

JUSTIITSMINISTEERIUM
TÖÖSTUSOMANDI
APELLATSIOONIKOMISJON

OTSUS nr 1627-o

Tallinnas 27. aprill 2017.a.

Tööstusomandi apellatsioonikomisjon, koosseisus Priit Lello (eesistuja), Rein Laaneots ja Margus Tähepõld vaatas kirjalikus menetluses läbi URGO RECHERCHE INNOVATION ET DEVELOPPEMENT (42 Rue de Longvic, F-21300 Chenove, FR) vaidlustusavalduse kaubamärgi HUUMAAR (taotluse nr M201500187) registreerimise otsuse tühistamiseks.

Vaidlustusavaldus on võetud tööstusomandi apellatsioonikomisjoni (edaspidi apellatsioonikomisjon) menetluse nr 1627 all.

Vaidlustusavalduse esitajat esindab patendivolnik Sirje Kahu. Taotlejat esindab patendivolnik Arvi Uukivi.

I Asjaolud ja menetluse käik

Eesti Kaubamärgi lehes nr 8/2015 avaldatud teate kohaselt on Patendiamet võtnud vastu otsuse registreerida kaubamärk HUUMAAR (taotluse nr M201500187) Baltas Pharma OÜ nimele. Kaubamärk on sõnaline tähis HUUMAAR.

Patendiameti otsuse kohaselt on kaubamärk registreeritud Patendiameti kaubamärgiregistris Nizza klassifikatsiooni klassides järgmiste kaupade ning teenuste suhtes:

Klass 5: Inhaleeritavad farmaatsiapreparaadid hingamisteede haiguste ja häirete raviks; meditsiinilised lahused ninakäikude puhastamiseks;

Klass 35: Reklaam, sh veebireklaam; reklaami- ja müügikampaaniad teenusena; näidiste (proovide) levitamine reklaami eesmärgil; turundusteenused; kaubandusvahendusteenused; allhanketeenused (ärialane abi); impordi- ja eksporditeenused; jae- ja hulgimüügiteenused (kolmandatele isikutele);

Klass 39: Kaupade pakkimine; kaupade pakendamine; kaupade ladustamine; kaupade edasitoimetamine; kaupade kättetoimetamine; kaupade transpordi korraldamine; kaupade transport.

16.10.2015 võttis apellatsioonikomisjon menetluse VIVATECH vaidlustusavalduse kaubamärgi registreerimise otsuse tühistamiseks. 18. märtsil 2016 teavitas vaidlustaja täiendavates seisukohtades apellatsioonikomisjoni, et vaidlustaja kontsernis on toimunud omandimuutused, mistõttu kaubamärk HUMER on läinud üle algselt omanikult VIVATECH ühingule LABORATOIRES URGO ning seejärel ühingule URGO RECHERCHE INNOVATION ET DEVELOPPEMENT. Euroopa Ühenduse kaubamärkide registris on vastav muudatus praeguseks registreeritud, rahvusvaheliste kaubamärkide registris on muudatuse registreerimine veel menetlemisel. Uus volikiri on lisatud. Kaubamärgi omandiõiguse muudatused on Patendiametis registreeritud. Sellest tulenevalt käsitleb apellatsioonikomisjon vaidlustajana kaubamärkide õigusjärglasena uut omanikku, so URGO RECHERCHE INNOVATION ET DEVELOPPEMENT .

Adress:
Tõnismägi 5a
15191 Tallinn

Telefonid:
6208201, 6208276
e-mail: toak@just.ee

Faks:
6208109
<http://toak.just.ee/>

II Vaidlustaja põhiseisukohad

Vaidlustusavalduse esitajale kuulub Euroopa Ühenduse registreeritud kaubamärk HUMER (sõna) klassi 5 farmaatsiatoodete, dermatoloogiliste toodete jt kaupade tähistamiseks (reg nr 011541431, esitatud 22.01.2013, registreeritud 08.02.2014, vaidlustusavalduse lisa 2), millel on rahvusvahelise registreeringu nr 0653111 alusel omandatud vanemus Eesti Vabariigis alates 08.03.2011 klassi 5 kaupade „meresoolavee lahused ninasõõrmete puhastamiseks“ suhtes (vaidlustusavalduse lisad 3 ja 4).

Kaubamärgiseaduse (edaspidi KaMS) § 11 lg 1 p 4 ja p 6 kohaselt on kaubamärk varasem, kui rahvusvahelise registreerimise kuupäev või prioriteedikuupäev on varasem, ja kui Ühenduse kaubamärgi määruse alusel registreeritud Ühenduse kaubamärgi taotluse esitamise kuupäev, prioriteedikuupäev või Eesti registreeringu alusel omandatud vanemuskupäev on varasem. Seega on vaidlustaja kaubamärk HUMER varasem taotleja tähisest HUUMAAR. Vaidlustusavalduse esitaja ei ole andnud taotlejale kirjalikku nõusolekut kaubamärgi HUUMAAR registreerimiseks Eestis ning seetõttu ei saa kohaldu KaMS § 10 lg 2, mis eemaldaks KaMS § 10 lg 1 p 2 ette nähtud õiguskaitsset välistava asjaolu.

Vaidlustusavalduse esitaja on seisukohal, et Patendiameti otsus ei ole õiguspärane ning rikub vaidlustusavalduse esitaja kui varasema kaubamärgi omaniku ainuõigust.

Nii vaidlustaja varasem kaubamärk HUMER kui taotleja kaubamärk HUUMAAR on sõnamärgid. Mõlemad tähised koosnevad ühest sõnast. Varasemas märgis on 5 tähte, vaidlustatud märgis 7 tähte. Neist 4 tähte on identsed ja paiknevad sõnas ka identsetel kohtadel – alguses (HU-), keskosas (-M-) ja lõpus (-R). Ainult 1 täht on lõpuosas erinev, vastavalt E tähises HUMER ning A tähises HUUMAAR.

Selliste tähiste eksikombel äravahetamine tarbija poolt võib olla tõenäoline, sest kaubamärkide sarnasuse hindamisel on olulisemad nende tähiste ühised elemendid. Erinevused, mida keskmine tarbija ei märka või ei mäleta, peaksid jääma tagaplaanile. Tähtis on ka tähiste struktuur – algusosad on olulisemad kui lõpuosas. Kui kahe tähise algusosad on väga sarnased või identsed, siis aetakse neid tähiseid suurema tõenäosusega segi, kui juhul, mil sarnasus on sõna lõpus. Käesoleval juhul on identsus nii tähiste algus-, kesk- ja lõpuosas. Vaidlustatud tähise visuaalset eristusvõimet ei suurenda vokaalide U ja A kahekordistamine. Tarbijal võib tõenäoliselt selline tähtede kordus märkamata jääda või mitte meelde jääda, see ei mõju erineva ega eristava elemendina. Arvestades eeltoodut on tähised visuaalselt väga sarnased.

Mõlemad võrreldavad kaubamärgid koosnevad 2 silbist, vastavalt „huu-maar“ ja „hu-mer“. Kuna varasem kaubamärk HUMER on veidi võõrapärase kõlaga, siis võib eesti tarbija selle esimest silpi hääldada mitte ainult lühikesena „humer“, vaid ka pikana „huumer“. Kõrvutades vaidlustatud kaubamärgi ja varasema kaubamärgi häälduse „huumaar“ ja „huumer“ on vaidlustatud kaubamärgi „huumaar“ foneetiline sarnasus veelgi ilmsem. Varasema kaubamärgi hääldus „humer“ või „huumer“ sisaldub peaaegu täielikuna hilisema märgi häälduses „huumaar“. Ka kuulmise järgi haarab tarbija tähelepanu vaidlustatud kaubamärgis selle esimene pool „huum“, hoolimata järgnevast 1 erinevast vokaalst. Veelgi enam – identne on ka sõna viimane häälik „r“. Tulenevalt eeltoodust on vaidlustusavalduse esitaja seisukohal, et tähis HUUMAAR on foneetiliselt niivõrd sarnane varasema kaubamärgiga HUMER, et on tõenäoline nende äravahetamine tarbija poolt.

Semantiline ja kontseptsiooniline võrdlus. Võrreldavatel tähistel puudub eestikeelne tähendus.

Vaidlustaja on seisukohal, et võrreldavad tähised on KaMS § 10 lg 1 p 2 tähenduses niivõrd sarnased, et on tõenäoline nende äravahetamine tarbija poolt, sealhulgas vaidlustatud tähise HUUMAAR assotsieerumine varasema kaubamärgiga HUMER. Äravahetamiseni sarnasuse hindamisel saab piisavaks lugeda juba tõenäosust, et tarbijad võivad antud kaubamärgid ära vahetada, sh neis tekitada assotsiatsioone. Euroopa Kohtu lahendite kohaselt tähendab tõenäoline kaubamärkide äravahetamine tõenäosust, et tarbija võib uskuda, et vaadeldavad kaubad pärinevad samalt ettevõtjalt.

Kaubamärkide äravahetamiseni sarnasuse hindamisel tuleb lähtuda üldisest hinnangust märkide visuaalsele, foneetilisele ja semantilisele sarnasusele ja hinnata neid kogumis. Aluseks tuleb võtta märkide üldmulje, arvestades seejuures eriti võrreldavate märkide eristusvõimelisi ja domineerivaid tunnusjooni. Keskmise tarbija tajub tavaliselt märki üldisena ning ei asu põhjalikult uurima selle üksikuid elemente (Euroopa Kohtu otsus asjas nr C-251/95, SABEL versus Puma, p 23).

Kaubamärkide sarnasuse võrdlemisel tuleb arvesse võtta ka seda, et keskmisel tarbijal on harva võimalik võrrelda märke kõrvuti ja seetõttu peab ta usaldama oma ebatäiuslikku mälu pilti nendest märkidest (Euroopa Kohtu otsus kohtuasjas nr C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer versus Klijsen Handel, p 26).

Eeltoodule tuginedes on Euroopa Kohus samas kohtuotsuses asunud seisukohale, et ka märkide sarnasus vaid ühest tajumisapektist, võib olla juba piisav käsitlemaks märke „äravahetamiseni sarnastena” (vt viidatud kohtuotsus Lloyd, p 28). Kuivõrd keskmine tarbija ei ole reeglina teostanud märkide otsest võrdlust (st võrrelnud reproduktsioone) ning ei ole uurinud, analüüsinud ega jätnud meelde üksikute märkide üksikuid koostiselemente, tuleb hindamisel lähtuda eelkõige tarbijale mällu „sööbivatest” märgi peamistest domineerivatest eristusjoontest.

Tulenevalt eeltoodust, hinnates võrreldavaid tähiseid nii visuaalsest kui foneetilisest aspektist, ja lähtudes seejuures tähiste üldmuljest, leiab vaidlustaja, et vaidlustatav tähis HUUMAAR on niivõrd sarnane varasema kaubamärgiga HUMER, et on väga tõenäoline nende äravahetamine tarbija poolt.

Mida sarnasemad on kaubamärgid, seda suurem peab olema erinevus kaupade/teenuste vahel ning vastupidi. Kuna võrreldavad tähised on niivõrd sarnased, siis peaksid nendega tähistatavad kaubad olema niivõrd erinevad, et ei toimuks tõenäolist kaubamärkide äravahetamist tarbijate poolt, sh nende assotsieerumist. Vaidlustatud kaubamärgiga soovitakse saada õiguskaitset identsete/samaliigiliste kaupade osas.

Arvestades võrreldavate kaubamärkide ilmset visuaalset ja foneetilist sarnasust, on suur tõenäosus, et üldsus peab vaidlustatud kaubamärki HUUMAAR varasema kaubamärgiga HUMER sarnaseks ja vaidlustatud kaubamärk meenutab tarbijale varasemat kaubamärki isegi kui neid segamini ei aeta (tõenäoline assotsieerumine). Kaubamärgiseaduse § 10 lg 1 p 2 mõttes on tõenäoline kaubamärkide äravahetamine tarbija poolt, sealhulgas kaubamärgi assotsieerumine varasema kaubamärgiga. Kaubamärgi HUUMAAR registreeringut taotletakse (lisaks teenustele muudes klassides) identsetele ja samaliigilistele kaupadele klassis 5, milleks on inhaleeritavad farmaatsiapreparaadid hingamisteede haiguste ja häirete raviks ning meditsiinilised lahused ninakäikude puhastamiseks.

Võrreldavate kaubamärkidega tähistatavatel kaupadel on sama olemus ja eesmärk (puhastada hingamisteid või ravida hingamisteede haigusi) ning sellest tulenevalt ka sama sihtgrupp (kõik inimesed) ning samad potentsiaalsed turustamiskanalid (apteegid, poed), reklaamikanalid. Arvestades võrreldavate kaubamärkide kaupade identsust ja samaliigilisust, suureneb kaubamärkide äravahetamise ja assotsieerumise tõenäosus veelgi. Hilisema kaubamärgi HUUMAAR seostamise tõenäosust varasema kaubamärgiga HUMER suurendab olulisel määral varasema kaubamärgi HUMER tuntus Eesti turul. Kaubamärgiga HUMER tähistatud tooted (peamiselt meresoolaveega ninaspreid) on olnud Eesti turul palju aastaid ning seda kaubamärki on aktiivselt reklaamitud erinevate kanalite kaudu. Kaubamärgiga HUMER tähistatud ninaspreid on üheks populaarseimaks tooteks külmetushaiguste ennetamisel ja ravis. Näiteks annab otsing sõnaga „Humer“ Eesti Ravimiinfo elektroonilises andmebaasis 1342 vastet ja tõenäoliselt on selle kaubamärgiga tähistatud tooted olemas igas Eesti apteegis, kindlasti aga on HUMER tooted esindatud igas apteegiketis (vt vaidlustusavalduse lisa 5). Eesti tarbijaskonnale suunatud HUMER tooteid ja nende omadusi tutvustav ja reklaamiv veebileht on kättesaadav aadressil www.humer.ee (vaidlustusavalduse lisa 6).

Kokkuvõtvalt on tõenäoline, et tarbijad, nähes või kuuldes identsete ja samaliigiliste kaupade pakkumisel varasema kaubamärgiga sarnast tähist, usuvad ekslikult, et ka viimatinimetatud tähise all turustatavaid kaupu pakub ning nende kvaliteedi eest vastutab vaidlustaja või temaga majanduslikult seotud ettevõtte. Taotletav kaubamärk rikub vaidlustaja varasemaid kaubamärgiõigusi. Kuna vaidlustaja ei ole andnud taotlejale nõusolekut äravahetamiseni sarnase, assotsieeruva tähise kaubamärgina registreerimiseks, esinevad vaidlustatud tähise osas KaMS § 10 lg 1 p 2 sätestatud õiguskaitse andmist välistavad asjaolud ning Patendiameti otsus nimetatud kaubamärgile õiguskaitse andmise kohta klassi 5 kaupade tähistamiseks on seetõttu ebaõige.

III Taotleja seisukohad

Taotleja vaidleb vaidlustusavaldusele vastu. Taotleja ei nõustu vaidlusavalduses esitatud seisukohtadega ja märgib järgmist. Vaidlusavalduse rahuldamiseks, mis tugineb KaMS § 10 lg 1 p 2, peavad olema täidetud samaaegselt järgmised eeldused:

- 1) vaidlustaja kaubamärk peab olema varasem taotleja kaubamärgist;
- 2) võrreldavad kaubamärgid peavad olema identsed või sarnased visuaalsest, foneetilisest ja kontseptuaalsest seisukohast lähtudes;
- 3) võrreldavate kaubamärkide tähistatavad kaubad või teenused peavad olema identsed või samaliigilised;
- 4) peab esinema tõenäosus võrreldavate kaubamärkide äravahetamiseks tarbija poolt.

Vaidlustaja kaubamärk HUMER on KaMS § 11 lg 1 p 4 ja p 6 kohaselt varasem kaubamärk. Vaidlustaja kaubamärgi varasemus ei oma tähtsust, kui ei ole täidetud muud tingimused KaMS §10 lg 1 p 2 rakendamiseks. Kaubamärgid ei ole visuaalselt äravahetamiseni sarnased. Vaidlustaja on kaubamärkide visuaalsel võrdlemisel lähtunud põhimõtteliselt väärast seisukohast. Vaidlustaja on hinnanud ravimite kaubamärke nagu laiatarbekaupade kaubamärke. Laiatarbekaupade kaubamärkide äravahetamiseni sarnasuse tõenäosuse igakülgse hindamise raames eeldatakse, et asjaomaste kaupade keskmine tarbija on piisavalt informeeritud, keskmiselt tähelepanelik ja arukas.

Ravimid ei ole laiatarbekaup, millele puhul on tarbija keskmiselt tähelepanelik. Ravimite keskmine tarbija on hästi informeeritud ja eriti tähelepanelik ja arukas (taotleja seisukoha Lisa 1 - Euroopa Üldkohtu otsus T-256/04, 13.02.2007 RESPICORT vs RESPICUR, p 46-47). Ravimite puhul loetakse väljakujunenud kohtupraktika kohaselt keskmise tarbija hulka nii patsiendid kui ka meditsiiniprofessionaalid (arstid ja apteekrid). Kusjuures meditsiiniprofessionaalile on omane eriti kõrge tähelepanelikkus ravimite väljakirjutamisel, pole vahet kas on tegu retseptiravimite või käsimüügiravimitega. Mis puutub mitteprofessionaalidesse, siis ka nemad näitavad üles ravimite suhtes kõrgendatud tähelepanelikkust, hästi informeeritust ja arukust, sest ravimid mõjutavad nende või nende lähedaste tervist ja isegi elu. Pole vahet kas tegu on retseptiravimi või käsimüügiravimiga. Senises vaidluspraktikas on seisukoht, et ravimi tarbija tähelepanu on keskmisest kõrgem ka siis, kui tegu on käsimüügiravimitega (taotleja seisukoha Lisa 2- R581/2104-2 18.02.2015, FOLAVIT vs FOLASSIST , p 22-23; taotleja seisukoha Lisa 3- T-331/09, 15.12.2010, TONOPAN vs TOLPOSAN, p. 26).

Ravimite keskmine tarbija on harjunud olukorraga, et ravimitel on sageli üsna sarnased nimetused. Senine vaidluspraktika tõendab, et ravimi nimetuste erinevus võib näiteks seisneda üksnes paaris tähes nimetuse keskel, kusjuures muud tähed, sealhulgas ravimite nimetuste esimene ja viimane täht, võivad olla identsed. Arvestades asjaolu, et ravimite keskmine tarbija on hästi informeeritud ja eriti tähelepanelik ja arukas, siis kaubamärkide äravahetamist ja sealhulgas assotsiseerumist ei loeta isegi mõnede elementide identsuse puhul tõenäoliseks (taotleja seisukoha Lisa 4, T-1385 9.10.2008, SENSIVA vs SENSEA p 26-27; TOAK-i otsus nr 1351-o, 26.08.2013, PANTOPAC vs PANTOSEC; TOAK-i otsus nr 1303-o, 20.12.2013, FORMI vs FORTI).

Vastandatud kaubamärkides HUMER ja HUUMAAR on ühiseid tähti. Ka mõlema kaubamärgi algustäht ja lõputäht on identsed, kuid see ei anna alust teha järeldust, et ravimite keskmise tarbija jaoks Eestis on kaubamärgid äravahetamiseni sarnased, sealhulgas assotsiseeruvad. Vaidlustaja ei ole pööranud tähelepanu sellele, et taotleja kaubamärk on keskmise pikkusega sõna (7 tähte), kuid vaidlustaja kaubamärk oluliselt lühem (5 tähte). Mõlemad kaubamärgid on lühikesed kahesilbilised sõnad, kuid nende pikkuse ja üldmulje erinevus on selgelt tajutav, täpsemalt, silmatorkav.

Vastandatud sõnamärkide lühidus muudab nende täpse eristamise ja meeldejätmise lihtsaks. Tuleb arvestada sellega, et väikesed erinevused lühikestes sõnades viivad sageli erineva üldmuljeni, sest mida lühem on sõna, seda hõlpsam on tajuda iga üksikut tähte. Vaidlustaja ei ole võrrelnud kaubamärke tervikuna, ei ole arvestanud nende pikkuse erinevust, ei ole võtnud arvesse dominante UU ja AA taotleja kaubamärgis ning asjaolu, et taotleja kaubamärgis puudub üldse täht E. Lisaks kaubamärkide kui tervikute pikkuse erinevusele, on oluline, et vaidlustaja kaubamärgi esimeses silbis HU- on üks U, kuid taotleja kaubamärgi, kui liitsõnalise kaubamärgi esimeses ühesilbilises lihtsõnas, sõnas HUU, on topeltvokaal UU. Lisaks sellele vaidlustaja kaubamärgi teises ja ühtlasi viimases silbis -MER on täht E, kuid vaidlustaja kaubamärgis on teises ühesilbilises lihtsõnas MAAR topeltvokaal AA, mille tõttu taotleja kaubamärk ja vaidlustaja kaubamärk on asjaomase tarbija jaoks tervikuna visuaalselt ja foneetiliselt selgelt eritatavad. Topeltvokaalid ravimite nimetustes on harukordsed. Keskmisest kõrgema tähelepanelikkusega, hästi informeeritud ja arukas eesti keelt valdav ning Euroopas ja Eestis enamlevinud võõrkeeltega kokkupuutunud tarbija käsitleb tõenäoliselt taotleja kaubamärki HUUMAAR kui uudset lihtsõna, mis koosneb hüüdsõnast HUU ja nimisõnast MAAR.

Seejuures vaidlustaja kaubamärgi HUMER visuaalne pilt osutab võõrkeelsele sõnale, täpsemalt prantsusekeelsele sõnale. Vaidlustaja ravimi pakendil olev info (vt. vaidlustusavalduse lisa 5) annab teada, et tegu on Prantsusmaalt pärit kaubaga. Sellest infost saab kinnitust tõdemus, et kaubamärki HUMER peaks käsitlema prantsusekeelse sõnana. Vaidlustaja järelendus on ekslik, et vastandatud kaubamärgid on visuaalselt väga sarnased. Ravimite nimetuste seas esineb küllaltki palju sarnaseid nimetusi. Kuid arvestades asjaomast tarbijaskonda on taotleja hinnangul vastandatud kaubamärkide visuaalse eristatavuse tase normaalne.

Taotleja on seisukohal, et vastandatud kaubamärkide visuaalsed sarnasused on väiksemad võrreldes tähiste erinevustega. On vähetõenäoline, et ravimite keskmise tarbija mälu pildis võiks vastandatud kaubamärkide juures jäädvustuda vaid kaubamärkide algusosa HU, viimane täht R ja kesksosas paiknev täht M, mille tõttu oleks tõenäoline kaubamärkide äravahetamine. Isegi kui tarbija tajuks teatud sarnasuse olemasolu kaubamärkide vahel, ei tähenda see kaubamärkide äravahetamist. Hästi informeeritud ja keskmisest tähelepanelikum ravimite keskmine tarbija tähtsustab ravimi nimetust kui tervikut ega lase ennast ravimite nimetuste ühistest elementidest end eksitada ega hakka tõenäoliselt üksikute sarnaste elementide baasil looma meelevaldseid seoseid ravimite vahel.

Kuna ravimite nimetused sisaldavad väga tihti ühiseid elemente, sealhulgas identseid algusosi ja lõputähti, siis asjaomane tarbija teab, et ravimi nimetuste täpne kasutamine on enesestmõistetav. Mõne tähe erinevus on täiesti piisav asjaomasele tarbijale ravimi nimetuste visuaalseks ja foneetiliseks eristamiseks.

Kaubamärgid ei ole foneetiliselt äravahetamiseni sarnased. Vaidlustaja kaubamärgi HUMER visuaalne pilt osutab võõrkeelsele sõnale, täpsemalt prantsusekeelsele sõnale. Sellele viitas ka vaidlustaja oma vaidlusavalduses. Vaidlustaja ravimi pakendil olev informatsioon (vt. vaidlustusavalduse lisa 5) annab kinnitust, et tõdemus, et HUMER on prantsusekeelne sõna, on õige.

Kuigi prantsuse keele oskus ei ole ravimi keskmine tarbijate hulgas Eestis nii laialdane kui näiteks inglise keele oskus, siiski teatakse üsna hästi prantsuse keele häälduse üldisi põhimõtteid, mille hulka kuulub see, et rõhk langeb sõna lõpuosale ja kaashäälikuid sõna lõpus üldiselt ei hääldata, kuid kaashäälikud võivad muuta neile eelneva täishääliku hääldust. Teatakse, et täht r sõna lõpul ja tähte h sõna algul ei hääldu, kui just eelneval täishäälikul ei ole aktsendimärki. Isegi kui ravimi keskmine tarbija Eestis ei tea prantsusekeelsete sõnade häälduse kõiki nüansse, siis tõenäoliselt ta ikkagi teab, kuidas hääldatakse prantsuse kirjanike Alexandre Dumas ja Viktor Hugo nimesid ja oskab seda teadmist analoogia põhjal rakendada teistele prantsusekeelsetele sõnadele, sealhulgas sõna HUMER hääldusele. Tuleb arvestada seda, et kuigi suur osa asjaomasest tarbijaskonnast ei pruugi prantsuse keelt osata, on tegu tarbijaskonnaga, kes on keskmisest kõrgema tähelepanelikkusega, hästi informeeritud ja arukas, kes on kokku puutunud prantsuse keelega kui mitte koolis, siis meedia vahendusel, reisil või tööl. Tõenäoliselt ravimi keskmine tarbija Eestis ei hääldaks vaidlustaja kaubamärki HUMER eesti keele hääldusreeglite vaid prantsuse keelele omaselt *ū mé*, kusjuures täht h sõna algul ja täht r sõna lõpul ei hääldu, rõhk langeb sõna lõpuosale, antud juhtumil sõna teisele silbile, täht m hääldub helisevalt ning sellele järgnev täht e hääldub kinniselt.

Taotleja kaubamärgi HUUMAAR häälduspilt on aga järgmine: *uú maar*. Kuna tegu on liitsõnaga, siis rõhk on mõlema liitsõna algul. Mõlemad liitsõnad tuleb rõhuliselt välja hääldada. Sõna huu algul olev täht h ei hääldu. Rõhk on sõna huu algul. Täht u hääldatakse pikalt kuna kirjepildis on tegu topeltvokaaliga uu.

Seejärel tuuakse kuuldavale sõna maar, kusjuures rõhk on sõna maar algul. Kõik tähed sõnas maar hääldatakse välja, kusjuures täht a hääldatakse pikalt kuna kirjapildis on tegu topeltvokaaliga aa ja sellele järgnev täht r hääldatakse heliliselt.

Seega, vaidlustaja kaubamärk HUMER hääldatuna prantsuse keele hääldusele omaselt [ümé] on foneetiliselt täielikult erinev taotleja kaubamärgist HUUMAAR [uú maar].

Isegi, kui ravimi keskmine tarbija Eestis hääldaks vaidlustaja kaubamärki millegipärast eesti keele häälduse kohasel (mida taotleja peab vähe tõenäoliseks), ei kõlaks vokaal u selles mitte pikalt nagu vaidlustaja on ekslikult märkinud. Eesti keelele ja prantsuse keelele on ühine see, et täht h sõna algul ei hääldu, kuid erinevus selles, et eesti keeles hääldusreeglite kohaselt tulevad kõik ülejäänud tähed, sealhulgas täht r, sõna lõpul selgelt välja hääldada. Seega eesti keele hääldusreeglite kohaselt hääldatuna on vaidlustaja kaubamärk umer. Rõhk on tingimata sõna alguses ja kõik häälikud lühikesed. Vaidlustaja kaubamärk HUMER hääldatuna eesti keele hääldusele omaselt [umer] on foneetiliselt täielikult erinev taotleja kaubamärgist HUUMAAR [uú maar].

Taotleja kaubamärgi HUUMAAR kirjapildist tulenevalt järeldub, et tegu on eesti keelele omase liitsõnaga, mis koosneb sõnast "huu" ja „maar.“ Ühesilbilistest sõnadest koosneva liitsõna korrektseks suuliseks esitamiseks on vaja tavalisest suuremat foneetilist pingutust, sest rõhk on mõlema sõna algul. Topeltvokaalid uu ja aa tuleb tingimata pikalt hääldada, kusjuures r sõna „maar“ lõpul tuleb samuti selgelt välja hääldada. Foneetiline pingutuse efekt seisneb selles, et sissehingamisel tuuakse esile pikk „uu“ ja väljahingamisel „ maar.“

Taotleja on seisukohal, et vastandatud kaubamärkidel puudub foneetiline sarnasus täielikult. Vastandatud kaubamärgid on foneetiliselt selgesti eristuvad. Pole tõenäoline, et ravimite keskmine tarbija Eestis vastandatud kaubamärgid foneetilisest kõlast lähtudes äravahetaks.

Kaubamärkide semantiline erinevus. Prantsusekeelne sõna `humer` omab K.Kann Prantsuse-eesti sõnaraamatu (taotleja seisukoha Lisa 8) järgi eesti keeles kahte tähendust: 1) rüüpama; 2) sisse hingama. Huu on hüüdsõna, hüüatus. Näiteks : Huu, kui külm! (taotleja seisukoha Lisa 9 - Eesti õigekeelsussõnaraamat. ÕS 2006, lk 213). Sõna maar tähistab eesti keeles vulkaanilist lehtrit (taotleja seisukoha Lisa 9 - Eesti Õigekeelsussõnaraamat ÕS 2006, Tln., 2006.lk.510). Otepääl asub eriti puhkajate ja kalastajate seas tuntud Maari järv. Kuid sõna maar on tuntud ka kui ving. (taotleja seisukoha Lisa 10- Väike murdesõnastik 2. Tln, Valgus, 1982. lk. 7). Maar on ving ehk halb lehk. Eesti Isikuloole Indeksi järgi on Maar tuntud Eestis perekonnanimena (73 erinevat kirjet). Kaubamärk HUUMAAR on liitsõna, mis on moodustatud sõnadest huu ja maar. Sõna huumaar näib kandvat kontseptsiooni Huu, milline maar! ehk Huu, milline ving! Ving on halb lehk. Kuid sõna maar teist tähendust arvestades Huu, milline vulkaaniline lehter! Taotleja kaubamärgi kontseptsiooniks näib olevat suunata patsienti tegema vokaalseid hingamisharjutusi tuues sissehingamisel pikalt esile huu ja väljahingamisel maar. Vaidlustaja kaubamärgil HUMER semantiline tähendus on 1) rüüppamine; 2) sisse hingamine. Nii nagu mõisted ving ja rüüppamine või ving ja sisse hingamine, või siis jälle vulkaaniline lehter ja rüüppamine; vulkaaniline lehter ja sisse hingamine kannavad erinevat tähendust, nii kannavad ka kaubamärgid HUMER ja HUUMAAR erinevat tähendust ega ole omavahel tähenduslikult kattuvad või segiaetavad. Taotleja on seisukohal, et vastandatud kaubamärgid HUMER ja HUUMAAR nii semantiliselt erinevad kui ka kontseptsiooniliselt erinevad.

Vaidlustaja väide, et võrreldavatel kaubamärkidel puudub keskmise tarbija jaoks Eestis tähenduslik külg, mille tõttu ei saa neid semantilisest aspektist lähtudes võrrelda, on väär. Isegi, kui asjaomane tarbija ei tea, milline on sõna HUU, MAAR, HUUMAAR või HUMER semantiline tähendus, siis ei tähenda, see seda, et ta eitaks nende sõnade semantilist tähendust üldse, või et ta peaks sõnu HUUMAAR ja HUMER semantiliselt sarnasteks.

Isegi kui tarbija ei tea kummagi kaubamärgi ehk kummagi sõna tähendust (mida taotleja ei pea tõenäoliseks), siis ometigi on väheusustav, et ta peaks vastandatud kaubamärke semantiliselt identseteks või sarnasteks.

Vaidlustaja on seisukohal, et hilisema kaubamärgi HUUMAAR äravahetamise tõenäosust varasema kaubamärgiga HUMER suurendab olulisel määral varasema kaubamärgi HUMER tuntus Eesti turul.

Vaidlustaja sõnul on kaubamärk HUMER Eesti turul tuntud, sest on olnud Eesti turul palju aastaid ja seda kaubamärki reklaamitud erinevate kanalite kaudu. Vaidlustaja märgib, et tõenäoliselt on selle kaubamärgiga varustatud tooted igas Eesti apteegis ja lisab, et otsing sõnaga „Humer“ Eesti Ravimiinfo elektroonilises andmebaasis annab tulemuseks 1342 vastet ning HUMER kaubamärgiga varustatud toodete omadusi tutvustav ja reklaamiv veebileht on kättesaadav veebiaadressil www.humer.ee.

Taotleja on seisukohal, et vaidlustaja poolt esitatud andmed, viited ja vaidlusavaldusele lisatud lisad tõendavad üksnes seda, et kaubamärk Humer on Eesti ravimiturul, kuid ei tõenda kaubamärgi HUMER tuntuse astet Eesti ravimiturul. Ei tõenda näiteks seda, et kaubamärki HUMER kandvad ülemiste hingamisteede haiguste ja häirete raviks mõeldud farmaatsiapreparaadid ja merevee-põhised lahused ninasõõrmete puhastamiseks oleks olnud tuntud enne 17.02.2015 valdavale osale nimetatud ravimite tarbijatest Eestis. Teatavasti tuleb kaubamärgi tuntuse kindlaksmääramisel arvestada kõigi asjaomaste faktoritega, sealhulgas kaubamärgi poolt hõlmatud turuosa, kaubamärgi kasutamise intensiivsust, geograafilist levikut ja kasutamise kestvust ning investeeringuid, mis on tehtud kaubamärgi reklaamimiseks. Vaidlustaja poolt esitatu ei võimalda teha järeldust, et kaubamärk HUMER oleks omandanud Eestis hea reputatsiooni või laia tuntuse ning seeläbi kõrgendatud eristusvõime.

Vaidlustaja väited, sealhulgas fotod kaubamärki HUMER kandvatest toodetest, ei tõenda, et kaubamärk HUMER oleks tegelikult tuntud valdavale osale asjaomastest tarbijaskonnast Eestis. Viited kaubamärki HUMER kandvate toodete reklaamile ja apteekides müügil olekule, ei anna tõendeid selle kohta, milline on kaubamärgi HUMER tuntuse tase ega seda, kas nimetatud kaubamärk on tuntud märkimisväärsele osale asjaomaset tarbijaskonnast. Asjaolu, et asjaomane tarbija on kaubamärgist HUMER teadlik, on sellest kuulnud, on seda näinud või/ja seda tarbinud, ei tõenda kaubamärgi tuntuse astet võrreldes teiste analoogsete kaupade seas Eesti ravimiturul. Järelikult, varasema kaubamärgi eristatavuse hindamisel peab lähtuma eristusvõimest, mis on omane sellele kaubamärgile iseenesest.

Võib eeldada, et varasemal kaubamärgil HUMER on vaidlust puudutavate kaupade, hingamisteede haiguste ja häirete raviks mõeldud farmaatsiapreparaadid ja merevee-põhised lahused ninasõõrmete puhastamiseks, suhtes keskmise asjaomasele tarbija jaoks ravimi manustamise viisile viitav tähendus, kuna sõna humer kannab tähendusi rüüpamine või sisse hingamine. Mõlemad tähendused viitavad hingamisteede ravimi kasutusviisile, rüüpamisele või sisse hingamisele. Ka puudub kaubamärgil HUMER omandatud eristusvõime. Omandatud eristusvõimest saaks rääkida näiteks siis, kui kaubamärk HUMER

oleks omandanud asjaomase tarbijaskonna jaoks Eestis kasutamise tulemusena sekundaarse tähenduse. Seega ei saa kaubamärki HUMER lugeda normaalse eristusvõimega tähiseks, vaid normaalsest väiksema eristusvõimega tähiseks.

Seevastu taotleja kaubamärk HUUMAAR ei ole Eesti asjaomase tarbija jaoks tavaline ja lihtsalt mõistetav, vaid temas on olemas eripära, mis nõuab tarbijalt tõlgendamist ja pingutamist, kuid tänu sellele on see kaubamärk hästi meelde jääv ja eristatav vaidlustaja kaubamärgist.

Taotleja kaubamärk HUUMAAR hõlmab kaupu inhaleeritavad farmaatsiapreparaadid hingamisteede haiguste ja häirete raviks, mis tähendab seda, et tegu on gaasina või aerosoolina sissehingatavate farmaatsiapreparaatidega, mis on mõeldud hingamisteede haiguste kui ka hingamisteede häirete raviks.

Vaidlustaja kaubamärgi kaupade loetelus võib taotleja eelnimetatud kaubale lähimaks kaubaks lugeda farmaatsiatooted ülemiste hingamisteede haiguste raviks, v.a. farmaatsiatooted autoimmuunhaiguste raviks. Kuigi vaidlustaja kaubamärgi loetelus on veel palju muid kaupu. Kuna inhaleeritavad farmaatsiapreparaadid hingamisteede haiguste ja häirete ravi puhul tuleb silmas pidada hingamissüsteemi, nii alumist kui ka ülemist hingamissüsteemi, siis on võimatu teha järeldust, et farmaatsiatooted ülemiste hingamisteede haiguste raviks, v.a. farmaatsiatooted autoimmuunhaiguste raviks, hõlmavad inhaleeritavaid farmaatsiapreparaate, mis on mõeldud kogu hingamisteede raviks.

Samuti on võimatu väita vastupidist, et hingamisteede raviks mõeldud inhaleeritavad farmaatsiapreparaadid hõlmaks kõiki farmaatsiatoteid ülemiste hingamisteede raviks, v.a. farmaatsiatooted autoimmuunhaiguste raviks. Seega tuleb järeldada, et nimetatud kaubad on samaliigilised kuid mitte identsed. Peale selle hõlmab taotleja kaubamärk meditsiinilisi lahuseid ninakäikude puhastamiseks. Vaidlustaja EÜ kaubamärgi nr 011541431 kaupade loetelus vastab taotleja eelnimetatud kaubale mereveepõhised lahused ninasõõrmete puhastamiseks.

Vaidlustaja rahvusvaheline kaubamärk IR nr 0653111 aga on meresoolavee lahused ninasõõrmete puhastamiseks. Meditsiinilised lahused ninakäikude puhastamiseks hõlmavad üldjuhul mereveepõhiseid kui ka meresoolavee lahuseid ninakäikude, sealhulgas ninasõõrmete puhastamiseks. Seetõttu tuleb järeldada, et nimetatud kaupade osas on identsus olemas. Vaidlustaja väide, et osaliselt on kaubad identsed ja osaliselt samaliigilised, on õige.

Asjaomane tarbijaskond- tähelepanelikkuse aste. Senises vaidluspraktikas on seisukoht, et ravimi tarbija tähelepanu on suhteliselt kõrge, vaatamata sellele, et tegu pole retseptiravimitega (taotleja seisukoha Lisa 2- R581/2104-2 18.02.2015, FOLAVIT vs FOLASSIST, p 22-23; taotleja seisukoha Lisa 3- T-331/09, 15.12.2010, TONOPAN vs TOLPOSAN, p. 16). Kuna asjaomane keskmine tarbija on arukas, keskmiselt kõrgema tähelepanelikkusega, hästi informeeritud, eriti ettevaatlik, siis pole tõenäoline, et ta vaidlustatud kaubamärgid äravahetaks, või seostaks vaidlustaja kaubamärki taotleja kaubamärgiga arvates, et need võivad pärineda mõlemad vaidlustajalt, või arvata, et ettevõtete vahel on majanduslik seos.

Kaubamärkide igakülgne hindamine. Vaatamata kaupade identsusele või samaliigilisusele on kaubamärkide ärahetamise tõenäosus, sealhulgas assotsieerumise tõenäosuse asjaomase keskmise tarbija poolt välistatud, kui on olemas kaubamärkide visuaalne, foneetiline ja kontseptuaalne erinevus (taotleja seisukoha Lisa 11- R-2667/2014-2, 15.07.2015, p 71) . Arvestades asjaomase tarbijaskonna

keskmisest kõrgemat tähepanelikkust, hästi informeeritust ja arukust, kaubamärkide üldmulje erinevusi, taotleja kaubamärgi dominantelemente ja dominantelemendi puudumist vaidlustaja kaubamärgis, kaubamärkide visuaalse sarnasuse madalat astet, foneetilise sarnasuse ja semantilise sarnasuse puudumist ja varasema kaubamärgi normaalsemat väiksemat eristusvõimet, tuleb hoolimata kaupade identsusest või samaliigilisusest, välistada vastandatud kaubamärkide äravahetamine, sh assotsieerumine, asjaomase tarbijaskonna poolt.

Kuigi on teada, et üldiselt pöörab tarbija enam tähelepanu kaubamärgi algusele kui lõpule, ei saa seda rakendada iga juhtumi korral, iga juhtumi korral on vaja rõhutada põhimõtet, et kaubamärkide sarnasuse hindamisel tuleb võtta arvesse nende kaubamärkide kui terviku üldmulje ning mitte analüüsida nende erinevaid osi (taotleja seisukoha Lisa 11- R-2667/2014-2, 15.07.2015, p 39). Kui kaubamärgiks on sõnaühend või liitsõna, siis tarbija lahutab sõnaühendi või liitsõna erinevateks lihtsõnadeks ja mäletab kaubamärki kui sõnaühendit või liitsõna, mis on moodustatud lihtsõnade liitmise teel (taotleja seisukoha Lisa 11- R-2667/2014-2, 15.07.2015, p 45). Vaatamata mõnedele korduvatele tähtedele on asjaomase keskmise tarbija jaoks kaubamärgi HUMER assotsieeruvus kaubamärgiga HUUMAAR sama hea kui olematu.

Asjaomase keskmise tarbija jaoks on vastandatud kaubamärkide visuaalne sarnasuse aste alla keskmise ehk nõrk, foneetiline ja semantiline sarnasus puuduvad. Kuigi vastandatud kaubamärkide visuaalne nõrk sarnasus on olemas, ei oma teatud sarnasus ravimite nimes määravat tähtsust. Sarnaseid nimetusi ravimite puhul on üsna palju. Teatakse, et eksimus ravimi nimes võib kaasa tuua ränku tagajärgi. Seetõttu pööratakse erilist tähelepanu ravimi nimede täpsele esitusele. See põhimõte kehtib ka käsimüügiravimite puhul.

Patendiameti otsus registreerida kaubamärk HUUMAAR, taotluse nr M201500187, klassis 5 - inhaleeritavad farmaatsiapreparaadid hingamisteede haiguste ja häirete raviks; meditsiinilised lahused ninakäikude puhastamiseks, Baltas Pharma OÜ nimele on kooskõlas KaMS §10 lg 1 p 2. Vaidlusavaldus tuleb jätta rahuldamata. Patendiameti otsus taotleja kaubamärgi registreerimise kohta tuleb jätta jõusse.

IV Vaidlustaja täiendavad seisukohad

Vaidlustaja ei nõustu taotleja seisukohaga, et kaubamärk HUUMAAR on piisavalt erinev kaubamärgist HUMER nii visuaalsest, foneetilisest kui semantilisest aspektist, et välistada hilisema kaubamärgi HUUMAAR assotsieerumine varasema kaubamärgiga HUMER. Tähiste võrdluses on ebakohane lähtuda sellest, et Eesti inimesed oskavad prantsuse keelt ja selle hääldamisreegleid nii, et nad vaidlustaja kaubamärgi HUMER puhul lähtuksid just prantsusekeelsest hääldusest. Tavaelus ei ole keskmine Eesti inimene võimeline seostama sõna HUMER prantsuse keele ja selle hääldamisreeglitega. Taotleja väiteid, mis tulenevad kaubamärgi prantsuse keele hääldusest, ei saa arvestada, sest Eesti asjaomane üldsus ei koge kaubamärki HUMER prantsuse sõnana ega oska ka tõenäoliselt seda prantsuse keele reeglite kohaselt hääldada.

Tõene ei ole taotleja väide, et eesti keeles sõna alguses „h“-häälikut ei hääldata. Vaidlustaja jääb oma seisukoha juurde, et Eesti asjaomase üldsuse jaoks on kõnealuste kaubamärkide hääldus vastavalt eesti keele hääldusreeglitele „huumaar“ ja „humer“ või „huumer“.

Tähiste semantilises võrdluses on samuti Eesti tarbijale prantsuse keele oskuste omistamine ebakohane. On vägagi tõenäoline, et Eesti asjaomane üldsus ei loo seoseid sõna HUMER võimaliku prantsusekeelse tähendusega.

Kaubamärkide võrdlemisel tuleb lähtuda registreeringus esitatud kaubamärgi reproduktsioonist, mitte praktikas kasutatavast pakendist, nagu taotleja on oma vastuse väited esitanud leheküljel 7 (viimane lõik).

Taotleja poolt välja toodud seisukoht, et talle kuuluv kaubamärk HUUMAAR on eestikeelne tähendusega liitsõna, ei ole aktsepteeritav. Taotleja poolt toodud järeldesteni sõna „huumaar“ tähenduse osas ei jõua suure tõenäosusega ükski asjakohase üldsuse esindaja. Vaidlustaja jääb oma seisukoha juurde, et mõlemad võrreldavad tähised on Eesti asjaomase tarbija jaoks tähenduseta sõnad.

Taotleja on oma vastuses toonud hulgaliselt näiteid erinevatest lahenditest, kuid nendes esitatud arutluskäikude refereeringuid ei saa selles konkreetsetes vaidluses otseselt arvestada, kuna iga käsitletava juhtumi asjaolud ja kaalukeeled on siiski erinevad. Samuti pole antud vaidluses küsimus sellest, milliste tähistega assotsieerub varasem tähis HUMER (taotleja pakutud HUMMER), vaid kas taotleja märk HUUMAAR seostub kaubamärgiga HUMER.

Tähiste visuaalse võrdluse osas toob vaidlustaja veel välja, et tänapäevases kiires kirjalikus suhtluses, nt mobiiltelefoni sõnumitega, on järjest sagedasem vokaalide välja jätmine – näiteks „palun“ asemel „pln“, „Tallinn“ asemel „Tln“ jne. Inimesed hoomavad ka üksnes konsonantide abil kogu sõna, eriti kui see esineb teatud kontekstis. Kõnealusel juhul, kus võrdluses on tähised HUMER ja HUUMAAR, jääksid mõlema sõna puhul alles identsed konsonandid „hmr“ ning see võib mõjutada asjaomase üldsuse taju neist kaubamärkidest ja hilisema tähise seostamist varasemaga. Üldpildis võivad eristuda just need tähed.

Vaidlustaja soovib täpsustada, et taotleja kaubamärgi HUUMAAR registreeringus toodud kaupu inhaleeritavad farmaatsiapreparaadid hingamisteede haiguste ja häirete raviks on oma olemuselt ja kasutuseesmärgilt niivõrd sarnased, et neid võiks lugeda ka identseks vaidlustaja EÜ kaubamärgi HUMER registreeringus nr 011541431 märgitud kaupadega farmaatsiatooted ülemiste hingamisteede haiguste raviks, v.a farmaatsiatooted autoimmuunhaiguste raviks, kuna taotleja kaubad erinevad vaidlustaja kaupadest vaid vähesel, mitteolulisel määral. Kaubamärkide õiguskaitse ulatuse ja eristatavuse seisukohast ei ole suur erinevus, kui mõlema kaubad puudutavad sama toimetemehhansimiga (inhaleeritavat) ravimit, mis on mõeldud sama elundisüsteemi (hingamisteed) jaoks. See, et taotleja kaubad hõlmavad ka alumisi hingamisteid, ei ole õiguskaitse ulatuse seisukohast määrav. Kui ka peaks kaupu lugema mitteidentseiks, siis on nende sarnasus väga tugev. Taotleja kaubad meditsiinilised lahused ninakäikude puhastamiseks on identsed vaidlustaja kaupadega mereveepõhised lahused ninasõõrmete puhastamiseks (EÜ kaubamärk nr 011541431) ja meresoolavee lahused ninasõõrmete puhastamiseks (rahvusvahel. reg nr 0653111).

Põhjendamatud on taotleja väited, et vaidlustaja varasem kaubamärk HUMER ei oma suuremat eristusvõimet, vaid on koguni pigem väikese eristusvõimega tähis. Nagu eespool toodud, ei koge Eesti asjaomane üldsus kaubamärki HUMER prantsusekeelsena ning veelgi enam ei seosta Eesti tarbija kaubamärki HUMER selle sõna prantsusekeelse tähendusega, mis võiks viidata kaupade olemusele.

Kaubamärgiga HUMER tähistatud tooted on olnud Eesti turul enne taotleja kaubamärgi HUUMAAR taotluse esitamist järjepidevalt üle kümne aasta, juba 2001. aastast alates, s.o 14 aastat enne kaubamärgi HUUMAAR taotluse esitamist. Samuti nähtub tõenditest kaubamärgi HUMER järjepidev, ulatuslik ja intensiivne kasutamine kuni tänase päevani. HUMER toodetel on hea maine ning neid soovitatakse erialaspetsialistide poolt. Vaadeldes tõendusmaterjale, siis võib väita, et on väga tõenäoline, et see, kellel on nohu olnud, teab ka kaubamärki HUMER ja see tähendab päris suurt hulka inimesi, mille usutavuse jaoks pole ilmselt tõendeid vaja. Kaubamärk HUMER on Eestis hästi tuntud nii eriala professionaalide kui tarbijate seas. Seda tõendavad muu hulgas alljärgnevad materjalid, milles erialaspetsialistid soovitavad hingamisteede haiguste raviks ja ennetamiseks just HUMER tooteid: internetis avaldatud Eesti Ravimiameti ja Eesti perearstide soovitused gripi ja külmetushaiguste raviks; erinevates meediakanalites vahendatud arstide ja apteekrite soovitused külmetushaiguste ennetamiseks ja raviks (täiendavate seisukohtade lisa 2). Eesti kaks apteegiketti (Apotheka ja BENU) pakuvad vastsündinud laste peredele tasuta nõ beebipakki, mis sisaldavad erinevaid lapse hoolduseks ja ravimiseks vajalikke tooteid. Kaubamärgiga HUMER tähistatud toode (mereveelalus ninaõõnsuste puhastamiseks) on mõlema apteegiketi poolt pakutavas pakis – vt Apotheka tasuta beebipaki sisu kirjeldus (täiendavate seisukohtade lisa 3.1) ja BENU Apteegi tasuta beebipakk (täiendavate seisukohtade lisa 3.2). Need tasuta pakid on väga populaarsed ja nii on noored pered juba lapse sündides kursis HUMER kaubamärgi ja toodetega. Sellisel tasemel tundus ja hea maine ei teki toodete ja neid tähistavate kaubamärkide suhtes eriala professionaalide seas juhuslikult, vaid pikaajalise, intensiivse ja ulatusliku kasutamise käigus. Seega need tõendid näitavad, et kaubamärgil HUMER on hingamisteede haiguste ravimiseks ja ennetamiseks kasutatavate ravimite ja meditsiiniseadmete osas tavapärasest suurem eristusvõime tänu pikaajalise, intensiivse ja laialdase kasutamise tekkinud suurele tuntusele ja väga heale mainele nii eriala professionaalide kui tarbijate seas. Kaubamärk HUMER on tuntud valdavale osale Eesti tarbijaskonnast kui erialaspetsialistidest. Kaubamärgi HUMER ja sellega tähistatud toodete tuntust nii tarbijate kui professionaalide seas tõendavad ka lugematud kajastamised erinevates interneti portaalides, blogides, veebilehtedel, meediaväljaannetes. Kõikide kajastuste kohta tõendite esitamine poleks siinkohal mõistlik, sest materjali hulk on väga suur. Ainuüksi otsingufraasi „nohu Humer foorum“ kasutamine otsingumootoris Google annab 1440 eestikeelset vastet erinevatele interneti portaalide foorumite teemadele, kus küsitakse või soovitatakse HUMER tooteid.

Arvestades kaubamärgiga HUMER tähistatavate toodete kasutuseesmärki, siis on just lastega pered oluliseks sihtgrupiks, kuna lastel esineb külmetushaigusi, sh nohu, väga sageli. Lisaks eespool toodud materjalidele, on just lapsevanemate kõrge teadlikkus kaubamärgist HUMER ja sellega tähistatud toodetest tõendatud HUMER toodete pikaajalise süstemaatilise reklaamimisega Eesti ainsas pereajakirjas Pere ja Kodu ja selle eriväljaandes Beebi alates aastast 2002, s.o 13 aasta jooksul enne taotleja kaubamärgi HUUMAAR taotluse esitamist (lisa 4). Samuti on juba aastal 2002 ilmunud HUMER toodete reklaam ajakirja Pere ja Kodu poolt välja antud käsiraamatus Lapse tervise ABC (lisa 5). Iga Eestis elav pere saab lapseooteajal oma arstilt või ämmaemandalt tasuta nõuanderaamatu, mida antakse välja igal aastal. Lisaks paber kandjale on raamat ka internetis tasuta kättesaadav. 2013. aasta raamat ilmus seejuures nii eesti kui vene keeles. Kaubamärki HUMER kandvad tooted on ka nendes raamatutes reklaamitud. Eeltoodud tõendid ja argumendid kinnitavad, et vaidlustaja kaubamärk on hästi tuntud valdavale osale Eesti asjaomasest üldsusest, see omab head mainet ning on suurema eristusvõime ja õiguskaitse

ulatusega kui tavapärase kaubamärk. Varasema kaubamärgi tuntus ja mainekus muudavad tõenäolisemaks hilisema kaubamärgi äravahetamise, sh seostamise, varasema kaubamärgiga.

Asjaomase üldsuse tähelepanelikkuse aste. Taotleja on välja toodud argumendid asjaomase üldsuse suurema tähelepanelikkuse osas, kuna kõnealused kaubad puudutavad tervist ja ravimeid. Vaidlustaja soovib siiski täpsustada, et need kõnealused kaubad küll on osalt looduslikku päritolu ja seepärast pole tarbija ilmselt nii tähelepanelik kui nt sünteetiliste ravimite puhul isegi, kui need on käsimüügis. Väga oluline on siinkohal rõhutada ühelt poolt varasema kaubamärgi tuntust ja teisalt taotleja kaubamärgi taotluses toodud kaupade vähemalt väga suurt sarnasust kui mitte identsust, millest tulenevalt võib eeldada, et ka tavapärasest suurema tähelepanelikkuse juures on kaubamärkide assotsiatsioon väga tõenäoline.

Tõele ei vasta taotleja väited, et vaidlustaja ei ole registreerinud ega kasuta erinevaid variatsioone kaubamärgist HUMER (kasutusel pole kaubamärgiseeriad) ning seepärast ei arva tarbijad, et taotleja kaubamärk HUUMAAR võiks seostuda varasema tähisega HUMER. Kaubamärgiga HUMER tähistatakse praktikas erinevaid tooteid, st tooteseeriat (vt toodete info vaidlustusavalduse lisa 4):

a) HUMER 050 – hüpertoonilise lahuse kontsentratsiooniga merevesi, mis on mõeldud kasutamiseks ninakinnisuse korral;

b) HUMER soft pocket – isotooniline lahus, mis sisaldab toimeainena dekspantenooli. Aitab taastada, kaitsta ja niisutada kahjustunud limaskestast. Kasutatakse külmetushaiguste, allergilise nohu või nina limaskestast kuivuse korral;

c) HUMER 150 täiskasvanute – nina limaskestast niisutamiseks ja sekreedi vedeldamiseks, sobib ninaõõnsuste loputamiseks nohu korral ja kergendab väljanuuskamist;

d) HUMER 150 imikute/laste – nina limaskestast niisutamiseks ja sekreedi vedeldamiseks, sobib ninaõõnsuste loputamiseks nohu korral ja kergendab väljanuuskamist;

e) HUMER LAHUS 5ML N18 - isotooniline merevesi (0,9% NaCl), ampullides;

f) HUMER KÕRVASPREI 75ML - kõrvade hügieeniliseks ja õrnaks puhastamiseks (täiendavate seisukohtade lisa 7).

Vaidlustajale kuulub või on kuulunud kaubamärgiga HUMER sarnane kaubamärk HUMEX, mis on registreeritud Euroopa Ühenduse kaubamärgina ja rahvusvahelise registreeringu alusel Eestis erinevates variatsioonides kaubamärgi HUMER registreeringutes toodud kaupadega sarnastele kaupadele (täiendavate seisukohtade lisa 8):

EÜ kaubamärk HUMEX (reg nr 011629342, taotl. kuup. 21.02.2013, reg. kuup. 04.07.2013; EÜ kaubamärk HUMEX DUO (reg nr 003910585, taotl. kuup. 01.07.2004, reg. kuup. 01.06.2006; EÜ kaubamärk HUMEX PURIFY TECHNOLOGY (reg nr 010030385, taotl. kuup. 08.06.2011, reg. kuup. 09.11.2011; EÜ kaubamärk RHINHUMEX (nr 003930071, taotl. kuup. 13.07.2004, reg. kuup. 14/09/2005, aegumiskuup. 13.07.2014; HUMEX REFLEX, rahvusvaheline kaubamärgi registreering Eestis (reg nr 0947391, reg. kuup. 23.11.2007.

Vaidlustaja on kaubamärgi HUMEX all Eestis müünud kõrvaspreid (vt täiendavate seisukohtade lisa 9), mis on vaidlusaluste kaubamärkide kaupadega samaliigiline. Arvestades eeltoodud on tõenäoline, et identsete ja suure sarnasuse astmega kaupade tähistamisel kaubamärgiga HUUMAAR arvab asjaomane üldsus, et tegemist on vaidlustaja kui varasema laialdaselt tuntud kaubamärgi HUMER omaniku poolt pakutava tooteseeria kaupadega, st on suurem tõenäosus kaubamärkide HUMER ja HUUMAAR äravahetamiseks asjaomase üldsuse poolt.

Kaubamärkide äravahetamine. Taotleja kaubamärgi HUUMAAR äravahetamist varasema kaubamärgiga HUMER soodustavad lisaks tähiste suurele sarnasusele olulisel määral kaupade identsus ja suur sarnasus ning eelkõige varasema kaubamärgi HUMER laialdane tuntus ja hea maine Eestis kõnealuste kaupade pikaajalise, intensiivse ja ulatusliku kasutamise tulemusena. Taotleja kaubamärgi HUUMAAR registreerimine kõnealustele kaupadele klassis 5 rikuks kaubamärgi HUMER omaniku ainuõigust ning selle kaubamärgiga võib taotleja ebaausalt ära kasutada ja kahjustada ka varasema kaubamärgi HUMER mainet ning nõrgestada selle õiguskaitset.

V Vaidlustaja lõplikud seisukohad

Vaidlustaja teatas apellatsioonikomisjonile, et jääb kõigi oma seisukohtade juurde, mis on esitatud vaidlustusavalduses 02. oktoobril 2015 ning oma täiendavates seisukohtades 18. märtsil 2016. Vaidlustaja palub vaidlustusavalduse rahuldada.

VI Taotleja lõplikud seisukohad

Taotleja esitas lõplikud seisukohad 12.10.2016 jäädes kõigi varem esitatud seisukohtade ja vastuväidete juurde.

VII Apellatsioonikomisjoni seisukohad ja otsus

Apellatsioonikomisjon, analüüsinud menetlusosaliste seisukohti, hinnanud esitatud dokumentaalseid tõendeid kogumis ja vastastikusel seoses, märgib järgmist.

Vaidlustusavalduse kohaselt on kaubamärk HUUMAAR (taotluse nr M201500187) äravahetamiseni sarnane, sealhulgas assotsieeruv vaidlustaja kaubamärkidega HUMER (rahvusvahelise registreeringu nr 0653111) ja Euroopa Ühenduse kaubamärgiga (registreeringu nr 011541431), millest tulenevalt on tähise registreerimine klassis nr 5 nimetatud kaupade suhtes vastuolus KaMS § 10 lg 1 punktiga 2.

Pooled jagavad seisukohta, et vaidlustaja mõlemad kaubamärgid on taotleja tähise suhtes varasemad KaMS § 11 lg 1 kohaselt.

Vastavalt KaMS § 12 lg 1 punktile 2 on kaubamärgi õiguskaitse ulatuse aluseks registrisse või Büroo rahvusvahelisse registrisse kantud kaubamärgi reproduktsioon. Asjaomaste tähiste reproduktsioonid on järgmised:

Vaidlustaja kaubamärkide kujutised	Taotleja kaubamärgi kujutis

HUMER	HUUMAAR
-------	---------

Vaidlustusavalduse kohaselt on kaubamärkide kaitstavad kaubad identsed, taotleja hinnangul osaliselt identsed, osaliselt samaliigilised. Pooltel on erinevad seisukohad kaubamärkidega kaitstavate kaupade identsuse ja samaliigilisuse ulatuse küsimuses. Sellest tulenevalt hindab apellatsioonikomisjon ühtlasi kaupade sarnasuse aspekti.

Kaupade või teenuste vahelise sarnasuse hindamisel tuleb arvesse võtta kõiki nende kaupade või teenuste vahelist suhet iseloomustavaid asjaomaseid tegureid. Nende tegurite hulka kuuluvad kaupade ja teenuste olemus, otstarve, kasutusviis ning samuti nende üksteisega konkureeriv või üksteist täiendav iseloom.

Kaubamärgile HUUMAAR soovitakse õiguskaitset klassis nr 5 loetletud kaupadele inhaleeritavad farmaatsiapreparaadid hingamisteede haiguste ja häirete raviks ning meditsiinilistele lahustele ninakäikude puhastamiseks.

Rahvusvaheline kaubamärk HUMER hõlmab tooteid „meresoolavee lahused ninasõõrmete puhastamiseks.“ Euroopa Ühenduse kaubamärk HUMER on registreeritud klassis 5 märgitud kaupade suhtes järgmiselt: dermatoloogilised tooted nahapunetuste ennetamiseks ja hooldamiseks; mereveepõhised lahused ninasõõrmete puhastamiseks; merevee-põhised kehahügieenilahused kaelale, silmadele, kõrvadele; Mereveepõhised kehahügieenilahused haavadele; mereveepõhised aerosoolid kehahügieenilahused ninale; meditsiinilise- ja isikliku hügieeni tarbed; hügieenitarbed; farmaatsiatooted ülemiste hingamisteede haiguste raviks, v.a farmaatsiatooted autoimmuunhaiguste raviks; dermatoloogilised vahendid.

Meditsiinilised lahused ninakäikude puhastamiseks, meresoolaavee lahused ninasõõrmete puhastamiseks, mereveepõhised aerosoolid kehahügieenilahused ninale on kõik mõeldud ninakäikude hügieeniks ja ninakinnisuse leevendamiseks (nt rinofarüngiidi ehk nohu korral). Inhaleeritavad (ehk sissehingatavad) farmaatsiapreparaadid hingamisteede haiguste ja häirete raviks, meditsiinilise hügieeni tarbed, farmaatsiatooted ülemiste hingamisteede raviks ning dermatoloogilised tooted nahapunetuste ennetamiseks ja hooldamiseks on mõeldud hingamisteede meditsiiniliseks ravimiseks ja hügieeniks ning naha hooldamiseks. Kaupade loetelu võrdlusest nähtub, et olemuselt on eelnimetatud kaupadel sama eesmärk – mõeldud kasutamiseks hingamisteede vaeguste korral. Tooteid võib manustada sissehingamisel ja pihustamisel, seega on neil sarnane kasutusviis. Kaupadel on sarnane sihtgrupp meditsiinaldkonnas tegutsejad ja tarbijad, peaaesjalikult on tooted mõeldud kasutamiseks lõpptarbijale. Vastandatud kaubamärkidega tähistatavad tooted konkureerivad üksteisega. Sellest tulenevalt on nimetatud võrreldavad kaubad olemuselt identsed. Ülejäänud klassis 5 nimetatud tooted on vähemalt samaliigilised, kuna nende eesmärk, olemus ja sihgrupp on väga sarnased.

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

Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt asjaomaste tähiste visuaalse, kontseptuaalse ning foneetilise sarnasuse osas peab äravahetamise sarnasuse, sh assotsieerumise tõenäosuse igakülgne hindamine rajanema üldmuljele, võttes eelkõige arvesse kaubamärkide eristavaid ja domineerivaid elemente. Euroopa Kohtu praktika kohaselt segijamise tõenäosuse igakülgsel hindamisel on otsustav roll sellel, kuidas asjaomaste kaupade või teenuste keskmine tarbija kaubamärke tajub. Keskmine tarbija tajub kaubamärki tervikuna ega uuri selle eri detaile. Tarbijal üldjuhul puudub võimalus märke üheaegselt vaadelda ning nad peavad usaldama oma mällu sööbinud pilti varasemast märgist.

Hinnates taotleja kaubamärgi domineerivaid ja eristavaid elemente, tuleb arvesse võtta, et mõlemad kaubamärgid on sõnamärgid, mis koosnevad ühest sõnast. Kaubamärgisõna on mõlema tähise ainsaks domineerivaks elemendiks.

Visuaalsest küljest nähtub, et vaidlustaja kaubamärk (apellatsioonikomisjon hindab vaidlustaja kaubamärke koos) HUMER koosneb viiest ühekordsest trükitähest. Taotleja kaubamärgis HUUMAAR on seitse trükitähte. Muid elemente kaubamärkidel ei ole. Mõlema kaubamärgi kaks esimest tähte (HU) ja viimane täht (R) on identsed. Taotleja kaubamärk erineb vaidlustaja tähistest sõna algusosas paiknevate kahekordsete tähtede (UU) ja sõna lõppu jäävate tähtede (AA) poolest. Mõlemas kaubamärgis kasutatakse lisaks tähte „M“, aga kuna menetlusosaliste tähised on erineva pikkusega, siis ei saa väita, et täht asub kaubamärkides identsel kohtadel, nagu on leidnud vaidlustaja. Apellatsioonikomisjon leiab, et käesoleval juhul köidavad taotlejate suuremat tähelepanu sõnatähises mitmekordsed tähed (UU) ja (AA), sest tähed korduvad, asuvad üksteise kõrval ning neist esimesed kaks asuvad suhteliselt sõna alguses. Tähtede mitmekordsuse (korduvuse) tõttu tulevad need visuaalselt paremini esile ning tarbijatel on tähise elemente kergem märgata ja meelde jätta. Tarbijate tähelepanu soodustab asjaolu, et kaubamärgis puuduvad muud elemendid, mis kirjeldatud visuaalset mõju vähendaks. Taotleja kaubamärgis esinevad domineerivad elemendid vaidlustaja kaubamärgis puuduvad. Vaidlustaja viitab kaubamärkide sarnasuse hindamisel identsetele osadele kaubamärkide alguses (HU) ja lõpus (R). Tähiste algusosade sarnasused ei välista tingimata tähise ülejäänud osade tajumist asjaomase avalikkuse poolt, kui kaubamärgi erinevused on algusosadest selgemini äratuntavad. Taotleja kaubamärk koosneb seitsmest tähest, millest sõna alguses on vaidlustaja tähisega identsed vaid kaks algustähte. Arvestades, et kaubamärgid on erineva pikkusega, taotleja tähisel on mitmeid tarbijate poolt tajutavaid dominantseid erinevusi ja kaubamärkide algusosade sarnasused kaubamärkide tervikpildis ei ole väga arvestatavad, leiab appellatsioonikomisjon, et kaubamärkidel on visuaalselt rohkem erinevusi kui sarnasusi.

Kaubamärkide semantiline hinnang. Vaidlustaja leiab, et võrreldavatel tähistel puudub eestikeelne tähendus. Taotleja seevastu on seisukohal, et HUMER on prantsusekeelne sõna, mis omab eesti keeles kahte tähendust: 1) rüüpama; 2) sisse hingama. Taotleja sõnul omab ka HUUMAAR tähendust. Lõplikes seisukohtades selgitas taotleja, et kaubamärgi kujutluses seostub sõna „huumaar“ udulooris järvega, (jättes täpsustamata, kas ta peab silmas Maari-nimelist järve) ja sellest kujutluspildist saadud positiivse emotsiooniga, mis paneb sisse hingates hüütama „huu“ ja seejärel välja hingates tooma kuuldavale sõna „maar.“ Ühtlasi võivat sõna „huumaar“ käsitleda kas uue sõnana, slängina või murdesõnana.

Apellatsioonikomisjon nõustub vaidlustajaga, et Eesti asjaomase avalikkuse jaoks on mõlemad kaubamärgid tähenduseta sõnad, millede puhul taotleja kirjeldatud assotsiatsioonide tekkimine ei ole tõenäoline ega tõendatud. Eesti asjaomase avalikkuse prantsuse keele oskus ei ole sellisel tasemel, et

saaks eeldada igasuguste prantsuskeelsete sõnade tundmist. Isegi, kui teatud osa kaupade sihtgrupist (nt meditsiinivaldkonnas tegutsejad) võiks arvata, et sõna HUMER tuleneb prantsuse keelest, ei ole põhjendatud arvata, et nad saavad tingimata aru sõna HUMER tähendusest. Vastupidist ei ole taotleja tõendanud. Samuti ei pea apellatsioonikomisjon veenvaks taotleja käsitlust, et sõna HUUMAAR tähendab udulooris järve, kuna sellisel kujul liitsõna eesti keeles ei eksisteeri ega kasutata. Lähtudes eeltoodust puuduvad vastandatud kaubamärkidel kontseptuaalsed sarnasused või erinevused.

Kaubamärkide foneetiline võrdlus. Vaidlustaja kaubamärk HUMER koosneb kahest silbist [hu-mer]. Apellatsioonikomisjon tuvastas eelnevalt, et enamik nende kaubamärkide sihtgrupist Eestis ei pruugi olla teadlik, et sõna HUMER tuleneb prantsuse keelest. Isegi kui tarbija oletab, et sõna pärineb prantsuse keelest, ei ole alust arvata, et Eesti tarbijad oskavad hääldada sõnasid korrektses prantsuse keeles. Selleks puudub ka igasugune keeleruumist tingitud eluline vajadus, sest kui tarbija pöördub nt toote ostmiseks apteeki, ei ole tal kuigivõrd põhjust hakata eesti keelt valdava apteekriga suhtlema kasutades prantsuskeelset hääldust. Nii võiks praktikas toimida keelte puhul, mis on antud keeleruumis rohkem levinud (nt osundades vene- või ingliskeelsetele kaubamärkidele). Seetõttu leiab apellatsioonikomisjon, et kui päritolukeele hääldus ei ole tarbijale teada ega levinud ning ei sisalda ka eesti kirja- ja pildilist erinevaid võõrsõnale omaseid võõrsõnatähti või muid struktuurijooni, hääldab Eesti tarbija sõna(sid) eesti keele foneetika reeglite kohaselt või sellele sarnaselt. Eesti keeles hääldatakse vaidlustaja kaubamärgi kirja- ja pildilisel pearõhuga esisilbil [ˈhumer]. Eesti keele käsiraamatu kohaselt on „h“ kirjutamine sõna alguses traditsioonipärane, kuigi häälduses ei ole see nõutav (vt Eesti keele käsiraamat, kolmas täiendatud trükk, Eesti Keele Sihtasutus, Tallinn 2007, lk 76). Seega pole välistatud, et vaidlustaja kaubamärgi esimene täht on häälduspildis vähemdomineerival kohal või jäetakse hääldamata [ˈumer], näiteks nagu [hobune või obune].

Taotleja kaubamärk jaguneb kaheks silbiks [huu-maar]. „H“ tähe hääldusreeglid kehtivad sarnaselt vaidlustaja kaubamärgiga [huu:maar või uu:maar]. Samal ajal on sõna HUUMAAR eesti keeles ebatavaline, mis võib muuta tarbija sõna hääldamisel ettevaatlikuks ning panna teda püüdliselt hääldama kõiki sõnaelemente. Sellisel juhul tuleb täht h häälduspildis selgemalt esile. Sõna pikkus loob assotsiatsiooni, et tegemist on liitsõnaga. Mõlema silbi algused on rõhulised [ˈhuu-ˈmaar], sarnaselt sõnale [ˈtöö-ˈmäär]. Mõlemas silbis sisalduvad topeltvokaalid „aa“ ja „uu“ muudavad sõna häälduslikult pikaks, tuues vokaalid tajutavalt esile.

Sõnasid HUMER ja HUUMAAR käänatakse erinevalt: Humer : Humeri : Humerit (prantsuspäraselt, st kui r ei hääldu, Humer : Humer' : Humer'd) ja Huumaar : Huumaari : Huumaari.

Kaubamärkide foneetilisest võrdlusest järeldub, et sõna HUUMAAR sisaldab tähti, mida vaidlustaja kaubamärgis pole ning need on hääldamisel tajutavad. Vaidlustaja sõna on mõnevõrra lühem, taotleja kaubamärk on pikem, mõlema silbi rõhulised algused ja topeltvokaalid muudavad sõnad hääldusrütmilt ja kõlaliselt selgelt erinevateks. Sellest tulenevalt on sõnad HUMER ja HUUMAAR foneetiliselt erinevad.

Kaubamärkide äravahetamine tähendab tõenäosust, et tarbija võib uskuda, et vaadeldavad kaubad või teenused pärinevad samalt ettevõtjalt või vastavalt olukorrale, majanduslikult seotud samalt ettevõtjalt. Apellatsioonikomisjon tuvastas, et kaubamärkidega kaitstavad kaubad on osaliselt identsed ja osaliselt samaliigilised. Kaupade asjaomase avalikkuse moodustavad lõpptarbijad (nt patsiendid) ja meditsiinivaldkonnas tegutsejad (nt arstid ja apteekrid). Viimased seetõttu, et nimetatud toodete

kasutamist võivad soovitada arstid oma patsientidele ning tooteid võidakse müüa apteekides. Põhjendatud on taotleja seisukoht, et ravimite keskmine tarbija ning meditsiinivaldkonnas tegutsejad on hästi informeeritud ja eriti tähelepanelikud ning arukad, millest tulenevalt on asjaomase avalikkuse tähelepanuaste keskmisest kõrgem. Eelnevalt tuvastati, et kaubamärkide visuaalsed ja foneetilised erinevused on suuremad võrreldes tähiste väiksemate sarnasustega. Kontseptuaalsest aspektist tähistel tajutavad ühisjooned puuduvad. Kuna kaubamärkide erinevused on piisavalt selged ja asjaomase avalikkuse poolt tajutavad, siis neid ei neutraliseeri kaupade osaline identsus ja samaliigilisus. Kaubamärkide üldpildis on tähiste sarnasused tagasihoidlikumad võrreldes domineerivate erinevustega. Lähtudes eeltoodust ei ole käesolevas asjas esile toodud asjaolude põhjal alust järeldada, et avalikkus võib uskuda, et kaubamärkidega tähistatud kaubad või teenused pärinevad samast ettevõttest või majanduslikult seotud ettevõtete grupist. Kaubamärgid ei ole KaMS § 10 lg 1 p 2 kohaselt äravahetamiseni sarnased, sh assotsieeruvad.

Lähtudes eeltoodust ja juhindudes tööstusomandi õiguskorralduse aluste seaduse § 61 lg 1, KaMS § 10 lg 1 p 2, apellatsioonikomisjon

o t s u s t a s:

1. Jätta vaidlustusavaldus rahuldamata.

Vaidlustusavalduse menetlusosaline, keda ei rahulda komisjoni otsus ja kes soovib jätkata vaidlust menetlusosaliste vahel hagimenetluse korras, võib esitada hagi teise menetlusosalise vastu kaubamärgi õiguskaitset välistava asjaolu või selle puudumise kindlakstegemiseks kolme kuu jooksul komisjoni otsuse avaldamisest arvates. Hageja teavitab viivitamata komisjoni hagi esitamisest.

Kui hagi ei ole esitatud, jõustub komisjoni otsus kolme 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.

Allkirjad:

P. Lello

M. Tähepõld

R. Laaneots

JUSTIITSMINISTEERIUM
TÖÖSTUSOMANDI
APELLATSIOONIKOMISJON

OTSUS nr 1627-o

Tallinnas 27. aprill 2017.a.

Tööstusomandi apellatsioonikomisjon, koosseisus Priit Lello (eesistuja), Rein Laaneots ja Margus Tähepõld vaatas kirjalikus menetluses läbi URGO RECHERCHE INNOVATION ET DEVELOPPEMENT (42 Rue de Longvic, F-21300 Chenove, FR) vaidlustusavalduse kaubamärgi HUUMAAR (taotluse nr M201500187) registreerimise otsuse tühistamiseks.

Vaidlustusavaldus on võetud tööstusomandi apellatsioonikomisjoni (edaspidi apellatsioonikomisjon) menetluse nr 1627 all.

Vaidlustusavalduse esitajat esindab patendivolnik Sirje Kahu. Taotlejat esindab patendivolnik Arvi Uukivi.

I Asjaolud ja menetluse käik

Eesti Kaubamärgi lehes nr 8/2015 avaldatud teate kohaselt on Patendiamet võtnud vastu otsuse registreerida kaubamärk HUUMAAR (taotluse nr M201500187) Baltas Pharma OÜ nimele. Kaubamärk on sõnaline tähis HUUMAAR.

Patendiameti otsuse kohaselt on kaubamärk registreeritud Patendiameti kaubamärgiregistris Nizza klassifikatsiooni klassides järgmiste kaupade ning teenuste suhtes:

Klass 5: Inhaleeritavad farmaatsiapreparaadid hingamisteede haiguste ja häirete raviks; meditsiinilised lahused ninakäikude puhastamiseks;

Klass 35: Reklaam, sh veebireklaam; reklaami- ja müügikampaaniad teenusena; näidiste (proovide) levitamine reklaami eesmärgil; turundusteenused; kaubandusvahendusteenused; allhanketeenused (ärialane abi); impordi- ja eksporditeenused; jae- ja hulgimüügiteenused (kolmandatele isikutele);

Klass 39: Kaupade pakkimine; kaupade pakendamine; kaupade ladustamine; kaupade edasitoimetamine; kaupade kättetoimetamine; kaupade transpordi korraldamine; kaupade transport.

16.10.2015 võttis apellatsioonikomisjon menetluse VIVATECH vaidlustusavalduse kaubamärgi registreerimise otsuse tühistamiseks. 18. märtsil 2016 teavitas vaidlustaja täiendavates seisukohtades apellatsioonikomisjoni, et vaidlustaja kontsernis on toimunud omandimuutused, mistõttu kaubamärk HUMER on läinud üle algselt omanikult VIVATECH ühingule LABORATOIRES URGO ning seejärel ühingule URGO RECHERCHE INNOVATION ET DEVELOPPEMENT. Euroopa Ühenduse kaubamärkide registris on vastav muudatus praeguseks registreeritud, rahvusvaheliste kaubamärkide registris on muudatuse registreerimine veel menetlemisel. Uus volikiri on lisatud. Kaubamärgi omandiõiguse muudatused on Patendiametis registreeritud. Sellest tulenevalt käsitleb apellatsioonikomisjon vaidlustajana kaubamärkide õigusjärglasena uut omanikku, so URGO RECHERCHE INNOVATION ET DEVELOPPEMENT .

Adress:
Tõnismägi 5a
15191 Tallinn

Telefonid:
6208201, 6208276
e-mail: toak@just.ee

Faks:
6208109
<http://toak.just.ee/>

II Vaidlustaja põhiseisukohad

Vaidlustusavalduse esitajale kuulub Euroopa Ühenduse registreeritud kaubamärk HUMER (sõna) klassi 5 farmaatsiatoodete, dermatoloogiliste toodete jt kaupade tähistamiseks (reg nr 011541431, esitatud 22.01.2013, registreeritud 08.02.2014, vaidlustusavalduse lisa 2), millel on rahvusvahelise registreeringu nr 0653111 alusel omandatud vanemus Eesti Vabariigis alates 08.03.2011 klassi 5 kaupade „meresoolavee lahused ninasõõrmete puhastamiseks“ suhtes (vaidlustusavalduse lisad 3 ja 4).

Kaubamärgiseaduse (edaspidi KaMS) § 11 lg 1 p 4 ja p 6 kohaselt on kaubamärk varasem, kui rahvusvahelise registreerimise kuupäev või prioriteedikuupäev on varasem, ja kui Ühenduse kaubamärgi määruse alusel registreeritud Ühenduse kaubamärgi taotluse esitamise kuupäev, prioriteedikuupäev või Eesti registreeringu alusel omandatud vanemuskupäev on varasem. Seega on vaidlustaja kaubamärk HUMER varasem taotleja tähisest HUUMAAR. Vaidlustusavalduse esitaja ei ole andnud taotlejale kirjalikku nõusolekut kaubamärgi HUUMAAR registreerimiseks Eestis ning seetõttu ei saa kohaldu KaMS § 10 lg 2, mis eemaldaks KaMS § 10 lg 1 p 2 ette nähtud õiguskaitsset välistava asjaolu.

Vaidlustusavalduse esitaja on seisukohal, et Patendiameti otsus ei ole õiguspärane ning rikub vaidlustusavalduse esitaja kui varasema kaubamärgi omaniku ainuõigust.

Nii vaidlustaja varasem kaubamärk HUMER kui taotleja kaubamärk HUUMAAR on sõnamärgid. Mõlemad tähised koosnevad ühest sõnast. Varasemas märgis on 5 tähte, vaidlustatud märgis 7 tähte. Neist 4 tähte on identsed ja paiknevad sõnas ka identsetel kohtadel – alguses (HU-), keskosas (-M-) ja lõpus (-R). Ainult 1 täht on lõpuosas erinev, vastavalt E tähises HUMER ning A tähises HUUMAAR.

Selliste tähiste eksikombel äravahetamine tarbija poolt võib olla tõenäoline, sest kaubamärkide sarnasuse hindamisel on olulisemad nende tähiste ühised elemendid. Erinevused, mida keskmine tarbija ei märka või ei mäleta, peaksid jääma tagaplaanile. Tähtis on ka tähiste struktuur – algusosad on olulisemad kui lõpuosas. Kui kahe tähise algusosad on väga sarnased või identsed, siis aetakse neid tähiseid suurema tõenäosusega segi, kui juhul, mil sarnasus on sõna lõpus. Käesoleval juhul on identsus nii tähiste algus-, kesk- ja lõpuosas. Vaidlustatud tähise visuaalset eristusvõimet ei suurenda vokaalide U ja A kahekordistamine. Tarbijal võib tõenäoliselt selline tähtede kordus märkamata jääda või mitte meelde jääda, see ei mõju erineva ega eristava elemendina. Arvestades eeltoodut on tähised visuaalselt väga sarnased.

Mõlemad võrreldavad kaubamärgid koosnevad 2 silbist, vastavalt „huu-maar“ ja „hu-mer“. Kuna varasem kaubamärk HUMER on veidi võõrapärane kõlaga, siis võib eesti tarbija selle esimest silpi hääldada mitte ainult lühikesena „humer“, vaid ka pikana „huumer“. Kõrvutades vaidlustatud kaubamärgi ja varasema kaubamärgi häälduse „huumaar“ ja „huumer“ on vaidlustatud kaubamärgi „huumaar“ foneetiline sarnasus veelgi ilmsem. Varasema kaubamärgi hääldus „humer“ või „huumer“ sisaldub peaaegu täielikuna hilisema märgi häälduses „huumaar“. Ka kuulmise järgi haarab tarbija tähelepanu vaidlustatud kaubamärgis selle esimene pool „huum“, hoolimata järgnevast 1 erinevast vokaalist. Veelgi enam – identne on ka sõna viimane häälik „r“. Tulenevalt eeltoodust on vaidlustusavalduse esitaja seisukohal, et tähis HUUMAAR on foneetiliselt niivõrd sarnane varasema kaubamärgiga HUMER, et on tõenäoline nende äravahetamine tarbija poolt.

Semantiline ja kontseptsiooniline võrdlus. Võrreldavatel tähistel puudub eestikeelne tähendus.

Vaidlustaja on seisukohal, et võrreldavad tähised on KaMS § 10 lg 1 p 2 tähenduses niivõrd sarnased, et on tõenäoline nende äravahetamine tarbija poolt, sealhulgas vaidlustatud tähise HUUMAAR assotsieerumine varasema kaubamärgiga HUMER. Äravahetamiseni sarnasuse hindamisel saab piisavaks lugeda juba tõenäosust, et tarbijad võivad antud kaubamärgid ära vahetada, sh neis tekitada assotsiatsioone. Euroopa Kohtu lahendite kohaselt tähendab tõenäoline kaubamärkide äravahetamine tõenäosust, et tarbija võib uskuda, et vaadeldavad kaubad pärinevad samalt ettevõtjalt.

Kaubamärkide äravahetamiseni sarnasuse hindamisel tuleb lähtuda üldisest hinnangust märkide visuaalsele, foneetilisele ja semantilisele sarnasusele ja hinnata neid kogumis. Aluseks tuleb võtta märkide üldmulje, arvestades seejuures eriti võrreldavate märkide eristusvõimelisi ja domineerivaid tunnusjooni. Keskmine tarbija tajub tavaliselt märki üldisena ning ei asu põhjalikult uurima selle üksikuid elemente (Euroopa Kohtu otsus asjas nr C-251/95, SABEL versus Puma, p 23).

Kaubamärkide sarnasuse võrdlemisel tuleb arvesse võtta ka seda, et keskmisel tarbijal on harva võimalik võrrelda märke kõrvuti ja seetõttu peab ta usaldama oma ebatäiuslikku mälupilti nendest märkidest (Euroopa Kohtu otsus kohtuasjas nr C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer versus Klijsen Handel, p 26).

Eeltoodule tuginedes on Euroopa Kohus samas kohtuotsuses asunud seisukohale, et ka märkide sarnasus vaid ühest tajumisapektist, võib olla juba piisav käsitlemaks märke „äravahetamiseni sarnastena” (vt viidatud kohtuotsus Lloyd, p 28). Kuivõrd keskmine tarbija ei ole reeglina teostanud märkide otsest võrdlust (st võrrelnud reproduktsioone) ning ei ole uurinud, analüüsinud ega jätnud meelde üksikute märkide üksikuid koostiselemente, tuleb hindamisel lähtuda eelkõige tarbijale mällu „sööbivatest” märgi peamistest domineerivatest eristusjoontest.

Tulenevalt eeltoodust, hinnates võrreldavaid tähiseid nii visuaalsest kui foneetilisest aspektist, ja lähtudes seejuures tähiste üldmuljest, leiab vaidlustaja, et vaidlustatav tähis HUUMAAR on niivõrd sarnane varasema kaubamärgiga HUMER, et on väga tõenäoline nende äravahetamine tarbija poolt.

Mida sarnasemad on kaubamärgid, seda suurem peab olema erinevus kaupade/teenuste vahel ning vastupidi. Kuna võrreldavad tähised on niivõrd sarnased, siis peaksid nendega tähistatavad kaubad olema niivõrd erinevad, et ei toimuks tõenäolist kaubamärkide äravahetamist tarbijate poolt, sh nende assotsieerumist. Vaidlustatud kaubamärgiga soovitakse saada õiguskaitset identsete/samaliigiliste kaupade osas.

Arvestades võrreldavate kaubamärkide ilmset visuaalset ja foneetilist sarnasust, on suur tõenäosus, et üldsus peab vaidlustatud kaubamärki HUUMAAR varasema kaubamärgiga HUMER sarnaseks ja vaidlustatud kaubamärk meenutab tarbijale varasemat kaubamärki isegi kui neid segamini ei aeta (tõenäoline assotsieerumine). Kaubamärgiseaduse § 10 lg 1 p 2 mõttes on tõenäoline kaubamärkide äravahetamine tarbija poolt, sealhulgas kaubamärgi assotsieerumine varasema kaubamärgiga. Kaubamärgi HUUMAAR registreeringut taotletakse (lisaks teenustele muudes klassides) identsetele ja samaliigilistele kaupadele klassis 5, milleks on inhaleeritavad farmaatsiapreparaadid hingamisteede haiguste ja häirete raviks ning meditsiinilised lahused ninakäikude puhastamiseks.

Võrreldavate kaubamärkidega tähistatavatel kaupadel on sama olemus ja eesmärk (puhastada hingamisteid või ravida hingamisteede haigusi) ning sellest tulenevalt ka sama sihtgrupp (kõik inimesed) ning samad potentsiaalsed turustamiskanalid (apteegid, poed), reklaamikanalid. Arvestades võrreldavate kaubamärkide kaupade identsust ja samaliigilisust, suureneb kaubamärkide äravahetamise ja assotsieerumise tõenäosus veelgi. Hilisema kaubamärgi HUUMAAR seostamise tõenäosust varasema kaubamärgiga HUMER suurendab olulisel määral varasema kaubamärgi HUMER tuntus Eesti turul. Kaubamärgiga HUMER tähistatud tooted (peamiselt meresoolaveega ninaspreid) on olnud Eesti turul palju aastaid ning seda kaubamärki on aktiivselt reklaamitud erinevate kanalite kaudu. Kaubamärgiga HUMER tähistatud ninaspreid on üheks populaarseimaks tooteks külmetushaiguste ennetamisel ja ravis. Näiteks annab otsing sõnaga „Humer“ Eesti Ravimiinfo elektroonilises andmebaasis 1342 vastet ja tõenäoliselt on selle kaubamärgiga tähistatud tooted olemas igas Eesti apteegis, kindlasti aga on HUMER tooted esindatud igas apteegiketis (vt vaidlustusavalduse lisa 5). Eesti tarbijaskonnale suunatud HUMER tooteid ja nende omadusi tutvustav ja reklaamiv veebileht on kättesaadav aadressil www.humer.ee (vaidlustusavalduse lisa 6).

Kokkuvõtvalt on tõenäoline, et tarbijad, nähes või kuuldes identsete ja samaliigiliste kaupade pakkumisel varasema kaubamärgiga sarnast tähist, usuvad ekslikult, et ka viimatinimetatud tähise all turustatavaid kaupu pakub ning nende kvaliteedi eest vastutab vaidlustaja või temaga majanduslikult seotud ettevõtte. Taotletav kaubamärk rikub vaidlustaja varasemaid kaubamärgiõigusi. Kuna vaidlustaja ei ole andnud taotlejale nõusolekut äravahetamiseni sarnase, assotsieeruva tähise kaubamärgina registreerimiseks, esinevad vaidlustatud tähise osas KaMS § 10 lg 1 p 2 sätestatud õiguskaitse andmist välistavad asjaolud ning Patendiameti otsus nimetatud kaubamärgile õiguskaitse andmise kohta klassi 5 kaupade tähistamiseks on seetõttu ebaõige.

III Taotleja seisukohad

Taotleja vaidleb vaidlustusavaldusele vastu. Taotleja ei nõustu vaidlusavalduses esitatud seisukohtadega ja märgib järgmist. Vaidlusavalduse rahuldamiseks, mis tugineb KaMS § 10 lg 1 p 2, peavad olema täidetud samaaegselt järgmised eeldused:

- 1) vaidlustaja kaubamärk peab olema varasem taotleja kaubamärgist;
- 2) võrreldavad kaubamärgid peavad olema identsed või sarnased visuaalsest, foneetilisest ja kontseptuaalsest seisukohast lähtudes;
- 3) võrreldavate kaubamärkide tähistatavad kaubad või teenused peavad olema identsed või samaliigilised;
- 4) peab esinema tõenäosus võrreldavate kaubamärkide äravahetamiseks tarbija poolt.

Vaidlustaja kaubamärk HUMER on KaMS § 11 lg 1 p 4 ja p 6 kohaselt varasem kaubamärk. Vaidlustaja kaubamärgi varasemus ei oma tähtsust, kui ei ole täidetud muud tingimused KaMS §10 lg 1 p 2 rakendamiseks. Kaubamärgid ei ole visuaalselt äravahetamiseni sarnased. Vaidlustaja on kaubamärkide visuaalsel võrdlemisel lähtunud põhimõtteliselt väärast seisukohast. Vaidlustaja on hinnanud ravimite kaubamärke nagu laiatarbekaupade kaubamärke. Laiatarbekaupade kaubamärkide äravahetamiseni sarnasuse tõenäosuse igakülgse hindamise raames eeldatakse, et asjaomaste kaupade keskmine tarbija on piisavalt informeeritud, keskmiselt tähelepanelik ja arukas.

Ravimid ei ole laiatarbekaup, millele puhul on tarbija keskmiselt tähelepanelik. Ravimite keskmine tarbija on hästi informeeritud ja eriti tähelepanelik ja arukas (taotleja seisukoha Lisa 1 - Euroopa Üldkohtu otsus T-256/04, 13.02.2007 RESPICORT vs RESPICUR, p 46-47). Ravimite puhul loetakse väljakujunenud kohtupraktika kohaselt keskmise tarbija hulka nii patsiendid kui ka meditsiiniprofessionaalid (arstid ja apteekrid). Kusjuures meditsiiniprofessionaalile on omane eriti kõrge tähelepanelikkus ravimite väljakirjutamisel, pole vahet kas on tegu retseptiravimite või käsimüügiravimitega. Mis puutub mitteprofessionaalidesse, siis ka nemad näitavad üles ravimite suhtes kõrgendatud tähelepanelikkust, hästi informeeritust ja arukust, sest ravimid mõjutavad nende või nende lähedaste tervist ja isegi elu. Pole vahet kas tegu on retseptiravimi või käsimüügiravimiga. Senises vaidluspraktikas on seisukoht, et ravimi tarbija tähelepanu on keskmisest kõrgem ka siis, kui tegu on käsimüügiravimitega (taotleja seisukoha Lisa 2- R581/2104-2 18.02.2015, FOLAVIT vs FOLASSIST , p 22-23; taotleja seisukoha Lisa 3- T-331/09, 15.12.2010, TONOPAN vs TOLPOSAN, p. 26).

Ravimite keskmine tarbija on harjunud olukorraga, et ravimitel on sageli üsna sarnased nimetused. Senine vaidluspraktika tõendab, et ravimi nimetuste erinevus võib näiteks seisneda üksnes paaris tähes nimetuse keskel, kusjuures muud tähed, sealhulgas ravimite nimetuste esimene ja viimane täht, võivad olla identsed. Arvestades asjaolu, et ravimite keskmine tarbija on hästi informeeritud ja eriti tähelepanelik ja arukas, siis kaubamärkide äravahetamist ja sealhulgas assotsiseerumist ei loeta isegi mõnede elementide identsuse puhul tõenäoliseks (taotleja seisukoha Lisa 4, T-1385 9.10.2008, SENSIVA vs SENSEA p 26-27; TOAK-i otsus nr 1351-o, 26.08.2013, PANTOPAC vs PANTOSEC; TOAK-i otsus nr 1303-o, 20.12.2013, FORMI vs FORTI).

Vastandatud kaubamärkides HUMER ja HUUMAAR on ühiseid tähti. Ka mõlema kaubamärgi algustäht ja lõputäht on identsed, kuid see ei anna alust teha järeldust, et ravimite keskmise tarbija jaoks Eestis on kaubamärgid äravahetamiseni sarnased, sealhulgas assotsiseeruvad. Vaidlustaja ei ole pööranud tähelepanu sellele, et taotleja kaubamärk on keskmise pikkusega sõna (7 tähte), kuid vaidlustaja kaubamärk oluliselt lühem (5 tähte). Mõlemad kaubamärgid on lühikesed kahesilbilised sõnad, kuid nende pikkuse ja üldmulje erinevus on selgelt tajutav, täpsemalt, silmatorkav.

Vastandatud sõnamärkide lühidus muudab nende täpse eristamise ja meeldejätmise lihtsaks. Tuleb arvestada sellega, et väikesed erinevused lühikestes sõnades viivad sageli erineva üldmuljeni, sest mida lühem on sõna, seda hõlpsam on tajuda iga üksikut tähte. Vaidlustaja ei ole võrrelnud kaubamärke tervikuna, ei ole arvestanud nende pikkuse erinevust, ei ole võtnud arvesse dominante UU ja AA taotleja kaubamärgis ning asjaolu, et taotleja kaubamärgis puudub üldse täht E. Lisaks kaubamärkide kui tervikute pikkuse erinevusele, on oluline, et vaidlustaja kaubamärgi esimeses silbis HU- on üks U, kuid taotleja kaubamärgi, kui liitsõnalise kaubamärgi esimeses ühesilbilises lihtsõnas, sõnas HUU, on topeltvokaal UU. Lisaks sellele vaidlustaja kaubamärgi teises ja ühtlasi viimases silbis -MER on täht E, kuid vaidlustaja kaubamärgis on teises ühesilbilises lihtsõnas MAAR topeltvokaal AA, mille tõttu taotleja kaubamärk ja vaidlustaja kaubamärk on asjaomase tarbija jaoks tervikuna visuaalselt ja foneetiliselt selgelt eritatavad. Topeltvokaalid ravimite nimetustes on harukordsed. Keskmisest kõrgema tähelepanelikkusega, hästi informeeritud ja arukas eesti keelt valdav ning Euroopas ja Eestis enamlevinud võõrkeeltega kokkupuutunud tarbija käsitleb tõenäoliselt taotleja kaubamärki HUUMAAR kui uudset lihtsõna, mis koosneb hüüdsõnast HUU ja nimisõnast MAAR.

Seejuures vaidlustaja kaubamärgi HUMER visuaalne pilt osutab võõrkeelsele sõnale, täpsemalt prantsusekeelsele sõnale. Vaidlustaja ravimi pakendil olev info (vt. vaidlustusavalduse lisa 5) annab teada, et tegu on Prantsusmaalt pärit kaubaga. Sellest infost saab kinnitust tõdemus, et kaubamärki HUMER peaks käsitlema prantsusekeelse sõnana. Vaidlustaja järelendus on ekslik, et vastandatud kaubamärgid on visuaalselt väga sarnased. Ravimite nimetuste seas esineb küllaltki palju sarnaseid nimetusi. Kuid arvestades asjaomast tarbijaskonda on taotleja hinnangul vastandatud kaubamärkide visuaalse eristatavuse tase normaalne.

Taotleja on seisukohal, et vastandatud kaubamärkide visuaalsed sarnasused on väiksemad võrreldes tähiste erinevustega. On vähetõenäoline, et ravimite keskmise tarbija mälu pildis võiks vastandatud kaubamärkide juures jäädvustuda vaid kaubamärkide algusosa HU, viimane täht R ja kesksosas paiknev täht M, mille tõttu oleks tõenäoline kaubamärkide äravahetamine. Isegi kui tarbija tajuks teatud sarnasuse olemasolu kaubamärkide vahel, ei tähenda see kaubamärkide äravahetamist. Hästi informeeritud ja keskmisest tähelepanelikum ravimite keskmine tarbija tähtsustab ravimi nimetust kui tervikut ega lase ennast ravimite nimetuste ühistest elementidest end eksitada ega hakka tõenäoliselt üksikute sarnaste elementide baasil looma meelevaldseid seoseid ravimite vahel.

Kuna ravimite nimetused sisaldavad väga tihti ühiseid elemente, sealhulgas identseid algusosi ja lõputähti, siis asjaomane tarbija teab, et ravimi nimetuste täpne kasutamine on enesestmõistetav. Mõne tähe erinevus on täiesti piisav asjaomasele tarbijale ravimi nimetuste visuaalseks ja foneetiliseks eristamiseks.

Kaubamärgid ei ole foneetiliselt äravahetamiseni sarnased. Vaidlustaja kaubamärgi HUMER visuaalne pilt osutab võõrkeelsele sõnale, täpsemalt prantsusekeelsele sõnale. Sellele viitas ka vaidlustaja oma vaidlusavalduses. Vaidlustaja ravimi pakendil olev informatsioon (vt. vaidlustusavalduse lisa 5) annab kinnitust, et tõdemus, et HUMER on prantsusekeelne sõna, on õige.

Kuigi prantsuse keele oskus ei ole ravimi keskmine tarbijate hulgas Eestis nii laialdane kui näiteks inglise keele oskus, siiski teatakse üsna hästi prantsuse keele häälduse üldisi põhimõtteid, mille hulka kuulub see, et rõhk langeb sõna lõpuosale ja kaashäälikuid sõna lõpus üldiselt ei hääldata, kuid kaashäälikud võivad muuta neile eelneva täishääliku hääldust. Teatakse, et täht r sõna lõpul ja tähte h sõna algul ei hääldu, kui just eelneval täishäälikul ei ole aktsendimärki. Isegi kui ravimi keskmine tarbija Eestis ei tea prantsusekeelsete sõnade häälduse kõiki nüansse, siis tõenäoliselt ta ikkagi teab, kuidas hääldatakse prantsuse kirjanike Alexandre Dumas ja Viktor Hugo nimesid ja oskab seda teadmist analoogia põhjal rakendada teistele prantsusekeelsetele sõnadele, sealhulgas sõna HUMER hääldusele. Tuleb arvestada seda, et kuigi suur osa asjaomasest tarbijaskonnast ei pruugi prantsuse keelt osata, on tegu tarbijaskonnaga, kes on keskmisest kõrgema tähelepanelikkusega, hästi informeeritud ja arukas, kes on kokku puutunud prantsuse keelega kui mitte koolis, siis meedia vahendusel, reisil või tööl. Tõenäoliselt ravimi keskmine tarbija Eestis ei hääldaks vaidlustaja kaubamärki HUMER eesti keele hääldusreeglite vaid prantsuse keelele omaselt *ū mé*, kusjuures täht h sõna algul ja täht r sõna lõpul ei hääldu, rõhk langeb sõna lõpuosale, antud juhtumil sõna teisele silbile, täht m hääldub helisevalt ning sellele järgnev täht e hääldub kinniselt.

Taotleja kaubamärgi HUUMAAR häälduspilt on aga järgmine: *uú maar*. Kuna tegu on liitsõnaga, siis rõhk on mõlema liitsõna algul. Mõlemad liitsõnad tuleb rõhuliselt välja hääldada. Sõna huu algul olev täht h ei hääldu. Rõhk on sõna huu algul. Täht u hääldatakse pikalt kuna kirjepildis on tegu topeltvokaaliga uu.

Seejärel tuuakse kuuldavale sõna maar, kusjuures rõhk on sõna maar algul. Kõik tähed sõnas maar hääldatakse välja, kusjuures täht a hääldatakse pikalt kuna kirjapildis on tegu topeltvokaaliga aa ja sellele järgnev täht r hääldatakse heliliselt.

Seega, vaidlustaja kaubamärk HUMER hääldatuna prantsuse keele hääldusele omaselt [ümé] on foneetiliselt täielikult erinev taotleja kaubamärgist HUUMAAR [uú maar].

Isegi, kui ravimi keskmine tarbija Eestis hääldaks vaidlustaja kaubamärki millegipärast eesti keele häälduse kohasel (mida taotleja peab vähe tõenäoliseks), ei kõlaks vokaal u selles mitte pikalt nagu vaidlustaja on ekslikult märkinud. Eesti keelele ja prantsuse keelele on ühine see, et täht h sõna algul ei hääldu, kuid erinevus selles, et eesti keeles hääldusreeglite kohaselt tulevad kõik ülejäänud tähed, sealhulgas täht r, sõna lõpul selgelt välja hääldada. Seega eesti keele hääldusreeglite kohaselt hääldatuna on vaidlustaja kaubamärk umer. Rõhk on tingimata sõna alguses ja kõik häälikud lühikesed. Vaidlustaja kaubamärk HUMER hääldatuna eesti keele hääldusele omaselt [umer] on foneetiliselt täielikult erinev taotleja kaubamärgist HUUMAAR [uú maar].

Taotleja kaubamärgi HUUMAAR kirjapildist tulenevalt järeldub, et tegu on eesti keelele omase liitsõnaga, mis koosneb sõnast "huu" ja „maar.“ Ühesilbilistest sõnadest koosneva liitsõna korrektseks suuliseks esitamiseks on vaja tavalisest suuremat foneetilist pingutust, sest rõhk on mõlema sõna algul. Topeltvokaalid uu ja aa tuleb tingimata pikalt hääldada, kusjuures r sõna „maar“ lõpul tuleb samuti selgelt välja hääldada. Foneetiline pingutuse efekt seisneb selles, et sissehingamisel tuuakse esile pikk „uu“ ja väljahingamisel „ maar.“

Taotleja on seisukohal, et vastandatud kaubamärkidel puudub foneetiline sarnasus täielikult. Vastandatud kaubamärgid on foneetiliselt selgesti eristuvad. Pole tõenäoline, et ravimite keskmine tarbija Eestis vastandatud kaubamärgid foneetilisest kõlast lähtudes äravahetaks.

Kaubamärkide semantiline erinevus. Prantsusekeelne sõna `humer` omab K.Kann Prantsuse-eesti sõnaraamatu (taotleja seisukoha Lisa 8) järgi eesti keeles kahte tähendust: 1) rüüpama; 2) sisse hingama. Huu on hüüdsõna, hüüatus. Näiteks : Huu, kui külm! (taotleja seisukoha Lisa 9 - Eesti õigekeelsussõnaraamat. ÕS 2006, lk 213). Sõna maar tähistab eesti keeles vulkaanilist lehtrit (taotleja seisukoha Lisa 9 - Eesti Õigekeelsussõnaraamat ÕS 2006, Tln., 2006.lk.510). Otepääl asub eriti puhkajate ja kalastajate seas tuntud Maari järv. Kuid sõna maar on tuntud ka kui ving. (taotleja seisukoha Lisa 10- Väike murdesõnastik 2. Tln, Valgus, 1982. lk. 7). Maar on ving ehk halb lehk. Eesti Isikuloole Indeksi järgi on Maar tuntud Eestis perekonnanimena (73 erinevat kirjet). Kaubamärk HUUMAAR on liitsõna, mis on moodustatud sõnadest huu ja maar. Sõna huumaar näib kandvat kontseptsiooni Huu, milline maar! ehk Huu, milline ving! Ving on halb lehk. Kuid sõna maar teist tähendust arvestades Huu, milline vulkaaniline lehter! Taotleja kaubamärgi kontseptsiooniks näib olevat suunata patsienti tegema vokaalseid hingamisharjutusi tuues sissehingamisel pikalt esile huu ja väljahingamisel maar. Vaidlustaja kaubamärgil HUMER semantiline tähendus on 1) rüüppamine; 2) sisse hingamine. Nii nagu mõisted ving ja rüüppamine või ving ja sisse hingamine, või siis jälle vulkaaniline lehter ja rüüppamine; vulkaaniline lehter ja sisse hingamine kannavad erinevat tähendust, nii kannavad ka kaubamärgid HUMER ja HUUMAAR erinevat tähendust ega ole omavahel tähenduslikult kattuvad või segiaetavad. Taotleja on seisukohal, et vastandatud kaubamärgid HUMER ja HUUMAAR nii semantiliselt erinevad kui ka kontseptsiooniliselt erinevad.

Vaidlustaja väide, et võrreldavatel kaubamärkidel puudub keskmise tarbija jaoks Eestis tähenduslik külg, mille tõttu ei saa neid semantilisest aspektist lähtudes võrrelda, on väär. Isegi, kui asjaomane tarbija ei tea, milline on sõna HUU, MAAR, HUUMAAR või HUMER semantiline tähendus, siis ei tähenda, see seda, et ta eitaks nende sõnade semantilist tähendust üldse, või et ta peaks sõnu HUUMAAR ja HUMER semantiliselt sarnasteks.

Isegi kui tarbija ei tea kummagi kaubamärgi ehk kummagi sõna tähendust (mida taotleja ei pea tõenäoliseks), siis ometigi on väheusustav, et ta peaks vastandatud kaubamärke semantiliselt identseteks või sarnasteks.

Vaidlustaja on seisukohal, et hilisema kaubamärgi HUUMAAR äravahetamise tõenäosust varasema kaubamärgiga HUMER suurendab olulisel määral varasema kaubamärgi HUMER tuntus Eesti turul.

Vaidlustaja sõnul on kaubamärk HUMER Eesti turul tuntud, sest on olnud Eesti turul palju aastaid ja seda kaubamärki reklaamitud erinevate kanalite kaudu. Vaidlustaja märgib, et tõenäoliselt on selle kaubamärgiga varustatud tooted igas Eesti apteegis ja lisab, et otsing sõnaga „Humer“ Eesti Ravimiinfo elektroonilises andmebaasis annab tulemuseks 1342 vastet ning HUMER kaubamärgiga varustatud toodete omadusi tutvustav ja reklaamiv veebileht on kättesaadav veebiaadressil www.humer.ee.

Taotleja on seisukohal, et vaidlustaja poolt esitatud andmed, viited ja vaidlusavaldusele lisatud lisad tõendavad üksnes seda, et kaubamärk Humer on Eesti ravimiturul, kuid ei tõenda kaubamärgi HUMER tuntuse astet Eesti ravimiturul. Ei tõenda näiteks seda, et kaubamärki HUMER kandvad ülemiste hingamisteede haiguste ja häirete raviks mõeldud farmaatsiapreparaadid ja merevee-põhised lahused ninasõõrmete puhastamiseks oleks olnud tuntud enne 17.02.2015 valdavale osale nimetatud ravimite tarbijatest Eestis. Teatavasti tuleb kaubamärgi tuntuse kindlaksmääramisel arvestada kõigi asjaomaste faktoritega, sealhulgas kaubamärgi poolt hõlmatud turuosa, kaubamärgi kasutamise intensiivsust, geograafilist levikut ja kasutamise kestvust ning investeeeringuid, mis on tehtud kaubamärgi reklaamimiseks. Vaidlustaja poolt esitatu ei võimalda teha järeldust, et kaubamärk HUMER oleks omandanud Eestis hea reputatsiooni või laia tuntuse ning seeläbi kõrgendatud eristusvõime.

Vaidlustaja väited, sealhulgas fotod kaubamärki HUMER kandvatest toodetest, ei tõenda, et kaubamärk HUMER oleks tegelikult tuntud valdavale osale asjaomastest tarbijaskonnast Eestis. Viited kaubamärki HUMER kandvate toodete reklaamile ja apteekides müügil olekule, ei anna tõendeid selle kohta, milline on kaubamärgi HUMER tuntuse tase ega seda, kas nimetatud kaubamärk on tuntud märkimisväärsele osale asjaomaset tarbijaskonnast. Asjaolu, et asjaomane tarbija on kaubamärgist HUMER teadlik, on sellest kuulnud, on seda näinud või/ja seda tarbinud, ei tõenda kaubamärgi tuntuse astet võrreldes teiste analoogsete kaupade seas Eesti ravimiturul. Järelikult, varasema kaubamärgi eristatavuse hindamisel peab lähtuma eristusvõimest, mis on omane sellele kaubamärgile iseenesest.

Võib eeldada, et varasemal kaubamärgil HUMER on vaidlust puudutavate kaupade, hingamisteede haiguste ja häirete raviks mõeldud farmaatsiapreparaadid ja merevee-põhised lahused ninasõõrmete puhastamiseks, suhtes keskmise asjaomasele tarbija jaoks ravimi manustamise viisile viitav tähendus, kuna sõna humer kannab tähendusi rüüppamine või sisse hingamine. Mõlemad tähendused viitavad hingamisteede ravimi kasutusviisile, rüüppamisele või sisse hingamisele. Ka puudub kaubamärgil HUMER omandatud eristusvõime. Omandatud eristusvõimest saaks rääkida näiteks siis, kui kaubamärk HUMER

oleks omandanud asjaomase tarbijaskonna jaoks Eestis kasutamise tulemusena sekundaarse tähenduse. Seega ei saa kaubamärki HUMER lugeda normaalse eristusvõimega tähiseks, vaid normaalsest väiksema eristusvõimega tähiseks.

Seevastu taotleja kaubamärk HUUMAAR ei ole Eesti asjaomase tarbija jaoks tavaline ja lihtsalt mõistetav, vaid temas on olemas eripära, mis nõuab tarbijalt tõlgendamist ja pingutamist, kuid tänu sellele on see kaubamärk hästi meelde jääv ja eristatav vaidlustaja kaubamärgist.

Taotleja kaubamärk HUUMAAR hõlmab kaupu inhaleeritavad farmaatsiapreparaadid hingamisteede haiguste ja häirete raviks, mis tähendab seda, et tegu on gaasina või aerosoolina sissehingatavate farmaatsiapreparaatidega, mis on mõeldud hingamisteede haiguste kui ka hingamisteede häirete raviks.

Vaidlustaja kaubamärgi kaupade loetelus võib taotleja eelnimetatud kaubale lähimaks kaubaks lugeda farmaatsiatooted ülemiste hingamisteede haiguste raviks, v.a. farmaatsiatooted autoimmuunhaiguste raviks. Kuigi vaidlustaja kaubamärgi loetelus on veel palju muid kaupu. Kuna inhaleeritavad farmaatsiapreparaadid hingamisteede haiguste ja häirete ravi puhul tuleb silmas pidada hingamissüsteemi, nii alumist kui ka ülemist hingamissüsteemi, siis on võimatu teha järeldust, et farmaatsiatooted ülemiste hingamisteede haiguste raviks, v.a. farmaatsiatooted autoimmuunhaiguste raviks, hõlmavad inhaleeritavid farmaatsiapreparaate, mis on mõeldud kogu hingamisteede raviks.

Samuti on võimatu väita vastupidist, et hingamisteede raviks mõeldud inhaleeritavad farmaatsiapreparaadid hõlmaks kõiki farmaatsiatoteid ülemiste hingamisteede raviks, v.a. farmaatsiatooted autoimmuunhaiguste raviks. Seega tuleb järeldada, et nimetatud kaubad on samaliigilised kuid mitte identsed. Peale selle hõlmab taotleja kaubamärk meditsiinilisi lahuseid ninakäikude puhastamiseks. Vaidlustaja EÜ kaubamärgi nr 011541431 kaupade loetelus vastab taotleja eelnimetatud kaubale mereveepõhised lahused ninasõõrmete puhastamiseks.

Vaidlustaja rahvusvaheline kaubamärk IR nr 0653111 aga on meresoolavee lahused ninasõõrmete puhastamiseks. Meditsiinilised lahused ninakäikude puhastamiseks hõlmavad üldjuhul mereveepõhiseid kui ka meresoolavee lahuseid ninakäikude, sealhulgas ninasõõrmete puhastamiseks. Seetõttu tuleb järeldada, et nimetatud kaupade osas on identsus olemas. Vaidlustaja väide, et osaliselt on kaubad identsed ja osaliselt samaliigilised, on õige.

Asjaomane tarbijaskond- tähelepanelikkuse aste. Senises vaidluspraktikas on seisukoht, et ravimi tarbija tähelepanu on suhteliselt kõrge, vaatamata sellele, et tegu pole retseptiravimitega (taotleja seisukoha Lisa 2- R581/2104-2 18.02.2015, FOLAVIT vs FOLASSIST, p 22-23; taotleja seisukoha Lisa 3- T-331/09, 15.12.2010, TONOPAN vs TOLPOSAN, p. 16). Kuna asjaomane keskmine tarbija on arukas, keskmiselt kõrgema tähelepanelikkusega, hästi informeeritud, eriti ettevaatlik, siis pole tõenäoline, et ta vaidlustatud kaubamärgid äravahetaks, või seostaks vaidlustaja kaubamärki taotleja kaubamärgiga arvates, et need võivad pärineda mõlemad vaidlustajalt, või arvata, et ettevõtete vahel on majanduslik seos.

Kaubamärkide igakülgne hindamine. Vaatamata kaupade identsusele või samaliigilisusele on kaubamärkide ärahetamise tõenäosus, sealhulgas assotsieerumise tõenäosuse asjaomase keskmise tarbija poolt välistatud, kui on olemas kaubamärkide visuaalne, foneetiline ja kontseptuaalne erinevus (taotleja seisukoha Lisa 11- R-2667/2014-2, 15.07.2015, p 71) . Arvestades asjaomase tarbijaskonna

keskmisest kõrgemat tähepanelikkust, hästi informeeritust ja arukust, kaubamärkide üldmulje erinevusi, taotleja kaubamärgi dominantelemente ja dominantelemendi puudumist vaidlustaja kaubamärgis, kaubamärkide visuaalse sarnasuse madalat astet, foneetilise sarnasuse ja semantilise sarnasuse puudumist ja varasema kaubamärgi normaalsemat väiksemat eristusvõimet, tuleb hoolimata kaupade identsusest või samaliigilisusest, välistada vastandatud kaubamärkide äravahetamine, sh assotsieerumine, asjaomase tarbijaskonna poolt.

Kuigi on teada, et üldiselt pöörab tarbija enam tähelepanu kaubamärgi algusele kui lõpule, ei saa seda rakendada iga juhtumi korral, iga juhtumi korral on vaja rõhutada põhimõtet, et kaubamärkide sarnasuse hindamisel tuleb võtta arvesse nende kaubamärkide kui terviku üldmulje ning mitte analüüsida nende erinevaid osi (taotleja seisukoha Lisa 11- R-2667/2014-2, 15.07.2015, p 39). Kui kaubamärgiks on sõnaühend või liitsõna, siis tarbija lahutab sõnaühendi või liitsõna erinevateks lihtsõnadeks ja mäletab kaubamärki kui sõnaühendit või liitsõna, mis on moodustatud lihtsõnade liitmise teel (taotleja seisukoha Lisa 11- R-2667/2014-2, 15.07.2015, p 45). Vaatamata mõnedele korduvatele tähtedele on asjaomase keskmise tarbija jaoks kaubamärgi HUMER assotsieeruvus kaubamärgiga HUUMAAR sama hea kui olematu.

Asjaomase keskmise tarbija jaoks on vastandatud kaubamärkide visuaalne sarnasuse aste alla keskmise ehk nõrk, foneetiline ja semantiline sarnasus puuduvad. Kuigi vastandatud kaubamärkide visuaalne nõrk sarnasus on olemas, ei oma teatud sarnasus ravimite nimes määravat tähtsust. Sarnaseid nimetusi ravimite puhul on üsna palju. Teatakse, et eksimus ravimi nimes võib kaasa tuua ränku tagajärgi. Seetõttu pööratakse erilist tähelepanu ravimi nimede täpsele esitusele. See põhimõte kehtib ka käsimüügiravimite puhul.

Patendiameti otsus registreerida kaubamärk HUUMAAR, taotluse nr M201500187, klassis 5 - inhaleeritavad farmaatsiapreparaadid hingamisteede haiguste ja häirete raviks; meditsiinilised lahused ninakäikude puhastamiseks, Baltas Pharma OÜ nimele on kooskõlas KaMS §10 lg 1 p 2. Vaidlusavaldus tuleb jätta rahuldamata. Patendiameti otsus taotleja kaubamärgi registreerimise kohta tuleb jätta jõusse.

IV Vaidlustaja täiendavad seisukohad

Vaidlustaja ei nõustu taotleja seisukohaga, et kaubamärk HUUMAAR on piisavalt erinev kaubamärgist HUMER nii visuaalsest, foneetilisest kui semantilisest aspektist, et välistada hilisema kaubamärgi HUUMAAR assotsieerumine varasema kaubamärgiga HUMER. Tähiste võrdluses on ebakohane lähtuda sellest, et Eesti inimesed oskavad prantsuse keelt ja selle hääldamisreegleid nii, et nad vaidlustaja kaubamärgi HUMER puhul lähtuksid just prantsusekeelsest hääldusest. Tavaelus ei ole keskmine Eesti inimene võimeline seostama sõna HUMER prantsuse keele ja selle hääldamisreeglitega. Taotleja väiteid, mis tulenevad kaubamärgi prantsuse keele hääldusest, ei saa arvestada, sest Eesti asjaomane üldsus ei koge kaubamärki HUMER prantsuse sõnana ega oska ka tõenäoliselt seda prantsuse keele reeglite kohaselt hääldada.

Tõene ei ole taotleja väide, et eesti keeles sõna alguses „h“-häälikut ei hääldata. Vaidlustaja jääb oma seisukoha juurde, et Eesti asjaomase üldsuse jaoks on kõnealuste kaubamärkide hääldus vastavalt eesti keele hääldusreeglitele „huumaar“ ja „humer“ või „huumer“.

Tähiste semantilises võrdluses on samuti Eesti tarbijale prantsuse keele oskuste omistamine ebakohane. On vägagi tõenäoline, et Eesti asjaomane üldsus ei loo seoseid sõna HUMER võimaliku prantsusekeelse tähendusega.

Kaubamärkide võrdlemisel tuleb lähtuda registreeringus esitatud kaubamärgi reproduktsioonist, mitte praktikas kasutatavast pakendist, nagu taotleja on oma vastuse väited esitanud leheküljel 7 (viimane lõik).

Taotleja poolt välja toodud seisukoht, et talle kuuluv kaubamärk HUUMAAR on eestikeelne tähendusega liitsõna, ei ole aktsepteeritav. Taotleja poolt toodud järeldesteni sõna „huumaar“ tähenduse osas ei jõua suure tõenäosusega ükski asjakohase üldsuse esindaja. Vaidlustaja jääb oma seisukoha juurde, et mõlemad võrreldavad tähised on Eesti asjaomase tarbija jaoks tähenduseta sõnad.

Taotleja on oma vastuses toonud hulgaliselt näiteid erinevatest lahenditest, kuid nendes esitatud arutluskäikude refereeringuid ei saa selles konkreetsetes vaidluses otseselt arvestada, kuna iga käsitletava juhtumi asjaolud ja kaalukeeled on siiski erinevad. Samuti pole antud vaidluses küsimus sellest, milliste tähistega assotsieerub varasem tähis HUMER (taotleja pakutud HUMMER), vaid kas taotleja märk HUUMAAR seostub kaubamärgiga HUMER.

Tähiste visuaalse võrdluse osas toob vaidlustaja veel välja, et tänapäevases kiires kirjalikus suhtluses, nt mobiiltelefoni sõnumitega, on järjest sagedasem vokaalide välja jätmine – näiteks „palun“ asemel „pln“, „Tallinn“ asemel „Tln“ jne. Inimesed hoomavad ka üksnes konsonantide abil kogu sõna, eriti kui see esineb teatud kontekstis. Kõnealusel juhul, kus võrdluses on tähised HUMER ja HUUMAAR, jääksid mõlema sõna puhul alles identsed konsonandid „hmr“ ning see võib mõjutada asjaomase üldsuse taju neist kaubamärkidest ja hilisema tähise seostamist varasemaga. Üldpildis võivad eristuda just need tähed.

Vaidlustaja soovib täpsustada, et taotleja kaubamärgi HUUMAAR registreeringus toodud kaupu inhaleeritavad farmaatsiapreparaadid hingamisteede haiguste ja häirete raviks on oma olemuselt ja kasutuseesmärgilt niivõrd sarnased, et neid võiks lugeda ka identseks vaidlustaja EÜ kaubamärgi HUMER registreeringus nr 011541431 märgitud kaupadega farmaatsiatooted ülemiste hingamisteede haiguste raviks, v.a farmaatsiatooted autoimmuunhaiguste raviks, kuna taotleja kaubad erinevad vaidlustaja kaupadest vaid vähesel, mitteolulisel määral. Kaubamärkide õiguskaitse ulatuse ja eristatavuse seisukohast ei ole suur erinevus, kui mõlema kaubad puudutavad sama toimetemehhansimiga (inhaleeritavat) ravimit, mis on mõeldud sama elundisüsteemi (hingamisteed) jaoks. See, et taotleja kaubad hõlmavad ka alumisi hingamisteid, ei ole õiguskaitse ulatuse seisukohast määrav. Kui ka peaks kaupu lugema mitteidentseiks, siis on nende sarnasus väga tugev. Taotleja kaubad meditsiinilised lahused ninakäikude puhastamiseks on identsed vaidlustaja kaupadega mereveepõhised lahused ninasõõrmete puhastamiseks (EÜ kaubamärk nr 011541431) ja meresoolavee lahused ninasõõrmete puhastamiseks (rahvusvahel. reg nr 0653111).

Põhjendamatud on taotleja väited, et vaidlustaja varasem kaubamärk HUMER ei oma suuremat eristusvõimet, vaid on koguni pigem väikese eristusvõimega tähis. Nagu eespool toodud, ei koge Eesti asjaomane üldsus kaubamärki HUMER prantsusekeelsena ning veelgi enam ei seosta Eesti tarbija kaubamärki HUMER selle sõna prantsusekeelse tähendusega, mis võiks viidata kaupade olemusele.

Kaubamärgiga HUMER tähistatud tooted on olnud Eesti turul enne taotleja kaubamärgi HUUMAAR taotluse esitamist järjepidevalt üle kümne aasta, juba 2001. aastast alates, s.o 14 aastat enne kaubamärgi HUUMAAR taotluse esitamist. Samuti nähtub tõenditest kaubamärgi HUMER järjepidev, ulatuslik ja intensiivne kasutamine kuni tänase päevani. HUMER toodetel on hea maine ning neid soovitatakse erialaspetsialistide poolt. Vaadeldes tõendusmaterjale, siis võib väita, et on väga tõenäoline, et see, kellel on nohu olnud, teab ka kaubamärki HUMER ja see tähendab päris suurt hulka inimesi, mille usutavuse jaoks pole ilmselt tõendeid vaja. Kaubamärk HUMER on Eestis hästi tuntud nii eriala professionaalide kui tarbijate seas. Seda tõendavad muu hulgas alljärgnevad materjalid, milles erialaspetsialistid soovitavad hingamisteede haiguste raviks ja ennetamiseks just HUMER tooteid: internetis avaldatud Eesti Ravimiameti ja Eesti perearstide soovitused gripi ja külmetushaiguste raviks; erinevates meediakanalites vahendatud arstide ja apteekrite soovitused külmetushaiguste ennetamiseks ja raviks (täiendavate seisukohtade lisa 2). Eesti kaks apteegiketti (Apotheka ja BENU) pakuvad vastsündinud laste peredele tasuta nõ beebipakki, mis sisaldavad erinevaid lapse hoolduseks ja ravimiseks vajalikke tooteid. Kaubamärgiga HUMER tähistatud toode (mereveelalus ninaõõnsuste puhastamiseks) on mõlema apteegiketi poolt pakutavas pakis – vt Apotheka tasuta beebipaki sisu kirjeldus (täiendavate seisukohtade lisa 3.1) ja BENU Apteegi tasuta beebipakk (täiendavate seisukohtade lisa 3.2). Need tasuta pakid on väga populaarsed ja nii on noored pered juba lapse sündides kursis HUMER kaubamärgi ja toodetega. Sellisel tasemel tundus ja hea maine ei teki toodete ja neid tähistavate kaubamärkide suhtes eriala professionaalide seas juhuslikult, vaid pikaajalise, intensiivse ja ulatusliku kasutamise käigus. Seega need tõendid näitavad, et kaubamärgil HUMER on hingamisteede haiguste ravimiseks ja ennetamiseks kasutatavate ravimite ja meditsiiniseadmete osas tavapärasest suurem eristusvõime tänu pikaajalise, intensiivse ja laialdase kasutamise tekkinud suurele tuntusele ja väga heale mainele nii eriala professionaalide kui tarbijate seas. Kaubamärk HUMER on tuntud valdavale osale Eesti tarbijaskonnast kui erialaspetsialistidest. Kaubamärgi HUMER ja sellega tähistatud toodete tuntust nii tarbijate kui professionaalide seas tõendavad ka lugematud kajastamised erinevates interneti portaalides, blogides, veebilehtedel, meediaväljaannetes. Kõikide kajastuste kohta tõendite esitamine poleks siinkohal mõistlik, sest materjali hulk on väga suur. Ainuüksi otsingufraasi „nohu Humer foorum“ kasutamine otsingumootoris Google annab 1440 eestikeelset vastet erinevatele interneti portaalide foorumite teemadele, kus küsitakse või soovitatakse HUMER tooteid.

Arvestades kaubamärgiga HUMER tähistatavate toodete kasutuseesmärki, siis on just lastega pered oluliseks sihtgrupiks, kuna lastel esineb külmetushaigusi, sh nohu, väga sageli. Lisaks eespool toodud materjalidele, on just lapsevanemate kõrge teadlikkus kaubamärgist HUMER ja sellega tähistatud toodetest tõendatud HUMER toodete pikaajalise süstemaatilise reklaamimisega Eesti ainsas pereajakirjas Pere ja Kodu ja selle eriväljaandes Beebi alates aastast 2002, s.o 13 aasta jooksul enne taotleja kaubamärgi HUUMAAR taotluse esitamist (lisa 4). Samuti on juba aastal 2002 ilmunud HUMER toodete reklaam ajakirja Pere ja Kodu poolt välja antud käsiraamatus Lapse tervise ABC (lisa 5). Iga Eestis elav pere saab lapseooteajal oma arstilt või ämmaemandalt tasuta nõuanderaamatu, mida antakse välja igal aastal. Lisaks paber kandjale on raamat ka internetis tasuta kättesaadav. 2013. aasta raamat ilmus seejuures nii eesti kui vene keeles. Kaubamärki HUMER kandvad tooted on ka nendes raamatutes reklaamitud. Eeltoodud tõendid ja argumendid kinnitavad, et vaidlustaja kaubamärk on hästi tuntud valdavale osale Eesti asjaomasest üldsusest, see omab head mainet ning on suurema eristusvõime ja õiguskaitsese

ulatusega kui tavapärase kaubamärk. Varasema kaubamärgi tuntus ja mainekus muudavad tõenäolisemaks hilisema kaubamärgi äravahetamise, sh seostamise, varasema kaubamärgiga.

Asjaomase üldsuse tähelepanelikkuse aste. Taotleja on välja toodud argumendid asjaomase üldsuse suurema tähelepanelikkuse osas, kuna kõnealused kaubad puudutavad tervist ja ravimeid. Vaidlustaja soovib siiski täpsustada, et need kõnealused kaubad küll on osalt looduslikku päritolu ja seepärast pole tarbija ilmselt nii tähelepanelik kui nt sünteetiliste ravimite puhul isegi, kui need on käsimüügis. Väga oluline on siinkohal rõhutada ühelt poolt varasema kaubamärgi tuntust ja teisalt taotleja kaubamärgi taotluses toodud kaupade vähemalt väga suurt sarnasust kui mitte identsust, millest tulenevalt võib eeldada, et ka tavapärasest suurema tähelepanelikkuse juures on kaubamärkide assotsiatsioon väga tõenäoline.

Tõele ei vasta taotleja väited, et vaidlustaja ei ole registreerinud ega kasuta erinevaid variatsioone kaubamärgist HUMER (kasutusel pole kaubamärgiseeriad) ning seepärast ei arva tarbijad, et taotleja kaubamärk HUUMAAR võiks seostuda varasema tähisega HUMER. Kaubamärgiga HUMER tähistatakse praktikas erinevaid tooteid, st tooteseeriat (vt toodete info vaidlustusavalduse lisa 4):

a) HUMER 050 – hüpertoonilise lahuse kontsentratsiooniga merevesi, mis on mõeldud kasutamiseks ninakinnisuse korral;

b) HUMER soft pocket – isotooniline lahus, mis sisaldab toimeainena dekspantenooli. Aitab taastada, kaitsta ja niisutada kahjustunud limaskestast. Kasutatakse külmetushaiguste, allergilise nohu või nina limaskestast kuivuse korral;

c) HUMER 150 täiskasvanute – nina limaskestast niisutamiseks ja sekreedi vedeldamiseks, sobib ninaõõnsuste loputamiseks nohu korral ja kergendab väljanuuskamist;

d) HUMER 150 imikute/laste – nina limaskestast niisutamiseks ja sekreedi vedeldamiseks, sobib ninaõõnsuste loputamiseks nohu korral ja kergendab väljanuuskamist;

e) HUMER LAHUS 5ML N18 - isotooniline merevesi (0,9% NaCl), ampullides;

f) HUMER KÕRVASPREI 75ML - kõrvade hügieeniliseks ja õrnaks puhastamiseks (täiendavate seisukohtade lisa 7).

Vaidlustajale kuulub või on kuulunud kaubamärgiga HUMER sarnane kaubamärk HUMEX, mis on registreeritud Euroopa Ühenduse kaubamärgina ja rahvusvahelise registreeringu alusel Eestis erinevates variatsioonides kaubamärgi HUMER registreeringutes toodud kaupadega sarnastele kaupadele (täiendavate seisukohtade lisa 8):

EÜ kaubamärk HUMEX (reg nr 011629342, taotl. kuup. 21.02.2013, reg. kuup. 04.07.2013; EÜ kaubamärk HUMEX DUO (reg nr 003910585, taotl. kuup. 01.07.2004, reg. kuup. 01.06.2006; EÜ kaubamärk HUMEX PURIFY TECHNOLOGY (reg nr 010030385, taotl. kuup. 08.06.2011, reg. kuup. 09.11.2011; EÜ kaubamärk RHINHUMEX (nr 003930071, taotl. kuup. 13.07.2004, reg. kuup. 14/09/2005, aegumiskuup. 13.07.2014; HUMEX REFLEX, rahvusvaheline kaubamärgi registreering Eestis (reg nr 0947391, reg. kuup. 23.11.2007.

Vaidlustaja on kaubamärgi HUMEX all Eestis müünud kõrvaspreid (vt täiendavate seisukohtade lisa 9), mis on vaidlusaluste kaubamärkide kaupadega samaliigiline. Arvestades eeltoodud on tõenäoline, et identsete ja suure sarnasuse astmega kaupade tähistamisel kaubamärgiga HUUMAAR arvab asjaomane üldsus, et tegemist on vaidlustaja kui varasema laialdaselt tuntud kaubamärgi HUMER omaniku poolt pakutava tooteseeria kaupadega, st on suurem tõenäosus kaubamärkide HUMER ja HUUMAAR äravahetamiseks asjaomase üldsuse poolt.

Kaubamärkide äravahetamine. Taotleja kaubamärgi HUUMAAR äravahetamist varasema kaubamärgiga HUMER soodustavad lisaks tähistate suurele sarnasusele olulisel määral kaupade identsus ja suur sarnasus ning eelkõige varasema kaubamärgi HUMER laialdane tuntus ja hea maine Eestis kõnealuste kaupade pikaajalise, intensiivse ja ulatusliku kasutamise tulemusena. Taotleja kaubamärgi HUUMAAR registreerimine kõnealustele kaupadele klassis 5 rikuks kaubamärgi HUMER omaniku ainuõigust ning selle kaubamärgiga võib taotleja ebaausalt ära kasutada ja kahjustada ka varasema kaubamärgi HUMER mainet ning nõrgestada selle õiguskaitset.

V Vaidlustaja lõplikud seisukohad

Vaidlustaja teatas apellatsioonikomisjonile, et jääb kõigi oma seisukohtade juurde, mis on esitatud vaidlustusavalduses 02. oktoobril 2015 ning oma täiendavates seisukohtades 18. märtsil 2016. Vaidlustaja palub vaidlustusavalduse rahuldada.

VI Taotleja lõplikud seisukohad

Taotleja esitas lõplikud seisukohad 12.10.2016 jäädes kõigi varem esitatud seisukohtade ja vastuväidete juurde.

VII Apellatsioonikomisjoni seisukohad ja otsus

Apellatsioonikomisjon, analüüsinud menetlusosaliste seisukohti, hinnanud esitatud dokumentaalseid tõendeid kogumis ja vastastikusel seoses, märgib järgmist.

Vaidlustusavalduse kohaselt on kaubamärk HUUMAAR (taotluse nr M201500187) äravahetamiseni sarnane, sealhulgas assotsieeruv vaidlustaja kaubamärkidega HUMER (rahvusvahelise registreeringu nr 0653111) ja Euroopa Ühenduse kaubamärgiga (registreeringu nr 011541431), millest tulenevalt on tähise registreerimine klassis nr 5 nimetatud kaupade suhtes vastuolus KaMS § 10 lg 1 punktiga 2.

Pooled jagavad seisukohta, et vaidlustaja mõlemad kaubamärgid on taotleja tähise suhtes varasemad KaMS § 11 lg 1 kohaselt.

Vastavalt KaMS § 12 lg 1 punktile 2 on kaubamärgi õiguskaitse ulatuse aluseks registrisse või Büroo rahvusvahelisse registrisse kantud kaubamärgi reproduktsioon. Asjaomaste tähistate reproduktsioonid on järgmised:

Vaidlustaja kaubamärkide kujutised	Taotleja kaubamärgi kujutis

HUMER	HUUMAAR
-------	---------

Vaidlustusavalduse kohaselt on kaubamärkide kaitstavad kaubad identsed, taotleja hinnangul osaliselt identsed, osaliselt samaliigilised. Pooltel on erinevad seisukohad kaubamärkidega kaitstavate kaupade identsuse ja samaliigilisuse ulatuse küsimuses. Sellest tulenevalt hindab apellatsioonikomisjon ühtlasi kaupade sarnasuse aspekti.

Kaupade või teenuste vahelise sarnasuse hindamisel tuleb arvesse võtta kõiki nende kaupade või teenuste vahelist suhet iseloomustavaid asjaomaseid tegureid. Nende tegurite hulka kuuluvad kaupade ja teenuste olemus, otstarve, kasutusviis ning samuti nende üksteisega konkureeriv või üksteist täiendav iseloom.

Kaubamärgile HUUMAAR soovitakse õiguskaitset klassis nr 5 loetletud kaupadele inhaleeritavad farmaatsiapreparaadid hingamisteede haiguste ja häirete raviks ning meditsiinilistele lahustele ninakäikude puhastamiseks.

Rahvusvaheline kaubamärk HUMER hõlmab tooteid „meresoolavee lahused ninasõõrmete puhastamiseks.“ Euroopa Ühenduse kaubamärk HUMER on registreeritud klassis 5 märgitud kaupade suhtes järgmiselt: dermatoloogilised tooted nahapunetuste ennetamiseks ja hooldamiseks; mereveepõhised lahused ninasõõrmete puhastamiseks; merevee-põhised kehahügieenilahused kaelale, silmadele, kõrvadele; Mereveepõhised kehahügieenilahused haavadele; mereveepõhised aerosoolid kehahügieenilahused ninale; meditsiinilise- ja isikliku hügieeni tarbed; hügieenitarbed; farmaatsiatooted ülemiste hingamisteede haiguste raviks, v.a farmaatsiatooted autoimmuunhaiguste raviks; dermatoloogilised vahendid.

Meditsiinilised lahused ninakäikude puhastamiseks, meresoolaavee lahused ninasõõrmete puhastamiseks, mereveepõhised aerosoolid kehahügieenilahused ninale on kõik mõeldud ninakäikude hügieeniks ja ninakinnisuse leevendamiseks (nt rinofarüngiidi ehk nohu korral). Inhaleeritavad (ehk sissehingatavad) farmaatsiapreparaadid hingamisteede haiguste ja häirete raviks, meditsiinilise hügieeni tarbed, farmaatsiatooted ülemiste hingamisteede raviks ning dermatoloogilised tooted nahapunetuste ennetamiseks ja hooldamiseks on mõeldud hingamisteede meditsiiniliseks ravimiseks ja hügieeniks ning naha hooldamiseks. Kaupade loetelu võrdlusest nähtub, et olemuselt on eelnimetatud kaupadel sama eesmärk – mõeldud kasutamiseks hingamisteede vaeguste korral. Tooteid võib manustada sissehingamisel ja pihustamisel, seega on neil sarnane kasutusviis. Kaupadel on sarnane sihtgrupp meditsiinaldkonnas tegutsejad ja tarbijad, peaasjalikult on tooted mõeldud kasutamiseks lõpptarbijale. Vastandatud kaubamärkidega tähistatavad tooted konkureerivad üksteisega. Sellest tulenevalt on nimetatud võrreldavad kaubad olemuselt identsed. Ülejäänud klassis 5 nimetatud tooted on vähemalt samaliigilised, kuna nende eesmärk, olemus ja sihgrupp on väga sarnased.

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

Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt asjaomaste tähiste visuaalse, kontseptuaalse ning foneetilise sarnasuse osas peab äravahetamise sarnasuse, sh assotsieerumise tõenäosuse igakülgne hindamine rajanema üldmuljele, võttes eelkõige arvesse kaubamärkide eristavaid ja domineerivaid elemente. Euroopa Kohtu praktika kohaselt segijamise tõenäosuse igakülgsel hindamisel on otsustav roll sellel, kuidas asjaomaste kaupade või teenuste keskmine tarbija kaubamärke tajub. Keskmine tarbija tajub kaubamärki tervikuna ega uuri selle eri detaile. Tarbijal üldjuhul puudub võimalus märke üheaegselt vaadelda ning nad peavad usaldama oma mällu sööbinud pilti varasemast märgist.

Hinnates taotleja kaubamärgi domineerivaid ja eristavaid elemente, tuleb arvesse võtta, et mõlemad kaubamärgid on sõnamärgid, mis koosnevad ühest sõnast. Kaubamärgisõna on mõlema tähise ainsaks domineerivaks elemendiks.

Visuaalsest küljest nähtub, et vaidlustaja kaubamärk (apellatsioonikomisjon hindab vaidlustaja kaubamärke koos) HUMER koosneb viiest ühekordsest trükitähest. Taotleja kaubamärgis HUUMAAR on seitse trükitähte. Muid elemente kaubamärkidel ei ole. Mõlema kaubamärgi kaks esimest tähte (HU) ja viimane täht (R) on identsed. Taotleja kaubamärk erineb vaidlustaja tähistest sõna algusosas paiknevate kahekordsete tähtede (UU) ja sõna lõppu jäävate tähtede (AA) poolest. Mõlemas kaubamärgis kasutatakse lisaks tähte „M“, aga kuna menetlusosaliste tähised on erineva pikkusega, siis ei saa väita, et täht asub kaubamärkides identsel kohtadel, nagu on leidnud vaidlustaja. Apellatsioonikomisjon leiab, et käesoleval juhul köidavad taotlejate suuremat tähelepanu sõnatähises mitmekordsed tähed (UU) ja (AA), sest tähed korduvad, asuvad üksteise kõrval ning neist esimesed kaks asuvad suhteliselt sõna alguses. Tähtede mitmekordsuse (korduvuse) tõttu tulevad need visuaalselt paremini esile ning tarbijatel on tähise elemente kergem märgata ja meelde jätta. Tarbijate tähelepanu soodustab asjaolu, et kaubamärgis puuduvad muud elemendid, mis kirjeldatud visuaalset mõju vähendaks. Taotleja kaubamärgis esinevad domineerivad elemendid vaidlustaja kaubamärgis puuduvad. Vaidlustaja viitab kaubamärkide sarnasuse hindamisel identsetele osadele kaubamärkide alguses (HU) ja lõpus (R). Tähiste algusosade sarnasused ei välista tingimata tähise ülejäänud osade tajumist asjaomase avalikkuse poolt, kui kaubamärgi erinevused on algusosadest selgemini äratuntavad. Taotleja kaubamärk koosneb seitsmest tähest, millest sõna alguses on vaidlustaja tähisega identsed vaid kaks algustähte. Arvestades, et kaubamärgid on erineva pikkusega, taotleja tähisel on mitmeid tarbijate poolt tajutavaid dominantseid erinevusi ja kaubamärkide algusosade sarnasused kaubamärkide tervikpildis ei ole väga arvestatavad, leiab appellatsioonikomisjon, et kaubamärkidel on visuaalselt rohkem erinevusi kui sarnasusi.

Kaubamärkide semantiline hinnang. Vaidlustaja leiab, et võrreldavatel tähistel puudub eestikeelne tähendus. Taotleja seevastu on seisukohal, et HUMER on prantsusekeelne sõna, mis omab eesti keeles kahte tähendust: 1) rüüpama; 2) sisse hingama. Taotleja sõnul omab ka HUUMAAR tähendust. Lõplikes seisukohtades selgitas taotleja, et kaubamärgi kujutluses seostub sõna „huumaar“ udulooris järvega, (jättes täpsustamata, kas ta peab silmas Maari-nimelist järve) ja sellest kujutluspildist saadud positiivse emotsiooniga, mis paneb sisse hingates hüütama „huu“ ja seejärel välja hingates tooma kuuldavale sõna „maar.“ Ühtlasi võivat sõna „huumaar“ käsitleda kas uue sõnana, slängina või murdesõnana.

Apellatsioonikomisjon nõustub vaidlustajaga, et Eesti asjaomase avalikkuse jaoks on mõlemad kaubamärgid tähenduseta sõnad, millede puhul taotleja kirjeldatud assotsiatsioonide tekkimine ei ole tõenäoline ega tõendatud. Eesti asjaomase avalikkuse prantsuse keele oskus ei ole sellisel tasemel, et

saaks eeldada igasuguste prantsuskeelsete sõnade tundmist. Isegi, kui teatud osa kaupade sihtgrupist (nt meditsiinivaldkonnas tegutsejad) võiks arvata, et sõna HUMER tuleneb prantsuse keelest, ei ole põhjendatud arvata, et nad saavad tingimata aru sõna HUMER tähendusest. Vastupidist ei ole taotleja tõendanud. Samuti ei pea apellatsioonikomisjon veenvaks taotleja käsitlust, et sõna HUUMAAR tähendab udulooris järve, kuna sellisel kujul liitsõna eesti keeles ei eksisteeri ega kasutata. Lähtudes eeltoodust puuduvad vastandatud kaubamärkidel kontseptuaalsed sarnasused või erinevused.

Kaubamärkide foneetiline võrdlus. Vaidlustaja kaubamärk HUMER koosneb kahest silbist [hu-mer]. Apellatsioonikomisjon tuvastas eelnevalt, et enamik nende kaubamärkide sihtgrupist Eestis ei pruugi olla teadlik, et sõna HUMER tuleneb prantsuse keelest. Isegi kui tarbija oletab, et sõna pärineb prantsuse keelest, ei ole alust arvata, et Eesti tarbijad oskavad hääldada sõnasid korrektses prantsuse keeles. Selleks puudub ka igasugune keeleruumist tingitud eluline vajadus, sest kui tarbija pöördub nt toote ostmiseks apteeki, ei ole tal kuigivõrd põhjust hakata eesti keelt valdava apteekriga suhtlema kasutades prantsuskeelset hääldust. Nii võiks praktikas toimida keelte puhul, mis on antud keeleruumis rohkem levinud (nt osundades vene- või ingliskeelsetele kaubamärkidele). Seetõttu leiab apellatsioonikomisjon, et kui päritolukeele hääldus ei ole tarbijale teada ega levinud ning ei sisalda ka eesti kirja- ja pildilist erinevaid võõrsõnale omaseid võõrsõnatähti või muid struktuurijooni, hääldab Eesti tarbija sõna(sid) eesti keele foneetika reeglite kohaselt või sellele sarnaselt. Eesti keeles hääldatakse vaidlustaja kaubamärgi kirja- ja pildilisel pearõhuga esisilbil [ˈhumer]. Eesti keele käsiraamatu kohaselt on „h“ kirjutamine sõna alguses traditsioonipärane, kuigi häälduses ei ole see nõutav (vt Eesti keele käsiraamat, kolmas täiendatud trükk, Eesti Keele Sihtasutus, Tallinn 2007, lk 76). Seega pole välistatud, et vaidlustaja kaubamärgi esimene täht on häälduspildis vähemdomineerival kohal või jäetakse hääldamata [ˈumer], näiteks nagu [hobune või obune].

Taotleja kaubamärk jaguneb kaheks silbiks [huu-maar]. „H“ tähe hääldusreeglid kehtivad sarnaselt vaidlustaja kaubamärgiga [huu:maar või uu:maar]. Samal ajal on sõna HUUMAAR eesti keeles ebatavaline, mis võib muuta tarbija sõna hääldamisel ettevaatlikuks ning panna teda püüdliselt hääldama kõiki sõnaelemente. Sellisel juhul tuleb täht h häälduspildis selgemalt esile. Sõna pikkus loob assotsiatsiooni, et tegemist on liitsõnaga. Mõlema silbi algused on rõhulised [ˈhuu-ˈmaar], sarnaselt sõnale [ˈtöö-ˈmäär]. Mõlemas silbis sisalduvad topeltvokaalid „aa“ ja „uu“ muudavad sõna häälduslikult pikaks, tuues vokaalid tajutavalt esile.

Sõnasid HUMER ja HUUMAAR käänatakse erinevalt: Humer : Humeri : Humerit (prantsuspäraselt, st kui r ei hääldu, Humer : Humer' : Humer'd) ja Huumaar : Huumaari : Huumaari.

Kaubamärkide foneetilisest võrdlusest järeldub, et sõna HUUMAAR sisaldab tähti, mida vaidlustaja kaubamärgis pole ning need on hääldamisel tajutavad. Vaidlustaja sõna on mõnevõrra lühem, taotleja kaubamärk on pikem, mõlema silbi rõhulised algused ja topeltvokaalid muudavad sõnad hääldusrütmilt ja kõlalisel selgelt erinevateks. Sellest tulenevalt on sõnad HUMER ja HUUMAAR foneetiliselt erinevad.

Kaubamärkide äravahetamine tähendab tõenäosust, et tarbija võib uskuda, et vaadeldavad kaubad või teenused pärinevad samalt ettevõtjalt või vastavalt olukorrale, majanduslikult seotud samalt ettevõtjalt. Apellatsioonikomisjon tuvastas, et kaubamärkidega kaitstavad kaubad on osaliselt identsed ja osaliselt samaliigilised. Kaupade asjaomase avalikkuse moodustavad lõpptarbijad (nt patsiendid) ja meditsiinivaldkonnas tegutsejad (nt arstid ja apteekrid). Viimased seetõttu, et nimetatud toodete

kasutamist võivad soovitada arstid oma patsientidele ning tooteid võidakse müüa apteekides. Põhjendatud on taotleja seisukoht, et ravimite keskmine tarbija ning meditsiinivaldkonnas tegutsejad on hästi informeeritud ja eriti tähelepanelikud ning arukad, millest tulenevalt on asjaomase avalikkuse tähelepanuaste keskmisest kõrgem. Eelnevalt tuvastati, et kaubamärkide visuaalsed ja foneetilised erinevused on suuremad võrreldes tähiste väiksemate sarnasustega. Kontseptuaalsest aspektist tähistel tajutavad ühisjooned puuduvad. Kuna kaubamärkide erinevused on piisavalt selged ja asjaomase avalikkuse poolt tajutavad, siis neid ei neutraliseeri kaupade osaline identsus ja samaliigilisus. Kaubamärkide üldpildis on tähiste sarnasused tagasihoidlikumad võrreldes domineerivate erinevustega. Lähtudes eeltoodust ei ole käesolevas asjas esile toodud asjaolude põhjal alust järeldada, et avalikkus võib uskuda, et kaubamärkidega tähistatud kaubad või teenused pärinevad samast ettevõttest või majanduslikult seotud ettevõtete grupist. Kaubamärgid ei ole KaMS § 10 lg 1 p 2 kohaselt äravahetamiseni sarnased, sh assotsieeruvad.

Lähtudes eeltoodust ja juhindudes tööstusomandi õiguskorralduse aluste seaduse § 61 lg 1, KaMS § 10 lg 1 p 2, apellatsioonikomisjon

o t s u s t a s:

1. Jätta vaidlustusavaldus rahuldamata.

Vaidlustusavalduse menetlusosaline, keda ei rahulda komisjoni otsus ja kes soovib jätkata vaidlust menetlusosaliste vahel hagimenetluse korras, võib esitada hagi teise menetlusosalise vastu kaubamärgi õiguskaitset välistava asjaolu või selle puudumise kindlakstegemiseks kolme kuu jooksul komisjoni otsuse avaldamisest arvates. Hageja teavitab viivitamata komisjoni hagi esitamisest.

Kui hagi ei ole esitatud, jõustub komisjoni otsus kolme 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.

Allkirjad:

P. Lello

M. Tähepõld

R. Laaneots

JUSTIITSMINISTEERIUM
TÖÖSTUSOMANDI
APELLATSIOONIKOMISJON

OTSUS nr 1627-o

Tallinnas 27. aprill 2017.a.

Tööstusomandi apellatsioonikomisjon, koosseisus Priit Lello (eesistuja), Rein Laaneots ja Margus Tähepõld vaatas kirjalikus menetluses läbi URGO RECHERCHE INNOVATION ET DEVELOPPEMENT (42 Rue de Longvic, F-21300 Chenove, FR) vaidlustusavalduse kaubamärgi HUUMAAR (taotluse nr M201500187) registreerimise otsuse tühistamiseks.

Vaidlustusavaldus on võetud tööstusomandi apellatsioonikomisjoni (edaspidi apellatsioonikomisjon) menetluse nr 1627 all.

Vaidlustusavalduse esitajat esindab patendivolnik Sirje Kahu. Taotlejat esindab patendivolnik Arvi Uukivi.

I Asjaolud ja menetluse käik

Eesti Kaubamärgi lehes nr 8/2015 avaldatud teate kohaselt on Patendiamet võtnud vastu otsuse registreerida kaubamärk HUUMAAR (taotluse nr M201500187) Baltas Pharma OÜ nimele. Kaubamärk on sõnaline tähis HUUMAAR.

Patendiameti otsuse kohaselt on kaubamärk registreeritud Patendiameti kaubamärgiregistris Nizza klassifikatsiooni klassides järgmiste kaupade ning teenuste suhtes:

Klass 5: Inhaleeritavad farmaatsiapreparaadid hingamisteede haiguste ja häirete raviks; meditsiinilised lahused ninakäikude puhastamiseks;

Klass 35: Reklaam, sh veebireklaam; reklaami- ja müügikampaaniad teenusena; näidiste (proovide) levitamine reklaami eesmärgil; turundusteenused; kaubandusvahendusteenused; allhanketeenused (ärialane abi); impordi- ja eksporditeenused; jae- ja hulgimüügiteenused (kolmandatele isikutele);

Klass 39: Kaupade pakkimine; kaupade pakendamine; kaupade ladustamine; kaupade edasitoimetamine; kaupade kättetoimetamine; kaupade transpordi korraldamine; kaupade transport.

16.10.2015 võttis apellatsioonikomisjon menetluse VIVATECH vaidlustusavalduse kaubamärgi registreerimise otsuse tühistamiseks. 18. märtsil 2016 teavitas vaidlustaja täiendavates seisukohtades apellatsioonikomisjoni, et vaidlustaja kontsernis on toimunud omandimuutused, mistõttu kaubamärk HUMER on läinud üle algselt omanikult VIVATECH ühingule LABORATOIRES URGO ning seejärel ühingule URGO RECHERCHE INNOVATION ET DEVELOPPEMENT. Euroopa Ühenduse kaubamärkide registris on vastav muudatus praeguseks registreeritud, rahvusvaheliste kaubamärkide registris on muudatuse registreerimine veel menetlemisel. Uus volikirikiri on lisatud. Kaubamärgi omandiõiguse muudatused on Patendiametis registreeritud. Sellest tulenevalt käsitleb apellatsioonikomisjon vaidlustajana kaubamärkide õigusjärglasena uut omanikku, so URGO RECHERCHE INNOVATION ET DEVELOPPEMENT .

Adress:
Tõnismägi 5a
15191 Tallinn

Telefonid:
6208201, 6208276
e-mail: toak@just.ee

Faks:
6208109
<http://toak.just.ee/>

II Vaidlustaja põhiseisukohad

Vaidlustusavalduse esitajale kuulub Euroopa Ühenduse registreeritud kaubamärk HUMER (sõna) klassi 5 farmaatsiatoodete, dermatoloogiliste toodete jt kaupade tähistamiseks (reg nr 011541431, esitatud 22.01.2013, registreeritud 08.02.2014, vaidlustusavalduse lisa 2), millel on rahvusvahelise registreeringu nr 0653111 alusel omandatud vanemus Eesti Vabariigis alates 08.03.2011 klassi 5 kaupade „meresoolavee lahused ninasõõrmete puhastamiseks“ suhtes (vaidlustusavalduse lisad 3 ja 4).

Kaubamärgiseaduse (edaspidi KaMS) § 11 lg 1 p 4 ja p 6 kohaselt on kaubamärk varasem, kui rahvusvahelise registreerimise kuupäev või prioriteedikuupäev on varasem, ja kui Ühenduse kaubamärgi määruse alusel registreeritud Ühenduse kaubamärgi taotluse esitamise kuupäev, prioriteedikuupäev või Eesti registreeringu alusel omandatud vanemuskupäev on varasem. Seega on vaidlustaja kaubamärk HUMER varasem taotleja tähisest HUUMAAR. Vaidlustusavalduse esitaja ei ole andnud taotlejale kirjalikku nõusolekut kaubamärgi HUUMAAR registreerimiseks Eestis ning seetõttu ei saa kohaldu KaMS § 10 lg 2, mis eemaldaks KaMS § 10 lg 1 p 2 ette nähtud õiguskaitsset välistava asjaolu.

Vaidlustusavalduse esitaja on seisukohal, et Patendiameti otsus ei ole õiguspärane ning rikut vaidlustusavalduse esitaja kui varasema kaubamärgi omaniku ainuõigust.

Nii vaidlustaja varasem kaubamärk HUMER kui taotleja kaubamärk HUUMAAR on sõnamärgid. Mõlemad tähised koosnevad ühest sõnast. Varasemas märgis on 5 tähte, vaidlustatud märgis 7 tähte. Neist 4 tähte on identsed ja paiknevad sõnas ka identsetel kohtadel – alguses (HU-), keskosas (-M-) ja lõpus (-R). Ainult 1 täht on lõpuosas erinev, vastavalt E tähises HUMER ning A tähises HUUMAAR.

Selliste tähiste eksikombel äravahetamine tarbija poolt võib olla tõenäoline, sest kaubamärkide sarnasuse hindamisel on olulisemad nende tähiste ühised elemendid. Erinevused, mida keskmine tarbija ei märka või ei mäleta, peaksid jääma tagaplaanile. Tähtis on ka tähiste struktuur – algusosad on olulisemad kui lõpuosas. Kui kahe tähise algusosad on väga sarnased või identsed, siis aetakse neid tähiseid suurema tõenäosusega segi, kui juhul, mil sarnasus on sõna lõpus. Käesoleval juhul on identsus nii tähiste algus-, kesk- ja lõpuosas. Vaidlustatud tähise visuaalset eristusvõimet ei suurenda vokaalide U ja A kahekordistamine. Tarbijal võib tõenäoliselt selline tähtede kordus märkamata jääda või mitte meelde jääda, see ei mõju erineva ega eristava elemendina. Arvestades eeltoodut on tähised visuaalselt väga sarnased.

Mõlemad võrreldavad kaubamärgid koosnevad 2 silbist, vastavalt „huu-maar“ ja „hu-mer“. Kuna varasem kaubamärk HUMER on veidi võõrapärase kõlaga, siis võib eesti tarbija selle esimest silpi hääldada mitte ainult lühikesena „humer“, vaid ka pikana „huumer“. Kõrvutades vaidlustatud kaubamärgi ja varasema kaubamärgi häälduse „huumaar“ ja „huumer“ on vaidlustatud kaubamärgi „huumaar“ foneetiline sarnasus veelgi ilmsem. Varasema kaubamärgi hääldus „humer“ või „huumer“ sisaldub peaaegu täielikuna hilisema märgi häälduses „huumaar“. Ka kuulmise järgi haarab tarbija tähelepanu vaidlustatud kaubamärgis selle esimene pool „huum“, hoolimata järgnevast 1 erinevast vokaalist. Veelgi enam – identne on ka sõna viimane häälik „r“. Tulenevalt eeltoodust on vaidlustusavalduse esitaja seisukohal, et tähis HUUMAAR on foneetiliselt niivõrd sarnane varasema kaubamärgiga HUMER, et on tõenäoline nende äravahetamine tarbija poolt.

Semantiline ja kontseptsiooniline võrdlus. Võrreldavatel tähistel puudub eestikeelne tähendus.

Vaidlustaja on seisukohal, et võrreldavad tähised on KaMS § 10 lg 1 p 2 tähenduses niivõrd sarnased, et on tõenäoline nende äravahetamine tarbija poolt, sealhulgas vaidlustatud tähise HUUMAAR assotsieerumine varasema kaubamärgiga HUMER. Äravahetamiseni sarnasuse hindamisel saab piisavaks lugeda juba tõenäosust, et tarbijad võivad antud kaubamärgid ära vahetada, sh neis tekitada assotsiatsioone. Euroopa Kohtu lahendite kohaselt tähendab tõenäoline kaubamärkide äravahetamine tõenäosust, et tarbija võib uskuda, et vaadeldavad kaubad pärinevad samalt ettevõtjalt.

Kaubamärkide äravahetamiseni sarnasuse hindamisel tuleb lähtuda üldisest hinnangust märkide visuaalsele, foneetilisele ja semantilisele sarnasusele ja hinnata neid kogumis. Aluseks tuleb võtta märkide üldmulje, arvestades seejuures eriti võrreldavate märkide eristusvõimelisi ja domineerivaid tunnusjooni. Keskmine tarbija tajub tavaliselt märki üldisena ning ei asu põhjalikult uurima selle üksikuid elemente (Euroopa Kohtu otsus asjas nr C-251/95, SABEL versus Puma, p 23).

Kaubamärkide sarnasuse võrdlemisel tuleb arvesse võtta ka seda, et keskmisel tarbijal on harva võimalik võrrelda märke kõrvuti ja seetõttu peab ta usaldama oma ebatäiuslikku mälu pilti nendest märkidest (Euroopa Kohtu otsus kohtuasjas nr C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer versus Klijsen Handel, p 26).

Eeltoodule tuginedes on Euroopa Kohus samas kohtuotsuses asunud seisukohale, et ka märkide sarnasus vaid ühest tajumisapektist, võib olla juba piisav käsitlemaks märke „äravahetamiseni sarnastena” (vt viidatud kohtuotsus Lloyd, p 28). Kuivõrd keskmine tarbija ei ole reeglina teostanud märkide otsest võrdlust (st võrrelnud reproduktsioone) ning ei ole uurinud, analüüsinud ega jätnud meelde üksikute märkide üksikuid koostiselemente, tuleb hindamisel lähtuda eelkõige tarbijale mällu „sööbivatest” märgi peamistest domineerivatest eristusjoontest.

Tulenevalt eeltoodust, hinnates võrreldavaid tähiseid nii visuaalsest kui foneetilisest aspektist, ja lähtudes seejuures tähiste üldmuljest, leiab vaidlustaja, et vaidlustatav tähis HUUMAAR on niivõrd sarnane varasema kaubamärgiga HUMER, et on väga tõenäoline nende äravahetamine tarbija poolt.

Mida sarnasemad on kaubamärgid, seda suurem peab olema erinevus kaupade/teenuste vahel ning vastupidi. Kuna võrreldavad tähised on niivõrd sarnased, siis peaksid nendega tähistatavad kaubad olema niivõrd erinevad, et ei toimuks tõenäolist kaubamärkide äravahetamist tarbijate poolt, sh nende assotsieerumist. Vaidlustatud kaubamärgiga soovitakse saada õiguskaitset identsete/samaliigiliste kaupade osas.

Arvestades võrreldavate kaubamärkide ilmset visuaalset ja foneetilist sarnasust, on suur tõenäosus, et üldsus peab vaidlustatud kaubamärki HUUMAAR varasema kaubamärgiga HUMER sarnaseks ja vaidlustatud kaubamärk meenutab tarbijale varasemat kaubamärki isegi kui neid segamini ei aeta (tõenäoline assotsieerumine). Kaubamärgiseaduse § 10 lg 1 p 2 mõttes on tõenäoline kaubamärkide äravahetamine tarbija poolt, sealhulgas kaubamärgi assotsieerumine varasema kaubamärgiga. Kaubamärgi HUUMAAR registreeringut taotletakse (lisaks teenustele muudes klassides) identsetele ja samaliigilistele kaupadele klassis 5, milleks on inhaleeritavad farmaatsiapreparaadid hingamisteede haiguste ja häirete raviks ning meditsiinilised lahused ninakäikude puhastamiseks.

Võrreldavate kaubamärkidega tähistatavatel kaupadel on sama olemus ja eesmärk (puhastada hingamisteid või ravida hingamisteede haigusi) ning sellest tulenevalt ka sama sihtgrupp (kõik inimesed) ning samad potentsiaalsed turustamiskanalid (apteegid, poed), reklaamikanalid. Arvestades võrreldavate kaubamärkide kaupade identsust ja samaliigilisust, suureneb kaubamärkide äravahetamise ja assotsieerumise tõenäosus veelgi. Hilisema kaubamärgi HUUMAAR seostamise tõenäosust varasema kaubamärgiga HUMER suurendab olulisel määral varasema kaubamärgi HUMER tuntus Eesti turul. Kaubamärgiga HUMER tähistatud tooted (peamiselt meresoolaveega ninaspreid) on olnud Eesti turul palju aastaid ning seda kaubamärki on aktiivselt reklaamitud erinevate kanalite kaudu. Kaubamärgiga HUMER tähistatud ninaspreid on üheks populaarseimaks tooteks külmetushaiguste ennetamisel ja ravis. Näiteks annab otsing sõnaga „Humer“ Eesti Ravimiinfo elektroonilises andmebaasis 1342 vastet ja tõenäoliselt on selle kaubamärgiga tähistatud tooted olemas igas Eesti apteegis, kindlasti aga on HUMER tooted esindatud igas apteegiketis (vt vaidlustusavalduse lisa 5). Eesti tarbijaskonnale suunatud HUMER tooteid ja nende omadusi tutvustav ja reklaamiv veebileht on kättesaadav aadressil www.humer.ee (vaidlustusavalduse lisa 6).

Kokkuvõtvalt on tõenäoline, et tarbijad, nähes või kuuldes identsete ja samaliigiliste kaupade pakkumisel varasema kaubamärgiga sarnast tähist, usuvad ekslikult, et ka viimatinimetatud tähise all turustatavaid kaupu pakub ning nende kvaliteedi eest vastutab vaidlustaja või temaga majanduslikult seotud ettevõtte. Taotletav kaubamärk rikub vaidlustaja varasemaid kaubamärgiõigusi. Kuna vaidlustaja ei ole andnud taotlejale nõusolekut äravahetamiseni sarnase, assotsieeruva tähise kaubamärgina registreerimiseks, esinevad vaidlustatud tähise osas KaMS § 10 lg 1 p 2 sätestatud õiguskaitse andmist välistavad asjaolud ning Patendiameti otsus nimetatud kaubamärgile õiguskaitse andmise kohta klassi 5 kaupade tähistamiseks on seetõttu ebaõige.

III Taotleja seisukohad

Taotleja vaidleb vaidlustusavaldusele vastu. Taotleja ei nõustu vaidlusavalduses esitatud seisukohtadega ja märgib järgmist. Vaidlusavalduse rahuldamiseks, mis tugineb KaMS § 10 lg 1 p 2, peavad olema täidetud samaaegselt järgmised eeldused:

- 1) vaidlustaja kaubamärk peab olema varasem taotleja kaubamärgist;
- 2) võrreldavad kaubamärgid peavad olema identsed või sarnased visuaalsest, foneetilisest ja kontseptuaalsest seisukohast lähtudes;
- 3) võrreldavate kaubamärkide tähistatavad kaubad või teenused peavad olema identsed või samaliigilised;
- 4) peab esinema tõenäosus võrreldavate kaubamärkide äravahetamiseks tarbija poolt.

Vaidlustaja kaubamärk HUMER on KaMS § 11 lg 1 p 4 ja p 6 kohaselt varasem kaubamärk. Vaidlustaja kaubamärgi varasemus ei oma tähtsust, kui ei ole täidetud muud tingimused KaMS §10 lg 1 p 2 rakendamiseks. Kaubamärgid ei ole visuaalselt äravahetamiseni sarnased. Vaidlustaja on kaubamärkide visuaalsel võrdlemisel lähtunud põhimõtteliselt väärast seisukohast. Vaidlustaja on hinnanud ravimite kaubamärke nagu laiatarbekaupade kaubamärke. Laiatarbekaupade kaubamärkide äravahetamiseni sarnasuse tõenäosuse igakülgse hindamise raames eeldatakse, et asjaomaste kaupade keskmine tarbija on piisavalt informeeritud, keskmiselt tähelepanelik ja arukas.

Ravimid ei ole laiatarbekaup, millele puhul on tarbija keskmiselt tähelepanelik. Ravimite keskmine tarbija on hästi informeeritud ja eriti tähelepanelik ja arukas (taotleja seisukoha Lisa 1 - Euroopa Üldkohtu otsus T-256/04, 13.02.2007 RESPICORT vs RESPICUR, p 46-47). Ravimite puhul loetakse väljakujunenud kohtupraktika kohaselt keskmise tarbija hulka nii patsiendid kui ka meditsiiniprofessionaalid (arstid ja apteekrid). Kusjuures meditsiiniprofessionaalile on omane eriti kõrge tähelepanelikkus ravimite väljakirjutamisel, pole vahet kas on tegu retseptiravimite või käsimüügiravimitega. Mis puutub mitteprofessionaalidesse, siis ka nemad näitavad üles ravimite suhtes kõrgendatud tähelepanelikkust, hästi informeeritust ja arukust, sest ravimid mõjutavad nende või nende lähedaste tervist ja isegi elu. Pole vahet kas tegu on retseptiravimi või käsimüügiravimiga. Senises vaidluspraktikas on seisukoht, et ravimi tarbija tähelepanu on keskmisest kõrgem ka siis, kui tegu on käsimüügiravimitega (taotleja seisukoha Lisa 2- R581/2104-2 18.02.2015, FOLAVIT vs FOLASSIST , p 22-23; taotleja seisukoha Lisa 3- T-331/09, 15.12.2010, TONOPAN vs TOLPOSAN, p. 26).

Ravimite keskmine tarbija on harjunud olukorraga, et ravimitel on sageli üsna sarnased nimetused. Senine vaidluspraktika tõendab, et ravimi nimetuste erinevus võib näiteks seisneda üksnes paaris tähes nimetuse keskel, kusjuures muud tähed, sealhulgas ravimite nimetuste esimene ja viimane täht, võivad olla identsed. Arvestades asjaolu, et ravimite keskmine tarbija on hästi informeeritud ja eriti tähelepanelik ja arukas, siis kaubamärkide äravahetamist ja sealhulgas assotsiseerumist ei loeta isegi mõnede elementide identsuse puhul tõenäoliseks (taotleja seisukoha Lisa 4, T-1385 9.10.2008, SENSIVA vs SENSEA p 26-27; TOAK-i otsus nr 1351-o, 26.08.2013, PANTOPAC vs PANTOSEC; TOAK-i otsus nr 1303-o, 20.12.2013, FORMI vs FORTI).

Vastandatud kaubamärkides HUMER ja HUUMAAR on ühiseid tähti. Ka mõlema kaubamärgi algustäht ja lõputäht on identsed, kuid see ei anna alust teha järeldust, et ravimite keskmise tarbija jaoks Eestis on kaubamärgid äravahetamiseni sarnased, sealhulgas assotsiseeruvad. Vaidlustaja ei ole pööranud tähelepanu sellele, et taotleja kaubamärk on keskmise pikkusega sõna (7 tähte), kuid vaidlustaja kaubamärk oluliselt lühem (5 tähte). Mõlemad kaubamärgid on lühikesed kahesilbilised sõnad, kuid nende pikkuse ja üldmulje erinevus on selgelt tajutav, täpsemalt, silmatorkav.

Vastandatud sõnamärkide lühidus muudab nende täpse eristamise ja meeldejätmise lihtsaks. Tuleb arvestada sellega, et väikesed erinevused lühikestes sõnades viivad sageli erineva üldmuljeni, sest mida lühem on sõna, seda hõlpsam on tajuda iga üksikut tähte. Vaidlustaja ei ole võrrelnud kaubamärke tervikuna, ei ole arvestanud nende pikkuse erinevust, ei ole võtnud arvesse dominante UU ja AA taotleja kaubamärgis ning asjaolu, et taotleja kaubamärgis puudub üldse täht E. Lisaks kaubamärkide kui tervikute pikkuse erinevusele, on oluline, et vaidlustaja kaubamärgi esimeses silbis HU- on üks U, kuid taotleja kaubamärgi, kui liitsõnalise kaubamärgi esimeses ühesilbilises lihtsõnas, sõnas HUU, on topeltvokaal UU. Lisaks sellele vaidlustaja kaubamärgi teises ja ühtlasi viimases silbis -MER on täht E, kuid vaidlustaja kaubamärgis on teises ühesilbilises lihtsõnas MAAR topeltvokaal AA, mille tõttu taotleja kaubamärk ja vaidlustaja kaubamärk on asjaomase tarbija jaoks tervikuna visuaalselt ja foneetiliselt selgelt eritatavad. Topeltvokaalid ravimite nimetustes on harukordsed. Keskmisest kõrgema tähelepanelikkusega, hästi informeeritud ja arukas eesti keelt valdav ning Euroopas ja Eestis enamlevinud võõrkeeltega kokkupuutunud tarbija käsitleb tõenäoliselt taotleja kaubamärki HUUMAAR kui uudset liitsõna, mis koosneb hüüdsõnast HUU ja nimisõnast MAAR.

Seejuures vaidlustaja kaubamärgi HUMER visuaalne pilt osutab võõrkeelsele sõnale, täpsemalt prantsusekeelsele sõnale. Vaidlustaja ravimi pakendil olev info (vt. vaidlustusavalduse lisa 5) annab teada, et tegu on Prantsusmaalt pärit kaubaga. Sellest infost saab kinnitust tõdemus, et kaubamärki HUMER peaks käsitlema prantsusekeelse sõnana. Vaidlustaja järelendus on ekslik, et vastandatud kaubamärgid on visuaalselt väga sarnased. Ravimite nimetuste seas esineb küllaltki palju sarnaseid nimetusi. Kuid arvestades asjaomast tarbijaskonda on taotleja hinnangul vastandatud kaubamärkide visuaalse eristatavuse tase normaalne.

Taotleja on seisukohal, et vastandatud kaubamärkide visuaalsed sarnasused on väiksemad võrreldes tähiste erinevustega. On vähetõenäoline, et ravimite keskmise tarbija mälu pildis võiks vastandatud kaubamärkide juures jäädvustuda vaid kaubamärkide algusosa HU, viimane täht R ja kesksosas paiknev täht M, mille tõttu oleks tõenäoline kaubamärkide äravahetamine. Isegi kui tarbija tajuks teatud sarnasuse olemasolu kaubamärkide vahel, ei tähenda see kaubamärkide äravahetamist. Hästi informeeritud ja keskmisest tähelepanelikum ravimite keskmine tarbija tähtsustab ravimi nimetust kui tervikut ega lase ennast ravimite nimetuste ühistest elementidest end eksitada ega hakka tõenäoliselt üksikute sarnaste elementide baasil looma meelevaldseid seoseid ravimite vahel.

Kuna ravimite nimetused sisaldavad väga tihti ühiseid elemente, sealhulgas identseid algusosi ja lõputähti, siis asjaomane tarbija teab, et ravimi nimetuste täpne kasutamine on enesestmõistetav. Mõne tähe erinevus on täiesti piisav asjaomasele tarbijale ravimi nimetuste visuaalseks ja foneetiliseks eristamiseks.

Kaubamärgid ei ole foneetiliselt äravahetamiseni sarnased. Vaidlustaja kaubamärgi HUMER visuaalne pilt osutab võõrkeelsele sõnale, täpsemalt prantsusekeelsele sõnale. Sellele viitas ka vaidlustaja oma vaidlusavalduses. Vaidlustaja ravimi pakendil olev informatsioon (vt. vaidlustusavalduse lisa 5) annab kinnitust, et tõdemus, et HUMER on prantsusekeelne sõna, on õige.

Kuigi prantsuse keele oskus ei ole ravimi keskmine tarbijate hulgas Eestis nii laialdane kui näiteks inglise keele oskus, siiski teatakse üsna hästi prantsuse keele häälduse üldisi põhimõtteid, mille hulka kuulub see, et rõhk langeb sõna lõpuosale ja kaashäälikuid sõna lõpus üldiselt ei hääldata, kuid kaashäälikud võivad muuta neile eelneva täishääliku hääldust. Teatakse, et täht r sõna lõpul ja tähte h sõna algul ei hääldu, kui just eelneval täishäälikul ei ole aktsendimärki. Isegi kui ravimi keskmine tarbija Eestis ei tea prantsusekeelsete sõnade häälduse kõiki nüansse, siis tõenäoliselt ta ikkagi teab, kuidas hääldatakse prantsuse kirjanike Alexandre Dumas ja Viktor Hugo nimesid ja oskab seda teadmist analoogia põhjal rakendada teistele prantsusekeelsetele sõnadele, sealhulgas sõna HUMER hääldusele. Tuleb arvestada seda, et kuigi suur osa asjaomasest tarbijaskonnast ei pruugi prantsuse keelt osata, on tegu tarbijaskonnaga, kes on keskmisest kõrgema tähelepanelikkusega, hästi informeeritud ja arukas, kes on kokku puutunud prantsuse keelega kui mitte koolis, siis meedia vahendusel, reisil või tööl. Tõenäoliselt ravimi keskmine tarbija Eestis ei hääldaks vaidlustaja kaubamärki HUMER eesti keele hääldusreeglite vaid prantsuse keelele omaselt *ū mé*, kusjuures täht h sõna algul ja täht r sõna lõpul ei hääldu, rõhk langeb sõna lõpuosale, antud juhtumil sõna teisele silbile, täht m hääldub helisevalt ning sellele järgnev täht e hääldub kinniselt.

Taotleja kaubamärgi HUUMAAR häälduspilt on aga järgmine: *uú maar*. Kuna tegu on liitsõnaga, siis rõhk on mõlema liitsõna algul. Mõlemad liitsõnad tuleb rõhuliselt välja hääldada. Sõna huu algul olev täht h ei hääldu. Rõhk on sõna huu algul. Täht u hääldatakse pikalt kuna kirjepildis on tegu topeltvokaaliga uu.

Seejärel tuuakse kuuldavale sõna maar, kusjuures rõhk on sõna maar algul. Kõik tähed sõnas maar hääldatakse välja, kusjuures täht a hääldatakse pikalt kuna kirjpildis on tegu topeltvokaaliga aa ja sellele järgnev täht r hääldatakse heliliselt.

Seega, vaidlustaja kaubamärk HUMER hääldatuna prantsuse keele hääldusele omaselt [ümé] on foneetiliselt täielikult erinev taotleja kaubamärgist HUUMAAR [uú maar].

Isegi, kui ravimi keskmine tarbija Eestis hääldaks vaidlustaja kaubamärki millegipärast eesti keele häälduse kohasel (mida taotleja peab vähe tõenäoliseks), ei kõlaks vokaal u selles mitte pikalt nagu vaidlustaja on ekslikult märkinud. Eesti keelele ja prantsuse keelele on ühine see, et täht h sõna algul ei hääldu, kuid erinevus selles, et eesti keeles hääldusreeglite kohaselt tulevad kõik ülejäänud tähed, sealhulgas täht r, sõna lõpul selgelt välja hääldada. Seega eesti keele hääldusreeglite kohaselt hääldatuna on vaidlustaja kaubamärk umer. Rõhk on tingimata sõna alguses ja kõik häälikud lühikesed. Vaidlustaja kaubamärk HUMER hääldatuna eesti keele hääldusele omaselt [umer] on foneetiliselt täielikult erinev taotleja kaubamärgist HUUMAAR [uú maar].

Taotleja kaubamärgi HUUMAAR kirjpildist tulenevalt järeldub, et tegu on eesti keelele omase liitsõnaga, mis koosneb sõnast "huu" ja „maar.“ Ühesilbilistest sõnadest koosneva liitsõna korrektseks suuliseks esitamiseks on vaja tavalisest suuremat foneetilist pingutust, sest rõhk on mõlema sõna algul. Topeltvokaalid uu ja aa tuleb tingimata pikalt hääldada, kusjuures r sõna „maar“ lõpul tuleb samuti selgelt välja hääldada. Foneetiline pingutuse efekt seisneb selles, et sissehingamisel tuuakse esile pikk „uu“ ja väljahingamisel „ maar.“

Taotleja on seisukohal, et vastandatud kaubamärkidel puudub foneetiline sarnasus täielikult. Vastandatud kaubamärgid on foneetiliselt selgesti eristuvad. Pole tõenäoline, et ravimite keskmine tarbija Eestis vastandatud kaubamärgid foneetilisest kõlast lähtudes äravahetaks.

Kaubamärkide semantiline erinevus. Prantsusekeelne sõna `humer` omab K.Kann Prantsuse-eesti sõnaraamatu (taotleja seisukoha Lisa 8) järgi eesti keeles kahte tähendust: 1) rüüpama; 2) sisse hingama. Huu on hüüdsõna, hüüatus. Näiteks : Huu, kui külm! (taotleja seisukoha Lisa 9 - Eesti õigekeelsussõnaraamat. ÕS 2006, lk 213). Sõna maar tähistab eesti keeles vulkaanilist lehtrit (taotleja seisukoha Lisa 9 - Eesti Õigekeelsussõnaraamat ÕS 2006, Tln., 2006.lk.510). Otepääl asub eriti puhkajate ja kalastajate seas tuntud Maari järv. Kuid sõna maar on tuntud ka kui ving. (taotleja seisukoha Lisa 10- Väike murdesõnastik 2. Tln, Valgus, 1982. lk. 7). Maar on ving ehk halb lehk. Eesti Isikuloalise Indeksi järgi on Maar tuntud Eestis perekonnanimena (73 erinevat kirjet). Kaubamärk HUUMAAR on liitsõna, mis on moodustatud sõnadest huu ja maar. Sõna huumaar näib kandvat kontseptsiooni Huu, milline maar! ehk Huu, milline ving! Ving on halb lehk. Kuid sõna maar teist tähendust arvestades Huu, milline vulkaaniline lehter! Taotleja kaubamärgi kontseptsiooniks näib olevat suunata patsienti tegema vokaalseid hingamisharjutusi tuues sissehingamisel pikalt esile huu ja väljahingamisel maar. Vaidlustaja kaubamärgil HUMER semantiline tähendus on 1) rüüppamine; 2) sisse hingamine. Nii nagu mõisted ving ja rüüppamine või ving ja sisse hingamine, või siis jälle vulkaaniline lehter ja rüüppamine; vulkaaniline lehter ja sisse hingamine kannavad erinevat tähendust, nii kannavad ka kaubamärgid HUMER ja HUUMAAR erinevat tähendust ega ole omavahel tähenduslikult kattuvad või segiaetavad. Taotleja on seisukohal, et vastandatud kaubamärgid HUMER ja HUUMAAR nii semantiliselt erinevad kui ka kontseptsiooniliselt erinevad.

Vaidlustaja väide, et võrreldavatel kaubamärkidel puudub keskmise tarbija jaoks Eestis tähenduslik külg, mille tõttu ei saa neid semantilisest aspektist lähtudes võrrelda, on väär. Isegi, kui asjaomane tarbija ei tea, milline on sõna HUU, MAAR, HUUMAAR või HUMER semantiline tähendus, siis ei tähenda, see seda, et ta eitaks nende sõnade semantilist tähendust üldse, või et ta peaks sõnu HUUMAAR ja HUMER semantiliselt sarnasteks.

Isegi kui tarbija ei tea kummagi kaubamärgi ehk kummagi sõna tähendust (mida taotleja ei pea tõenäoliseks), siis ometigi on väheusustav, et ta peaks vastandatud kaubamärke semantiliselt identseteks või sarnasteks.

Vaidlustaja on seisukohal, et hilisema kaubamärgi HUUMAAR äravahetamise tõenäosust varasema kaubamärgiga HUMER suurendab olulisel määral varasema kaubamärgi HUMER tuntus Eesti turul.

Vaidlustaja sõnul on kaubamärk HUMER Eesti turul tuntud, sest on olnud Eesti turul palju aastaid ja seda kaubamärki reklaamitud erinevate kanalite kaudu. Vaidlustaja märgib, et tõenäoliselt on selle kaubamärgiga varustatud tooted igas Eesti apteegis ja lisab, et otsing sõnaga „Humer“ Eesti Ravimiinfo elektroonilises andmebaasis annab tulemuseks 1342 vastet ning HUMER kaubamärgiga varustatud toodete omadusi tutvustav ja reklaamiv veebileht on kättesaadav veebiaadressil www.humer.ee.

Taotleja on seisukohal, et vaidlustaja poolt esitatud andmed, viited ja vaidlusavaldusele lisatud lisad tõendavad üksnes seda, et kaubamärk Humer on Eesti ravimiturul, kuid ei tõenda kaubamärgi HUMER tuntuse astet Eesti ravimiturul. Ei tõenda näiteks seda, et kaubamärki HUMER kandvad ülemiste hingamisteede haiguste ja häirete raviks mõeldud farmaatsiapreparaadid ja merevee-põhised lahused ninasõõrmete puhastamiseks oleks olnud tuntud enne 17.02.2015 valdavale osale nimetatud ravimite tarbijatest Eestis. Teatavasti tuleb kaubamärgi tuntuse kindlaksmääramisel arvestada kõigi asjaomaste faktoritega, sealhulgas kaubamärgi poolt hõlmatud turuosa, kaubamärgi kasutamise intensiivsust, geograafilist levikut ja kasutamise kestvust ning investeeringuid, mis on tehtud kaubamärgi reklaamimiseks. Vaidlustaja poolt esitatu ei võimalda teha järeldust, et kaubamärk HUMER oleks omandanud Eestis hea reputatsiooni või laia tuntuse ning seeläbi kõrgendatud eristusvõime.

Vaidlustaja väited, sealhulgas fotod kaubamärki HUMER kandvatest toodetest, ei tõenda, et kaubamärk HUMER oleks tegelikult tuntud valdavale osale asjaomastest tarbijaskonnast Eestis. Viited kaubamärki HUMER kandvate toodete reklaamile ja apteekides müügil olekule, ei anna tõendeid selle kohta, milline on kaubamärgi HUMER tuntuse tase ega seda, kas nimetatud kaubamärk on tuntud märkimisväärsele osale asjaomaset tarbijaskonnast. Asjaolu, et asjaomane tarbija on kaubamärgist HUMER teadlik, on sellest kuulnud, on seda näinud või/ja seda tarbinud, ei tõenda kaubamärgi tuntuse astet võrreldes teiste analoogsete kaupade seas Eesti ravimiturul. Järelikult, varasema kaubamärgi eristatavuse hindamisel peab lähtuma eristusvõimest, mis on omane sellele kaubamärgile iseenesest.

Võib eeldada, et varasemal kaubamärgil HUMER on vaidlust puudutavate kaupade, hingamisteede haiguste ja häirete raviks mõeldud farmaatsiapreparaadid ja merevee-põhised lahused ninasõõrmete puhastamiseks, suhtes keskmise asjaomasele tarbija jaoks ravimi manustamise viisile viitav tähendus, kuna sõna humer kannab tähendusi rüüpamine või sisse hingamine. Mõlemad tähendused viitavad hingamisteede ravimi kasutusviisile, rüüpamisele või sisse hingamisele. Ka puudub kaubamärgil HUMER omandatud eristusvõime. Omandatud eristusvõimest saaks rääkida näiteks siis, kui kaubamärk HUMER

oleks omandanud asjaomase tarbijaskonna jaoks Eestis kasutamise tulemusena sekundaarse tähenduse. Seega ei saa kaubamärki HUMER lugeda normaalse eristusvõimega tähiseks, vaid normaalsest väiksema eristusvõimega tähiseks.

Seevastu taotleja kaubamärk HUUMAAR ei ole Eesti asjaomase tarbija jaoks tavaline ja lihtsalt mõistetav, vaid temas on olemas eripära, mis nõuab tarbijalt tõlgendamist ja pingutamist, kuid tänu sellele on see kaubamärk hästi meelde jääv ja eristatav vaidlustaja kaubamärgist.

Taotleja kaubamärk HUUMAAR hõlmab kaupu inhaleeritavad farmaatsiapreparaadid hingamisteede haiguste ja häirete raviks, mis tähendab seda, et tegu on gaasina või aerosoolina sissehingatavate farmaatsiapreparaatidega, mis on mõeldud hingamisteede haiguste kui ka hingamisteede häirete raviks.

Vaidlustaja kaubamärgi kaupade loetelus võib taotleja eelnimetatud kaubale lähimaks kaubaks lugeda farmaatsiatooted ülemiste hingamisteede haiguste raviks, v.a. farmaatsiatooted autoimmuunhaiguste raviks. Kuigi vaidlustaja kaubamärgi loetelus on veel palju muid kaupu. Kuna inhaleeritavad farmaatsiapreparaadid hingamisteede haiguste ja häirete ravi puhul tuleb silmas pidada hingamissüsteemi, nii alumist kui ka ülemist hingamissüsteemi, siis on võimatu teha järeldust, et farmaatsiatooted ülemiste hingamisteede haiguste raviks, v.a. farmaatsiatooted autoimmuunhaiguste raviks, hõlmavad inhaleeritavaid farmaatsiapreparaate, mis on mõeldud kogu hingamisteede raviks.

Samuti on võimatu väita vastupidist, et hingamisteede raviks mõeldud inhaleeritavad farmaatsiapreparaadid hõlmaks kõiki farmaatsiatoteid ülemiste hingamisteede raviks, v.a. farmaatsiatooted autoimmuunhaiguste raviks. Seega tuleb järeldada, et nimetatud kaubad on samaliigilised kuid mitte identsed. Peale selle hõlmab taotleja kaubamärk meditsiinilisi lahuseid ninakäikude puhastamiseks. Vaidlustaja EÜ kaubamärgi nr 011541431 kaupade loetelus vastab taotleja eelnimetatud kaubale mereveepõhised lahused ninasõõrmete puhastamiseks.

Vaidlustaja rahvusvaheline kaubamärk IR nr 0653111 aga on meresoolavee lahused ninasõõrmete puhastamiseks. Meditsiinilised lahused ninakäikude puhastamiseks hõlmavad üldjuhul mereveepõhiseid kui ka meresoolavee lahuseid ninakäikude, sealhulgas ninasõõrmete puhastamiseks. Seetõttu tuleb järeldada, et nimetatud kaupade osas on identsus olemas. Vaidlustaja väide, et osaliselt on kaubad identsed ja osaliselt samaliigilised, on õige.

Asjaomane tarbijaskond- tähelepanelikkuse aste. Senises vaidluspraktikas on seisukoht, et ravimi tarbija tähelepanu on suhteliselt kõrge, vaatamata sellele, et tegu pole retseptiravimitega (taotleja seisukoha Lisa 2- R581/2104-2 18.02.2015, FOLAVIT vs FOLASSIST, p 22-23; taotleja seisukoha Lisa 3- T-331/09, 15.12.2010, TONOPAN vs TOLPOSAN, p. 16). Kuna asjaomane keskmine tarbija on arukas, keskmiselt kõrgema tähelepanelikkusega, hästi informeeritud, eriti ettevaatlik, siis pole tõenäoline, et ta vaidlustatud kaubamärgid äravahetaks, või seostaks vaidlustaja kaubamärki taotleja kaubamärgiga arvates, et need võivad pärineda mõlemad vaidlustajalt, või arvata, et ettevõtete vahel on majanduslik seos.

Kaubamärkide igakülgne hindamine. Vaatamata kaupade identsusele või samaliigilisusele on kaubamärkide ärahetamise tõenäosus, sealhulgas assotsieerumise tõenäosuse asjaomase keskmise tarbija poolt välistatud, kui on olemas kaubamärkide visuaalne, foneetiline ja kontseptuaalne erinevus (taotleja seisukoha Lisa 11- R-2667/2014-2, 15.07.2015, p 71) . Arvestades asjaomase tarbijaskonna

keskmisest kõrgemat tähelepanelikkust, hästi informeeritust ja arukust, kaubamärkide üldmulje erinevusi, taotleja kaubamärgi dominantelemente ja dominantelemendi puudumist vaidlustaja kaubamärgis, kaubamärkide visuaalse sarnasuse madalat astet, foneetilise sarnasuse ja semantilise sarnasuse puudumist ja varasema kaubamärgi normaalsemat väiksemat eristusvõimet, tuleb hoolimata kaupade identsusest või samaliigilisusest, välistada vastandatud kaubamärkide äravahetamine, sh assotsieerumine, asjaomase tarbijaskonna poolt.

Kuigi on teada, et üldiselt pöörab tarbija enam tähelepanu kaubamärgi algusele kui lõpule, ei saa seda rakendada iga juhtumi korral, iga juhtumi korral on vaja rõhutada põhimõtet, et kaubamärkide sarnasuse hindamisel tuleb võtta arvesse nende kaubamärkide kui terviku üldmulje ning mitte analüüsida nende erinevaid osi (taotleja seisukoha Lisa 11- R-2667/2014-2, 15.07.2015, p 39). Kui kaubamärgiks on sõnaühend või liitsõna, siis tarbija lahutab sõnaühendi või liitsõna erinevateks lihtsõnadeks ja mäletab kaubamärki kui sõnaühendit või liitsõna, mis on moodustatud lihtsõnade liitmise teel (taotleja seisukoha Lisa 11- R-2667/2014-2, 15.07.2015, p 45). Vaatamata mõnedele korduvatele tähtedele on asjaomase keskmise tarbija jaoks kaubamärgi HUMER assotsieeruvus kaubamärgiga HUUMAAR sama hea kui olematu.

Asjaomase keskmise tarbija jaoks on vastandatud kaubamärkide visuaalne sarnasuse aste alla keskmise ehk nõrk, foneetiline ja semantiline sarnasus puuduvad. Kuigi vastandatud kaubamärkide visuaalne nõrk sarnasus on olemas, ei oma teatud sarnasus ravimite nimes määravat tähtsust. Sarnaseid nimetusi ravimite puhul on üsna palju. Teatakse, et eksimus ravimi nimes võib kaasa tuua ränku tagajärgi. Seetõttu pööratakse erilist tähelepanu ravimi nimede täpsele esitusele. See põhimõte kehtib ka käsimüügiravimite puhul.

Patendiameti otsus registreerida kaubamärk HUUMAAR, taotluse nr M201500187, klassis 5 - inhaleeritavad farmaatsiapreparaadid hingamisteede haiguste ja häirete raviks; meditsiinilised lahused ninakäikude puhastamiseks, Baltas Pharma OÜ nimele on kooskõlas KaMS §10 lg 1 p 2. Vaidlusavaldus tuleb jätta rahuldamata. Patendiameti otsus taotleja kaubamärgi registreerimise kohta tuleb jätta jõusse.

IV Vaidlustaja täiendavad seisukohad

Vaidlustaja ei nõustu taotleja seisukohaga, et kaubamärk HUUMAAR on piisavalt erinev kaubamärgist HUMER nii visuaalsest, foneetilisest kui semantilisest aspektist, et välistada hilisema kaubamärgi HUUMAAR assotsieerumine varasema kaubamärgiga HUMER. Tähiste võrdluses on ebakohane lähtuda sellest, et Eesti inimesed oskavad prantsuse keelt ja selle hääldamisreegleid nii, et nad vaidlustaja kaubamärgi HUMER puhul lähtuksid just prantsusekeelsest hääldusest. Tavaelus ei ole keskmine Eesti inimene võimeline seostama sõna HUMER prantsuse keele ja selle hääldamisreeglitega. Taotleja väiteid, mis tulenevad kaubamärgi prantsuse keele hääldusest, ei saa arvestada, sest Eesti asjaomane üldsus ei koge kaubamärki HUMER prantsuse sõnana ega oska ka tõenäoliselt seda prantsuse keele reeglite kohaselt hääldada.

Tõene ei ole taotleja väide, et eesti keeles sõna alguses „h“-häälikut ei hääldata. Vaidlustaja jääb oma seisukoha juurde, et Eesti asjaomase üldsuse jaoks on kõnealuste kaubamärkide hääldus vastavalt eesti keele hääldusreeglitele „huumaar“ ja „humer“ või „huumer“.

Tähiste semantilises võrdluses on samuti Eesti tarbijale prantsuse keele oskuste omistamine ebakohane. On vägagi tõenäoline, et Eesti asjaomane üldsus ei loo seoseid sõna HUMER võimaliku prantsusekeelse tähendusega.

Kaubamärkide võrdlemisel tuleb lähtuda registreeringus esitatud kaubamärgi reproduktsioonist, mitte praktikas kasutatavast pakendist, nagu taotleja on oma vastuse väited esitanud leheküljel 7 (viimane lõik).

Taotleja poolt välja toodud seisukoht, et talle kuuluv kaubamärk HUUMAAR on eestikeelne tähendusega liitsõna, ei ole aktsepteeritav. Taotleja poolt toodud järeldesteni sõna „huumaar“ tähenduse osas ei jõua suure tõenäosusega ükski asjakohase üldsuse esindaja. Vaidlustaja jääb oma seisukoha juurde, et mõlemad võrreldavad tähised on Eesti asjaomase tarbija jaoks tähenduseta sõnad.

Taotleja on oma vastuses toonud hulgaliselt näiteid erinevatest lahenditest, kuid nendes esitatud arutluskäikude refereeringuid ei saa selles konkreetsetes vaidluses otseselt arvestada, kuna iga käsitletava juhtumi asjaolud ja kaalukeeled on siiski erinevad. Samuti pole antud vaidluses küsimus sellest, milliste tähistega assotsieerub varasem tähis HUMER (taotleja pakutud HUMMER), vaid kas taotleja märk HUUMAAR seostub kaubamärgiga HUMER.

Tähiste visuaalse võrdluse osas toob vaidlustaja veel välja, et tänapäevases kiires kirjalikus suhtluses, nt mobiiltelefoni sõnumitega, on järjest sagedasem vokaalide välja jätmine – näiteks „palun“ asemel „pln“, „Tallinn“ asemel „Tln“ jne. Inimesed hoomavad ka üksnes konsonantide abil kogu sõna, eriti kui see esineb teatud kontekstis. Kõnealusel juhul, kus võrdluses on tähised HUMER ja HUUMAAR, jääksid mõlema sõna puhul alles identsed konsonandid „hmr“ ning see võib mõjutada asjaomase üldsuse taju neist kaubamärkidest ja hilisema tähise seostamist varasemaga. Üldpildis võivad eristuda just need tähed.

Vaidlustaja soovib täpsustada, et taotleja kaubamärgi HUUMAAR registreeringus toodud kaupu inhaleeritavad farmaatsiapreparaadid hingamisteede haiguste ja häirete raviks on oma olemuselt ja kasutuseesmärgilt niivõrd sarnased, et neid võiks lugeda ka identseks vaidlustaja EÜ kaubamärgi HUMER registreeringus nr 011541431 märgitud kaupadega farmaatsiatooted ülemiste hingamisteede haiguste raviks, v.a farmaatsiatooted autoimmuunhaiguste raviks, kuna taotleja kaubad erinevad vaidlustaja kaupadest vaid vähesel, mitteolulisel määral. Kaubamärkide õiguskaitse ulatuse ja eristatavuse seisukohast ei ole suur erinevus, kui mõlema kaubad puudutavad sama toimetemehhansimiga (inhaleeritavat) ravimit, mis on mõeldud sama elundisüsteemi (hingamisteed) jaoks. See, et taotleja kaubad hõlmavad ka alumisi hingamisteid, ei ole õiguskaitse ulatuse seisukohast määrav. Kui ka peaks kaupu lugema mitteidentseiks, siis on nende sarnasus väga tugev. Taotleja kaubad meditsiinilised lahused ninakäikude puhastamiseks on identsed vaidlustaja kaupadega mereveepõhised lahused ninasõõrmete puhastamiseks (EÜ kaubamärk nr 011541431) ja meresoolavee lahused ninasõõrmete puhastamiseks (rahvusvahel. reg nr 0653111).

Põhjendamatud on taotleja väited, et vaidlustaja varasem kaubamärk HUMER ei oma suuremat eristusvõimet, vaid on koguni pigem väikese eristusvõimega tähis. Nagu eespool toodud, ei koge Eesti asjaomane üldsus kaubamärki HUMER prantsusekeelsena ning veelgi enam ei seosta Eesti tarbija kaubamärki HUMER selle sõna prantsusekeelse tähendusega, mis võiks viidata kaupade olemusele.

Kaubamärgiga HUMER tähistatud tooted on olnud Eesti turul enne taotleja kaubamärgi HUUMAAR taotluse esitamist järjepidevalt üle kümne aasta, juba 2001. aastast alates, s.o 14 aastat enne kaubamärgi HUUMAAR taotluse esitamist. Samuti nähtub tõenditest kaubamärgi HUMER järjepidev, ulatuslik ja intensiivne kasutamine kuni tänase päevani. HUMER toodetel on hea maine ning neid soovitatakse erialaspetsialistide poolt. Vaadeldes tõendusmaterjale, siis võib väita, et on väga tõenäoline, et see, kellel on nohu olnud, teab ka kaubamärki HUMER ja see tähendab päris suurt hulka inimesi, mille usutavuse jaoks pole ilmselt tõendeid vaja. Kaubamärk HUMER on Eestis hästi tuntud nii eriala professionaalide kui tarbijate seas. Seda tõendavad muu hulgas alljärgnevad materjalid, milles erialaspetsialistid soovitavad hingamisteede haiguste raviks ja ennetamiseks just HUMER tooteid: internetis avaldatud Eesti Ravimiameti ja Eesti perearstide soovitused gripi ja külmetushaiguste raviks; erinevates meediakanalites vahendatud arstide ja apteekrite soovitused külmetushaiguste ennetamiseks ja raviks (täiendavate seisukohtade lisa 2). Eesti kaks apteegiketti (Apotheka ja BENU) pakuvad vastsündinud laste peredele tasuta nõ beebipakki, mis sisaldavad erinevaid lapse hoolduseks ja ravimiseks vajalikke tooteid. Kaubamärgiga HUMER tähistatud toode (mereveelahu ninaõõnsuste puhastamiseks) on mõlema apteegiketi poolt pakutavas pakis – vt Apotheka tasuta beebipaki sisu kirjeldus (täiendavate seisukohtade lisa 3.1) ja BENU Apteegi tasuta beebipakk (täiendavate seisukohtade lisa 3.2). Need tasuta pakid on väga populaarsed ja nii on noored pered juba lapse sündides kursis HUMER kaubamärgi ja toodetega. Sellisel tasemel tundus ja hea maine ei teki toodete ja neid tähistavate kaubamärkide suhtes eriala professionaalide seas juhuslikult, vaid pikaajalise, intensiivse ja ulatusliku kasutamise käigus. Seega need tõendid näitavad, et kaubamärgil HUMER on hingamisteede haiguste ravimiseks ja ennetamiseks kasutatavate ravimite ja meditsiiniseadmete osas tavapärasest suurem eristusvõime tänu pikaajalise, intensiivse ja laialdase kasutamise tekkinud suurele tuntusele ja väga heale mainele nii eriala professionaalide kui tarbijate seas. Kaubamärk HUMER on tuntud valdavale osale Eesti tarbijaskonnast kui erialaspetsialistidest. Kaubamärgi HUMER ja sellega tähistatud toodete tuntust nii tarbijate kui professionaalide seas tõendavad ka lugematud kajastamised erinevates interneti portaalides, blogides, veebilehtedel, meediaväljaannetes. Kõikide kajastuste kohta tõendite esitamine poleks siinkohal mõistlik, sest materjali hulk on väga suur. Ainuüksi otsingufraasi „nohu Humer foorum“ kasutamine otsingumootoris Google annab 1440 eestikeelset vastet erinevatele interneti portaalide foorumite teemadele, kus küsitakse või soovitatakse HUMER tooteid.

Arvestades kaubamärgiga HUMER tähistatavate toodete kasutuseesmärki, siis on just lastega pered oluliseks sihtgrupiks, kuna lastel esineb külmetushaigusi, sh nohu, väga sageli. Lisaks eespool toodud materjalidele, on just lapsevanemate kõrge teadlikkus kaubamärgist HUMER ja sellega tähistatud toodetest tõendatud HUMER toodete pikaajalise süstemaatilise reklaamimisega Eesti ainsas pereajakirjas Pere ja Kodu ja selle eriväljaandes Beebi alates aastast 2002, s.o 13 aasta jooksul enne taotleja kaubamärgi HUUMAAR taotluse esitamist (lisa 4). Samuti on juba aastal 2002 ilmunud HUMER toodete reklaam ajakirja Pere ja Kodu poolt välja antud käsiraamatus Lapse tervise ABC (lisa 5). Iga Eestis elav pere saab lapseooteajal oma arstilt või ämmaemandalt tasuta nõuanderaamatu, mida antakse välja igal aastal. Lisaks paber kandjale on raamat ka internetis tasuta kättesaadav. 2013. aasta raamat ilmus seejuures nii eesti kui vene keeles. Kaubamärki HUMER kandvad tooted on ka nendes raamatutes reklaamitud. Eeltoodud tõendid ja argumendid kinnitavad, et vaidlustaja kaubamärk on hästi tuntud valdavale osale Eesti asjaomasest üldsusest, see omab head mainet ning on suurema eristusvõime ja õiguskaitse

ulatusega kui tavapärase kaubamärk. Varasema kaubamärgi tuntus ja mainekus muudavad tõenäolisemaks hilisema kaubamärgi äravahetamise, sh seostamise, varasema kaubamärgiga.

Asjaomase üldsuse tähelepanelikkuse aste. Taotleja on välja toodud argumendid asjaomase üldsuse suurema tähelepanelikkuse osas, kuna kõnealused kaubad puudutavad tervist ja ravimeid. Vaidlustaja soovib siiski täpsustada, et need kõnealused kaubad küll on osalt looduslikku päritolu ja seepärast pole tarbija ilmselt nii tähelepanelik kui nt sünteetiliste ravimite puhul isegi, kui need on käsimüügis. Väga oluline on siinkohal rõhutada ühelt poolt varasema kaubamärgi tuntust ja teisalt taotleja kaubamärgi taotluses toodud kaupade vähemalt väga suurt sarnasust kui mitte identsust, millest tulenevalt võib eeldada, et ka tavapärasest suurema tähelepanelikkuse juures on kaubamärkide assotsiatsioon väga tõenäoline.

Tõele ei vasta taotleja väited, et vaidlustaja ei ole registreerinud ega kasuta erinevaid variatsioone kaubamärgist HUMER (kasutusel pole kaubamärgiseeriat) ning seepärast ei arva tarbijad, et taotleja kaubamärk HUUMAAR võiks seostuda varasema tähisega HUMER. Kaubamärgiga HUMER tähistatakse praktikas erinevaid tooteid, st tooteseeriat (vt toodete info vaidlustusavalduse lisa 4):

a) HUMER 050 – hüpertoonilise lahuse kontsentratsiooniga merevesi, mis on mõeldud kasutamiseks ninakinnisuse korral;

b) HUMER soft pocket – isotooniline lahus, mis sisaldab toimeainena dekspantenooli. Aitab taastada, kaitsta ja niisutada kahjustunud limaskestast. Kasutatakse külmetushaiguste, allergilise nohu või nina limaskestast kuivuse korral;

c) HUMER 150 täiskasvanute – nina limaskestast niisutamiseks ja sekreedi vedeldamiseks, sobib ninaõõnsuste loputamiseks nohu korral ja kergendab väljanuuskamist;

d) HUMER 150 imikute/laste – nina limaskestast niisutamiseks ja sekreedi vedeldamiseks, sobib ninaõõnsuste loputamiseks nohu korral ja kergendab väljanuuskamist;

e) HUMER LAHUS 5ML N18 - isotooniline merevesi (0,9% NaCl), ampullides;

f) HUMER KÕRVASPREI 75ML - kõrvade hügieeniliseks ja õrnaks puhastamiseks (täiendavate seisukohtade lisa 7).

Vaidlustajale kuulub või on kuulunud kaubamärgiga HUMER sarnane kaubamärk HUMEX, mis on registreeritud Euroopa Ühenduse kaubamärgina ja rahvusvahelise registreeringu alusel Eestis erinevates variatsioonides kaubamärgi HUMER registreeringutes toodud kaupadega sarnastele kaupadele (täiendavate seisukohtade lisa 8):

EÜ kaubamärk HUMEX (reg nr 011629342, taotl. kuup. 21.02.2013, reg. kuup. 04.07.2013; EÜ kaubamärk HUMEX DUO (reg nr 003910585, taotl. kuup. 01.07.2004, reg. kuup. 01.06.2006; EÜ kaubamärk HUMEX PURIFY TECHNOLOGY (reg nr 010030385, taotl. kuup. 08.06.2011, reg. kuup. 09.11.2011; EÜ kaubamärk RHINHUMEX (nr 003930071, taotl. kuup. 13.07.2004, reg. kuup. 14/09/2005, aegumiskuup. 13.07.2014; HUMEX REFLEX, rahvusvaheline kaubamärgi registreering Eestis (reg nr 0947391, reg. kuup. 23.11.2007.

Vaidlustaja on kaubamärgi HUMEX all Eestis müünud kõrvaspreid (vt täiendavate seisukohtade lisa 9), mis on vaidlusaluste kaubamärkide kaupadega samaliigiline. Arvestades eeltoodud on tõenäoline, et identsete ja suure sarnasuse astmega kaupade tähistamisel kaubamärgiga HUUMAAR arvab asjaomane üldsus, et tegemist on vaidlustaja kui varasema laialdaselt tuntud kaubamärgi HUMER omaniku poolt pakutava tooteseeria kaupadega, st on suurem tõenäosus kaubamärkide HUMER ja HUUMAAR äravahetamiseks asjaomase üldsuse poolt.

Kaubamärkide äravahetamine. Taotleja kaubamärgi HUUMAAR äravahetamist varasema kaubamärgiga HUMER soodustavad lisaks tähiste suurele sarnasusele olulisel määral kaupade identsus ja suur sarnasus ning eelkõige varasema kaubamärgi HUMER laialdane tuntus ja hea maine Eestis kõnealuste kaupade pikaajalise, intensiivse ja ulatusliku kasutamise tulemusena. Taotleja kaubamärgi HUUMAAR registreerimine kõnealustele kaupadele klassis 5 rikuks kaubamärgi HUMER omaniku ainuõigust ning selle kaubamärgiga võib taotleja ebaausalt ära kasutada ja kahjustada ka varasema kaubamärgi HUMER mainet ning nõrgestada selle õiguskaitset.

V Vaidlustaja lõplikud seisukohad

Vaidlustaja teatas apellatsioonikomisjonile, et jääb kõigi oma seisukohtade juurde, mis on esitatud vaidlustusavalduses 02. oktoobril 2015 ning oma täiendavates seisukohtades 18. märtsil 2016. Vaidlustaja palub vaidlustusavalduse rahuldada.

VI Taotleja lõplikud seisukohad

Taotleja esitas lõplikud seisukohad 12.10.2016 jäädes kõigi varem esitatud seisukohtade ja vastuväidete juurde.

VII Apellatsioonikomisjoni seisukohad ja otsus

Apellatsioonikomisjon, analüüsinud menetlusosaliste seisukohti, hinnanud esitatud dokumentaalseid tõendeid kogumis ja vastastikusel seoses, märgib järgmist.

Vaidlustusavalduse kohaselt on kaubamärk HUUMAAR (taotluse nr M201500187) äravahetamiseni sarnane, sealhulgas assotsieeruv vaidlustaja kaubamärkidega HUMER (rahvusvahelise registreeringu nr 0653111) ja Euroopa Ühenduse kaubamärgiga (registreeringu nr 011541431), millest tulenevalt on tähise registreerimine klassis nr 5 nimetatud kaupade suhtes vastuolus KaMS § 10 lg 1 punktiga 2.

Pooled jagavad seisukohta, et vaidlustaja mõlemad kaubamärgid on taotleja tähise suhtes varasemad KaMS § 11 lg 1 kohaselt.

Vastavalt KaMS § 12 lg 1 punktile 2 on kaubamärgi õiguskaitse ulatuse aluseks registrisse või Büroo rahvusvahelisse registrisse kantud kaubamärgi reproduktsioon. Asjaomaste tähiste reproduktsioonid on järgmised:

Vaidlustaja kaubamärkide kujutised	Taotleja kaubamärgi kujutis

HUMER	HUUMAAR
-------	---------

Vaidlustusavalduse kohaselt on kaubamärkide kaitstavad kaubad identsed, taotleja hinnangul osaliselt identsed, osaliselt samaliigilised. Pooltel on erinevad seisukohad kaubamärkidega kaitstavate kaupade identsuse ja samaliigilisuse ulatuse küsimuses. Sellest tulenevalt hindab apellatsioonikomisjon ühtlasi kaupade sarnasuse aspekti.

Kaupade või teenuste vahelise sarnasuse hindamisel tuleb arvesse võtta kõiki nende kaupade või teenuste vahelist suhet iseloomustavaid asjaomaseid tegureid. Nende tegurite hulka kuuluvad kaupade ja teenuste olemus, otstarve, kasutusviis ning samuti nende üksteisega konkureeriv või üksteist täiendav iseloom.

Kaubamärgile HUUMAAR soovitakse õiguskaitset klassis nr 5 loetletud kaupadele inhaleeritavad farmaatsiapreparaadid hingamisteede haiguste ja häirete raviks ning meditsiinilistele lahustele ninakäikude puhastamiseks.

Rahvusvaheline kaubamärk HUMER hõlmab tooteid „meresoolavee lahused ninasõõrmete puhastamiseks.“ Euroopa Ühenduse kaubamärk HUMER on registreeritud klassis 5 märgitud kaupade suhtes järgmiselt: dermatoloogilised tooted nahapunetuste ennetamiseks ja hooldamiseks; mereveepõhised lahused ninasõõrmete puhastamiseks; merevee-põhised kehahügieenilahused kaelale, silmadele, kõrvadele; Mereveepõhised kehahügieenilahused haavadele; mereveepõhised aerosoolid kehahügieenilahused ninale; meditsiinilise- ja isikliku hügieeni tarbed; hügieenitarbed; farmaatsiatooted ülemiste hingamisteede haiguste raviks, v.a farmaatsiatooted autoimmuunhaiguste raviks; dermatoloogilised vahendid.

Meditsiinilised lahused ninakäikude puhastamiseks, meresoolaavee lahused ninasõõrmete puhastamiseks, mereveepõhised aerosoolid kehahügieenilahused ninale on kõik mõeldud ninakäikude hügieeniks ja ninakinnisuse leevendamiseks (nt rinofarüngiidi ehk nohu korral). Inhaleeritavad (ehk sissehingatavad) farmaatsiapreparaadid hingamisteede haiguste ja häirete raviks, meditsiinilise hügieeni tarbed, farmaatsiatooted ülemiste hingamisteede raviks ning dermatoloogilised tooted nahapunetuste ennetamiseks ja hooldamiseks on mõeldud hingamisteede meditsiiniliseks ravimiseks ja hügieeniks ning naha hooldamiseks. Kaupade loetelu võrdlusest nähtub, et olemuselt on eelnimetatud kaupadel sama eesmärk – mõeldud kasutamiseks hingamisteede vaeguste korral. Tooteid võib manustada sissehingamisel ja pihustamisel, seega on neil sarnane kasutusviis. Kaupadel on sarnane sihtgrupp meditsiinaldkonnas tegutsejad ja tarbijad, peaaesjalikult on tooted mõeldud kasutamiseks lõpptarbijale. Vastandatud kaubamärkidega tähistatavad tooted konkureerivad üksteisega. Sellest tulenevalt on nimetatud võrreldavad kaubad olemuselt identsed. Ülejäänud klassis 5 nimetatud tooted on vähemalt samaliigilised, kuna nende eesmärk, olemus ja sihgrupp on väga sarnased.

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

Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt asjaomaste tähiste visuaalse, kontseptuaalse ning foneetilise sarnasuse osas peab äravahetamise sarnasuse, sh assotsieerumise tõenäosuse igakülgne hindamine rajanema üldmuljele, võttes eelkõige arvesse kaubamärkide eristavaid ja domineerivaid elemente. Euroopa Kohtu praktika kohaselt segijamise tõenäosuse igakülgsel hindamisel on otsustav roll sellel, kuidas asjaomaste kaupade või teenuste keskmine tarbija kaubamärke tajub. Keskmine tarbija tajub kaubamärki tervikuna ega uuri selle eri detaile. Tarbijal üldjuhul puudub võimalus märke üheaegselt vaadelda ning nad peavad usaldama oma mällu sööbinud pilti varasemast märgist.

Hinnates taotleja kaubamärgi domineerivaid ja eristavaid elemente, tuleb arvesse võtta, et mõlemad kaubamärgid on sõnamärgid, mis koosnevad ühest sõnast. Kaubamärgisõna on mõlema tähise ainsaks domineerivaks elemendiks.

Visuaalsest küljest nähtub, et vaidlustaja kaubamärk (apellatsioonikomisjon hindab vaidlustaja kaubamärke koos) HUMER koosneb viiest ühekordsest trükitähel. Taotleja kaubamärgis HUUMAAR on seitse trükitähte. Muid elemente kaubamärkidel ei ole. Mõlema kaubamärgi kaks esimest tähte (HU) ja viimane täht (R) on identsed. Taotleja kaubamärk erineb vaidlustaja tähistest sõna algusosas paiknevate kahekordsete tähtede (UU) ja sõna lõppu jäävate tähtede (AA) poolest. Mõlemas kaubamärgis kasutatakse lisaks tähte „M“, aga kuna menetlusosaliste tähised on erineva pikkusega, siis ei saa väita, et täht asub kaubamärkides identsel kohtadel, nagu on leidnud vaidlustaja. Apellatsioonikomisjon leiab, et käesoleval juhul köidavad taotlejate suuremat tähelepanu sõnatähises mitmekordsed tähed (UU) ja (AA), sest tähed korduvad, asuvad üksteise kõrval ning neist esimesed kaks asuvad suhteliselt sõna alguses. Tähtede mitmekordsuse (korduvuse) tõttu tulevad need visuaalselt paremini esile ning tarbijatel on tähise elemente kergem märgata ja meelde jätta. Tarbijate tähelepanu soodustab asjaolu, et kaubamärgis puuduvad muud elemendid, mis kirjeldatud visuaalset mõju vähendaks. Taotleja kaubamärgis esinevad domineerivad elemendid vaidlustaja kaubamärgis puuduvad. Vaidlustaja viitab kaubamärkide sarnasuse hindamisel identsetele osadele kaubamärkide alguses (HU) ja lõpus (R). Tähiste algusosade sarnasused ei välista tingimata tähise ülejäänud osade tajumist asjaomase avalikkuse poolt, kui kaubamärgi erinevused on algusosadest selgemini äratuntavad. Taotleja kaubamärk koosneb seitsmest tähest, millest sõna alguses on vaidlustaja tähisega identsed vaid kaks algustähte. Arvestades, et kaubamärgid on erineva pikkusega, taotleja tähisel on mitmeid tarbijate poolt tajutavaid dominantseid erinevusi ja kaubamärkide algusosade sarnasused kaubamärkide tervikpildis ei ole väga arvestatavad, leiab appellatsioonikomisjon, et kaubamärkidel on visuaalselt rohkem erinevusi kui sarnasusi.

Kaubamärkide semantiline hinnang. Vaidlustaja leiab, et võrreldavatel tähistel puudub eestikeelne tähendus. Taotleja seevastu on seisukohal, et HUMER on prantsusekeelne sõna, mis omab eesti keeles kahte tähendust: 1) rüüpama; 2) sisse hingama. Taotleja sõnul omab ka HUUMAAR tähendust. Lõplikes seisukohtades selgitas taotleja, et kaubamärgi kujutluses seostub sõna „huumaar“ udulooris järvega, (jättes täpsustamata, kas ta peab silmas Maari-nimelist järve) ja sellest kujutluspildist saadud positiivse emotsiooniga, mis paneb sisse hingates hüütama „huu“ ja seejärel välja hingates tooma kuuldavale sõna „maar.“ Ühtlasi võivat sõna „huumaar“ käsitleda kas uue sõnana, slängina või murdesõnana.

Apellatsioonikomisjon nõustub vaidlustajaga, et Eesti asjaomase avalikkuse jaoks on mõlemad kaubamärgid tähenduseta sõnad, millede puhul taotleja kirjeldatud assotsiatsioonide tekkimine ei ole tõenäoline ega tõendatud. Eesti asjaomase avalikkuse prantsuse keele oskus ei ole sellisel tasemel, et

saaks eeldada igasuguste prantsuskeelsete sõnade tundmist. Isegi, kui teatud osa kaupade sihtgrupist (nt meditsiinivaldkonnas tegutsejad) võiks arvata, et sõna HUMER tuleneb prantsuse keelest, ei ole põhjendatud arvata, et nad saavad tingimata aru sõna HUMER tähendusest. Vastupidist ei ole taotleja tõendanud. Samuti ei pea apellatsioonikomisjon veenvaks taotleja käsitlust, et sõna HUUMAAR tähendab udulooris järve, kuna sellisel kujul liitsõna eesti keeles ei eksisteeri ega kasutata. Lähtudes eeltoodust puuduvad vastandatud kaubamärkidel kontseptuaalsed sarnasused või erinevused.

Kaubamärkide foneetiline võrdlus. Vaidlustaja kaubamärk HUMER koosneb kahest silbist [hu-mer]. Apellatsioonikomisjon tuvastas eelnevalt, et enamik nende kaubamärkide sihtgrupist Eestis ei pruugi olla teadlik, et sõna HUMER tuleneb prantsuse keelest. Isegi kui tarbija oletab, et sõna pärineb prantsuse keelest, ei ole alust arvata, et Eesti tarbijad oskavad hääldada sõnasid korrektses prantsuse keeles. Selleks puudub ka igasugune keeleruumist tingitud eluline vajadus, sest kui tarbija pöördub nt toote ostmiseks apteeki, ei ole tal kuigivõrd põhjust hakata eesti keelt valdava apteekriga suhtlema kasutades prantsuskeelset hääldust. Nii võiks praktikas toimida keelte puhul, mis on antud keeleruumis rohkem levinud (nt osundades vene- või ingliskeelsetele kaubamärkidele). Seetõttu leiab apellatsioonikomisjon, et kui päritolukeele hääldus ei ole tarbijale teada ega levinud ning ei sisalda ka eesti kirjaõiget erinevaid võõrsõnale omaseid võõrsõnatähti või muid struktuurijooni, hääldab Eesti tarbija sõna(sid) eesti keele foneetika reeglite kohaselt või sellele sarnaselt. Eesti keeles hääldatakse vaidlustaja kaubamärgi kirjaõigiliselt pearõhuga esisilbil [ˈhumer]. Eesti keele käsiraamatu kohaselt on „h“ kirjutamine sõna alguses traditsioonipärane, kuigi häälduses ei ole see nõutav (vt Eesti keele käsiraamat, kolmas täiendatud trükk, Eesti Keele Sihtasutus, Tallinn 2007, lk 76). Seega pole välistatud, et vaidlustaja kaubamärgi esimene täht on häälduspildis vähemdomineerival kohal või jäetakse hääldamata [ˈumer], näiteks nagu [hobune või obune].

Taotleja kaubamärk jaguneb kaheks silbiks [huu-maar]. „H“ tähe hääldusreeglid kehtivad sarnaselt vaidlustaja kaubamärgiga [huu:maar või uu:maar]. Samal ajal on sõna HUUMAAR eesti keeles ebatavaline, mis võib muuta tarbija sõna hääldamisel ettevaatlikuks ning panna teda püüdliselt hääldama kõiki sõnaelemente. Sellisel juhul tuleb täht h häälduspildis selgemalt esile. Sõna pikkus loob assotsiatsiooni, et tegemist on liitsõnaga. Mõlema silbi algused on rõhulised [ˈhuu-ˈmaar], sarnaselt sõnale [ˈtöö-ˈmäär]. Mõlemas silbis sisalduvad topeltvokaalid „aa“ ja „uu“ muudavad sõna häälduslikult pikaks, tuues vokaalid tajutavalt esile.

Sõnasid HUMER ja HUUMAAR käänatakse erinevalt: Humer : Humeri : Humerit (prantsuspäraselt, st kui r ei hääldu, Humer : Humer' : Humer'd) ja Huumaar : Huumaari : Huumaari.

Kaubamärkide foneetilisest võrdlusest järeldub, et sõna HUUMAAR sisaldab tähti, mida vaidlustaja kaubamärgis pole ning need on hääldamisel tajutavad. Vaidlustaja sõna on mõnevõrra lühem, taotleja kaubamärk on pikem, mõlema silbi rõhulised algused ja topeltvokaalid muudavad sõnad hääldusrütmilt ja kõlaliselt selgelt erinevateks. Sellest tulenevalt on sõnad HUMER ja HUUMAAR foneetiliselt erinevad.

Kaubamärkide äravahetamine tähendab tõenäosust, et tarbija võib uskuda, et vaadeldavad kaubad või teenused pärinevad samalt ettevõtjalt või vastavalt olukorrale, majanduslikult seotud samalt ettevõtjalt. Apellatsioonikomisjon tuvastas, et kaubamärkidega kaitstavad kaubad on osaliselt identsed ja osaliselt samaliigilised. Kaupade asjaomase avalikkuse moodustavad lõpptarbijad (nt patsiendid) ja meditsiinivaldkonnas tegutsejad (nt arstid ja apteekrid). Viimased seetõttu, et nimetatud toodete

kasutamist võivad soovitada arstid oma patsientidele ning tooteid võidakse müüa apteekides. Põhjendatud on taotleja seisukoht, et ravimite keskmine tarbija ning meditsiinivaldkonnas tegutsejad on hästi informeeritud ja eriti tähelepanelikud ning arukad, millest tulenevalt on asjaomase avalikkuse tähelepanuaste keskmisest kõrgem. Eelnevalt tuvastati, et kaubamärkide visuaalsed ja foneetilised erinevused on suuremad võrreldes tähiste väiksemate sarnasustega. Kontseptuaalsest aspektist tähistel tajutavad ühisjooned puuduvad. Kuna kaubamärkide erinevused on piisavalt selged ja asjaomase avalikkuse poolt tajutavad, siis neid ei neutraliseeri kaupade osaline identsus ja samaliigilisus. Kaubamärkide üldpildis on tähiste sarnasused tagasihoidlikumad võrreldes domineerivate erinevustega. Lähtudes eeltoodust ei ole käesolevas asjas esile toodud asjaolude põhjal alust järeldada, et avalikkus võib uskuda, et kaubamärkidega tähistatud kaubad või teenused pärinevad samast ettevõttest või majanduslikult seotud ettevõtete grupist. Kaubamärgid ei ole KaMS § 10 lg 1 p 2 kohaselt äravahetamiseni sarnased, sh assotsieeruvad.

Lähtudes eeltoodust ja juhindudes tööstusomandi õiguskorralduse aluste seaduse § 61 lg 1, KaMS § 10 lg 1 p 2, apellatsioonikomisjon

o t s u s t a s:

1. Jätta vaidlustusavaldus rahuldamata.

Vaidlustusavalduse menetlusosaline, keda ei rahulda komisjoni otsus ja kes soovib jätkata vaidlust menetlusosaliste vahel hagimenetluse korras, võib esitada hagi teise menetlusosalise vastu kaubamärgi õiguskaitset välistava asjaolu või selle puudumise kindlakstegemiseks kolme kuu jooksul komisjoni otsuse avaldamisest arvates. Hageja teavitab viivitamata komisjoni hagi esitamisest.

Kui hagi ei ole esitatud, jõustub komisjoni otsus kolme 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.

Allkirjad:

P. Lello

M. Tähepõld

R. Laaneots

JUSTIITSMINISTEERIUM
TÖÖSTUSOMANDI
APELLATSIOONIKOMISJON

OTSUS nr 1627-o

Tallinnas 27. aprill 2017.a.

Tööstusomandi apellatsioonikomisjon, koosseisus Priit Lello (eesistuja), Rein Laaneots ja Margus Tähepõld vaatas kirjalikus menetluses läbi URGO RECHERCHE INNOVATION ET DEVELOPPEMENT (42 Rue de Longvic, F-21300 Chenove, FR) vaidlustusavalduse kaubamärgi HUUMAAR (taotluse nr M201500187) registreerimise otsuse tühistamiseks.

Vaidlustusavaldus on võetud tööstusomandi apellatsioonikomisjoni (edaspidi apellatsioonikomisjon) menetluse nr 1627 all.

Vaidlustusavalduse esitajat esindab patendivolnik Sirje Kahu. Taotlejat esindab patendivolnik Arvi Uukivi.

I Asjaolud ja menetluse käik

Eesti Kaubamärgi lehes nr 8/2015 avaldatud teate kohaselt on Patendiamet võtnud vastu otsuse registreerida kaubamärk HUUMAAR (taotluse nr M201500187) Baltas Pharma OÜ nimele. Kaubamärk on sõnaline tähis HUUMAAR.

Patendiameti otsuse kohaselt on kaubamärk registreeritud Patendiameti kaubamärgiregistris Nizza klassifikatsiooni klassides järgmiste kaupade ning teenuste suhtes:

Klass 5: Inhaleeritavad farmaatsiapreparaadid hingamisteede haiguste ja häirete raviks; meditsiinilised lahused ninakäikude puhastamiseks;

Klass 35: Reklaam, sh veebireklaam; reklaami- ja müügikampaaniad teenusena; näidiste (proovide) levitamine reklaami eesmärgil; turundusteenused; kaubandusvahendusteenused; allhanketeenused (ärialane abi); impordi- ja eksporditeenused; jae- ja hulgimüügiteenused (kolmandatele isikutele);

Klass 39: Kaupade pakkimine; kaupade pakendamine; kaupade ladustamine; kaupade edasitoimetamine; kaupade kättetoimetamine; kaupade transpordi korraldamine; kaupade transport.

16.10.2015 võttis apellatsioonikomisjon menetluse VIVATECH vaidlustusavalduse kaubamärgi registreerimise otsuse tühistamiseks. 18. märtsil 2016 teavitas vaidlustaja täiendavates seisukohtades apellatsioonikomisjoni, et vaidlustaja kontsernis on toimunud omandimuutused, mistõttu kaubamärk HUMER on läinud üle algselt omanikult VIVATECH ühingule LABORATOIRES URGO ning seejärel ühingule URGO RECHERCHE INNOVATION ET DEVELOPPEMENT. Euroopa Ühenduse kaubamärkide registris on vastav muudatus praeguseks registreeritud, rahvusvaheliste kaubamärkide registris on muudatuse registreerimine veel menetlemisel. Uus volikirikiri on lisatud. Kaubamärgi omandiõiguse muudatused on Patendiametis registreeritud. Sellest tulenevalt käsitleb apellatsioonikomisjon vaidlustajana kaubamärkide õigusjärglasena uut omanikku, so URGO RECHERCHE INNOVATION ET DEVELOPPEMENT .

Adress:
Tõnismägi 5a
15191 Tallinn

Telefonid:
6208201, 6208276
e-mail: toak@just.ee

Faks:
6208109
<http://toak.just.ee/>

II Vaidlustaja põhiseisukohad

Vaidlustusavalduse esitajale kuulub Euroopa Ühenduse registreeritud kaubamärk HUMER (sõna) klassi 5 farmaatsiatoodete, dermatoloogiliste toodete jt kaupade tähistamiseks (reg nr 011541431, esitatud 22.01.2013, registreeritud 08.02.2014, vaidlustusavalduse lisa 2), millel on rahvusvahelise registreeringu nr 0653111 alusel omandatud vanemus Eesti Vabariigis alates 08.03.2011 klassi 5 kaupade „meresoolavee lahused ninasõõrmete puhastamiseks“ suhtes (vaidlustusavalduse lisad 3 ja 4).

Kaubamärgiseaduse (edaspidi KaMS) § 11 lg 1 p 4 ja p 6 kohaselt on kaubamärk varasem, kui rahvusvahelise registreerimise kuupäev või prioriteedikuupäev on varasem, ja kui Ühenduse kaubamärgi määruse alusel registreeritud Ühenduse kaubamärgi taotluse esitamise kuupäev, prioriteedikuupäev või Eesti registreeringu alusel omandatud vanemuskupäev on varasem. Seega on vaidlustaja kaubamärk HUMER varasem taotleja tähisest HUUMAAR. Vaidlustusavalduse esitaja ei ole andnud taotlejale kirjalikku nõusolekut kaubamärgi HUUMAAR registreerimiseks Eestis ning seetõttu ei saa kohaldu KaMS § 10 lg 2, mis eemaldaks KaMS § 10 lg 1 p 2 ette nähtud õiguskaitsset välistava asjaolu.

Vaidlustusavalduse esitaja on seisukohal, et Patendiameti otsus ei ole õiguspärane ning rikub vaidlustusavalduse esitaja kui varasema kaubamärgi omaniku ainuõigust.

Nii vaidlustaja varasem kaubamärk HUMER kui taotleja kaubamärk HUUMAAR on sõnamärgid. Mõlemad tähised koosnevad ühest sõnast. Varasemas märgis on 5 tähte, vaidlustatud märgis 7 tähte. Neist 4 tähte on identsed ja paiknevad sõnas ka identsetel kohtadel – alguses (HU-), keskosas (-M-) ja lõpus (-R). Ainult 1 täht on lõpuosas erinev, vastavalt E tähises HUMER ning A tähises HUUMAAR.

Selliste tähiste eksikombel äravahetamine tarbija poolt võib olla tõenäoline, sest kaubamärkide sarnasuse hindamisel on olulisemad nende tähiste ühised elemendid. Erinevused, mida keskmine tarbija ei märka või ei mäleta, peaksid jääma tagaplaanile. Tähtis on ka tähiste struktuur – algusosad on olulisemad kui lõpuosas. Kui kahe tähise algusosad on väga sarnased või identsed, siis aetakse neid tähiseid suurema tõenäosusega segi, kui juhul, mil sarnasus on sõna lõpus. Käesoleval juhul on identsus nii tähiste algus-, kesk- ja lõpuosas. Vaidlustatud tähise visuaalset eristusvõimet ei suurenda vokaalide U ja A kahekordistamine. Tarbijal võib tõenäoliselt selline tähtede kordus märkamata jääda või mitte meelde jääda, see ei mõju erineva ega eristava elemendina. Arvestades eeltoodut on tähised visuaalselt väga sarnased.

Mõlemad võrreldavad kaubamärgid koosnevad 2 silbist, vastavalt „huu-maar“ ja „hu-mer“. Kuna varasem kaubamärk HUMER on veidi võõrapärane kõlaga, siis võib eesti tarbija selle esimest silpi hääldada mitte ainult lühikesena „humer“, vaid ka pikana „huumer“. Kõrvutades vaidlustatud kaubamärgi ja varasema kaubamärgi häälduse „huumaar“ ja „huumer“ on vaidlustatud kaubamärgi „huumaar“ foneetiline sarnasus veelgi ilmsem. Varasema kaubamärgi hääldus „humer“ või „huumer“ sisaldub peaaegu täielikuna hilisema märgi häälduses „huumaar“. Ka kuulmise järgi haarab tarbija tähelepanu vaidlustatud kaubamärgis selle esimene pool „huum“, hoolimata järgnevast 1 erinevast vokaalst. Veelgi enam – identne on ka sõna viimane häälik „r“. Tulenevalt eeltoodust on vaidlustusavalduse esitaja seisukohal, et tähis HUUMAAR on foneetiliselt niivõrd sarnane varasema kaubamärgiga HUMER, et on tõenäoline nende äravahetamine tarbija poolt.

Semantiline ja kontseptsiooniline võrdlus. Võrreldavatel tähistel puudub eestikeelne tähendus.

Vaidlustaja on seisukohal, et võrreldavad tähised on KaMS § 10 lg 1 p 2 tähenduses niivõrd sarnased, et on tõenäoline nende äravahetamine tarbija poolt, sealhulgas vaidlustatud tähise HUUMAAR assotsieerumine varasema kaubamärgiga HUMER. Äravahetamiseni sarnasuse hindamisel saab piisavaks lugeda juba tõenäosust, et tarbijad võivad antud kaubamärgid ära vahetada, sh neis tekitada assotsiatsioone. Euroopa Kohtu lahendite kohaselt tähendab tõenäoline kaubamärkide äravahetamine tõenäosust, et tarbija võib uskuda, et vaadeldavad kaubad pärinevad samalt ettevõtjalt.

Kaubamärkide äravahetamiseni sarnasuse hindamisel tuleb lähtuda üldisest hinnangust märkide visuaalsele, foneetilisele ja semantilisele sarnasusele ja hinnata neid kogumis. Aluseks tuleb võtta märkide üldmulje, arvestades seejuures eriti võrreldavate märkide eristusvõimelisi ja domineerivaid tunnusjooni. Keskmise tarbija tajub tavaliselt märki üldisena ning ei asu põhjalikult uurima selle üksikuid elemente (Euroopa Kohtu otsus asjas nr C-251/95, SABEL versus Puma, p 23).

Kaubamärkide sarnasuse võrdlemisel tuleb arvesse võtta ka seda, et keskmisel tarbijal on harva võimalik võrrelda märke kõrvuti ja seetõttu peab ta usaldama oma ebatäiuslikku mälupilti nendest märkidest (Euroopa Kohtu otsus kohtuasjas nr C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer versus Klijsen Handel, p 26).

Eeltoodule tuginedes on Euroopa Kohus samas kohtuotsuses asunud seisukohale, et ka märkide sarnasus vaid ühest tajumisapektist, võib olla juba piisav käsitlemaks märke „äravahetamiseni sarnastena” (vt viidatud kohtuotsus Lloyd, p 28). Kuivõrd keskmine tarbija ei ole reeglina teostanud märkide otsest võrdlust (st võrrelnud reproduktsioone) ning ei ole uurinud, analüüsinud ega jätnud meelde üksikute märkide üksikuid koostiselemente, tuleb hindamisel lähtuda eelkõige tarbijale mällu „sööbivatest” märgi peamistest domineerivatest eristusjoontest.

Tulenevalt eeltoodust, hinnates võrreldavaid tähiseid nii visuaalsest kui foneetilisest aspektist, ja lähtudes seejuures tähiste üldmuljest, leiab vaidlustaja, et vaidlustatav tähis HUUMAAR on niivõrd sarnane varasema kaubamärgiga HUMER, et on väga tõenäoline nende äravahetamine tarbija poolt.

Mida sarnasemad on kaubamärgid, seda suurem peab olema erinevus kaupade/teenuste vahel ning vastupidi. Kuna võrreldavad tähised on niivõrd sarnased, siis peaksid nendega tähistatavad kaubad olema niivõrd erinevad, et ei toimuks tõenäolist kaubamärkide äravahetamist tarbijate poolt, sh nende assotsieerumist. Vaidlustatud kaubamärgiga soovitakse saada õiguskaitset identsete/samaliigiliste kaupade osas.

Arvestades võrreldavate kaubamärkide ilmset visuaalset ja foneetilist sarnasust, on suur tõenäosus, et üldsus peab vaidlustatud kaubamärki HUUMAAR varasema kaubamärgiga HUMER sarnaseks ja vaidlustatud kaubamärk meenutab tarbijale varasemat kaubamärki isegi kui neid segamini ei aeta (tõenäoline assotsieerumine). Kaubamärgiseaduse § 10 lg 1 p 2 mõttes on tõenäoline kaubamärkide äravahetamine tarbija poolt, sealhulgas kaubamärgi assotsieerumine varasema kaubamärgiga. Kaubamärgi HUUMAAR registreeringut taotletakse (lisaks teenustele muudes klassides) identsetele ja samaliigilistele kaupadele klassis 5, milleks on inhaleeritavad farmaatsiapreparaadid hingamisteede haiguste ja häirete raviks ning meditsiinilised lahused ninakäikude puhastamiseks.

Võrreldavate kaubamärkidega tähistatavatel kaupadel on sama olemus ja eesmärk (puhastada hingamisteid või ravida hingamisteede haigusi) ning sellest tulenevalt ka sama sihtgrupp (kõik inimesed) ning samad potentsiaalsed turustamiskanalid (apteegid, poed), reklaamikanalid. Arvestades võrreldavate kaubamärkide kaupade identsust ja samaliigilisust, suureneb kaubamärkide äravahetamise ja assotsieerumise tõenäosus veelgi. Hilisema kaubamärgi HUUMAAR seostamise tõenäosust varasema kaubamärgiga HUMER suurendab olulisel määral varasema kaubamärgi HUMER tuntus Eesti turul. Kaubamärgiga HUMER tähistatud tooted (peamiselt meresoolaveega ninaspreid) on olnud Eesti turul palju aastaid ning seda kaubamärki on aktiivselt reklaamitud erinevate kanalite kaudu. Kaubamärgiga HUMER tähistatud ninaspreid on üheks populaarseimaks tooteks külmetushaiguste ennetamisel ja ravis. Näiteks annab otsing sõnaga „Humer“ Eesti Ravimiinfo elektroonilises andmebaasis 1342 vastet ja tõenäoliselt on selle kaubamärgiga tähistatud tooted olemas igas Eesti apteegis, kindlasti aga on HUMER tooted esindatud igas apteegiketis (vt vaidlustusavalduse lisa 5). Eesti tarbijaskonnale suunatud HUMER tooteid ja nende omadusi tutvustav ja reklaamiv veebileht on kättesaadav aadressil www.humer.ee (vaidlustusavalduse lisa 6).

Kokkuvõtvalt on tõenäoline, et tarbijad, nähes või kuuldes identsete ja samaliigiliste kaupade pakkumisel varasema kaubamärgiga sarnast tähist, usuvad ekslikult, et ka viimatinimetatud tähise all turustatavaid kaupu pakub ning nende kvaliteedi eest vastutab vaidlustaja või temaga majanduslikult seotud ettevõtte. Taotletav kaubamärk rikub vaidlustaja varasemaid kaubamärgiõigusi. Kuna vaidlustaja ei ole andnud taotlejale nõusolekut äravahetamiseni sarnase, assotsieeruva tähise kaubamärgina registreerimiseks, esinevad vaidlustatud tähise osas KaMS § 10 lg 1 p 2 sätestatud õiguskaitse andmist välistavad asjaolud ning Patendiameti otsus nimetatud kaubamärgile õiguskaitse andmise kohta klassi 5 kaupade tähistamiseks on seetõttu ebaõige.

III Taotleja seisukohad

Taotleja vaidleb vaidlustusavaldusele vastu. Taotleja ei nõustu vaidlusavalduses esitatud seisukohtadega ja märgib järgmist. Vaidlusavalduse rahuldamiseks, mis tugineb KaMS § 10 lg 1 p 2, peavad olema täidetud samaaegselt järgmised eeldused:

- 1) vaidlustaja kaubamärk peab olema varasem taotleja kaubamärgist;
- 2) võrreldavad kaubamärgid peavad olema identsed või sarnased visuaalsest, foneetilisest ja kontseptuaalsest seisukohast lähtudes;
- 3) võrreldavate kaubamärkide tähistatavad kaubad või teenused peavad olema identsed või samaliigilised;
- 4) peab esinema tõenäosus võrreldavate kaubamärkide äravahetamiseks tarbija poolt.

Vaidlustaja kaubamärk HUMER on KaMS § 11 lg 1 p 4 ja p 6 kohaselt varasem kaubamärk. Vaidlustaja kaubamärgi varasemus ei oma tähtsust, kui ei ole täidetud muud tingimused KaMS §10 lg 1 p 2 rakendamiseks. Kaubamärgid ei ole visuaalselt äravahetamiseni sarnased. Vaidlustaja on kaubamärkide visuaalsel võrdlemisel lähtunud põhimõtteliselt väärast seisukohast. Vaidlustaja on hinnanud ravimite kaubamärke nagu laiatarbekaupade kaubamärke. Laiatarbekaupade kaubamärkide äravahetamiseni sarnasuse tõenäosuse igakülgse hindamise raames eeldatakse, et asjaomaste kaupade keskmine tarbija on piisavalt informeeritud, keskmiselt tähelepanelik ja arukas.

Ravimid ei ole laiatarbekaup, millele puhul on tarbija keskmiselt tähelepanelik. Ravimite keskmine tarbija on hästi informeeritud ja eriti tähelepanelik ja arukas (taotleja seisukoha Lisa 1 - Euroopa Üldkohtu otsus T-256/04, 13.02.2007 RESPICORT vs RESPICUR, p 46-47). Ravimite puhul loetakse väljakujunenud kohtupraktika kohaselt keskmise tarbija hulka nii patsiendid kui ka meditsiiniprofessionaalid (arstid ja apteekrid). Kusjuures meditsiiniprofessionaalile on omane eriti kõrge tähelepanelikkus ravimite väljakirjutamisel, pole vahet kas on tegu retseptiravimite või käsimüügiravimitega. Mis puutub mitteprofessionaalidesse, siis ka nemad näitavad üles ravimite suhtes kõrgendatud tähelepanelikkust, hästi informeeritust ja arukust, sest ravimid mõjutavad nende või nende lähedaste tervist ja isegi elu. Pole vahet kas tegu on retseptiravimi või käsimüügiravimiga. Senises vaidluspraktikas on seisukoht, et ravimi tarbija tähelepanu on keskmisest kõrgem ka siis, kui tegu on käsimüügiravimitega (taotleja seisukoha Lisa 2- R581/2104-2 18.02.2015, FOLAVIT vs FOLASSIST , p 22-23; taotleja seisukoha Lisa 3- T-331/09, 15.12.2010, TONOPAN vs TOLPOSAN, p. 26).

Ravimite keskmine tarbija on harjunud olukorraga, et ravimitel on sageli üsna sarnased nimetused. Senine vaidluspraktika tõendab, et ravimi nimetuste erinevus võib näiteks seisneda üksnes paaris tähes nimetuse keskel, kusjuures muud tähed, sealhulgas ravimite nimetuste esimene ja viimane täht, võivad olla identsed. Arvestades asjaolu, et ravimite keskmine tarbija on hästi informeeritud ja eriti tähelepanelik ja arukas, siis kaubamärkide äravahetamist ja sealhulgas assotsieerumist ei loeta isegi mõnede elementide identsuse puhul tõenäoliseks (taotleja seisukoha Lisa 4, T-1385 9.10.2008, SENSIVA vs SENSEA p 26-27; TOAK-i otsus nr 1351-o, 26.08.2013, PANTOPAC vs PANTOSEC; TOAK-i otsus nr 1303-o, 20.12.2013, FORMI vs FORTI).

Vastandatud kaubamärkides HUMER ja HUUMAAR on ühiseid tähti. Ka mõlema kaubamärgi algustäht ja lõputäht on identsed, kuid see ei anna alust teha järeldust, et ravimite keskmise tarbija jaoks Eestis on kaubamärgid äravahetamiseni sarnased, sealhulgas assotsieeruvad. Vaidlustaja ei ole pööranud tähelepanu sellele, et taotleja kaubamärk on keskmise pikkusega sõna (7 tähte), kuid vaidlustaja kaubamärk oluliselt lühem (5 tähte). Mõlemad kaubamärgid on lühikesed kahesilbilised sõnad, kuid nende pikkuse ja üldmulje erinevus on selgelt tajutav, täpsemalt, silmatorkav.

Vastandatud sõnamärkide lühidus muudab nende täpse eristamise ja meeldejätmise lihtsaks. Tuleb arvestada sellega, et väikesed erinevused lühikestes sõnades viivad sageli erineva üldmuljeni, sest mida lühem on sõna, seda hõlpsam on tajuda iga üksikut tähte. Vaidlustaja ei ole võrrelnud kaubamärke tervikuna, ei ole arvestanud nende pikkuse erinevust, ei ole võtnud arvesse dominante UU ja AA taotleja kaubamärgis ning asjaolu, et taotleja kaubamärgis puudub üldse täht E. Lisaks kaubamärkide kui tervikute pikkuse erinevusele, on oluline, et vaidlustaja kaubamärgi esimeses silbis HU- on üks U, kuid taotleja kaubamärgi, kui liitsõnalise kaubamärgi esimeses ühesilbilises lihtsõnas, sõnas HUU, on topeltvokaal UU. Lisaks sellele vaidlustaja kaubamärgi teises ja ühtlasi viimases silbis -MER on täht E, kuid vaidlustaja kaubamärgis on teises ühesilbilises lihtsõnas MAAR topeltvokaal AA, mille tõttu taotleja kaubamärk ja vaidlustaja kaubamärk on asjaomase tarbija jaoks tervikuna visuaalselt ja foneetiliselt selgelt eritatavad. Topeltvokaalid ravimite nimetustes on harukordsed. Keskmisest kõrgema tähelepanelikkusega, hästi informeeritud ja arukas eesti keelt valdav ning Euroopas ja Eestis enamlevinud võõrkeeltega kokkupuutunud tarbija käsitleb tõenäoliselt taotleja kaubamärki HUUMAAR kui uudset liitsõna, mis koosneb hüüdsõnast HUU ja nimisõnast MAAR.

Seejuures vaidlustaja kaubamärgi HUMER visuaalne pilt osutab võõrkeelsele sõnale, täpsemalt prantsusekeelsele sõnale. Vaidlustaja ravimi pakendil olev info (vt. vaidlustusavalduse lisa 5) annab teada, et tegu on Prantsusmaalt pärit kaubaga. Sellest infost saab kinnitust tõdemus, et kaubamärki HUMER peaks käsitlema prantsusekeelse sõnana. Vaidlustaja järelendus on ekslik, et vastandatud kaubamärgid on visuaalselt väga sarnased. Ravimite nimetuste seas esineb küllaltki palju sarnaseid nimetusi. Kuid arvestades asjaomast tarbijaskonda on taotleja hinnangul vastandatud kaubamärkide visuaalse eristatavuse tase normaalne.

Taotleja on seisukohal, et vastandatud kaubamärkide visuaalsed sarnasused on väiksemad võrreldes tähiste erinevustega. On vähetõenäoline, et ravimite keskmise tarbija mälu pildis võiks vastandatud kaubamärkide juures jäädvustuda vaid kaubamärkide algusosa HU, viimane täht R ja kesksosas paiknev täht M, mille tõttu oleks tõenäoline kaubamärkide äravahetamine. Isegi kui tarbija tajuks teatud sarnasuse olemasolu kaubamärkide vahel, ei tähenda see kaubamärkide äravahetamist. Hästi informeeritud ja keskmisest tähelepanelikum ravimite keskmine tarbija tähtsustab ravimi nimetust kui tervikut ega lase ennast ravimite nimetuste ühistest elementidest end eksitada ega hakka tõenäoliselt üksikute sarnaste elementide baasil looma meelevaldseid seoseid ravimite vahel.

Kuna ravimite nimetused sisaldavad väga tihti ühiseid elemente, sealhulgas identseid algusosi ja lõputähti, siis asjaomane tarbija teab, et ravimi nimetuste täpne kasutamine on enesestmõistetav. Mõne tähe erinevus on täiesti piisav asjaomasele tarbijale ravimi nimetuste visuaalseks ja foneetiliseks eristamiseks.

Kaubamärgid ei ole foneetiliselt äravahetamiseni sarnased. Vaidlustaja kaubamärgi HUMER visuaalne pilt osutab võõrkeelsele sõnale, täpsemalt prantsusekeelsele sõnale. Sellele viitas ka vaidlustaja oma vaidlusavalduses. Vaidlustaja ravimi pakendil olev informatsioon (vt. vaidlustusavalduse lisa 5) annab kinnitust, et tõdemus, et HUMER on prantsusekeelne sõna, on õige.

Kuigi prantsuse keele oskus ei ole ravimi keskmine tarbijate hulgas Eestis nii laialdane kui näiteks inglise keele oskus, siiski teatakse üsna hästi prantsuse keele häälduse üldisi põhimõtteid, mille hulka kuulub see, et rõhk langeb sõna lõpuosale ja kaashäälikuid sõna lõpus üldiselt ei hääldata, kuid kaashäälikud võivad muuta neile eelneva täishääliku hääldust. Teatakse, et täht r sõna lõpul ja tähte h sõna algul ei hääldu, kui just eelneval täishäälikul ei ole aktsendimärki. Isegi kui ravimi keskmine tarbija Eestis ei tea prantsusekeelsete sõnade häälduse kõiki nüansse, siis tõenäoliselt ta ikkagi teab, kuidas hääldatakse prantsuse kirjanike Alexandre Dumas ja Viktor Hugo nimesid ja oskab seda teadmist analoogia põhjal rakendada teistele prantsusekeelsetele sõnadele, sealhulgas sõna HUMER hääldusele. Tuleb arvestada seda, et kuigi suur osa asjaomasest tarbijaskonnast ei pruugi prantsuse keelt osata, on tegu tarbijaskonnaga, kes on keskmisest kõrgema tähelepanelikkusega, hästi informeeritud ja arukas, kes on kokku puutunud prantsuse keelega kui mitte koolis, siis meedia vahendusel, reisil või tööl. Tõenäoliselt ravimi keskmine tarbija Eestis ei hääldaks vaidlustaja kaubamärki HUMER eesti keele hääldusreeglite vaid prantsuse keelele omaselt *ū mé*, kusjuures täht h sõna algul ja täht r sõna lõpul ei hääldu, rõhk langeb sõna lõpuosale, antud juhtumil sõna teisele silbile, täht m hääldub helisevalt ning sellele järgnev täht e hääldub kinniselt.

Taotleja kaubamärgi HUUMAAR häälduspilt on aga järgmine: *uú maar*. Kuna tegu on liitsõnaga, siis rõhk on mõlema liitsõna algul. Mõlemad liitsõnad tuleb rõhuliselt välja hääldada. Sõna huu algul olev täht h ei hääldu. Rõhk on sõna huu algul. Täht u hääldatakse pikalt kuna kirjepildis on tegu topeltvokaaliga uu.

Seejärel tuuakse kuuldavale sõna maar, kusjuures rõhk on sõna maar algul. Kõik tähed sõnas maar hääldatakse välja, kusjuures täht a hääldatakse pikalt kuna kirjapildis on tegu topeltvokaaliga aa ja sellele järgnev täht r hääldatakse heliliselt.

Seega, vaidlustaja kaubamärk HUMER hääldatuna prantsuse keele hääldusele omaselt [ümé] on foneetiliselt täielikult erinev taotleja kaubamärgist HUUMAAR [uú maar].

Isegi, kui ravimi keskmine tarbija Eestis hääldaks vaidlustaja kaubamärki millegipärast eesti keele häälduse kohasel (mida taotleja peab vähe tõenäoliseks), ei kõlaks vokaal u selles mitte pikalt nagu vaidlustaja on ekslikult märkinud. Eesti keelele ja prantsuse keelele on ühine see, et täht h sõna algul ei hääldu, kuid erinevus selles, et eesti keeles hääldusreeglite kohaselt tulevad kõik ülejäänud tähed, sealhulgas täht r, sõna lõpul selgelt välja hääldada. Seega eesti keele hääldusreeglite kohaselt hääldatuna on vaidlustaja kaubamärk umer. Rõhk on tingimata sõna alguses ja kõik häälikud lühikesed. Vaidlustaja kaubamärk HUMER hääldatuna eesti keele hääldusele omaselt [umer] on foneetiliselt täielikult erinev taotleja kaubamärgist HUUMAAR [uú maar].

Taotleja kaubamärgi HUUMAAR kirjapildist tulenevalt järeldub, et tegu on eesti keelele omase liitsõnaga, mis koosneb sõnast "huu" ja „maar.“ Ühesilbilistest sõnadest koosneva liitsõna korrektseks suuliseks esitamiseks on vaja tavalisest suuremat foneetilist pingutust, sest rõhk on mõlema sõna algul. Topeltvokaalid uu ja aa tuleb tingimata pikalt hääldada, kusjuures r sõna „maar“ lõpul tuleb samuti selgelt välja hääldada. Foneetiline pingutuse efekt seisneb selles, et sissehingamisel tuuakse esile pikk „uu“ ja väljahingamisel „ maar.“

Taotleja on seisukohal, et vastandatud kaubamärkidel puudub foneetiline sarnasus täielikult. Vastandatud kaubamärgid on foneetiliselt selgesti eristuvad. Pole tõenäoline, et ravimite keskmine tarbija Eestis vastandatud kaubamärgid foneetilisest kõlast lähtudes äravahetaks.

Kaubamärkide semantiline erinevus. Prantsusekeelne sõna `humer` omab K.Kann Prantsuse-eesti sõnaraamatu (taotleja seisukoha Lisa 8) järgi eesti keeles kahte tähendust: 1) rüüpama; 2) sisse hingama. Huu on hüüdsõna, hüüatus. Näiteks : Huu, kui külm! (taotleja seisukoha Lisa 9 - Eesti õigekeelsussõnaraamat. ÕS 2006, lk 213). Sõna maar tähistab eesti keeles vulkaanilist lehtrit (taotleja seisukoha Lisa 9 - Eesti Õigekeelsussõnaraamat ÕS 2006, Tln., 2006.lk.510). Otepääl asub eriti puhkajate ja kalastajate seas tuntud Maari järv. Kuid sõna maar on tuntud ka kui ving. (taotleja seisukoha Lisa 10- Väike murdesõnastik 2. Tln, Valgus, 1982. lk. 7). Maar on ving ehk halb lehk. Eesti Isikuloolise Indeksi järgi on Maar tuntud Eestis perekonnanimena (73 erinevat kirjet). Kaubamärk HUUMAAR on liitsõna, mis on moodustatud sõnadest huu ja maar. Sõna huumaar näib kandvat kontseptsiooni Huu, milline maar! ehk Huu, milline ving! Ving on halb lehk. Kuid sõna maar teist tähendust arvestades Huu, milline vulkaaniline lehter! Taotleja kaubamärgi kontseptsiooniks näib olevat suunata patsienti tegema vokaalseid hingamisharjutusi tuues sissehingamisel pikalt esile huu ja väljahingamisel maar. Vaidlustaja kaubamärgil HUMER semantiline tähendus on 1) rüüppamine; 2) sisse hingamine. Nii nagu mõisted ving ja rüüppamine või ving ja sisse hingamine, või siis jälle vulkaaniline lehter ja rüüppamine; vulkaaniline lehter ja sisse hingamine kannavad erinevat tähendust, nii kannavad ka kaubamärgid HUMER ja HUUMAAR erinevat tähendust ega ole omavahel tähenduslikult kattuvad või segiaetavad. Taotleja on seisukohal, et vastandatud kaubamärgid HUMER ja HUUMAAR nii semantiliselt erinevad kui ka kontseptsiooniliselt erinevad.

Vaidlustaja väide, et võrreldavatel kaubamärkidel puudub keskmise tarbija jaoks Eestis tähenduslik külg, mille tõttu ei saa neid semantilisest aspektist lähtudes võrrelda, on väär. Isegi, kui asjaomane tarbija ei tea, milline on sõna HUU, MAAR, HUUMAAR või HUMER semantiline tähendus, siis ei tähenda, see seda, et ta eitaks nende sõnade semantilist tähendust üldse, või et ta peaks sõnu HUUMAAR ja HUMER semantiliselt sarnasteks.

Isegi kui tarbija ei tea kummagi kaubamärgi ehk kummagi sõna tähendust (mida taotleja ei pea tõenäoliseks), siis ometigi on väheusustav, et ta peaks vastandatud kaubamärke semantiliselt identseteks või sarnasteks.

Vaidlustaja on seisukohal, et hilisema kaubamärgi HUUMAAR äravahetamise tõenäosust varasema kaubamärgiga HUMER suurendab olulisel määral varasema kaubamärgi HUMER tuntus Eesti turul.

Vaidlustaja sõnul on kaubamärk HUMER Eesti turul tuntud, sest on olnud Eesti turul palju aastaid ja seda kaubamärki reklaamitud erinevate kanalite kaudu. Vaidlustaja märgib, et tõenäoliselt on selle kaubamärgiga varustatud tooted igas Eesti apteegis ja lisab, et otsing sõnaga „Humer“ Eesti Ravimiinfo elektroonilises andmebaasis annab tulemuseks 1342 vastet ning HUMER kaubamärgiga varustatud toodete omadusi tutvustav ja reklaamiv veebileht on kättesaadav veebiaadressil www.humer.ee.

Taotleja on seisukohal, et vaidlustaja poolt esitatud andmed, viited ja vaidlusavaldusele lisatud lisad tõendavad üksnes seda, et kaubamärk Humer on Eesti ravimiturul, kuid ei tõenda kaubamärgi HUMER tuntuse astet Eesti ravimiturul. Ei tõenda näiteks seda, et kaubamärki HUMER kandvad ülemiste hingamisteede haiguste ja häirete raviks mõeldud farmaatsiapreparaadid ja merevee-põhised lahused ninasõõrmete puhastamiseks oleks olnud tuntud enne 17.02.2015 valdavale osale nimetatud ravimite tarbijatest Eestis. Teatavasti tuleb kaubamärgi tuntuse kindlaksmääramisel arvestada kõigi asjaomaste faktoritega, sealhulgas kaubamärgi poolt hõlmatud turuosa, kaubamärgi kasutamise intensiivsust, geograafilist levikut ja kasutamise kestvust ning investeeringuid, mis on tehtud kaubamärgi reklaamimiseks. Vaidlustaja poolt esitatu ei võimalda teha järeldust, et kaubamärk HUMER oleks omandanud Eestis hea reputatsiooni või laia tuntuse ning seeläbi kõrgendatud eristusvõime.

Vaidlustaja väited, sealhulgas fotod kaubamärki HUMER kandvatest toodetest, ei tõenda, et kaubamärk HUMER oleks tegelikult tuntud valdavale osale asjaomastest tarbijaskonnast Eestis. Viited kaubamärki HUMER kandvate toodete reklaamile ja apteekides müügil olekule, ei anna tõendeid selle kohta, milline on kaubamärgi HUMER tuntuse tase ega seda, kas nimetatud kaubamärk on tuntud märkimisväärsele osale asjaomaset tarbijaskonnast. Asjaolu, et asjaomane tarbija on kaubamärgist HUMER teadlik, on sellest kuulnud, on seda näinud või/ja seda tarbinud, ei tõenda kaubamärgi tuntuse astet võrreldes teiste analoogsete kaupade seas Eesti ravimiturul. Järelikult, varasema kaubamärgi eristatavuse hindamisel peab lähtuma eristusvõimest, mis on omane sellele kaubamärgile iseenesest.

Võib eeldada, et varasemal kaubamärgil HUMER on vaidlust puudutavate kaupade, hingamisteede haiguste ja häirete raviks mõeldud farmaatsiapreparaadid ja merevee-põhised lahused ninasõõrmete puhastamiseks, suhtes keskmise asjaomasele tarbija jaoks ravimi manustamise viisile viitav tähendus, kuna sõna humer kannab tähendusi rüüppamine või sisse hingamine. Mõlemad tähendused viitavad hingamisteede ravimi kasutusviisile, rüüppamisele või sisse hingamisele. Ka puudub kaubamärgil HUMER omandatud eristusvõime. Omandatud eristusvõimest saaks rääkida näiteks siis, kui kaubamärk HUMER

oleks omandanud asjaomase tarbijaskonna jaoks Eestis kasutamise tulemusena sekundaarse tähenduse. Seega ei saa kaubamärki HUMER lugeda normaalse eristusvõimega tähiseks, vaid normaalsest väiksema eristusvõimega tähiseks.

Seevastu taotleja kaubamärk HUUMAAR ei ole Eesti asjaomase tarbija jaoks tavaline ja lihtsalt mõistetav, vaid temas on olemas eripära, mis nõuab tarbijalt tõlgendamist ja pingutamist, kuid tänu sellele on see kaubamärk hästi meelde jääv ja eristatav vaidlustaja kaubamärgist.

Taotleja kaubamärk HUUMAAR hõlmab kaupu inhaleeritavad farmaatsiapreparaadid hingamisteede haiguste ja häirete raviks, mis tähendab seda, et tegu on gaasina või aerosoolina sissehingatavate farmaatsiapreparaatidega, mis on mõeldud hingamisteede haiguste kui ka hingamisteede häirete raviks.

Vaidlustaja kaubamärgi kaupade loetelus võib taotleja eelnimetatud kaubale lähimaks kaubaks lugeda farmaatsiatooted ülemiste hingamisteede haiguste raviks, v.a. farmaatsiatooted autoimmuunhaiguste raviks. Kuigi vaidlustaja kaubamärgi loetelus on veel palju muid kaupu. Kuna inhaleeritavad farmaatsiapreparaadid hingamisteede haiguste ja häirete ravi puhul tuleb silmas pidada hingamissüsteemi, nii alumist kui ka ülemist hingamissüsteemi, siis on võimatu teha järeldust, et farmaatsiatooted ülemiste hingamisteede haiguste raviks, v.a. farmaatsiatooted autoimmuunhaiguste raviks, hõlmavad inhaleeritavid farmaatsiapreparaate, mis on mõeldud kogu hingamisteede raviks.

Samuti on võimatu väita vastupidist, et hingamisteede raviks mõeldud inhaleeritavad farmaatsiapreparaadid hõlmaks kõiki farmaatsiatoteid ülemiste hingamisteede raviks, v.a. farmaatsiatooted autoimmuunhaiguste raviks. Seega tuleb järeldada, et nimetatud kaubad on samaliigilised kuid mitte identsed. Peale selle hõlmab taotleja kaubamärk meditsiinilisi lahuseid ninakäikude puhastamiseks. Vaidlustaja EÜ kaubamärgi nr 011541431 kaupade loetelus vastab taotleja eelnimetatud kaubale mereveepõhised lahused ninasõõrmete puhastamiseks.

Vaidlustaja rahvusvaheline kaubamärk IR nr 0653111 aga on meresoolavee lahused ninasõõrmete puhastamiseks. Meditsiinilised lahused ninakäikude puhastamiseks hõlmavad üldjuhul mereveepõhiseid kui ka meresoolavee lahuseid ninakäikude, sealhulgas ninasõõrmete puhastamiseks. Seetõttu tuleb järeldada, et nimetatud kaupade osas on identsus olemas. Vaidlustaja väide, et osaliselt on kaubad identsed ja osaliselt samaliigilised, on õige.

Asjaomane tarbijaskond- tähelepanelikkuse aste. Senises vaidluspraktikas on seisukoht, et ravimi tarbija tähelepanu on suhteliselt kõrge, vaatamata sellele, et tegu pole retseptiravimitega (taotleja seisukoha Lisa 2- R581/2104-2 18.02.2015, FOLAVIT vs FOLASSIST, p 22-23; taotleja seisukoha Lisa 3- T-331/09, 15.12.2010, TONOPAN vs TOLPOSAN, p. 16). Kuna asjaomane keskmine tarbija on arukas, keskmiselt kõrgema tähelepanelikkusega, hästi informeeritud, eriti ettevaatlik, siis pole tõenäoline, et ta vaidlustatud kaubamärgid äravahetaks, või seostaks vaidlustaja kaubamärki taotleja kaubamärgiga arvates, et need võivad pärineda mõlemad vaidlustajalt, või arvata, et ettevõtete vahel on majanduslik seos.

Kaubamärkide igakülgne hindamine. Vaatamata kaupade identsusele või samaliigilisusele on kaubamärkide ärahetamise tõenäosus, sealhulgas assotsieerumise tõenäosuse asjaomase keskmise tarbija poolt välistatud, kui on olemas kaubamärkide visuaalne, foneetiline ja kontseptuaalne erinevus (taotleja seisukoha Lisa 11- R-2667/2014-2, 15.07.2015, p 71) . Arvestades asjaomase tarbijaskonna

keskmisest kõrgemat tähelepanelikkust, hästi informeeritust ja arukust, kaubamärkide üldmulje erinevusi, taotleja kaubamärgi dominantelemente ja dominantelemendi puudumist vaidlustaja kaubamärgis, kaubamärkide visuaalse sarnasuse madalat astet, foneetilise sarnasuse ja semantilise sarnasuse puudumist ja varasema kaubamärgi normaalsemat väiksemat eristusvõimet, tuleb hoolimata kaupade identsusest või samaliigilisusest, välistada vastandatud kaubamärkide äravahetamine, sh assotsieerumine, asjaomase tarbijaskonna poolt.

Kuigi on teada, et üldiselt pöörab tarbija enam tähelepanu kaubamärgi algusele kui lõpule, ei saa seda rakendada iga juhtumi korral, iga juhtumi korral on vaja rõhutada põhimõtet, et kaubamärkide sarnasuse hindamisel tuleb võtta arvesse nende kaubamärkide kui terviku üldmulje ning mitte analüüsida nende erinevaid osi (taotleja seisukoha Lisa 11- R-2667/2014-2, 15.07.2015, p 39). Kui kaubamärgiks on sõnaühend või liitsõna, siis tarbija lahutab sõnaühendi või liitsõna erinevateks lihtsõnadeks ja mäletab kaubamärki kui sõnaühendit või liitsõna, mis on moodustatud lihtsõnade liitmise teel (taotleja seisukoha Lisa 11- R-2667/2014-2, 15.07.2015, p 45). Vaatamata mõnedele korduvatele tähtedele on asjaomase keskmise tarbija jaoks kaubamärgi HUMER assotsieeruvus kaubamärgiga HUUMAAR sama hea kui olematu.

Asjaomase keskmise tarbija jaoks on vastandatud kaubamärkide visuaalne sarnasuse aste alla keskmise ehk nõrk, foneetiline ja semantiline sarnasus puuduvad. Kuigi vastandatud kaubamärkide visuaalne nõrk sarnasus on olemas, ei oma teatud sarnasus ravimite nimes määravat tähtsust. Sarnaseid nimetusi ravimite puhul on üsna palju. Teatakse, et eksimus ravimi nimes võib kaasa tuua ränku tagajärgi. Seetõttu pööratakse erilist tähelepanu ravimi nimede täpsele esitusele. See põhimõte kehtib ka käsimüügiravimite puhul.

Patendiameti otsus registreerida kaubamärk HUUMAAR, taotluse nr M201500187, klassis 5 - inhaleeritavad farmaatsiapreparaadid hingamisteede haiguste ja häirete raviks; meditsiinilised lahused ninakäikude puhastamiseks, Baltas Pharma OÜ nimele on kooskõlas KaMS §10 lg 1 p 2. Vaidlusavaldus tuleb jätta rahuldamata. Patendiameti otsus taotleja kaubamärgi registreerimise kohta tuleb jätta jõusse.

IV Vaidlustaja täiendavad seisukohad

Vaidlustaja ei nõustu taotleja seisukohaga, et kaubamärk HUUMAAR on piisavalt erinev kaubamärgist HUMER nii visuaalsest, foneetilisest kui semantilisest aspektist, et välistada hilisema kaubamärgi HUUMAAR assotsieerumine varasema kaubamärgiga HUMER. Tähiste võrdluses on ebakohane lähtuda sellest, et Eesti inimesed oskavad prantsuse keelt ja selle hääldamisreegleid nii, et nad vaidlustaja kaubamärgi HUMER puhul lähtuksid just prantsusekeelsest hääldusest. Tavaelus ei ole keskmine Eesti inimene võimeline seostama sõna HUMER prantsuse keele ja selle hääldamisreeglitega. Taotleja väiteid, mis tulenevad kaubamärgi prantsuse keele hääldusest, ei saa arvestada, sest Eesti asjaomane üldsus ei koge kaubamärki HUMER prantsuse sõnana ega oska ka tõenäoliselt seda prantsuse keele reeglite kohaselt hääldada.

Tõene ei ole taotleja väide, et eesti keeles sõna alguses „h“-häälikut ei hääldata. Vaidlustaja jääb oma seisukoha juurde, et Eesti asjaomase üldsuse jaoks on kõnealuste kaubamärkide hääldus vastavalt eesti keele hääldusreeglitele „huumaar“ ja „humer“ või „huumer“.

Tähiste semantilises võrdluses on samuti Eesti tarbijale prantsuse keele oskuste omistamine ebakohane. On vägagi tõenäoline, et Eesti asjaomane üldsus ei loo seoseid sõna HUMER võimaliku prantsusekeelse tähendusega.

Kaubamärkide võrdlemisel tuleb lähtuda registreeringus esitatud kaubamärgi reproduktsioonist, mitte praktikas kasutatavast pakendist, nagu taotleja on oma vastuse väited esitanud leheküljel 7 (viimane lõik).

Taotleja poolt välja toodud seisukoht, et talle kuuluv kaubamärk HUUMAAR on eestikeelne tähendusega liitsõna, ei ole aktsepteeritav. Taotleja poolt toodud järeldesteni sõna „huumaar“ tähenduse osas ei jõua suure tõenäosusega ükski asjakohase üldsuse esindaja. Vaidlustaja jääb oma seisukoha juurde, et mõlemad võrreldavad tähised on Eesti asjaomase tarbija jaoks tähenduseta sõnad.

Taotleja on oma vastuses toonud hulgaliselt näiteid erinevatest lahenditest, kuid nendes esitatud arutluskäikude refereeringuid ei saa selles konkreetsetes vaidluses otseselt arvestada, kuna iga käsitletava juhtumi asjaolud ja kaalukeeled on siiski erinevad. Samuti pole antud vaidluses küsimus sellest, milliste tähistega assotsieerub varasem tähis HUMER (taotleja pakutud HUMMER), vaid kas taotleja märk HUUMAAR seostub kaubamärgiga HUMER.

Tähiste visuaalse võrdluse osas toob vaidlustaja veel välja, et tänapäevases kiires kirjalikus suhtluses, nt mobiiltelefoni sõnumitega, on järjest sagedasem vokaalide välja jätmine – näiteks „palun“ asemel „pln“, „Tallinn“ asemel „Tln“ jne. Inimesed hoomavad ka üksnes konsonantide abil kogu sõna, eriti kui see esineb teatud kontekstis. Kõnealusel juhul, kus võrdluses on tähised HUMER ja HUUMAAR, jääksid mõlema sõna puhul alles identsed konsonandid „hmr“ ning see võib mõjutada asjaomase üldsuse taju neist kaubamärkidest ja hilisema tähise seostamist varasemaga. Üldpildis võivad eristuda just need tähed.

Vaidlustaja soovib täpsustada, et taotleja kaubamärgi HUUMAAR registreeringus toodud kaupu inhaleeritavad farmaatsiapreparaadid hingamisteede haiguste ja häirete raviks on oma olemuselt ja kasutuseesmärgilt niivõrd sarnased, et neid võiks lugeda ka identseks vaidlustaja EÜ kaubamärgi HUMER registreeringus nr 011541431 märgitud kaupadega farmaatsiatooted ülemiste hingamisteede haiguste raviks, v.a farmaatsiatooted autoimmuunhaiguste raviks, kuna taotleja kaubad erinevad vaidlustaja kaupadest vaid vähesel, mitteolulisel määral. Kaubamärkide õiguskaitse ulatuse ja eristatavuse seisukohast ei ole suur erinevus, kui mõlema kaubad puudutavad sama toimetemehhansimiga (inhaleeritavat) ravimit, mis on mõeldud sama elundisüsteemi (hingamisteed) jaoks. See, et taotleja kaubad hõlmavad ka alumisi hingamisteid, ei ole õiguskaitse ulatuse seisukohast määrav. Kui ka peaks kaupu lugema mitteidentseiks, siis on nende sarnasus väga tugev. Taotleja kaubad meditsiinilised lahused ninakäikude puhastamiseks on identsed vaidlustaja kaupadega mereveepõhised lahused ninasõõrmete puhastamiseks (EÜ kaubamärk nr 011541431) ja meresoolavee lahused ninasõõrmete puhastamiseks (rahvusvahel. reg nr 0653111).

Põhjendamatud on taotleja väited, et vaidlustaja varasem kaubamärk HUMER ei oma suuremat eristusvõimet, vaid on koguni pigem väikese eristusvõimega tähis. Nagu eespool toodud, ei koge Eesti asjaomane üldsus kaubamärki HUMER prantsusekeelsena ning veelgi enam ei seosta Eesti tarbija kaubamärki HUMER selle sõna prantsusekeelse tähendusega, mis võiks viidata kaupade olemusele.

Kaubamärgiga HUMER tähistatud tooted on olnud Eesti turul enne taotleja kaubamärgi HUUMAAR taotluse esitamist järjepidevalt üle kümne aasta, juba 2001. aastast alates, s.o 14 aastat enne kaubamärgi HUUMAAR taotluse esitamist. Samuti nähtub tõenditest kaubamärgi HUMER järjepidev, ulatuslik ja intensiivne kasutamine kuni tänase päevani. HUMER toodetel on hea maine ning neid soovitatakse erialaspetsialistide poolt. Vaadeldes tõendusmaterjale, siis võib väita, et on väga tõenäoline, et see, kellel on nohu olnud, teab ka kaubamärki HUMER ja see tähendab päris suurt hulka inimesi, mille usutavuse jaoks pole ilmselt tõendeid vaja. Kaubamärk HUMER on Eestis hästi tuntud nii eriala professionaalide kui tarbijate seas. Seda tõendavad muu hulgas alljärgnevad materjalid, milles erialaspetsialistid soovitavad hingamisteede haiguste raviks ja ennetamiseks just HUMER tooteid: internetis avaldatud Eesti Ravimiameti ja Eesti perearstide soovitused gripi ja külmetushaiguste raviks; erinevates meediakanalites vahendatud arstide ja apteekrite soovitused külmetushaiguste ennetamiseks ja raviks (täiendavate seisukohtade lisa 2). Eesti kaks apteegiketti (Apotheka ja BENU) pakuvad vastsündinud laste peredele tasuta nõ beebipakki, mis sisaldavad erinevaid lapse hoolduseks ja ravimiseks vajalikke tooteid. Kaubamärgiga HUMER tähistatud toode (mereveelahu ninaõõnsuste puhastamiseks) on mõlema apteegiketi poolt pakutavas pakis – vt Apotheka tasuta beebipaki sisu kirjeldus (täiendavate seisukohtade lisa 3.1) ja BENU Apteegi tasuta beebipakk (täiendavate seisukohtade lisa 3.2). Need tasuta pakid on väga populaarsed ja nii on noored pered juba lapse sündides kursis HUMER kaubamärgi ja toodetega. Sellisel tasemel tundus ja hea maine ei teki toodete ja neid tähistavate kaubamärkide suhtes eriala professionaalide seas juhuslikult, vaid pikaajalise, intensiivse ja ulatusliku kasutamise käigus. Seega need tõendid näitavad, et kaubamärgil HUMER on hingamisteede haiguste ravimiseks ja ennetamiseks kasutatavate ravimite ja meditsiiniseadmete osas tavapärasest suurem eristusvõime tänu pikaajalise, intensiivse ja laialdase kasutamise tekkinud suurele tuntusele ja väga heale mainele nii eriala professionaalide kui tarbijate seas. Kaubamärk HUMER on tuntud valdavale osale Eesti tarbijaskonnast kui erialaspetsialistidest. Kaubamärgi HUMER ja sellega tähistatud toodete tuntust nii tarbijate kui professionaalide seas tõendavad ka lugematud kajastamised erinevates interneti portaalides, blogides, veebilehtedel, meediaväljaannetes. Kõikide kajastuste kohta tõendite esitamine poleks siinkohal mõistlik, sest materjali hulk on väga suur. Ainuüksi otsingufraasi „nohu Humer foorum“ kasutamine otsingumootoris Google annab 1440 eestikeelset vastet erinevatele interneti portaalide foorumite teemadele, kus küsitakse või soovitatakse HUMER tooteid.

Arvestades kaubamärgiga HUMER tähistatavate toodete kasutuseesmärki, siis on just lastega pered oluliseks sihtgrupiks, kuna lastel esineb külmetushaigusi, sh nohu, väga sageli. Lisaks eespool toodud materjalidele, on just lapsevanemate kõrge teadlikkus kaubamärgist HUMER ja sellega tähistatud toodetest tõendatud HUMER toodete pikaajalise süstemaatilise reklaamimisega Eesti ainsas pereajakirjas Pere ja Kodu ja selle eriväljaandes Beebi alates aastast 2002, s.o 13 aasta jooksul enne taotleja kaubamärgi HUUMAAR taotluse esitamist (lisa 4). Samuti on juba aastal 2002 ilmunud HUMER toodete reklaam ajakirja Pere ja Kodu poolt välja antud käsiraamatus Lapse tervise ABC (lisa 5). Iga Eestis elav pere saab lapseooteajal oma arstilt või ämmaemandalt tasuta nõuanderaamatu, mida antakse välja igal aastal. Lisaks paber kandjale on raamat ka internetis tasuta kättesaadav. 2013. aasta raamat ilmus seejuures nii eesti kui vene keeles. Kaubamärki HUMER kandvad tooted on ka nendes raamatutes reklaamitud. Eeltoodud tõendid ja argumendid kinnitavad, et vaidlustaja kaubamärk on hästi tuntud valdavale osale Eesti asjaomasest üldsusest, see omab head mainet ning on suurema eristusvõime ja õiguskaitse

ulatusega kui tavapärase kaubamärk. Varasema kaubamärgi tuntus ja mainekus muudavad tõenäolisemaks hilisema kaubamärgi äravahetamise, sh seostamise, varasema kaubamärgiga.

Asjaomase üldsuse tähelepanelikkuse aste. Taotleja on välja toodud argumendid asjaomase üldsuse suurema tähelepanelikkuse osas, kuna kõnealused kaubad puudutavad tervist ja ravimeid. Vaidlustaja soovib siiski täpsustada, et need kõnealused kaubad küll on osalt looduslikku päritolu ja seepärast pole tarbija ilmselt nii tähelepanelik kui nt sünteetiliste ravimite puhul isegi, kui need on käsimüügis. Väga oluline on siinkohal rõhutada ühelt poolt varasema kaubamärgi tuntust ja teisalt taotleja kaubamärgi taotluses toodud kaupade vähemalt väga suurt sarnasust kui mitte identsust, millest tulenevalt võib eeldada, et ka tavapärasest suurema tähelepanelikkuse juures on kaubamärkide assotsiatsioon väga tõenäoline.

Tõele ei vasta taotleja väited, et vaidlustaja ei ole registreerinud ega kasuta erinevaid variatsioone kaubamärgist HUMER (kasutusel pole kaubamärgiseeriad) ning seepärast ei arva tarbijad, et taotleja kaubamärk HUUMAAR võiks seostuda varasema tähisega HUMER. Kaubamärgiga HUMER tähistatakse praktikas erinevaid tooteid, st tooteseeriat (vt toodete info vaidlustusavalduse lisa 4):

a) HUMER 050 – hüpertoonilise lahuse kontsentratsiooniga merevesi, mis on mõeldud kasutamiseks ninakinnisuse korral;

b) HUMER soft pocket – isotooniline lahus, mis sisaldab toimeainena dekspantenooli. Aitab taastada, kaitsta ja niisutada kahjustunud limaskestast. Kasutatakse külmetushaiguste, allergilise nohu või nina limaskestast kuivuse korral;

c) HUMER 150 täiskasvanute – nina limaskestast niisutamiseks ja sekreedi vedeldamiseks, sobib ninaõõnsuste loputamiseks nohu korral ja kergendab väljanuuskamist;

d) HUMER 150 imikute/laste – nina limaskestast niisutamiseks ja sekreedi vedeldamiseks, sobib ninaõõnsuste loputamiseks nohu korral ja kergendab väljanuuskamist;

e) HUMER LAHUS 5ML N18 - isotooniline merevesi (0,9% NaCl), ampullides;

f) HUMER KÕRVASPREI 75ML - kõrvade hügieeniliseks ja õrnaks puhastamiseks (täiendavate seisukohtade lisa 7).

Vaidlustajale kuulub või on kuulunud kaubamärgiga HUMER sarnane kaubamärk HUMEX, mis on registreeritud Euroopa Ühenduse kaubamärgina ja rahvusvahelise registreeringu alusel Eestis erinevates variatsioonides kaubamärgi HUMER registreeringutes toodud kaupadega sarnastele kaupadele (täiendavate seisukohtade lisa 8):

EÜ kaubamärk HUMEX (reg nr 011629342, taotl. kuup. 21.02.2013, reg. kuup. 04.07.2013; EÜ kaubamärk HUMEX DUO (reg nr 003910585, taotl. kuup. 01.07.2004, reg. kuup. 01.06.2006; EÜ kaubamärk HUMEX PURIFY TECHNOLOGY (reg nr 010030385, taotl. kuup. 08.06.2011, reg. kuup. 09.11.2011; EÜ kaubamärk RHINHUMEX (nr 003930071, taotl. kuup. 13.07.2004, reg. kuup. 14/09/2005, aegumiskuup. 13.07.2014; HUMEX REFLEX, rahvusvaheline kaubamärgi registreering Eestis (reg nr 0947391, reg. kuup. 23.11.2007.

Vaidlustaja on kaubamärgi HUMEX all Eestis müünud kõrvaspreid (vt täiendavate seisukohtade lisa 9), mis on vaidlusaluste kaubamärkide kaupadega samaliigiline. Arvestades eeltoodud on tõenäoline, et identsete ja suure sarnasuse astmega kaupade tähistamisel kaubamärgiga HUUMAAR arvab asjaomane üldsus, et tegemist on vaidlustaja kui varasema laialdaselt tuntud kaubamärgi HUMER omaniku poolt pakutava tooteseeria kaupadega, st on suurem tõenäosus kaubamärkide HUMER ja HUUMAAR äravahetamiseks asjaomase üldsuse poolt.

Kaubamärkide äravahetamine. Taotleja kaubamärgi HUUMAAR äravahetamist varasema kaubamärgiga HUMER soodustavad lisaks tähiste suurele sarnasusele olulisel määral kaupade identsus ja suur sarnasus ning eelkõige varasema kaubamärgi HUMER laialdane tuntus ja hea maine Eestis kõnealuste kaupade pikaajalise, intensiivse ja ulatusliku kasutamise tulemusena. Taotleja kaubamärgi HUUMAAR registreerimine kõnealustele kaupadele klassis 5 rikuks kaubamärgi HUMER omaniku ainuõigust ning selle kaubamärgiga võib taotleja ebaausalt ära kasutada ja kahjustada ka varasema kaubamärgi HUMER mainet ning nõrgestada selle õiguskaitset.

V Vaidlustaja lõplikud seisukohad

Vaidlustaja teatas apellatsioonikomisjonile, et jääb kõigi oma seisukohtade juurde, mis on esitatud vaidlustusavalduses 02. oktoobril 2015 ning oma täiendavates seisukohtades 18. märtsil 2016. Vaidlustaja palub vaidlustusavalduse rahuldada.

VI Taotleja lõplikud seisukohad

Taotleja esitas lõplikud seisukohad 12.10.2016 jäädes kõigi varem esitatud seisukohtade ja vastuväidete juurde.

VII Apellatsioonikomisjoni seisukohad ja otsus

Apellatsioonikomisjon, analüüsinud menetlusosaliste seisukohti, hinnanud esitatud dokumentaalseid tõendeid kogumis ja vastastikusel seoses, märgib järgmist.

Vaidlustusavalduse kohaselt on kaubamärk HUUMAAR (taotluse nr M201500187) äravahetamiseni sarnane, sealhulgas assotsieeruv vaidlustaja kaubamärkidega HUMER (rahvusvahelise registreeringu nr 0653111) ja Euroopa Ühenduse kaubamärgiga (registreeringu nr 011541431), millest tulenevalt on tähise registreerimine klassis nr 5 nimetatud kaupade suhtes vastuolus KaMS § 10 lg 1 punktiga 2.

Pooled jagavad seisukohta, et vaidlustaja mõlemad kaubamärgid on taotleja tähise suhtes varasemad KaMS § 11 lg 1 kohaselt.

Vastavalt KaMS § 12 lg 1 punktile 2 on kaubamärgi õiguskaitse ulatuse aluseks registrisse või Büroo rahvusvahelisse registrisse kantud kaubamärgi reproduktsioon. Asjaomaste tähiste reproduktsioonid on järgmised:

Vaidlustaja kaubamärkide kujutised	Taotleja kaubamärgi kujutis

HUMER	HUUMAAR
-------	---------

Vaidlustusavalduse kohaselt on kaubamärkide kaitstavad kaubad identsed, taotleja hinnangul osaliselt identsed, osaliselt samaliigilised. Pooltel on erinevad seisukohad kaubamärkidega kaitstavate kaupade identsuse ja samaliigilisuse ulatuse küsimuses. Sellest tulenevalt hindab apellatsioonikomisjon ühtlasi kaupade sarnasuse aspekti.

Kaupade või teenuste vahelise sarnasuse hindamisel tuleb arvesse võtta kõiki nende kaupade või teenuste vahelist suhet iseloomustavaid asjaomaseid tegureid. Nende tegurite hulka kuuluvad kaupade ja teenuste olemus, otstarve, kasutusviis ning samuti nende üksteisega konkureeriv või üksteist täiendav iseloom.

Kaubamärgile HUUMAAR soovitakse õiguskaitses klassis nr 5 loetletud kaupadele inhaleeritavad farmaatsiapreparaadid hingamisteede haiguste ja häirete raviks ning meditsiinilistele lahustele ninakäikude puhastamiseks.

Rahvusvaheline kaubamärk HUMER hõlmab tooteid „meresoolavee lahused ninasõõrmete puhastamiseks.“ Euroopa Ühenduse kaubamärk HUMER on registreeritud klassis 5 märgitud kaupade suhtes järgmiselt: dermatoloogilised tooted nahapunetuste ennetamiseks ja hooldamiseks; mereveepõhised lahused ninasõõrmete puhastamiseks; merevee-põhised kehahügieenilahused kaelale, silmadele, kõrvadele; Mereveepõhised kehahügieenilahused haavadele; mereveepõhised aerosoolid kehahügieenilahused ninale; meditsiinilise- ja isikliku hügieeni tarbed; hügieenitarbed; farmaatsiatooted ülemiste hingamisteede haiguste raviks, v.a farmaatsiatooted autoimmuunhaiguste raviks; dermatoloogilised vahendid.

Meditsiinilised lahused ninakäikude puhastamiseks, meresoolaavee lahused ninasõõrmete puhastamiseks, mereveepõhised aerosoolid kehahügieenilahused ninale on kõik mõeldud ninakäikude hügieeniks ja ninakinnisuse leevendamiseks (nt rinofarüngiidi ehk nohu korral). Inhaleeritavad (ehk sissehingatavad) farmaatsiapreparaadid hingamisteede haiguste ja häirete raviks, meditsiinilise hügieeni tarbed, farmaatsiatooted ülemiste hingamisteede raviks ning dermatoloogilised tooted nahapunetuste ennetamiseks ja hooldamiseks on mõeldud hingamisteede meditsiiniliseks ravimiseks ja hügieeniks ning naha hooldamiseks. Kaupade loetelu võrdlusest nähtub, et olemuselt on eelnimetatud kaupadel sama eesmärk – mõeldud kasutamiseks hingamisteede vaeguste korral. Tooteid võib manustada sissehingamisel ja pihustamisel, seega on neil sarnane kasutusviis. Kaupadel on sarnane sihtgrupp meditsiinaldkonnas tegutsejad ja tarbijad, peaaesjalikult on tooted mõeldud kasutamiseks lõpptarbijale. Vastandatud kaubamärkidega tähistatavad tooted konkureerivad üksteisega. Sellest tulenevalt on nimetatud võrreldavad kaubad olemuselt identsed. Ülejäänud klassis 5 nimetatud tooted on vähemalt samaliigilised, kuna nende eesmärk, olemus ja sihgrupp on väga sarnased.

Vastavalt KaMS § 10 lg 1 punktile 2 õiguskaitses ei saa kaubamärk, mis on identne või sarnane varasema kaubamärgiga, mis on saanud õiguskaitses identsete või samaliigiliste kaupade või teenuste tähistamiseks, kui on tõenäoline kaubamärkide äravahetamine tarbija poolt, sealhulgas kaubamärgi assotsieerumine varasema kaubamärgiga.

Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt asjaomaste tähiste visuaalse, kontseptuaalse ning foneetilise sarnasuse osas peab äravahetamise sarnasuse, sh assotsieerumise tõenäosuse igakülgne hindamine rajanema üldmuljele, võttes eelkõige arvesse kaubamärkide eristavaid ja domineerivaid elemente. Euroopa Kohtu praktika kohaselt segijamise tõenäosuse igakülgsel hindamisel on otsustav roll sellel, kuidas asjaomaste kaupade või teenuste keskmine tarbija kaubamärke tajub. Keskmine tarbija tajub kaubamärki tervikuna ega uuri selle eri detaile. Tarbijal üldjuhul puudub võimalus märke üheaegselt vaadelda ning nad peavad usaldama oma mällu sööbinud pilti varasemast märgist.

Hinnates taotleja kaubamärgi domineerivaid ja eristavaid elemente, tuleb arvesse võtta, et mõlemad kaubamärgid on sõnamärgid, mis koosnevad ühest sõnast. Kaubamärgisõna on mõlema tähise ainsaks domineerivaks elemendiks.

Visuaalsest küljest nähtub, et vaidlustaja kaubamärk (apellatsioonikomisjon hindab vaidlustaja kaubamärke koos) HUMER koosneb viiest ühekordsest trükitähest. Taotleja kaubamärgis HUUMAAR on seitse trükitähte. Muid elemente kaubamärkidel ei ole. Mõlema kaubamärgi kaks esimest tähte (HU) ja viimane täht (R) on identsed. Taotleja kaubamärk erineb vaidlustaja tähistest sõna algusosas paiknevate kahekordsete tähtede (UU) ja sõna lõppu jäävate tähtede (AA) poolest. Mõlemas kaubamärgis kasutatakse lisaks tähte „M“, aga kuna menetlusosaliste tähised on erineva pikkusega, siis ei saa väita, et täht asub kaubamärkides identsel kohtadel, nagu on leidnud vaidlustaja. Apellatsioonikomisjon leiab, et käesoleval juhul köidavad taotlejate suuremat tähelepanu sõnatähises mitmekordsed tähed (UU) ja (AA), sest tähed korduvad, asuvad üksteise kõrval ning neist esimesed kaks asuvad suhteliselt sõna alguses. Tähtede mitmekordsuse (korduvuse) tõttu tulevad need visuaalselt paremini esile ning tarbijatel on tähise elemente kergem märgata ja meelde jätta. Tarbijate tähelepanu soodustab asjaolu, et kaubamärgis puuduvad muud elemendid, mis kirjeldatud visuaalset mõju vähendaks. Taotleja kaubamärgis esinevad domineerivad elemendid vaidlustaja kaubamärgis puuduvad. Vaidlustaja viitab kaubamärkide sarnasuse hindamisel identsetele osadele kaubamärkide alguses (HU) ja lõpus (R). Tähiste algusosade sarnasused ei välista tingimata tähise ülejäänud osade tajumist asjaomase avalikkuse poolt, kui kaubamärgi erinevused on algusosadest selgemini äratuntavad. Taotleja kaubamärk koosneb seitsmest tähest, millest sõna alguses on vaidlustaja tähisega identsed vaid kaks algustähte. Arvestades, et kaubamärgid on erineva pikkusega, taotleja tähisel on mitmeid tarbijate poolt tajutavaid dominantseid erinevusi ja kaubamärkide algusosade sarnasused kaubamärkide tervikpildis ei ole väga arvestatavad, leiab appellatsioonikomisjon, et kaubamärkidel on visuaalselt rohkem erinevusi kui sarnasusi.

Kaubamärkide semantiline hinnang. Vaidlustaja leiab, et võrreldavatel tähistel puudub eestikeelne tähendus. Taotleja seevastu on seisukohal, et HUMER on prantsusekeelne sõna, mis omab eesti keeles kahte tähendust: 1) rüüpama; 2) sisse hingama. Taotleja sõnul omab ka HUUMAAR tähendust. Lõplikes seisukohtades selgitas taotleja, et kaubamärgi kujutluses seostub sõna „huumaar“ udulooris järvega, (jättes täpsustamata, kas ta peab silmas Maari-nimelist järve) ja sellest kujutluspildist saadud positiivse emotsiooniga, mis paneb sisse hingates hüütama „huu“ ja seejärel välja hingates tooma kuuldavale sõna „maar.“ Ühtlasi võivat sõna „huumaar“ käsitleda kas uue sõnana, slängina või murdesõnana.

Apellatsioonikomisjon nõustub vaidlustajaga, et Eesti asjaomase avalikkuse jaoks on mõlemad kaubamärgid tähenduseta sõnad, millede puhul taotleja kirjeldatud assotsiatsioonide tekkimine ei ole tõenäoline ega tõendatud. Eesti asjaomase avalikkuse prantsuse keele oskus ei ole sellisel tasemel, et

saaks eeldada igasuguste prantsuskeelsete sõnade tundmist. Isegi, kui teatud osa kaupade sihtgrupist (nt meditsiinivaldkonnas tegutsejad) võiks arvata, et sõna HUMER tuleneb prantsuse keelest, ei ole põhjendatud arvata, et nad saavad tingimata aru sõna HUMER tähendusest. Vastupidist ei ole taotleja tõendanud. Samuti ei pea apellatsioonikomisjon veenvaks taotleja käsitlust, et sõna HUUMAAR tähendab udulooris järve, kuna sellisel kujul liitsõna eesti keeles ei eksisteeri ega kasutata. Lähtudes eeltoodust puuduvad vastandatud kaubamärkidel kontseptuaalsed sarnasused või erinevused.

Kaubamärkide foneetiline võrdlus. Vaidlustaja kaubamärk HUMER koosneb kahest silbist [hu-mer]. Apellatsioonikomisjon tuvastas eelnevalt, et enamik nende kaubamärkide sihtgrupist Eestis ei pruugi olla teadlik, et sõna HUMER tuleneb prantsuse keelest. Isegi kui tarbija oletab, et sõna pärineb prantsuse keelest, ei ole alust arvata, et Eesti tarbijad oskavad hääldada sõnasid korrektses prantsuse keeles. Selleks puudub ka igasugune keeleruumist tingitud eluline vajadus, sest kui tarbija pöördub nt toote ostmiseks apteeki, ei ole tal kuigivõrd põhjust hakata eesti keelt valdava apteekriga suhtlema kasutades prantsuskeelset hääldust. Nii võiks praktikas toimida keelte puhul, mis on antud keeleruumis rohkem levinud (nt osundades vene- või ingliskeelsetele kaubamärkidele). Seetõttu leiab apellatsioonikomisjon, et kui päritolukeele hääldus ei ole tarbijale teada ega levinud ning ei sisalda ka eesti kirjaõiget erinevaid võõrsõnale omaseid võõrsõnatähti või muid struktuurijooni, hääldab Eesti tarbija sõna(sid) eesti keele foneetika reeglite kohaselt või sellele sarnaselt. Eesti keeles hääldatakse vaidlustaja kaubamärgi kirjaõigiliselt pearõhuga esisilbil [ˈhumer]. Eesti keele käsiraamatu kohaselt on „h“ kirjutamine sõna alguses traditsioonipärane, kuigi häälduses ei ole see nõutav (vt Eesti keele käsiraamat, kolmas täiendatud trükk, Eesti Keele Sihtasutus, Tallinn 2007, lk 76). Seega pole välistatud, et vaidlustaja kaubamärgi esimene täht on häälduspildis vähemdomineerival kohal või jäetakse hääldamata [ˈumer], näiteks nagu [hobune või obune].

Taotleja kaubamärk jaguneb kaheks silbiks [huu-maar]. „H“ tähe hääldusreeglid kehtivad sarnaselt vaidlustaja kaubamärgiga [huu:maar või uu:maar]. Samal ajal on sõna HUUMAAR eesti keeles ebatavaline, mis võib muuta tarbija sõna hääldamisel ettevaatlikuks ning panna teda püüdliselt hääldama kõiki sõnaelemente. Sellisel juhul tuleb täht h häälduspildis selgemalt esile. Sõna pikkus loob assotsiatsiooni, et tegemist on liitsõnaga. Mõlema silbi algused on rõhulised [ˈhuu-ˈmaar], sarnaselt sõnale [ˈtöö-ˈmäär]. Mõlemas silbis sisalduvad topeltvokaalid „aa“ ja „uu“ muudavad sõna häälduslikult pikaks, tuues vokaalid tajutavalt esile.

Sõnasid HUMER ja HUUMAAR käänatakse erinevalt: Humer : Humeri : Humerit (prantsuspäraselt, st kui r ei hääldu, Humer : Humer' : Humer'd) ja Huumaar : Huumaari : Huumaari.

Kaubamärkide foneetilisest võrdlusest järeldub, et sõna HUUMAAR sisaldab tähti, mida vaidlustaja kaubamärgis pole ning need on hääldamisel tajutavad. Vaidlustaja sõna on mõnevõrra lühem, taotleja kaubamärk on pikem, mõlema silbi rõhulised algused ja topeltvokaalid muudavad sõnad hääldusrütmilt ja kõlaliselt selgelt erinevateks. Sellest tulenevalt on sõnad HUMER ja HUUMAAR foneetiliselt erinevad.

Kaubamärkide äravahetamine tähendab tõenäosust, et tarbija võib uskuda, et vaadeldavad kaubad või teenused pärinevad samalt ettevõtjalt või vastavalt olukorrale, majanduslikult seotud samalt ettevõtjalt. Apellatsioonikomisjon tuvastas, et kaubamärkidega kaitstavad kaubad on osaliselt identsed ja osaliselt samaliigilised. Kaupade asjaomase avalikkuse moodustavad lõpptarbijad (nt patsiendid) ja meditsiinivaldkonnas tegutsejad (nt arstid ja apteekrid). Viimased seetõttu, et nimetatud toodete

kasutamist võivad soovitada arstid oma patsientidele ning tooteid võidakse müüa apteekides. Põhjendatud on taotleja seisukoht, et ravimite keskmine tarbija ning meditsiinivaldkonnas tegutsejad on hästi informeeritud ja eriti tähelepanelikud ning arukad, millest tulenevalt on asjaomase avalikkuse tähelepanuaste keskmisest kõrgem. Eelnevalt tuvastati, et kaubamärkide visuaalsed ja foneetilised erinevused on suuremad võrreldes tähiste väiksemate sarnasustega. Kontseptuaalsest aspektist tähistel tajutavad ühisjooned puuduvad. Kuna kaubamärkide erinevused on piisavalt selged ja asjaomase avalikkuse poolt tajutavad, siis neid ei neutraliseeri kaupade osaline identsus ja samaliigilisus. Kaubamärkide üldpildis on tähiste sarnasused tagasihoidlikumad võrreldes domineerivate erinevustega. Lähtudes eeltoodust ei ole käesolevas asjas esile toodud asjaolude põhjal alust järeldada, et avalikkus võib uskuda, et kaubamärkidega tähistatud kaubad või teenused pärinevad samast ettevõttest või majanduslikult seotud ettevõtete grupist. Kaubamärgid ei ole KaMS § 10 lg 1 p 2 kohaselt äravahetamiseni sarnased, sh assotsieeruvad.

Lähtudes eeltoodust ja juhindudes tööstusomandi õiguskorralduse aluste seaduse § 61 lg 1, KaMS § 10 lg 1 p 2, apellatsioonikomisjon

o t s u s t a s:

1. Jätta vaidlustusavaldus rahuldamata.

Vaidlustusavalduse menetlusosaline, keda ei rahulda komisjoni otsus ja kes soovib jätkata vaidlust menetlusosaliste vahel hagimenetluse korras, võib esitada hagi teise menetlusosalise vastu kaubamärgi õiguskaitset välistava asjaolu või selle puudumise kindlakstegemiseks kolme kuu jooksul komisjoni otsuse avaldamisest arvates. Hageja teavitab viivitamata komisjoni hagi esitamisest.

Kui hagi ei ole esitatud, jõustub komisjoni otsus kolme 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.

Allkirjad:

P. Lello

M. Tähepõld

R. Laaneots