

JUSTIITSMINISTEERIUM
TÖÖSTUSOMANDI
APELLATSIOONIKOMISJON

OTSUS nr 1579-o

Tallinnas 26. juulil 2016

Tööstusomandi apellatsioonikomisjon, koosseisus Harri-Koit Lahek (eesistuja), Rein Laaneots ja Margus Tähepõld, vaatas kirjalikus menetluses läbi OÜ Eesti Leivatööstus vaidlustusavalduse Patendiameti otsuse peale registreerida kaubamärk VIRMALISE (taotlus nr M201400147) klassis 30 kondiitritoodete ja maiustuste osas AS Hagar nimele.

Asjaolud ja menetluse käik

OÜ Eesti Leivatööstus (edaspidi vaidlustaja, esindaja volikirja alusel patendivolinik Kaie Puur) esitas tööstusomandi apellatsioonikomisjonile (edaspidi komisjon või TOAK) 01.02.2015 vaidlustusavalduse Patendiameti 01.12.2014 otsuse peale, millega otsustati registreerida AS Hagar (edaspidi taotleja, esindaja patendivolinik Ingrid Matsina) nimele kaubamärk VIRMALISE (05.02.2014 esitatud taotlus nr M201400147, edaspidi vaidlustatud kaubamärk või kaubamärk VIRMALISE) klassis 30 kondiitritoodete ja maiustuste osas. Vaidlustatud kaubamärgitaotlus avaldati 01.12.2014 Eesti Kaubamärgilehes nr 12/2014, lk 17. Vaidlustusavaldus registreeriti komisjoni menetlusse numbri 1579 all ja eelmenetlejaks määrati Harri-Koit Lahek.

Taotleja esitas sõnalise kaubamärgi VIRMALISE registreerimise taotluse Eestis klassis 30 järgmiste kaupade osas: *kohv, tee, kakao ja kohvi aseained, riis; tapiokk ja saago; jahu ja muud teraviljasaadused; pagaritooted; leib, sai, kondiitritooted ja maiustused; jäätis; suhkur, mesi, siirup; pärm, küpsetuspulbrid; sool; sinep; äädikas, vürtsikastmed; vürtsid; jää.*

Vaidlustaja leiab, et Patendiameti otsus registreerida kaubamärk VIRMALISE on vastuolus kaubamärgiseaduse (edaspidi KaMS) § 9 lg 1 punktides 2 ja 3 sätestatuga, sest sõnaline tähis VIRMALISE näitab teatavat kindlat kondiitritoote ja maiustuse liiki, mida on tootnud või toodavad sama nimetuse all erinevad tootjad, ning seetõttu ei ole see tähis võimeline eristama ühe isiku kaupa, antud juhul kondiitritooteid või maiustusi, teise isiku samaliigilisest kaubast ning lisab järgmist.

Vaidlustaja leiab, et torti nimega VIRMALINE (edaspidi tort VIRMALINE või Virmalise tort) on Eestis toodetud juba alates vähemalt 1968. aastast. Lisas 4 esitatud dokument tõendab, et sellenimelise torti retseptuur oli 05.08.1968 kinnitatud Kondiitritööstuse Peavalitsuse poolt kogumikus „Jahuliste kondiitritoodete tehnoloogiajuhendid“. Vaidlustaja lisab, et Eesti NSV-s allusid leivakombinaadid Teraviljasaaduste Ministeeriumile ja neis valmistati ühesuguse kinnitatud retseptuuriga tooteid. Analoogselt Pärnu, Kingissepa, Viljandi, Rakvere, Tallinna, Kohtla-Järve ja Narva Leivakombinaatidega kuulus tort VIRMALINE ka Tartu Leivakombinaadi toodangu hulka. Näiteks aastal 1985 valmistati Tartu Leivakombinaadis 35 000 Virmalise torti (vt Lisa 5).

AS Pere Leib tootis torti VIRMALINE 12.02.2002 kinnitatud retseptuuri alusel, mis omakorda põhines 05.08.1968 kinnitatud valmistamise juhendile (vt Lisa 4 ja 6). Aastatel 2012 ja 2013 tootis AS Pere Leib (AS-i Pere Leib endistes tootmishoonetes Tartus tegutseb alates 2014. aasta veebruarikuust OÜ Eesti Leivatööstus) vastavalt 37 200 ja 38 000 Virmalise torti.

Adress:
Tõnismägi 5a
15191, Tallinn

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

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

Lisaks AS-le Pere Leib on Virmalise torti erinevatel aegadel valmistanud ja valmistavad ka praegu sama põhiretsepti järgi paljud erinevad väikekohvikud ja suurtootjad, nt AS Järle, Astri Köök OÜ, OÜ Eesti Leivatööstus, Nõukogudeaegsed leivakombinaadid üle Eesti jt.

Alates 04.02.2014 toodab torti VIRMALINE lisaks teistele varasematele tootjatele ka OÜ Eesti Leivatööstus (vt Lisa 7 ja 8), kes valmistab ja turustab keskmiselt 700 torti VIRMALINE nädalas. 2014 aasta kümne kuu jooksul müüdi OÜ Eesti Leivatööstus poolt valmistatud torti Virmaline 32200 tk. Tort VIRMALINE on müügil kõigis Eesti suuremates poekettides (Selver, Rimi, Säästumarket, Maksimarket, Konsum, Maxima).

Vaidlustaja rõhutab, et alates 1968. aastast kuni tänaseni on torti VIRMALINE retsept jäänud üldjoontes samaks. Tegemist on pika säilivusajaga 3-kihilise liivapõhjatordiga, mille kihte ühendab hapukas moos ja pralineekreem, ning mis on kaetud šokolaadipumatiga ja kaunistatud võikreemiga (vt Lisa 4, 6, 8).

KaMS § 9 lg 1 punkti 2 kohaselt *ei saa õiguskaitset tähis, millel puudub eristusvõime.*

KaMS § 9 lg 1 punkti 3 kohaselt *ei saa õiguskaitset tähis, mis koosneb üksnes kaupade või teenuste liiki, kvaliteeti, hulka, otstarvet, väärtust, geograafilist päritolu, kaupade tootmise või teenuste osutamise aega või kaupade või teenuste teisi omadusi näitavatest või muul viisil kaupade või teenuste kirjeldavatest tähistest või andmetest või eelnimetatud tähistest või andmetest, mida ei ole oluliselt muudetud.*

Vaidlustaja leiab, et sõnaline tähis VIRMALINE ei toimi kondiitritoodete ja maiustuste osas kaubamärgina, sest see näitab kindlat tooteliiki, mida erinevatel aegadel on sama põhiretsepti alusel valmistanud ja valmistavad erinevad tootjad.

Torti nimetusega „Virmaline“ on Eestis pidevalt toodetud erinevate tootjate poolt sama põhiretsepti alusel alates vähemalt 1968. aastast (vt Lisa 4 ja 5). Seetõttu on tort VIRMALINE või kõnekeelses variandis Virmalise tort tarbijate hulgas väga tuntud ja populaarne. Internetist võib erinevatest foorumitest ja blogidest leida arvukalt viiteid Virmalise tordile kui paljude ammusele lemmikule. Nii on näiteks 31.07.2005 tehtud postitus portaali DELFI Naistekas foorumis (vt Lisa 9) või 10.10.2014 tehtud teema Perekooli foorumis (vt Lisa 10), kus arutletakse Virmalise torti teemal. Samuti jagavad erinevad retseptiveebid ja hobikokad koduse Virmalise torti valmistamiseks juhiseid ja kogemusi (vt nt <http://maitsevseiklus.blogspot.com/2012/05/tortvirmaline.html> ja Lisa 11, 12, 13). Kõik need erinevad foorumi- ja blogipostitused kogumina kinnitavad, et sõnaline tähis VIRMALINE seostub tarbija jaoks teatava nostalgilise kondiitritoote ja maiusega, millel on ammusest ajast tuntud maitse ja omadused. Tarbijad ei seosta toodet Virmalise tort ühe konkreetse valmistajaga, sest seda on aegade jooksul valmistanud erinevad tootjad ja seda valmistatakse sama põhiretsepti järgi kodudes ka ise.

Asjaolu, et Virmalise tort on käsitletav toote liigina, kinnitab juba 1986.a. koostatud kogumik Tartu Leivakombinaadist, kus muu hulgas on skeem „Turustatud tordiliigid“ ja sealt on näha, et populaarsuselt neljandana on turustatud torti „Virmaline“ (vt Lisa 5, lk 10-11).

2014. a oktoobris korraldas ajaleht „Postimees“ oma lugejate seas küsitluse Eesti maiustustest, mis võiksid turistidele maitseda. Küsitluse tulemusena valmis pingerida Eestis tuntud ja Eestile iseloomulikest maiustustest ning selle pingerea auväärsel 13. kohal on Virmalise tort (vt Lisa 15 ja VIRMALINE <http://www.traveldreams.ee/uudised/item/3084-estis-maiused-mis-v%C3%B5iksid-turistidelemaitseda>).

Samas pingereas on eespool muuhulgas sellised maiustused nagu kamašokolaad, kohuke, mannakreem jms. Ka see küsitlus ning selle tulemusena valminud populaarsete Eesti maiustuste pingerida kinnitab asjaolu, et Virmalise tort on Eesti tarbijatele tuntud ja armastatud maiustuse liik, mida ei seostata konkreetse tootjaga.

Kaubamärgi põhifunktsioon on eristada ühe isiku kaupu teise isiku kaupadest (KaMS § 3). Sõnaline tähis VIRMALISE ei ole kondiitritoote ja maiustuste osas kaubamärgina eristusvõimeline, sest sellenimelist kaupa on toodetud aastate jooksul väga mitmete erinevate tootjate poolt. Kui teha tähisele Virmalise tort google´is pilditsing, tuleb vastusena terve rida erinevate tootjate poolt valmistatud sellenimelisi torte, mis mõnevõrra varieeruvale kaunistamisele vaatamata, on põhiolemuselt samad (vt Lisa 14). Ka nt Eesti Rahva Muuseumi fotokogu annab veel ühe foto 2008. aastal Kihelkonna poes müügil olnud Virmalise tordist (vt lisa 16).

Seega on Virmalise tordi näol tegemist teatava kondiitritoote liigiga, mis on tarbijate seas väga tuntud ning mida ei saa seostada ühe kindla tootjaga. Kuna erinevaid Virmalise tordi valmistajaid on mitmeid ning kõik nad kasutavad identset tähist, ei ole kaubamärgi põhifunktsioon täidetud.

Seega, arvestades Virmalise tordi tootmise pikka ajalugu ja traditsioone ning asjaolu, et erinevad tootjad on lähtunud või lähtuvad samast põhireseptuurist, saab eeldada, et tarbija seisukohalt on tähis VIRMALISE kaubamärgina eristusvõimetus ning funktsioneerib mitte kaubamärgina vaid toote liiki näitava tähisena.

Lähtudes eeltoodud põhjustest ning võttes aluseks KaMS § 9 lg 1 p 2 ja 3 ning § 41 lg 2 palub vaidlustaja vaidlustusavaldus rahuldada ja tühistada Patendiameti otsus kaubamärgi VIRMALISE, registreerimise kohta AS Hagar nimele klassi 30 kuuluvate kaupade - *kondiitritooteid ja maiustused* osas ning kohustada Patendiametit tegema taotluse nr M201400147 kohta uus otsus komisjoni otsuses toodud asjaolusid arvestades.

Taotleja esitas oma seisukohad vaidlustusavalduse kohta 18.05.2015.

Taotleja vaidleb vaidlustusavaldusele vastu ja leiab, et vaidlustusavaldus tuleb jätta rahuldamata ning lisab järgmist.

Vaidlustaja on seisukohal, et kaubamärk VIRMALISE näitab kondiitritoote ja maiustuse liiki (KaMS § 9 lg 1 p 3) ja seetõttu puudub tal ka eristusvõime (KaMS § 9 lg 1 p 2). Vaidlustaja seisukoht põhineb väitel, et torti nimetusega „Virmaline“ on sama põhiresepti alusel valmistatud ja valmistavad erinevad tootjad.

Kirjeldavus eeldab seda, et kirjeldaval sõnal on kaupadega piisavalt otsene ja konkreetne seos, mis võimaldab asjaomasel tarbijal otsekohe ja ilma järele mõtlemata tajuda, et tegemist on nende kaupade teatud kindla omadusega kirjeldusega.

Kirjeldavad on need kaubamärgid, mida on keskmise tarbija seisukohast lähtudes võimalik kasutada kauba või teenuse tähistamiseks otseselt või mõnd selle olulist omadust mainides. See tähendab, et tähis ei pea olema juba kasutusel kirjeldavana, vaid see peab oma olemuselt olema selline, et seda oleks võimalik kasutada kirjeldavana. Kaubamärk VIRMALISE ei oma ei eesti ega ka mõnes muus Eesti tarbijale tuttavas keeles sellist tähendust. Eesti keele seletava sõnaraamatu kohaselt on sõna „virmaline“ meteoroloogias kasutatav termin, mis tähistab atmosfääri ülemiste kihtide helendamist peamiselt päikesetuule mõjul, polaarvalgust, põhjavalgust, ÕS 2013 kohaselt tähendab sõna „virmalised“ põhjavalgust. Need tähendused ei ole oma olemuselt mingil moel seotud ega seostatavad taotletavate klass 30 kaupade liigi või omaduste näitamisega.

Vaidlustaja ajab segamini kirjeldavuse (KaMS § 9 lg 1 p 3) ja tavapärasuse (KaMS § 9 lg 1 p 4) instituudid ja kaitsealad. Oma vaidlustusavalduses püüab vaidlustaja tõendada, et sõna „virmalise“, mis olemuslikult ei oma mingit sellist tähendust, mille abil oleks võimalik ja vajalik kondiitritooteid ja maiustusi kirjeldada, on omandanud sellise tähenduse kasutamise läbi. See on aga KaMS § 9 lg 1 p 4 koosseis, mille alusel vaidlustaja ei ole vaidlustusavaldust esitanud. Taotleja leiab, et vaidlustaja esile toodud asjaolud ja esitatud tõendid ei ole asjakohased vaidlustusavalduse läbivaatamisel KaMS § 9 lg 1 p 3 alusel.

Alternatiivselt esitab taotleja ka oma sisulised vastuväited vaidlustaja argumentidele ja tõenditele. Vaidlustaja on loetlenud rea ettevõtteid, mis väidetavalt valmistasid torti „Virmaline“ nõukogude ajal

ja hiljem. See väide on paljasõnaline. Vaidlustaja ei ole esitanud ühtki tõendit selle kohta, et torti nimega „Virmaline“ oleks valmistatud ettevõtetes Pärnu, Kingissepa, Viljandi, Rakvere, Tallinna, Kohtla-Järve ja Narva Leivakombinaat või AS Järle, Astri Köök OÜ. Sellise paljasõnalise väite põhjal ei saa hinnata, esitaks, kas nimetust Virmaline üldse kasutati või mitte, teiseks, juhul, kui kasutati, siis kas kaubamärgi funktsioonis või mitte ja kolmandaks, kas see kõik omab mingit mõju tänase keskmise tarbija tajule või mitte.

Järgnevalt analüüsib taotleja vaidlustaja esitatud tõendeid:

1) lisa 4 tõendab vaidlustaja väitel, et torti nimega „Virmaline“ on Eestis toodetud juba alates vähemalt 1968. aastast, sest sellenimelise tordi retseptuur oli kinnitatud Kondiitritööstuse Peavalitsuse poolt 05.08.1968 kogumikus „Jahuliste kondiitritoode tehnoogiajuhendid“.

Lisa 4 sisaldab AS Pere Leib poolt 12.02.02 kinnitatud retsepti ja mitte 1968. aasta „Jahuliste kondiitritoode tehnoogiajuhendit“. Tõendist ei nähtu, et nimetatud juhendis üldse sisalduks kaubamärk „Virmaline“ või et sellenimelist torti oleks valmistatud ja müüdüd. AS Pere Leib retseptis on „Virmaline“ selgelt kasutusel kaubamärgina, mitte toote liiginimetusena.

1 <http://www.eki.ee/dict/ekss/index.cgi?Q=virmalise&F=M>

2 <http://portaal.eki.ee/dict/qs/>

2) lisa 5 on koopia 1986.a. Tartu Leivakombinaadis koostatud kogumikust, millest selgub, et Tartu Leivakombinaadis on toodetud torti kaubamärgi „Virmaline“ all. Nimetust „Virmaline“ on selgelt kasutatud kaubamärgi funktsioonis (suure algustähga, jutumärkides, eristavana kirjeldavast tekstist).

3) lisa 6 on dateerimata ja teadmata otstarbe ja päritoluga materjal, mis kujutab endast AS Pere Leiva kaubamärgiga tordi fotot. Ehkki jääb arusaamatuks, mis materjaliga on tegemist, millal ja kus seda kasutati ja kes see üldse omas kokkupuudet tarbijatega, on sellel materjalil nimetust Virmaline kasutatud kaubamärgi funktsioonis, mitte aga liiginimetusena.

4) lisad 7-8 tõendavad vaidlustaja väitel, et alates 04.02.2014 toodab torti „Virmaline“ OÜ Eesti Leivatööstus (vaidlustaja). Ehkki lisa 7 on väidetud, et OÜ Eesti Leivatööstus alustas pankrotistunud OÜ Linereli asemel ning pankrotistunud Pere leivatehase ruumides tegutsemist 04.02.2014, ei sisaldu selles mingit informatsiooni selle kohta, et sellel päeval oleks alustatud tordi „Virmaline“ tootmist. Lisaks, nii lisadest 7 ja 8 kui ka kogu vaidlustusavalduse tekstist ilmneb, et ka vaidlustaja ise käsitleb vaidlustatud kaubamärki kaubamärgina, sest kauba liiginimetuse oleks ta vastavalt eesti keele reeglitele kirjutanud väikese algustähga ja jutumärkideta.

Asjaolu, et vaidlustaja valmistab pärast taotluse esitamise kuupäeva (05.02.2014) torti kaubamärgi Virmaline all ei tõenda mitte kaubamärgi muutumist kauba liigi nimetuseks, vaid taotleja kaubamärgiõiguse rikkumist vaidlustaja poolt. Riigikohus on leidnud, et kaubamärgiomaniku õiguste rikkumisega tekitatud kahju hüvitamise nõude saab esitada ka aja eest, mil kaubamärgitaotlus oli esitatud, kuid kaubamärk ei olnud veel registrisse kantud.

5) lisad 9-13 sisaldavad mõnesid väljavõtteid internetifoorumitest, kus valdavalt kasutatakse nimetust Virmalise suure algustähga ja on tajutav, et seda kasutatakse konkreetse tordi, mitte tordiliigi nimetusena, st Virmalise on kasutusel kaubamärgi funktsioonis. Asjaolu, et kodukokad püüavad kodus järgi teha mõnd konkreetse kaubamärgiga tähistatud kaupa, ning püüavad sellel eesmärgil tuvastada selle kauba retsepti, ei muuda kaubamärki veel kauba liiginimetuseks.

Tõenditest ilmneb ka, et tarbijad on Virmalise kaubamärgiga tähistatuna ostnud erinevaid torte või kooke, mis näitab, et Virmalise ei ole kujunenud liiginimetuseks.

6) lisa 14 vaidlustaja väitel tuleb google´is pildiotsingule „Virmalise tort“ vastusena terve rida erinevate tootjate poolt valmistatud sellenimelisi torte, mis mõnevõrra varieeruvale kaunistamisele

vaatamata on põhiolemuselt samad. See väide ei vasta tõele. Lisas 14 sisalduvatel fotodel on võimalik tuvastada Virmalise nimetus vaid 6 fotol, ning kõikidel juhtudel on tegemist ühe konkreetse tordiga – Pere Leiva Virmalise kaubamärki kandva tordiga. Mis tordid või koogid on ülejäänud fotodel, pole võimalik tuvastada, ning neil puudub seos Virmalise kaubamärgiga. Google pildiotsingu algoritmid ei ole avalikustatud, kuid empiirilisel on igaühel võimalik veenduda, et lisaks asjakohastele fotodele tuleb pildiotsingu vastuseks suur hulk suvalisi pilte. Selle illustreerimiseks esitame esimesed 5 lk vastusest vaidlustaja esindaja nimele „Kaie Puur“ tehtud 3 RKTko 3-2-1-92-09, 23.10.2009.

Neli pildiotsingust, kus vaid kolmel fotol on ka tegelikult Kaie Puur, ülejäänutel aga täiesti suvalised isikud. Seega võib järeldada, et ka päringule „Virmalise tort“ saadud vastus sisaldab suurt hulka suvalisi torte.

7) lisa 15 sisaldab Postimehe küsitluse tulemusena valminud populaarsete Eesti maiustuste pingerida, mis vaidlustaja väitel kinnitab asjaolu, et Virmalise tort on Eesti tarbijatele tuntud ja armastatud maiustuse liik, mida ei seostata konkreetse tootjaga. Taotleja juhib tähelepanu, et mitte miski selles tõendis ei viita sellele, et Virmalise tort on tordi liik. Nimekiri sisaldab nii erinevate toitude üldnimetusi (vaidlustaja nimetatud kamašokolaad, kohuke, mannakreem) kui ka konkreetsete kaupade kaubamärke (näiteks Tiina kommid, Kalevi martsipanibatoon, Kass Arturi kook, Kirju Koera kook, Kasekese batoonid). Taotleja hinnangul ei ole sellisest tõendist võimalik tuvastada, kummal moel tajusid vastajad vaidlusalaust kaubamärki ja järelikult ei ole võimalik sellest tõendiga tõendada, et tegemist on liiginimetusega.

8) lisa 16 sisaldab fotot 2008. aastal Kihelkonna poes müügil olnud Virmalise tordist. Foto allkirjas on kasutatud nimetust „Tort Virmaline“, mis antud grammatilises konstruktsioonis ja suure algustähga kirjutatuna tõendab vastupidiselt vaidlustaja väidetule, et Virmalise on kasutusel kaubamärgina, mitte liiginimetusega.

Kokkuvõtvalt võib järeldada, et vaidlustaja esitatud tõendid ei tõenda, et Virmalise oleks tänapäeval kasutusel või oleks kunagi olnud kasutusel tordi liiginimetusega. Vaidlustaja esitatud tõendites on Virmaline või Virmalise kasutatud kaubamärgi funktsioonis, ehk eesmärgiga eristada konkreetset torti kõigist teistest tortidest.

Eesti keele seletav sõnaraamat nimetab järgmisi tordiliike: beseetort, biskviittort, jäätisetort, kohupiimatort, kreemitort, puuviljatort, pähkliort, sidrunitort, trühveltort, vahukooretort, vahvlitort, vigurtort, võileivatort. Ka vaidlustaja esitatud tõenditest ei ilmne, et teatud tordiliiki kutsutaks kokkuleppeliselt VIRMALISE.

Mingi kaubamärgi kasutamine aastakümneid tagasi eksisteerinud juhendis või sellise kaubamärgiga tähistatud kaupade tootmine nõukogude ajal ei tõenda selle kaubamärgi tajumist liiginimetusega tänapäevase keskmise tarbija poolt. Tänapäeval on registreeritud palju kaubamärke, mis olid kasutusel ka nõukogudeaegses tööstuses, näiteks NURR, MEREKIVID, ANNEKE, KOMMET, ORAVAKE, KARAKUM, MAIUSPALA, KÄNNU KUKK, VANA TALLINN.

Komisjon on analüüsinud Nõukogude Liidus standarditega kehtestatud nimetuste ja retseptuuride küsimust ja leidnud: „Mis puutub vaidlustaja viitele Nõukogude Liidus kehtinud standarditele (GOST), siis leiab komisjon, et nimetatud standardi kasutamine oli seotud tolleaegse majandusideoloogiaga ning mida ei saa antud juhul arvestada kui liiki tõendavat materjali. Ainuüksi asjaolu, et Nõukogude Liidus olid erinevate toiduainete, sh maiustuste tootmiseks kehtestatud ühised reeglid ja retseptuurid, ei anna alust käesoleval ajal üheselt väita, et mingi tähise näol on tegemist liiki näitava tähisega.“

TOAK otsus nr 777-o ПАЧКИ РАТŠКИ ВÄHIKESED, 31.03.2008.

Vaidlustaja esitatud tõenditest ilmneb vaid, et torti kaubamärgiga Virmalise on nõukogude ajal tootnud Tartu Leivakombinaat ja hiljem AS Pere Leib. Mõlemal juhul on kaubamärki kasutatud mitte liiginimetusega vaid kaubamärgi funktsioonis. AS Pere Leib on nüüdseks tegevuse lõpetanud ja äriregistrist kustutatud.

Vaidlustaja on tuginenud vaidlustusavalduses ka eristusvõime puudumisele (KaMS § 9 lg 1 p 2), kuid põhjendanud seda üksnes sellega, et tähis näitab kondiitritoote ja maiustuse liiki, st samade asjaoludega, millele vaidlustaja tugines KaMS § 9 lg 1 p 3 puhul. Taotleja on eelpool põhjendanud, et

KaMS § 9 lg 1 p 3 ei ole antud juhul kohaldatav. Sellest tulenevalt ei ole kohaldatav ka KaMS § 9 lg 1 p 2.

Vaidlustaja esitas 22.06.2015 vaidlustusavalduse kohta täiendavaid seisukohti.

Vastuseks taotleja poolt 18.05.2015 esitatud seisukohtadele soovib vaidlustaja kinnitada, et jääb kõigi 30.01.2015 esitatud seisukohtade juurde ja palub tühistada Patendiameti otsuse vaidlustatud kaubamärgi registreerimise kohta AS HAGAR nimele *kondiitritoode ja maiustuste* osas tuginedes KaMS § 9 lg 1 p-le 2 ja 3.

Lisaks soovib vaidlustaja esitada alljärgnevad vastuväited taotleja seisukohtadele koos täiendavate selgituste ja tõenditega.

1. Taotleja on asunud seisukohale, et vaidlustaja on ajanud segamini kirjeldavuse (KaMS § 9 lg 1 p 3) ning tavapärasuse (KaMS § 9 lg 1 p 4) instituudid ja kaitsealad ning sellest tulenevalt esitanud vaidlustusavalduse vääril õiguslikul alusel. Vaidlustaja ei saa taotlejaga nõustuda, kuivõrd kauba liiki kirjeldavaks tähiseks saamine KaMS § 9 lg 1 p 3 mõistes tuleneb enamasti asjaolust, et tähis muutub tavapäraseks keelekasutuses või heauskses praktikas nagu sätestab KaMS § 9 lg 1 p 4. Sellest tulenevalt hõlmab punkt 3 antud juhul osaliselt ka punkti 4 kaitseala, kuna Virmalise on läbi tavapärase keelekasutuse juba muutunud liiginimetuseks. Seetõttu puudub vajadus esitada vaidlustusavaldus mitmel alternatiivsel õiguslikul alusel. Antud kontekstis on relevantne asjaolu, et tähis Virmalise on käesoleval hetkel kasutusel liiginimetusena ning liiginimetuseks saamise protsessi ei ole punkti 3 kohaldamiseks vaja subsumeerida eraldi sätte alla.

2. Analoogselt eeltoodule on komisjon varasemas, 03.05.2005 lahendis nr 527-o DOKTOR nentinud, et tegelikkuses võib osutuda üsna raskeks vahetegemine, kust algab liiki näitav tähis ning lõppeb tavapäraseks muutunud tähis, kuna ei ole välistatud ühe sisaldumine teises. TOAK kohaldas mitut õiguslikku alust samaaegselt, ent tegi seda individuaalse analüüsi baasil, st ühe kohaldamine ei sõltunud teise kohaldamisest nagu ka praegusel juhul. Küll aga on vaidlustaja vaidlustusavalduses esile toonud asjaolud, mis näitavad tähise VIRMALISE teekonda kaubamärgist liiginimetuseks, mis eeldab ka tavapärasuse põhendamist, kuivõrd liiginimetuse ongi enamasti tavapärase keelekasutuses kasutatav tähis.

3. Taotleja on oma seisukohtades välja toonud, et: „Kirjeldavad on need kaubamärgid, mida on keskmise tarbija seisukohast lähtudes võimalik kasutada kauba või teenuse tähistamiseks otseselt või mõnd selle olulist omadust mainides.“ Küll aga on taotleja jätnud tähelepanuta asjaolu, et ka sõnad, mis ei ole omadussõnad ega pruugi kauba või teenuse omadusi vahetult sõna tähenduse tõttu kirjeldada, võivad siiski tulenevalt kasutamisest olla muutunud kirjeldavaks tähiseks. Seda on tõdenud TOAK näiteks varasemalt viidatud otsuses DOKTOR ning ka 03.05.2005 otsuses LEMMIK. Nagu ka vaidlustaja on eelnevalt põhistanud, ei ole oluline mitte see, kas tähis muutus kirjeldavaks tavapärase keelekasutuse tulemusena või oli seda sõna tähenduse tõttu, vaid asjaolu, kas sõna on liiginimetuseks muutunud praegusel hetkel.

4. Tähis Virmalise on tortide tähistamisel olnud aktiivselt kasutusel aastakümneid. Algselt võis see nimetus toimida ka kaubamärgina, kuid liiginimetuseks on selle muutnud just pikaajaline kasutamine mitmete erinevate tootjate poolt sama või väga lähedase kondiitritoote tähistamisel.

5. Taotleja on toonud välja eesti keele seletavas sõnaraamatus (EKSS) nimetatud tordiliigid, mh beseetort, biskviittort, jäätisetort, kohupiimatort, kreemitort jt ning järeldanud, et nimekirjast puudumise tõttu ei ole Virmalise liiginimetuseks.

Esiteks ei ole EKSS-is välja toodud tordiliikide nimekiri ammendav ega n-ö suletud loetelu, vaid näitlikustava tähendusega. Näiteks ei ole biskviittort ega kreemitort üksteist välistavad tordiliigid,

kuna tort võib koosneda samaaegselt nii biskviidist kui ka kreemist. Loetelu avatust põhistab ka asjaolu, et otsingu „vorst“ puhul ei nimeta EKSS eraldi ei Doktorivorsti ega Lemmikvorsti, mida mõistetakse samuti laiemal avalikkuse poolt liiginimetustena (vt Lisa 1).

Nimekirjas sisalduvate tortide liigituse alus ei ole samuti ühtne, sest kuigi kreemitort või kohupiimatort viitavad peamisele koostisosale, ei ole näiteks vigurtordi puhul võimalik eeldada, et selle peamiseks koostisosaks on vigur.

Vaidlustaja soovib veelkord rõhutada, et EKSS ei sisalda tortide liigitamise ammendavat loetelu, samuti ei ole EKSS sõnaraamatuna erinevate valdkondade toodete liikide autoriteetseks allikaks.

6. Vaidlustaja kommentaarid taotleja seisukohtadele 30.01.2015 esitatud tõendite osas.

6.1 Esmalt soovib vaidlustaja selgitada liiginime Virmalise kirjutamisega seonduvat problemaatikat. Nagu ka taotleja on oma argumentatsioonis välja toonud, kirjutatakse antud liiginime mh ka vaidlustaja esitatud tõendites väga erinevalt: „Virmalise“, Virmalise või virmalise. Taotleja on järeldanud, et kui kirjaviisiks on valitud „Virmalise“ või Virmalise, kasutatakse nimetust vaieldamatult kaubamärgina.

Vaidlustaja ei saa eeltoodud seisukohaga nõustuda ning seda alljärgnevatel põhjustel. Esiteks on eesti keele õigekeel kohati vaieldav ka liiginimetuste kirjutamisel. Tõepoolest kirjutatakse üldjuhul liiginimetused väikese algustähga nagu näiteks piimakissell, pannkoogimoos vm. Tegemist ei ole siiski absoluutse reeglga, sest suure algustähga kirjutatakse ortograafiareeglite kohaselt muuhulgas Doktorivorst, Lemmikvorst, Aleksandri kook, Napoleoni kook jms, isegi kui eelnimetatud on ilmselgelt liiginimetused.

Seetõttu ei saa pelgalt kirjaviisi valikust järeldada, kas tegemist on liiginimetuse, kaubamärgi või millegi kolmandaga.

Ülaltoodust tulenevalt on arusaadav, miks liiginimetuse kirjutamine ka tavatarbijate (kellest kõik ei saa olla eesti keele filoloogid) puhul varieerub: inimesed lihtsalt ei ole teadlikud, kuidas midagi eesti keele reeglite kohaselt kirja panna tuleks ning enamus ei vaevu seda ka välja uurima. Kindlasti ei pöörata sellele tähelepanu erinevates foorumites kommentaaride ja arvamuste avaldamisel.

Samas on loogiline, et tootja soovib oma kaupa esile tõsta, muutes seda seeläbi tarbijale võimalikult märgatavaks ja atraktiivseks. Sellest tulenevalt reklaamitakse tootenimetus (milleks vahel võib olla ka liiginimetuse, nt Napoleoni kook, Doktorivorst) tihtipeale suurte algustähtedega, läbiva suurtähga, jutumärkides, värviliselt või muudmoodi, et toodet tarbija jaoks võimalikult nähtavaks teha. Sama kirjapilti võidakse kasutada ka tootmisjuhendites või mujal, kuid sellest ei saa teha meelevaldset järeldust, et selliseid nimetusi peaks alati ja tingimusteta käsitlema kaubamärkidena.

Kokkuvõtlikult on vaidlustaja seisukohal, et õigekeelsus ei mängi rolli küsimuses, kas nimetust tegelikkuses tarbijate, tootjate jt poolt käsitletakse kaubamärgi, liiginime või millegi kolmandana. Vaidlustaja palub eeltoodud arvesse võtta kõikide taotleja poolt esitatud argumentide osas, mis puudutavad liiginimetuse kirjutamist erinevates vaidlustusavalduse lisadena esitatud tõendites.

6.2. Nagu on ka vaidlustusavalduses välja toodud, on 30.01.2015 lisana 4 esitatud tõendi funktsiooniks näitlikustada, et Virmalise tordi retseptuur on olnud kasutusel vähemalt aastast 1968. Tõendist nähtub selgelt, et 12.02.2002.a. dokument kehtestab Virmalise tordi retseptuuri 05.08.1968 kinnitatud juhendi järgi. Seega valmistati sama retsepti järgi Virmalise torte juba alates 1968. aastast, kui on kinnitatud vastav juhend. Asjaolu, et AS Pere Leib on kirjutanud tordiliigi „Virmaline“, ei näita ilmingimata, et seda käsitletakse kaubamärgina. Teiseks ei ole oluline, kas seda aastal 2002 kaubamärgina kasutati, kuivõrd see ei välista tähise liiginimetuseks muutumist ja liiginimetusena kasutamist tänapäeval.

6.3. Vaidlustaja poolt 30.01.2015 esitatud lisa 6 on kujutatud Virmalise torti ning lisatud torti kirjeldus, mis kattub 1968. aasta (30.01.2015.a. esitatud lisa 4) retseptuuriga, tõendades seeläbi, et torti toodeti aastal 1968 samade omadustega, nagu seda tegi AS Pere Leib oluliselt hiljem. Äriregistri andmete põhjal tegutses AS Pere Leib aastatel 1996 kuni 2014.

6.4. Vaidlustaja poolt 30.01.2015 esitatud lisadest 9-13 nähtub, et tarbijad soovivad osta või õppida tegema n-ö „vana head Virmalise torti“, mis kinnitab, et tarbijad ei seosta Virmalise torti mitte konkreetse tootjaga, vaid konkreetsete omadustega tootega, mis ei sõltu absoluutselt tootjast. Tarbijad isegi võrdlevad tootjaid omavahel ning peavad diskussiooni tootjaüleselt, st neil on tordiliigi suhtes ootused selle tootjast hoolimata ning kui neile mõne tootja toodetud Virmalise tort ei meeldi, siis nad võrdlevad seda mõne teise või nn „vana hea Virmalisega“. Virmalise torti ei seostata spetsiifilise tootja või tootjatega, vaid teatavate omadustega (liivapõhi, pumat jm), mille suhtes on tarbijail tekkinud ootus. Siinkohal soovib vaidlustaja esitada täiendava tõendina väljavõtte Delfi foorumist, kus tarbijad arutlevad, milline tootjatest võib kõige paremat Virmalise torti teha (vt Lisa 2). Nimetatud internetiväljavõttest nähtub ühtlasi, et samaaegselt toodeti Virmalise torti Järle ning AS Pere Leib poolt. Virmalise torti tootmist Astri Pagari poolt kinnitab aga Postimehes 16.06.2008 avaldatud artikkel „Lapsi peibutavad kirjud pakendid saavad peagi hoiatavad sildid“, kus artikli lõpuosas viidatakse Tartu poodides tehtud uuringule ning tuuakse muuhulgas välja Astri Pagari tort Virmaline (vt Lisa 3).

6.5. Vaidlustaja poolt 30.01.2015 lisana 14 esitatud dokumendis ei ole tõepoolest kõikidel piltidel Virmalise tordid, ent oluliseks näitajaks on muuhulgas asjaolu, et esile kerkivad siiski mitmed sarnase välimusega või nähtavalt sarnaste omadustega tordid. Seejuures on lisaks 7 fotole, kus on otseselt kirjas Virmalise nimetus, mitmete fotode juures kasutatud Virmalise nimetust foto kirjelduses (vt Lisa 4, 5, 6, 7, 8, 9 ja 10), mis tõendab taas, et tarbijad teavad ja kasutavad tähist Virmalise tort teatava kindla retseptuuri ja koostisega tordile viidates ning ei seosta seda ühegi kindla tootjaga. Google'i pildiotsingu tulemus sõltub muuhulgas teatavasti sellest, kui levinud on otsitav fraas. Tuleb tõdeda, et kahjuks ei ole taotleja poolt lisana 18.05.2015 esitatud otsingutulemused tehtud sõnapaarile, mis oleks internetis väga levinud ja seetõttu saadi tegelikke vasteid väga vähe. Kindlasti ei tõenda taotleja poolt esitatud otsingutulemus midagi Virmalise torti kasutamise või mittekasutamise kohta ning selle seostamine käesoleva vaidlusega on meelevaldne. Seetõttu, arvestades taotleja poolt esitatud nn tõendi asjakohatust ja puutumatust antud vaidlusega, palume komisjonil taotleja poolt 18.05.2015 esitatud illustreeriv materjal jätta otsuse tegemisel tähelepanuta ning eemaldada vaidlustusavalduse nr 1579 materjalidest.

7. Täiendavalt soovib vaidlustaja välja tuua ning selgitada taotleja ekslikku seisukohta, mida on märgata mitmete taotleja kommentaaride juures. Nimelt on taotleja asunud korduvalt seisukohale, et erinevad tootjad on aegade jooksul käsitlenud nimetust Virmalise kaubamärgina (nt AS Pere Leib, Tartu Leivakombinaat, Eesti Leivatööstus ning ka isik, kes Kihelkonna poes Virmalise torti müüs). Ei ole ratsionaalne eeldada, et mitmed tootjad kasutavad oma toodangul täpselt sama kaubamärki, tehes seda nii üksteisele järgnevalt või samaaegselt üksteise tegevust tolereerides ning seda samade omadustega kauba puhul. See tähendab, et tootjad ei ole kasutanud tortide tähistamisel nimetust Virmalise kaubamärgina, vaid tooteliigina, sest kaubamärk peaks eristama ühe tootja kaupa teise tootja analoogsest kaubast. Seetõttu ei ole mõeldav olukord, kus mitu tootjat kasutavad eraldiseisvalt analoogse toote tähistamisel sama kaubamärki juhul, kui tegemist pole just liiginimetusega. Sellisel juhul tähis lihtsalt ei funktsioneeriks kaubamärgina.

Samamoodi toodavad ja kasutavad paljud erinevad tootjad nt Aleksandri kooki, Napoleoni kooki jmt, olgu need kirjutatud parasjagu jutumärkides, suure algustähega või mitte. Nagu korduvalt rõhutatud, on kaubamärgi põhifunktsiooniks eristada ühe tootja kaupa teise tootja samalaadsest kaubast. Tähise

Virmalise puhul aga see funktsioon kondiitritoodete osas ei toimi, kuivõrd mitmed tootjad on tootnud samasuguste omadustega kaupa ning nimetanud seda sama nimega.

Isegi olukorras, kus kõik tootjad reaalselt kujutaksid ette, et nad kasutavad liiginimetust kaubamärgina, oleks ikkagi VIRMALISE kaubamärgina käsitlemine võimatu reaalse olude tõttu: aastatepikkuse kasutamise tulemusena mitmete erinevate tootjate poolt on Virmalise muutunud teatavat sorti tordi liigiks, mis on tarbijatele tuntud ja ootuspäraste omadustega. Seega on tähis VIRMALISE tortide osas kaubamärgina eristusvõimetu.

8. Seetõttu on vaidlustaja jätkuvalt seisukohal, et tänaseks on Virmalise tarbijate silmis tortide tähistamisel kirjeldava iseloomuga, olles liiginimetus, mis viitab teatud kindla retseptuuriga kaubale. Virmalise tort seostub tarbijatele pika säilivusajaga 3-kihilise liivapõhjaga tordiga, mille kihte ühendab hapukas moos ja pralineekreem, ning mis on kaetud šokolaadipumatiga ja kaunistatud võikreemiga. Samal seisukohal on Eesti Toiduainetööstuse Liit ning Eesti Leivaliit ning selle kinnituseks esitame Eesti Toiduainetööstuse Liidu vastava seisukoha, mille on allkirjastanud juhatja Sirje Potisepp (vt Lisa 11). Nii Eesti Toiduainetööstuse Liit kui ka Eesti Leivaliit on seisukohal, et Virmalise tordil, mida on valmistanud erinevad tootjad, on oma kindel kuvand, retseptuur ning tarbijate teadmistesse juurdunud maitse ning seetõttu peaks see tähis jääma liiginimetusena kasutatavaks kogu pagaritoodete sektorile.

9. Tulenevalt eeltoodust on tähis Virmalise tortide osas kauba liiki näitav tähis ning ei ole kasutatav kaubamärgina, sest see ei erista konkreetse tootja konkreetset kaupa, vaid viitab teatavate omadustega tordiliigile. Seega oleks selle kaubamärgina registreerimine vastuolus nii KaMS § 9 lõike 1 punktiga 2 kui ka sama lõike punktiga 3.

Lähtudes eeltoodust palub vaidlustaja komisjonil vaidlustusavaldus rahuldada.

Vaidlustaja esitas lõplikud seisukohad 14.01.2016

Vaidlustaja kinnitab, et jääb kõigi 30.01.2015.a. ja 22.06.2015.a. esitatud seisukohtade juurde ja palub tühistada Patendiameti otsuse kaubamärgi VIRMALISE registreerimise kohta AS HAGAR nimele *kondiitritoodete ja maiustuste* osas tuginedes KaMS § 9 lg 1 pdele 2 ja 3.

Taotleja esitas lõplikud seisukohad 15.02.2016.

Taotleja vaidleb vaidlustusavaldusele vastu, jääb oma kirjalikes seisukohtades toodud põhjenduste juurde ja juhindudes kaubamärgiseaduse § 9 lg 1 p-dest 2-3 ja § 41 lg-st 2 palub jätta vaidlustusavaldus rahuldamata.

Komisjon alustas vaidlustusavalduse lõppmenetlust 21.06.2016.

Komisjoni seisukohad ja otsus

Komisjon, analüüsinud menetlusosaliste seisukohti, hinnanud menetluses esitatud dokumentaalseid tõendeid kogumis ja vastastikuses seoses, leiab järgmist.

Taotleja, AS Hagar esitas 05.02.2014 Patendiametile taotluse registreerida kaubamärgina tähis VIRMALISE klassis 30 loetletud kaupade (*kohv, tee, kakao ja kohvi aseained, riis; tapiokk ja saago; jahu ja muud teraviljasaadused; pagaritooted; leib, sai, kondiitritooted ja maiustused; jäätis; suhkur, mesi, siirup; pärm, küpsetuspulbrid; sool; sinep; äädikas, vürtsikastmed; vürtsid; jää*) tähistamiseks, mille registreerimise otsus avaldati 01.12.2014.

OÜ Eesti Leivatööstus vaidlustas 01.02.2015 Patendiameti 01.12.2014 otsuse kaubamärgi VIRMALISE (taotlus nr M201400147) registreerimise kohta AS Hagar nimele klassis 30 märgitud **kondiitritoode** ja **maiustuste** osas, sest leidis, et see on vastuolus KaMS § 9 lg 1 p-ga 2 ja p-ga 3 ning taotleb Patendiameti otsuse tühistamist.

KaMS § 9 lg 1 p 2 kohaselt *ei saa õiguskaitset tähis, millel puudub eristusvõime.*

KaMS § 9 lg 1 p 3 kohaselt *ei saa õiguskaitset tähis, mis koosneb üksnes kaupade või teenuste liiki, kvaliteeti, hulka, otstarvet, väärtust, geograafilist päritolu, kaupade tootmise või teenuste osutamise aega või kaupade või teenuste teisi omadusi näitavatest või muul viisil kaupa või teenust kirjeldavatest tähistest või andmetest või eelnimetatud tähistest või andmetest, mida ei ole oluliselt muudetud.*

AS Pere Leib kehtestas 12.02.2002 „TORT „VIRMALINE““ PL 52 – 02 retseptuuri varasema - PL 40 – 97 (EE 80014737 ST 9 : 1998) asemele. Nimetatud kolmekihilise liivapõhjatordi, mis oli kihistatud povidlo ja pralineetäidisega, kusjuures tordi pealispind oli kaetud šokolaadipumatiga ning kaunistatud võikreemiga (edaspidi Virmalise tort), retseptuur põhines Kondiitritööstuse Peavalitsuse poolt 05.08.1968 kinnitatud ja kogumikus „Jahuliste kondiitritoode valmistamise tehnoloogiajuhendid“ avaldatud materjalidel (vaidlustusavalduse Lisa 4).

Vaidlustaja leiab, et sama retseptuuri alusel on Eestis toodetud Virmalise torti aastakümneid Pärnu, Kingissepa, Viljandi, Rakvere, Tallinna, Kohtla-Järve, Narva ja Tartu leivakombinaatides kuna Eesti NSV-s allusid leivakombinaadid Teraviljasaaduste Ministeeriumile ning neis valmistati ühesuguse kinnitatud retseptuuriga tooteid. Kuna paljusid neist toodetest valmistatakse praegugi erinevate tootjate poolt, siis tähis VIRMALINE on muutunud toote liiki identifitseerivaks tähiseks. Vaidlustusavaldusele lisatud menetlusdokumendist nähtub, et Virmalise tordi retseptuuri järgi valmistatud tordid on omandanud möödunud aegade jooksul eesti elanikkonna hulgas hea maine ja populaarsuse, mida kinnitavad arvandmed Virmalise tordi tootmise kohta. Näiteks 1985.a. valmistati Tartu Leivakombinaadis 35 000 Virmalise torti (vaidlustusavalduse Lisa 5). Aastatel 2012 ja 2013 tootis Virmalise torti AS Pere Leib¹ vastavalt 37 200 ja 38 000.

Samuti on Virmalise torti erinevatel aegadel valmistanud ja valmistavad sama põhiresepti järgi paljud erinevad väikekohvikud ja suurtootjad, nt AS Järle, Astri Köök OÜ ja alates 04.02.2014 OÜ Eesti Leivatööstus (vaidlustusavalduse lisa 7 ja 8), kes valmistab ja turustab keskmiselt 700 Virmalise torti nädalas. 2014. a kümne kuu jooksul müüdi OÜ Eesti Leivatööstus poolt valmistatud Virmalise torti 32200 tk. Vaidlustaja sõnul on Virmalise tort müügil kõigis Eesti suuremates poekettides (Selver, Rimi, Säästumarket, Maksimarket, Konsum, Maxima).

Vaidlustusavaldusele lisatud menetlusdokumendist nähtub, et Virmalise tordi populaarsust kinnitavad ka internetis avaldatud informatsioon eesti inimeste arutlustest ja püüdlustest valmistada Virmalise torti kodustes tingimustes (vaidlustusavalduse Lisa 9, 10, 11, 12, 13).

Komisjon nõustub vaidlustajaga selles, et Virmalise tordi tootmisel on pikk ajalugu, traditsioonid, hea maine, populaarsus ning asjaolu, et erinevad tootjad on lähtunud või lähtuvad samast, nt aastal 1968 kinnitatud põhireseptuurist, on muutnud sõnapaari „Virmalise tort“ toote liiki näitavaks tähiseks KaMS § 9 lg 1 p 3 tähenduses. Tarbija seisukohalt on vaidlustatud tähis VIRMALISE kaubamärgina KaMS § 3 ja KaMS § 9 lg 1 p 2 tähenduses eristusvõimetu.

Seega leiab komisjon, et tähise VIRMALISE registreerimine taotleja nimele kaupade kondiitritoode ja maiustused osas on vastuolus KaMS § 9 lg 1 p-ga 2 ja 3.

Komisjon nõustub vaidlustajaga selles, et tähise „VIRMALINE“ või „TORT VIRMALINE“ RETSEPTUUR“ on pikaajalise ja jätkuva kasutamise tulemusena mitmete tootjate poolt muutunud tordi liigi tähiseks, mida kasutatakse igapäevatoos ja -elus tootjate, jae- ja hulgimüüjate, tarbijate jt poolt.

Tähis Virmalise või Virmalise tort osutab klassis 30 vaid kauba liiki näitavaks tähiseks. Tähistades

¹ AS-i Pere Leib endistes tootmishoonetes Tartus tegutseb alates 2014. aasta veebruarikuust OÜ Eesti Leivatööstus.

näiteks torti vaidlustatud kaubamärgiga VIRMALISE, teavitatakse tarbijat sellest, et tegemist on toote liigiga, mida isoomustab kindel koostis ja maitseomadused ehk Virmalise tordiga, sõltumata sellest, milline ettevõtte selle tootis. Virmalise tortide koostis ja maitseomadused võivad pisut erineda, kuid tortide põhiomadused on kõigil ühesugused, mis on kolmekihiline liivapõhjatort, mis on kihistatud povidlo ja pralineetäidisega ning mille pealis on kaetud šokolaadipumatiga ja kaunistatud võikreemiga, st kihiline tort lõikes nagu umbes virmalised taevaotuses, viidates sellega kauba liigile.

Kuna komisjon on leidnud, et tähis VIRMALISE näitab toote liiki ehk tarbija ei seo tähist konkreetse tootjaga, vaid ootab selliselt tähistatud tootelt teatud omadusi ning lisaks on see ka eristusvõimetu, siis ei täida tähis ka KaMS §-s 3 defineeritud kaubamärgi funktsiooni ning sellised tähised peavad jääma vabalt kasutatavaks kõigile isikutele, kes VIRMALISE tüüpi torti valmistavad või valmistada soovivad.

Komisjon leiab lisaks, et vaidlustatud kaubamärk VIRMALISE kujutab tuntud Virmalise tordi ja selle retseptuuri nimetuse (tähist) „VIRMALINE“ taasesitust, mis erineb visuaalselt vaid tähe „S“ poolest ning on nii visuaalselt, foneetiliselt kui ka semantiliselt äravahetamiseni sarnased. Seetõttu, nähes kaubamärki VIRMALISE, assotsieeruvad tarbijale Virmalise tordi maitseomadused ja varasemalt kogetud maitseelamused, mis eksitab tarbijat. Tarbija teeb oma ostuotsuse üldjuhul õigustatud ootusest, näiteks lähtuvalt tordi liigi maitseomadustest ja varasemalt kogetud maitseelamustest. Seetõttu märk VIRMALISE Eesti turu tingimustes, kus Virmalise tordi kui tuntud koostise ja maitseomadustega tordi tootjaid on mitmeid, ei võimalda tarbijal KaMS § 3 mõttes eristada ühe isiku kondiitritooteid ja maiustusi teise isiku samaliigilistest kaupadest.

Lähtudes eeltoodust ning juhindudes tööstusomandi õiguskorralduse aluste seaduse §-st 61, KaMS § 9 lg 1 p-st 2 ja p-st 3, § 41 lg-st 3, tuvastas komisjon õiguskaitset välistava asjaolu klassi 30 kaupade *kondiitritooteid ja maiustused* osas ning

o t s u s t a s:

vaidlustusavaldus rahuldada, tühistada Patendiameti 01.12.2014 otsus kaubamärgi VIRMALISE, taotluse nr M201400147, registreerimise kohta AS HAGAR nimele ning kohustada Patendiametit jätkama menetlust komisjoni otsuses toodud asjaolusid arvestades.

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:

H.-K. Lahek

R. Laaneots

M. Tähepõld