõimekusest jne. Eeltoodu ei välista kaudsete tõendite olulisust, kuna kõiki tõendeid tuleb hinnata tervikuna ja kogumis.

Kaubamärgi kasutamise koha ja aja osas tuleb tähelepanu pöörata sellele, et kaubamärki on kasutatud selle territooriumi turul, kus märk on kaitstud (arvestades mh ekspordiga seotud klauslit), ning ajal, mida esitatud nõue puudutab. Kaubamärgi kasutamise ulatuse osas tuleb silmas pidada, et kaubamärgi kasutus asjaomase turu ja kaupade iseloomu arvestades peab olema piisav. Kaubamärgi kasutamise viisi all tuleb mõista kaubamärgi kasutamise eesmärgipärasust (ehk sisu – kasutamine seoses kaubaga turusituatsioonis, kaubamärgi funktsioonis, mitte ettevõtja siseselt, jms), kaubamärgi kasutamise vormi (kasutamist registreeritud kujul või sellest erinevana) ning kaubamärgi kasutamise ulatust registrisse kantud kaupade suhtes.

**3)** Komisjon võttis avalduse menetluse 4.11.2019. Omanik teatas soovist avaldusele vastu vaielda ning esitas omaalgatuslikult esimesed tõendid kaubamärgi kasutamise kohta 21.01.2020. Kaubamärgiomanik väitis, et tegemist ei ole kõigi kauba tootmist, ostmist ja Eestisse importimist kinnitavate dokumentidega, toimiku ebamõistliku koormamise vältimiseks esitas omanik tõendid üksnes valikuliselt. Edaspidises menetluses täiendavaid tõendeid kaubamärgiomanik ei esitanud, sh selleks antud tähtajal (kuni 25.03.2020). Omanik esitas oma täiendavad seisukohad 24.08.2020, kuid nendele ei olnud lisatud täiendavaid tõendeid. Omanik esitas oma lõplikud seisukohad 2.12.2020 ning lisas nendele veebikeskkonnast Waybackarchive veebilehe [www.brewwanz.ee](http://www.brewwanz.ee) andmete kohta 8.12.2018, 12.10.2016 ja 28.03.2016 seisuga. Omaniku lõplikud seisukohad olid vahetult adresseeritud ka avaldajale.

TÕAS § 54<sup>1</sup> lg 4 kohaselt võib lõplikes seisukohtades viidata üksnes asjaoludele, millele meenetlusosajalised on varem tuginenud, ja tõenditele, mis olid enne lõplike seisukohtade esitamise ettepaneku tegemist komisjonile esitatud. Komisjon nõustub omanikuga, et 2.12.2020 esitatud tõendid tuleb tunnistada menetluses lubatavaks, kuna omaniku poolt lõplike seisukohtade lisana esitatud väljatrükkid ei olnud iseseisvad uued tõendid, vaid täiendasid 21.01.2020 esitatud veebilehe [www.brewwanz.ee](http://www.brewwanz.ee) viidet, mille kohta avaldaja oli 23.07.2020 seisukohas teatanud, et seda ei ole võimalik kontrollida, kuna veebilehte ei eksisteeri. Komisjon rõhutab, et kogu tõendamiskoormus kaubamärgi kasutamise osas lasub omanikul, mistõttu otsustav ei ole asjaolu, et avaldaja ei ole komisjoni menetluses 2.12.2020 esitatud materjalide kohta oma seisukohta avaldanud, kuigi on need kätte saanud (vt ka menetluses olevat eelotsuse taotlust C-183/21).

Järgnevalt hindab komisjon esitatud tõendeid vaidlustatud kaubamärgi kasutamise kohta kondiitritoodete ja maiustuste tähistamisel perioodil 1.10.2014–30.09.2019.

**a)** Omanik on 21.01.2020 esitatud vastuse tekstis esitanud valge tahvli pildi, millel on kujutatud vaidlustatud kaubamärki. Omanik on viidanud, et „vastav toode on toodud ka omaniku kodulehel <http://www.brewwanz.ee/šokolaad.php>, mis aga annab käesoleva otsuse koostamise ajal teate: „*Oops! Page Not Found. The page you are looking for was moved, removed, renamed or might never existed.*“ Samale asjaolule juhtis tähelepanu avaldaja oma 23.07.2020 seisukohas. Omanik oli 24.08.2020 seda asjaolu kommenteerinud, et 20.01.2020 menetluskohas esitamise ajal oli võimalik veebilehega ning sellel avaldatud kaubamärgi „KOROVKA“ kasutamist tõendavate andmetega tutvuda ning see on olnud võimalik ka 24.08.2020 paiku. Omanik möönis, et 2020. aasta kevadel oli periood kus veebileht oli ekslikult kasutusest maas, kuid olukord on taastatud ning kõik samad andmed taas nähtavad. Tegemist oli inimliku eksitusega tagajärjel tekkunud ajutise ning lühiajalise olukorraga“.

Omanik on esitanud 2.12.2020 lõplike seisukohtade lisana väljatrükkid samalt aadressilt <http://www.brewwanz.ee/šokolaad.php>, mis on saadud veebiarhiveerimisteenust Waybackmachine kasutades (web.archive.org). Veebiarhiivi originaalid pärinevad kuupäevadest 8.12.2018 (kujutatud on mh valget tahvli nimetusega „Tahvel Korovka“, pakendiga „100 g“, tootjamaaga „EU“ ja koodiga 06003; reproduktioonile vastavat kaubamärki lehel ei ole), 12.10.2016 (samad andmed) ja 28.03.2016 (samad andmed).

Komisjon märgib, et tutvudes omaniku veebilehega [www.brewwanz.ee](http://www.brewwanz.ee) otsuse koostamise ajal – s.t. nendel andmetel puudub igasugune tähendus avalduse menetluse aspektist – on ilmnud, et tootekategooriat 'šokolaad' seal ei esine, küll aga on sarnane valge tahvel „Tahvel Korovka“ (100 g, kastis 4 kg) kategoorias „muud“. Kasutades omaniku veebilehe päringufunktsiooni, antakse päringu „korovka“ vastena nimetatud valge tahvel ning „Karamell koore Milaja Korovka 8 kg“ – kompvekid, mille paberil on lille suus hoidva lehma pea kujutis ja aimatavalt sõna „Коровка“.

Komisjon märgib, et 21.01.2020 esitatud valge tahvli puhul on võimalik kindlaks teha, millest see koosneb ja et see kannab numbrikoodi 4744277010046, mis on omaniku väitel viimati muudetud 16.04.2015, mida tõendab 21.01.2020 lisa 1 (GS1 Estonia OÜ poolt välja antud numberkoodi andmete väljatrükk, <http://www.gs1.ee>), millest nähtuvalt see kood vastab „Korovka tahvel 100 g“ jaepakendile. Tahvli pildi päritoluga ei ole võimalik kindlaks teha.

Avaldaja on väitnud, et toodud numberkoodi andmete väljatrükk ei saa tõendada kaubamärgi tegelikku kasutamist, sest koodi olemasolu ei näita, et kaubamärki oleks kasutatud kaubaturul lõpptarbijale kauba päritolu näitava tähisena. Esitatud väljavõte on oma kvaliteedilt ka praktiliselt loetamatu ning ei ole võimalik tõsikindlalt tuvastada, mis seal kirjas on. Lisatud tootenäidisel puuduvad kuupäevad ning see näib olevat pigem väljatrükk arvutifailist kui professionaalses äritegevuses kasutatav pakend. Seetõttu on pigem tõenäoline, et näidis pärineb avalduse esitamisest hilisemast ajast ning ei kvalifitseeru seetõttu tõendama kaubamärgi kasutust asjakohasel perioodil. Seega ei ole tegemist asjakohaste tõenditega.

Komisjon nõustub avaldajaga selles osas, et koodi olemasolu ei näita, et kaubamärki oleks kasutatud kaubaturul lõpptarbijale kauba päritolu näitava tähisena ning et tootenäidisel (valge tahvli pilt) puuduvad kuupäevad. Muus osas komisjon avaldajaga ei nõustu. Valge tahvli pildil olev kujundus vastab viisile, kuidas omanik ka tänapäeval analoogilist tahvli müüb (sh omaniku veebilehe andmetel); erinevus on selles, et tänapäeval puudub tahvil kaubamärgi reproduktioonile vastav tähis ning kood ega toote sisu ei ole tuvastatav. Numbrikoodi sisaldav väljavõte on loetav ja tõendab, et omanikule on selline kood „Tahvli Korovka 100 g“ tähistamiseks väljastatud hiljemalt 16.04.2015. Komisjon nõustub omanikuga, et ilma unikaalse numbrikoodita ei saa kaupa lõpptarbijale müüa. Seega on numbrikoodi väljastamine kaubamärgi kasutamise eelduseks. Samas on komisjon avaldajaga nõus, et numbrikoodi olemasolu iseenesest ega koos määratlemata ajast pärit tootenäidise pildiga ei ole piisav tõend tõendamaks vaidlustatud kaubamärgi kasutamist omaniku poolt asjassepuutuval perioodil. Komisjon möönab, et numbrikoodi registreerimine näitab omaniku kavatsust hiljemalt 2015. a tahvli „Korovka“ turustada, kuid – jäädes ettevõtte siseseks toiminguks – ei tõenda kaubamärgi kasutamist KaMS § 17 tähenduses.

**b)** Omanik on 21.01.2020 esitatud vastuse tekstis lk 6 esitanud kaks pilti pakendist (pappkastist), millel on kujutatud reproduktioonile vastav kaubamärk. Omanik selgitas, et tegemist on näidisega pakendist, millised on tellitud ettevõttelt Tartu Pak OÜ, kelle arved kuupäevadega 26.11.2014, 01.04.2015, 20.11.2017, 16.07.2018 ja 10.07.2019 on esitatud 21.01.2020 lisa 27. Samas on neid tellitud arvete kohaselt kokku 4811 tükki ligikaudu 1141 euro eest.

Avaldaja leidis, et lisa 27 toodud arved ei ole seostatavad kaubamärgiga, arvetele on märgitud vaid, et tellitud on lainepapist pakendeid. Kaaskirjas esitatud fotod ei ole dateeritud ning need ei ole seostatavad asjaomase perioodiga, samuti ei ole ilmselt tegu pakendiga, mille kasutamine oleks vastavuses kaubamärgi peamise funktsiooniga, milleks on tagada lõpptarbijale või -kasutajale kauba või teenuse teatud päritolu, sest tegemist pole lõpptarbijale suunatud pakendiga.

Komisjon nõustub avaldajaga osaliselt. Arvetest ei nähtu, millise kujundusega lainepapist pakend mõõtudega 355\*175\*85 tellitud on. Pakendinäidistelt ei nähtu periood, millest nad pärinevad, ega nendesse pakendatava toote liik. Samas, arvesse võttes, et tänapäeval müüb omanik tahvleid „Korovka“ e-poes 4-kilostes kastides, ei ole võimatu nende turustamine *en gros* ka varem. Omanik tegeleb oma väidete kohaselt ka hulгимүүгига.

**c)** Omanik on 21.01.2020 esitatud vastuse tekstis lk 6 esitanud pildi pakendist, millel on lisaks reprodutsioonile vastava kaubamärgi kujutisele kirjad „Brewwanž“ ja „Sweet history“. Omanik on selgitanud, et tegemist on assortiikomplekti pakendiga, mis on soetatud juba 2010. aastal ja mida omanik on importinud koguses 25070 tk. Importi tõendab 21.01.2020 esitatud lisas 28 olev arve (kuupäevaga 25.11.2010) ja tollideklaratsioon (1.12.2010 kuupäevaga). Omanik märkis, et kuna kogus oli suur ja tegemist on eksklusiivse tootega, on antud pakendisse pakendatud assortiikomplekte müügil ka tänasel päeval.

Arve kohaselt on imporditud artikkel (koguväärtusega 5698,4 eurot) „Small box „Sladkay Skazka“ / коробка для кондитерських виробів „Солодка Казка““, mis võib olla pildil kujutatud karp, aga võib ka seda mitte olla. Tollideklaratsiooni kohaselt on artikkel „papist, kokkuvolditavad karbid kaupade pakkimiseks“. Miski ei seosta arvet ega tollideklaratsiooni vaidlustatud kaubamärgiga.

Avaldaja on märkinud, et lisatud dokumendid ei pärine asjakohasest ajaperioodist ning ei ole tõendatud fotol oleva pakendi kasutamine asjakohasel perioodil. Omanik vastas 24.08.2020 üllatuslikult, et „Samast perioodist pärineb ka lisana 28 esitatud pakendite arve“, mida kontekstis on võimalik mõista, et see pärineb asjakohasest perioodist, mida omanik enne ei olnud väitnud ja mis ei vasta ka asjaolule, et see kannab ligi 5 a varasemat kuupäeva.

Komisjon nõustub avaldajaga osaliselt. On tõsi, et lisas olevad dokumendid ei pärine asjassepuutuvalt perioodist, kuid see ei tähenda, et nendes viidatud imporditud pakendeid ei oleks võinud kasutada asjassepuutuval perioodil.

**d)** Omanik on 21.01.2020 esitatud lisa 2, mis on omaniku raamatupidamisprogrammi [HansaWorld] väljavõtte perioodil 1.01.2015 kuni 31.12.2019 toote nimetusega tahvel „Korovka“ müügi kohta. Väljavõttest nähtub, et 4 kilo kaupa on erinevatele ostjatele müüdnud ligikaudu 5 tonni tahvleid Korovka.

Avaldaja on märkinud, et väljavõtte on omaniku enda koostatud tõend ja seetõttu juba olemuslikult madala usaldusväärsusega. Tegemist on omaniku sisedokumentiga, mis ei kajasta kaubamärgi kasutamist kaubaturul. Tõendist ei selgu, milliste kogustega on tegemist, omanik ei ole esitanud arveid ega muid dokumente, mis tõendaksid, et kaubamärgiga tähistatud kaupa müüdi, ning et neid müüdi asjakohasel territooriumil.

Komisjon nõustub avaldajaga osaliselt. Omanik on tõendi sisu selgitanud 24.08.2020 ning komisjoni arusaam dokumendi olemusest ja sisust kattub omaniku antud selgitusega. Komisjon mõnab, et raamatupidamisdokumente täidab omanik ja tegemist on sisedokumentiga, kuid see kajastab kauba müüki turul; vastupidine oleks kuritegu (raamatupidamise kohustuse rikkumine, karistusseadustiku § 381<sup>1</sup>), mille toimepanemises omanikku kahtlustada alust ei ole. Nagu omanik on märkinud, seonduvad raamatupidamise andmetega tasutud maksud, Maksu- ja Tolliametile esitatud müüki kajastavad deklaratsioonid ning andmed majandusaastaaruannetes, mille puhul tuleb eeldada riigipoolset kontrolli. Puuduvad alused kahtlustada omanikku süütegude (maksukelmus, valeandmete esitamine) toimepanemises. Kauba kogused (kg, arvestus on 4 kg kaupa) on dokumentist nähtavad, samuti on kaup seostatav vaidlustatava kaubamärgiga (vaatamata sellele, kas kaubamärki kasutatakse kaubal disainitud kujul või sõnana, on raamatupidamisdokumentides ainumõeldav kaubale viitamine sõnalise tähise kaudu). On tõsi, et esitatud dokument ei anna täielikku ülevaadet kaubamärgi kasutamisest, sh selle kasutamise kohast või üksikute tehingute hinnast, samuti ei tõenda, millises vormis kaubamärki on turul kasutatud. Samas on tegemist vähemalt kaudse tõendiga selle kohta, et omanik on asjassepuutuval perioodil tahvleid Korovka järjekindlalt ja teatud koguses kolmandatele füüsilistele ja juriidilistele isikutele (tarbijatele) müüdnud.

**e)** Omanik on 21.01.2020 esitatud lisa 3, mis on Veterinaar- ja Toiduameti kontrollakt nr 12-108-19/129, millise kohaselt on tootele tahvel „Korovka“ teostatud 16.10.2018 ja 16.10.2019 kontroll. Tõendist nähtuvalt on omanik tootnud 16.10.2018 ja 16.10.2019 šokolaadi nimetusega tahvel „Korovka“. Samuti nähtub, et 15.10.2019 valmistati toodet koguses 500 kg. Tõendist nähtub, et toodet tahvel „Korovka“ on 16.10.2019 (väljaspool asjassepuutuvalt perioodi) kontrollitud, s.h avastatud puudusi.

Omanik on selgitanud, et kontrolli teostamine sisuliselt 2 nädalat pärast komisjonile avalduse esitamist ei ole kaubamärgi kasutamise kontekstis määrav. Omanik on maiustusi tootnud ja müünud juba alates 1991. aastast. Maiustuste tootmine ei ole 2-nädalane projekt, vaid pikaajaline protsess. Mistõttu kõrvutades antud aktile ülejäänud omaniku poolt esitatud tõendid on igati usutav ning mõistetav, et kaubamärgiga „KOROVKA“ tähistatud tooteid toodeti juba aastaid ning kindlasti enne Veterinaar-ja Toiduameti kontrolli.

Komisjon nõustub omanikuga, et asjassepuutuval perioodil kaubamärgi kasutamist võivad tõendada ka hilisemast ajast pärinevad tõendid. Kõrvutades seda, omanikust sõltumatult tekkinud tõendit muude tõenditega (mh asjaolu, et korraga valmistatav kogus on 500 kg, mis vastab raamatupidamisprogrammi väljavõttes kajastatud andmetele laoseisu sisendite kohta, mis on samuti 500 kg) saab seda pidada tõendiks, et omanik tegeles tahvli „Korovka“ tootmisega ka asjassepuutuval perioodil.

**f)** Omanik on 21.01.2020 esitatud lisa 4, mis on kompveki „Korovka“ etiketi näidis koos kogu etiketil kajastuva informatsiooniga. Tõendist nähtuvalt on kompvek „Korovka“ toodetud Ukrainas ning Eestisse impordib seda Brewwanž OÜ 1 kg kaupa.

Avaldaja märkis, et etikett ei ole dateeritud, kuid arvestades sellel sisalduvat „Parim enne“ kuupäeva 23.04.2020 on tõenäoline, et see on hilisem, kui avalduse esitamise kuupäev (1.10.2019). Etikett ei ole tootel ning seega tõendatud selle seos kauba ja kaubaturuga.

Omanik on selgitanud, et etiketi näidis on aja- ja asjakohane, kuna etiketil märgitud numbrikood on väljastatud asjassepuutuvas ajavahemikus.

Komisjon on seisukohal, et kõnealune tõend eraldivõetuna ei tõenda kaubamärgi kasutamist, kuna ja kuni see ei ole seostatud konkreetse kaubaga ega selle kauba müügiga kaubaturul. Säilivusaja kohta ei ole omanik andmeid esitanud.

**g)** Omanik on 21.01.2020 esitatud lisa 5, mis on omaniku raamatupidamisprogrammi [HansaWorld] väljavõte perioodil 1.01.2015 kuni 31.12.2019 toote nimetusega komm „Korovka“ müügi kohta. Väljavõttest nähtub, et 4 kilo (4 x 1 kg pakid) kaupa on erinevatele ostjatele müüdud ligikaudu 4,5 tonni komme Korovka. Komisjon täheldab, et erinevalt tahvlistest Korovka on lattu sisse tulnud kogused varieeruvad, mis seletub kauba impordiga erinevates kogustes.

Avaldaja ja omaniku selgitused kõnealustele tõenditele on võrreldavad eespool p-s (d) toodutega. Sarnane on ka komisjoni hinnang: esitatud dokument ei anna ülevaadet kaubamärgi kasutamisest, sh selle kasutamise kohast või üksikute tehingute hinnast ning millises vormis kaubamärki on turul kasutatud. Samas on tegemist tõendiga selle kohta, et omanik on asjassepuutuval perioodil komme Korovka järjekindlalt ja teatud koguses kolmandatele füüsilistele ja juriidilistele isikutele (tarbijatele) müünud.

**h)** Omanik on 21.01.2020 esitatud lisa 6, mis on šokolaadikompveki „Korovka“ etiketi näidis koos kogu etiketil kajastuva informatsiooniga. Tõendist nähtuvalt on šokolaadikompvek „Korovka“ toodetud Ukrainas ning Eestisse impordib seda Brewwanž OÜ 1 kg kaupa. Seega on etikett 1 lg pakendi, mitte üksiku kommi pakendil. Mingisugust kujundust etiketil ei ole. Toote numbrikood etiketil on 4744277010282.

Avaldaja märkis, et etikett ei ole dateeritud, kuid arvestades sellel sisalduvat „Parim enne“ kuupäeva 31.01.2020 on tõenäoline, et see on hilisem, kui avalduse esitamise kuupäev (1.10.2019). Etikett ei ole tootel ning seega tõendatud selle seos kauba ja kaubaturuga.

Omanik on selgitanud, et etiketi näidis on aja- ja asjakohane, kuna etiketil märgitud numbrikood on väljastatud asjassepuutuvas ajavahemikus.

21.01.2020 esitatud lisast 7 nähtub, et numbriga 4744277010282 kood tootele „Kompvek Korovka šokolaadis“ on omanikule uuendatud viimati 8.06.2017, mis mahub asjassepuutuvasse perioodi. Komisjon on seisukohal, et kõnealune tõend eraldivõetuna ei tõenda kaubamärgi kasutamist, kuna ja kuni see ei ole seostatud konkreetse kaubaga ega selle kauba müügiga kaubaturul. Säilivusaja kohta ei ole omanik andmeid esitanud.

**i)** Omanik on 21.01.2020 esitatud lisa 7, mis on väljatrükk GS1 andmebaasist selle kohta, et numbrikood 4744277010282 on väljastatud omaniku nimele ning tootele „Kompvek Korovka šokolaadis“. Andmeid on viimati muudetud 8.06.2017.

Avaldaja märkis, et numberkoodi andmete väljatrükk ei saa tõendada kaubamärgi tegelikku kasutamist, sest koodi olemasolu ei näita, et kaubamärki oleks kasutatud kaubaturul lõpptarbijale kauba päritolu



näitava tähisena. Esitatud väljavõte on oma kvaliteedilt ka praktiliselt loetamatu ning ei ole võimalik tõsikindlalt tuvastada, mis seal kirjas on. Seega ei ole tegemist asjakohase tõendiga.

Komisjon nõustub avaldajaga selles osas, et koodi olemasolu ei näita, et kaubamärki oleks kasutatud kaubaturul lõpptarbijale kauba päritolu näitava tähisena. Muus osas komisjon avaldajaga ei nõustu. Numbrikoodi sisaldav väljavõte on loetav ja tõendab, et omanikule on selline kood „Kompvek „Korovka“ šokolaadis 1 kg“ tähistamiseks väljastatud hiljemalt 8.06.2017. Komisjon nõustub omanikuga, et ilma unikaalse numbrikoodita ei saa kaupa lõpptarbijale müüa. Seega on numbrikoodi väljastamine kaubamärgi kasutamise eelduseks. Numbrikoodi registreerimine näitab omaniku kavatsust hiljemalt 2017. a šokolaadikommi „Korovka“ turustada.

**j)** Omanik on 21.01.2020 esitatud lisa 8, mis on omaniku raamatupidamisprogrammi [HansaWorld] väljavõte perioodil 1.01.2015 kuni 31.12.2019 toote nimetusega „komm Korovka šok“ müügi kohta. Väljavõttest nähtub, et 4 kilo (4 x 1 kg pakid) kaupa on erinevatele ostjatele müüdud ligikaudu 4,4 tonni komme Korovka.

Avaldaja ja omaniku selgitused kõnealustele tõenditele on võrreldavad eespool p-s (d) toodutega. Sarnane on ka komisjoni hinnang: esitatud dokument ei anna ülevaadet kaubamärgi kasutamisest, sh selle kasutamise kohast või üksikute tehingute hinnast ning millises vormis kaubamärki on turul kasutatud. Samas on tegemist tõendiga selle kohta, et omanik on asjassepuutuval perioodil šokolaadikommi Korovka järjekindlalt ja teatud koguses kolmandatele füüsilistele ja juriidilistele isikutele (tarbijatele) müünud.

**k)** Omanik on 21.01.2020 esitatud lisad 9–26, mis on Ukraina ettevõtte EKOTEHNIKA-M poolt omanikule väljastatud arved (valikulised numbrid vahemikus 18–48), millise kohaselt on omanik ostnud kompvekke ja šokolaadikompekke „Korovka“. Viimased on Eestisse imporditud vastavalt lisatud tollideklaratsioonidele.

Avaldaja leidis, et lisades 9–26 toodud Ukraina ettevõtte arved ja tollideklaratsioonid ei tõenda, et kaubamärki oleks kasutatud kaubaturul lõpptarbijale kauba päritolu näitava tähisena. Oma lõplikes seisukohtades väitis avaldaja lisaks, et kauba [importi?] ei loeta KaMS §-s 17 tähenduses kaubamärgi kasutamiseks. Kolmandate isikute poolt kaubamärgiga tähistatud kasutatud kauba edasimüümine kui selline ei tähenda, et seda kaubamärki kasutatakse (22.10.2020 otsuse C-720/18 ja C-721/18 re: „testarossa“ p 55). Seega ei ole tegemist asjakohase tõendiga.

Komisjon avaldajaga täielikult ei nõustu. On tõsi, et kauba importimise tõend ei tõenda vahetult kaubamärki oleks kasutatud kaubaturul lõpptarbijale kauba päritolu näitava tähisena. Väär on avaldaja antud tõlgendus Euroopa Kohtu poolt „testarossa“ asjas antud seisukohale: sellest tuleneb, et kui omanik on ammendanud oma ainuõiguse kaubamärgiga tähistatud kaupa (Euroopa Majanduspiirkonnas) turule lubades, siis sama kauba (*second-hand* kaubana) jällemüük ei liigitu tegelikult kasutamiseks. Kohtu eelotsus avaldaja viidatud punktiga seoses oli aga hoopis, et omanik ise võib ka pärast kauba turule toomist kaubamärki jälle müües kasutada (sh tegelikult kasutada, et täita kasutamiskohustust), kuna ainuõiguse (keeluõiguse) ammendumine ei oma toimet kaubamärgiomaniku enda suhtes.

Käesolevas vaidluses ei ole vaidlustatud kaubamärgi (*resp.* tähise „Korovka“) all selle märgi omanik koore- ega šokolaadikompekke Eestis ega Euroopa Majanduspiirkonnas turule lubanud. Õieti ei ole käesolevas menetluses teada ega asjakohane, et kellelegi selleks vajalik ainuõigus oleks. Kõnealuseid kompvekke ei tooda omanik ise, vaid impordib neid väidetavalt kaubamärgiga tähistatud kujul väljastpoolt Euroopa Majanduspiirkonda Ukrainast ja turustab esimesena Eestis ja Euroopa Majanduspiirkonnas oma kaubamärgi all (mille kasutamise kohustuse täitmine on avaldaja poolt vaidlustatud).

**4)** Järgnevalt hindab komisjon esitatud tõendite põhjal vaidlustatud kaubamärgi kasutamise kohta, aega, ulatust ja kasutamise eesmärki (sisuline aspekt).

Komisjon leiab, et omanik ei ole kasutanud registrisse kantud reproduktsioonile vastavat kaubamärki kondiitritoote ja maiustuste tähistamisel perioodil 1.10.2014–30.09.2019. Ülal motiveeriva osa punktides (3a–c) käsitletud tõendid, millel on kujutatud reproduktsioonile vastav kaubamärk, ei kajasta turusituatsiooni, ei ole seostatavad ühegi turul kasutatava kaubaga ning on dateerimata. Tahvel „Korovka“ esineb kaubamärgiga tähistatuna üksnes dateerimata pildil omaniku 21.01.2020 seisukohas.

Samas peab komisjon tõendatuks, et omanik on kasutanud valge šokolaaditahvli, koorekompvekkide ja šokolaadikompekkide tähistamisel tähist „Korovka“ (sõnalise tähisena ladina tähestikus). Omanik ei ole esitanud peale oma kodulehe arhiveeritud väljatrükkide (millelt nähtub tahvel „Korovka“ tutvustus 2016. ja 2018. aastal; p 3a) tõendit, mis vahetult tõendaks kaubamärgi kasutamist avalikkusele, kuid

nimetatud järeltulele saab jõuda muid esitatud tõendeid kogumis, s.t terviklikult ja omavahel seostatuna hinnates.

Tähise „Korovka“ kasutamine seoses šokolaaditahvlite, koorekompvekkide ja šokolaadikompvekkidega on toimunud Eesti territooriumil, mida tõendavad esitatud raamatupidamisväljavõtted (p-d 3d, 3g ja 3j). Kuigi nimetatud väljavõtted tõendavad kaupade müüki kaudselt ja ei ütle midagi vahetut kauba tähistamiseks kasutatava kaubamärgi kohta turusituatsioonis ning pärinevad omanikult endalt, ei ole põhjust kahelda esitatud andmete adekvaatsuses selles osas, mis puudutab kaubaartikleid, koguseid, tehingute toimumise aega või ostjate isikuid, kes on suures osas Eesti füüsilised või juriidilised isikud (FIE-d, OÜ-d jms).

Samuti on raamatupidamisdokumentide, imporditud artiklite puhul ka ostuarvete ja tollideklaratsioonide (p 3k) ning kaudsemalt kaupade tähistamiseks väljastatud numbrikoodide (p-d 3a ja 3i) ja etikettide (p-d 3f ja 3h) kaudu tõendatud, et omanik on asjassepuutuva perioodi vältel välismaalt identifitseeritavas koguses ostnud ja importinud, samuti identifitseeritavas koguses lattu arvele võtnud ja sealt taas tarbijatele välja andnud tahvleid, koorekompvekke ja šokolaadikompvekke tähisega „Korovka“. Tõendite kogumis hindamisel ei ole kahtlust, et see on toimunud kõigi kolme kaubaartikli suhtes. Selline tõendamisstandard on kõrgem, kui tavaliselt tsiviiliseloomuga vaidluses kasutatav standard, mis lähtub kaalukamast tõenäosusest.

Komisjon lähtub tähise „Korovka“ kasutamise ulatusele hinnangu andmisel raamatupidamisdokumentide, imporditud artiklite puhul ka ostuarvete ja tollideklaratsioonide (p-d 3d, 3g ja 3j–3k) andmetest. Raamatupidamisdokumentide andmetel on tahvleid „Korovka“ ligikaudu 5-aastase perioodi jooksul müüdnud ligikaudu 5 tonni, koorekompvekke „Korovka“ imporditud ligikaudu 3,7 tonni ja müüdnud ligikaudu 4,5 tonni ning šokolaadiglasuuriga kompvekke „Korovka“ imporditud ligikaudu 4,3 tonni ja müüdnud ligikaudu 4,4 tonni. Üldistades, et iga nimetatud artiklit on müüdnud ühe asjassepuutuva aasta kohta ligikaudu tonn, ning arvestades seda, et omanik on turustanud ka mitmete muude tähistega tooteid, ei ole asjassepuutuva kaubakäive marginaalne või sümboolne. Rahalist käivet ja omaniku turuosa võrreldaval turul ei ole seejuures võimalik hinnata, kuna sellekohaseid andmeid ei ole esitatud. Siiski on nimetatud koguse alusel tõendatud kaubamärgi kasutuse ulatuse piisavust ja järjepidavust.

Eeltoodut arvestades ning kaudselt lähtudes ka muudest omaniku esitatud sisedokumentidest, mis tõendavad omaniku toiminguid, mis on suunatud tähisega „Korovka“ tähistatud kaupade turustamise ettevalmistamisele ja võimaldamisele (numbrikoodi hankimine, tollideklaratsioonid, allumine VTA kontrollile), on tõendatud omaniku tahe kaupa tegelikult turul pakkuda (kaubanduslik eesmärk), mitte üksnes säilitada kaubamärgiregistreeringut.

Nagu nimetatud, ei ole omanik peale oma kodulehe arhiveeritud väljatrükkide (kus nähtub üksnes tahvli „Korovka“ tutvustus) esitanud komisjonile tõendeid, millest vahetult nähtuks kaubamärgi kasutamine avalikkuses asjassepuutuva kaupade tähistamisel. Tähise kasutamisel omaniku kodulehel on sama tähendus kui tootekataloogil – seal on esmane eesmärk esitada omaniku pakutavad kaubad, eristades neid teineteisest, mitte niivõrd teiste ettevõtjate sarnastest kaupadest. Ei ole teada, kas omanik võimaldas lisaks oma kodulehe vahendusel kaupa tellida või osutas müügiteenust e-poe kaudu, või oli sellel pelgalt pakutavat sortimenti tutvustav tähendus. Siiski on sellega tõendatud sõnalise tähise „Korovka“ minimaalne avalik kasutus seoses šokolaaditahvliga asjassepuutuval perioodil.

Tõendeid koosmõjus (tähist sisaldavad etiketid seoses dateeritud ja kauba nimetuse ja kogusega identifitseeritavad numbrikoodiga seoses raamatupidamise ja impordiandmetega) hinnates on tõendamisstandardit vaevu ületavalt tõendatud, et sõnalise tähise „Korovka“ minimaalne avalik kasutus on toimunud lisaks šokolaaditahvlitele ka koorekompvekkide ja šokolaadikompvekkide osas. Komisjon rõhutab, et otseseid tõendeid sellise kasutuse kohta esitatud ei ole, kuid saab möönda, et omanik on nimetatud tooteid „Korovka“ importinud ja müüdnud tarbijatele ning sellisel tegevusel on kaubanduslik iseloom.

**5)** Nagu märgitud, ei ole tõendatud, et omanik oleks tegelikult kasutanud vaidlustatud kaubamärgi reproduktsioonis esitatud kujul. Tõendatud on, et omanik on kasutanud teatud toodete tähistamisel sõnalist tähist „Korovka“. KaMS § 17 lõike 2 p 1 kohaselt loetakse kaubamärgi kasutamiseks kaubamärgiomaniku poolt ka kaubamärgi kasutamine kujul, mis erineb kaubamärgi reproduktsioonist selliste elementide poolest, mis ei muuda kaubamärgi eristusvõimet sellisel kujul, millisenä see on registreeritud, sõltumata sellest, kas kaubamärk on ka kasutatud kujul kaubamärgiomaniku nimele registreeritud.

Kaubamärgi tegeliku kasutamise hindamisel tuleb sarnaselt varasema ja hilisema kaubamärgi võrdlemisele lähtuda kaubamärgist kui tervikust, osadeks jaotatava kaubamärgi puhul arvestades eriti selle eristusvõimelisi ja domineerivaid elemente. Tarbijale, kellele kaubamärgi kasutamine on suunatud, peab

kaubamärgi kasutamise looma eeldused samaliigiliste kaupade, mis pärinevad erinevatelt ettevõtjalt, eristamiseks (päritolu identifitseerimiseks) ning tarbija tähelepanu ja mälu ei pruugi üldjuhul hõlmata kõiki kaubamärgi elemente võrdselt, vaid keskendub nendele elementidele, mida on lihtsam märgata ja meelde jätta (domineeriv element) ja mis samas suudavad täita kaubamärgi eristavat funktsiooni.

Käesoleval juhul on vaidlustatud kaubamärk must-valge kombineeritud kaubamärk, mis koosneb kirillitsas ja kursiivis sõnast Коровка, minimaalse kujundusega, selle kohal kesksel positsioonil olevast lehma kujutisest ja kõike eelnevat ümbritsevast spiraalsest kujundusest. Kuna kaubamärk on registreeritud must-valgena ja suur osa kaubamärgist on kaetud mustade toonidega, on sõnalise elemendi ja lehma kujutise märkamine raskendatud, kuid sellele vaatamata on kaubamärgi tausta täitev spiraalne kujundus väga väikese eristava tähendusega ega ole ka visuaalselt domineeriv. Domineeriv element on see osa kaubamärgist, mis esmaselt tarbija pilku püüab ja seetõttu ka kõige paremini visuaalsesse mällu talletub. On praktikas omaks võetud, et domineeriv tähendus on eeskätt sõnalisel osal, mida tarbija on harjunud otsima ja mida saab üldjuhul meelde jätta paremini kui kujunduselemente; seda osa on võimalik ka hääldada ja foneetiliselt meelde jätta.

Antud juhul on vaidlustatud kaubamärgis kesksel kohal sõna Коровка koos lehma kujutisega. On üldteada, et Eesti tarbijad tunnevad reeglina kirillitsat ja saavad aru vene keelest vähemalt minimaalsel tasemel. Sõna „korovka“ – vaatamata tähestikule, mida selle kirjapanekuks on kasutatud – on valdavale osale Eesti tarbijatest arusaadav tähenduses 'lehmake', mis ei ole šokolaaditahvli või koorekompvekkide puhul kirjeldav või muul viisil eristusvõimetu. Kuigi see tähis võib vihjata šokolaaditahvli valgele värvile (lehm – piim – piimakarva šokolaad) või maiustuste toorainele, ei ole tegu kaupa kirjeldava tähisega. Sõna Коровка on kaubamärgi ainus sõnaline element ning seda saab pidada ka visuaalselt domineerivaks.

Lisaks sõnale Коровка asub vaidlustatud kaubamärgis ka mustavalgelaigulise lehma (lehmakese) kujutis. See kujutis on siiski raskelt eristatav taustaks olevast must-valgest spiraalsest kujutisest ning oma tähenduselt on see identne domineeriva eristusvõimelise elemendiga – sõnaga Коровка. Seega on tegemist pigem kaubamärgi domineeriva sõnalise elemendi primaarset tähendust illustreeriva ja kordava elemendiga. Lehmakese kujutis ei ole vaidlustatud kaubamärgi eristusvõime kujunemise aspektist oluline ega otsustav.

Omanik on esitanud tõendeid, et kaubamärki on kasutatud sõnalise tähisena vormis „Korovka“ – ladina tähestikku transliteerituna ja ilma kujunduseta. Ka ladina tähestikus on selle tähise primaarne tähendus 'lehmake' Eesti tarbijatele arusaadav ning see ei erine foneetiliselt üldse ja visuaalselt märgatavalt vaidlustatud kaubamärgi koosseisus kasutatud sõnalisest elemendist Коровка. Sel tähisel on sama eristav funktsioon, nagu vaidlustatud kaubamärgi kesksel sõnalisel domineerival elemendil Коровка.

Komisjon leiab, et vaidlustatud kaubamärgi vähese eristusvõimega ja pigem halvasti tajutava tausta tähendusega spiraalse kujunduse, aga samuti selle kaubamärgi keskse sõnalise elemendi tähendust kordava ja rõhutava lehmakese kujutise ärajätmine ei muuda kaubamärgi eristusvõimet. Seega on omanik tõendatud ulatuses ja kauba suhtes kasutanud vaidlustatud kaubamärki kujul, mis erineb kaubamärgi reproduktsioonist selliste elementide poolest, mis ei muuda kaubamärgi eristusvõimet.

**6)** Omaniku esitatud tõendid kogumis kinnitavad, et tähist on tegelikult kasutatud ainult šokolaaditahvlite ning šokolaadi- ja koorekompvekkide tähistamisel. Muude kaupade „kondiitritooted ja maiustused“ omanik kaubamärki kasutanud ei ole. Seega esinevad kooskõlas KaMS-ga § 56 ainuõiguse lõppenuks tunnistamise alused ainult osa kaubamärgiga tähistatavate kaupade või teenuste suhtes ning ainuõigus tuleb tunnistada lõppenuks selle osa suhtes.

Kaubamärgiomanik ei ole esitanud tõenditest nähtuvalt täitnud registreeritud kaubamärgi KaMS § 17 tähenduses kasutamise kohustust ja tema ainuõigus vaidlustatud kaubamärgi suhtes tunnistatakse lõppenuks muude kaupade kui „šokolaaditahvlid, šokolaadi- ja koorekompvekid“ osas. KaMS § 55 lõike 2 kohaselt tunnistatakse registreering osaliselt kehtetuks avalduse esitamise kuupäevast (1.10.2019) arvates.

Tulenevalt eeltoodust ning lähtudes TÕAS § 61 lõigetest 1 ja 2, otsustab komisjon:

**1) avaldus osaliselt rahuldada;**

**2) piirata kaubamärgi „Коровка + kuju“ (registreeringu nr 38539) kaupade loetelu klassis 30 kaubaga „šokolaaditahvlid, šokolaadikompvekid ja koorekompvekid“;**

**3) muude kaupade osas klassis 30 „kondiitritooteid ja maiustused“ tunnistada kaubamärgi kaubamärgi „Коровка + kuju“ (registreeringu nr 38539) ainuõigus lõppenuks ja registreering kehtetuks 1.10.2019 arvates.**

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

*(allkirjastatud digitaalselt)*

Tanel Kalmet

Priit Lello

Edith Sassian