

JUSTIITSMINISTEERIUM  
TÖÖSTUSOMANDI  
APELLATSIOONIKOMISJON

---

**OTSUS nr 1605-o**

Tallinnas 16. veebruaril 2017. a.

Tööstusomandi apellatsioonikomisjon koosseisus Sulev Sulsenberg (eesistuja), Tanel Kalmet ja Edith Sassian, vaatas kirjalikus menetluses läbi AS Viru Õlu (Rakvere mnt 7, Haljala, 45301 Lääne-Viru maakond) kaebuse Patendiameti otsuse peale kaubamärgi „VIRU ÕLU” (taotlus nr M201200965) registreerimisest keeldumise kohta.

**Asjaolud ja menetluse käik**

**04.05.2015** esitas AS Viru Õlu (keda volikirja alusel esindab patendivolinik Kalev Käosaar) tööstusomandi apellatsioonikomisjonile (edaspidi ka komisjon) kaebuse Patendiameti 04.03.2015 otsuse nr 7/M201200965 peale, millega Patendiamet keeldus kaubamärgi „VIRU ÕLU” registreerimisest järgmise klassi 32 kauba osas:

„Klass 32 – õlu.”

19.05.2015 andis komisjon vastavalt tööstusomandi apellatsioonikomisjoni põhimääruse § 9 lg-le 3 AS-ile Viru Õlu (edaspidi ka kaebaja) 15-päevase tähtaja (s.o kuni 04.06.2015) kaebuses esinevate puuduste kõrvaldamiseks, kuivõrd kaebusele ei olnud lisatud kaebuse aluseks olevaid asjaolusid kinnitavaid tõendeid.

**02.06.2015** kõrvaldas kaebaja kaebuses esinevad puudused.

Kaebus võeti 03.06.2015 komisjonis menetlusse numbri 1605 all ning eelmenetlejaks määrati Sulev Sulsenberg.

Kaebaja on seisukohal, et Patendiamet on põhjendamatult kaubamärgiseaduse (edaspidi KaMS) § 9 lg 1 punkti 3 alusel keeldunud kaubamärgi „VIRU ÕLU” registreerimisest klassi 32 kauba *õlu* osas. Patendiamet on KaMS § 9 lg 1 p 3 kohaldamist põhjendanud sellega, et kaebaja kaubamärgi näol on tegemist on üksnes kaupu kirjeldava tähisega, ning tähis „VIRU ÕLU” näitab, et tegemist on Virumaal toodetud õluga, ja selline tähis peab jääma vabaks kasutamiseks kõigile ettevõtjatele, kes soovivad näidata, et nende kaup, s.o õlu, pärineb Virumaalt. Kaebaja leiab, et tema kaubamärk on taotluse esitamise kuupäevaks kasutamise tulemusena omandanud eristusvõime ja üldtuntuse, ning seega tulenevalt KaMS § 9 lg-st 2 ei kuulu KaMS § 9 lg 1 punktid 2–4 kohaldamisele.

Kaebaja on seisukohal, et sõnaline tähis „VIRU ÕLU” on saavutanud kauba „õlu” tähistamiseks kaubamärgina üldtuntuse kui kaebaja kaubamärk. Sõnalist tähist „VIRU ÕLU” on kasutatud kaebaja poolt alates aastast 1989, esmalt õlle nimetusena ning alates aastast 1991 järjepidevalt erinevate etikettide koosseisus. Seega on kaebaja kasutanud tähist „VIRU ÕLU” järjepidevalt pea 25-aastase perioodi jooksul, mis kaebaja hinnangul on kahtlemata küllaldane kaubamärgi tuntuse saavutamiseks Eesti turul. Kaebaja märgib, et esimene õllevirre keedeti Haljala õlletehases 7. juulil 1975. a, õlle villimisega pudelitesse tehti august kuu hiljem – 7. augustil 1975. Aastal 1989 tuli kolhoos „Viru” turule kaubamärgiga VIRU ÕLU. Oluline

muutus toimus Haljala õlletehases 2. juulil 1991, kui Viru kolhoosi õlletehasest sai AS Viru Õlu. Aastast 1992 on aktsiaseltsi suuraksionäriks Taani õlletehas Harboes Bryggeri AS. AS Viru Õlu registreeriti äriregistris 18. novembril 1996. a, s.o pea kakskümmend aastat tagasi. Praeguseks on kaebaja hinnangul AS Viru Õlu saavutanud Eesti turul tuntuse ja hea maine. Kui teha internetis päring tähise „viru õlu” kohta, on kõik vastused seotud üksnes kaebajaga, mis näitab, et kaebaja on kasutanud nimetatud tähist ulatuslikult ning tähis „viru õlu” ei ole teiste ettevõtete poolt kasutusel.

Kaebaja esitab tähise „VIRU ÕLU” üldtuntuse tõendamiseks uuringufirma TNS Emor poolt läbiviidud uuringu „Viru Õlu AS toodete ja ettevõtte tuntus”, mille kohaselt 59% vastajatest pakkus VIRU kaubamärgiga tähistatud toodet Viru Õlu AS-i tooteks, kuigi tegelikult oli tegemist Baltic Beer Company Ltd tootega. Küsitluse teises osas on märgitud, et 68% õlletarbijatest on kuulnud või teavad ettevõtet Viru Õlu AS. Osutatud küsitlus viidi läbi kohtuvaidluse käigus, kus Baltic Beer Company Ltd vaidlustas komisjoni otsuse nr 1189 tühistada Patendiameti otsus kaubamärgi “VIRU PREMIUM ESTONIAN BEER + kuju” (taotlus nr M200701489) registreerimise kohta. Komisjon märkis oma otsuses nr 1189 muu hulgas järgmist: „Vaidlustaja [AS Viru Õlu] kaubamärk on sõnaline kaubamärk „VIRU ÕLU”, mille elemendid eraldi võetuna ei ole kaitstavad, kuid mis komisjoni hinnangul on omandanud tervikuna eristusvõime ja üldtuntuse kasutamise tulemusena – mida tõendavad vaidlustaja esitatud tõendid kogumis. Üldtuntud märgi puhul ei ole võimalik esile tuua domineerivaid elemente (kuna elemendid eraldi on mittekaitstavad), kuid selle märgi kaitse intensiivsus tuleneb omandatud eristusvõimest ja üldtuntusest”. Viidatud otsusega on komisjon lugenud kaubamärgi „VIRU ÕLU” üldtuntuks kui AS Viru Õlu kaubamärgi.

Tänaseks on kaubamärk „VIRU ÕLU” turul olnud pea kakskümmend viis aastat ning kaebaja hinnangul on ilmselge, et seda kaubamärki tunneb valdav osa Eesti elanikkonnast. Lisaks eespool viidatud turu-uuringule leiab kaebaja selle olevat tõendatud muu hulgas järgmiste kaebusele lisatud materjalidega:

- väljatrükk AS Viru Õlu kodulehelt kaebaja (sh õiguseellaste) ajaloo kohta;
- erinevad Viru Õlu toodete etiketid aastate 1989-2008 lõikes;
- koopiad kaebajat ja tähist „VIRU ÕLU” käsitlevatest artiklitest, teadetest ja muudest infomaterjalidest Eesti ajalehtedes ja veebilehtedel;
- väljavõte AS-i Saku Õlletehas majandusaasta aruandest aastal 2000, mille punkti 2.2 „Turg ja tarbimine” kohaselt: „Turul teisel positsioonil oleva Tartu Õlletehase turuosade ulatus vaadeldaval perioodil 31%-ni, kolmanda õlletehase Viru Õlu turuosade suuruseks oli 9%.“;
- väljavõte AS-i Saku Õlletehas vahearuandest 2003. aasta 9 kuu kohta, mille alajaotuse „Majandustegevuse ja -tulemi kommentaar” kohaselt: „Perioodi jooksul suurenes seoses odavama klassi õlletehase segmendi suurenemisega koguturul impordi ja Viru Õlu osakaal.“;
- väljatrükk EMORi kodulehe 30.04.2002 artiklist „Leidke märgile emotsionaalselt õige koht”, mille tabelis 2 on välja toodud Eesti õlletootjate turuosad:
  - a) aasta 1999: Viru Õlu turuosade 16%, oli Eesti õlleturul kolmandal positsioonil Saku Õlletehase ja Tartu Õlletehase järel;
  - b) aasta 2000: Viru Õlu turuosade 9%, oli Eesti õlleturul kolmandal positsioonil Saku Õlletehase ja Tartu Õlletehase järel;
  - c) aasta 2001 I poolaasta: Viru Õlu turuosade 6,5%, oli Eesti õlleturul kolmandal positsioonil Saku Õlletehase ja Tartu Õlletehase järel;
  - d) aasta 2001 II poolaasta: Viru Õlu turuosade 7%, oli Eesti õlleturul kolmandal positsioonil Saku Õlletehase ja Tartu Õlletehase järel;

- väljatrükk Eesti Õlletootjate Liidu kodulehelt, mis näitab, et Viru Õlu on olnud järjepidevalt Eesti õlleturul kolmandal positsioonil:
  - a) Eesti õlleturg 2004. aastal – suurima müüginahaku tõusu (82%) saavutas Viru Õlu;
  - b) Eesti õlleturg 2005. a. I kvartalis: kolme suurima turuosad jagunesid vastavalt Saku Õlletehas 44,4%, A.Le Coq Tartu Õlletehas 35,6% ja Viru Õlu 14,2%;
  - c) Eesti õlleturg 2005. a. II kvartalis: suurimate turuosad olid vastavalt Saku Õlletehas 44,8%, A.Le Coq Tartu Õlletehas 35,1% ja Viru Õlu 14,1%;
  - d) Eesti õlleturg 2005. a. I poolaastal – Eesti õlleturul kolmandal positsioonil oleva AS Viru Õlu turuosa oli esimesel poolaastal 14%;
  - e) Eesti õlleturg 2005. a. – Viru Õlu turuosa 13%, oli Eesti õlleturul kolmandal positsioonil Saku Õlletehase ja A.Le Coq Tartu Õlletehase järel;
  - f) Eesti õlleturg 2006. a. I kvartal – Viru Õlu turuosa 10%, oli Eesti õlleturul kolmandal positsioonil Saku Õlletehase ja A.Le Coq Tartu Õlletehase järel;
  - g) Eesti õlleturg 2006. a. I poolaastal – Viru Õlu turuosa 9,1%, oli Eesti õlleturul kolmandal positsioonil Saku Õlletehase ja A.Le Coq Tartu Õlletehase järel;
  - h) Eesti õlleturg 2006. a. 9. kuud – Viru Õlu turuosa 8,7%, oli Eesti õlleturul kolmandal positsioonil Saku Õlletehase ja A.Le Coq Tartu Õlletehase järel;
  - i) Eesti õlleturg 2006. a. – Viru Õlu turuosa 8,4%, oli Eesti õlleturul kolmandal positsioonil Saku Õlletehase ja A.Le Coq Tartu Õlletehase järel;
  - j) Eesti õlleturg 2007. a. I kvartal – Viru Õlu turuosa 10,4%, oli Eesti õlleturul kolmandal positsioonil Saku Õlletehase ja A.Le Coq Tartu Õlletehase järel;
  - k) Eesti õlleturg 2007. a. I poolaastal – Viru Õlu turuosa 8,9%, oli Eesti õlleturul kolmandal positsioonil Saku Õlletehase ja A.Le Coq Tartu Õlletehase järel. Viru Õlu müüginahuks kujunes 5,8 miljonit liitrit õlut, mis oli 0,9 % rohkem, kui aastal 2006;
  - l) Eesti õlleturg 2007. a. 9. kuud – Viru Õlu turuosa 8,7%, oli Eesti õlleturul kolmandal positsioonil Saku Õlletehase ja A.Le Coq Tartu Õlletehase järel;
  - m) Eesti õlleturg 2007. a. – Viru Õlu turuosa 9%, oli Eesti õlleturul kolmandal positsioonil Saku Õlletehase ja A.Le Coq Tartu Õlletehase järel;
- AS Viru Õlu „Tootekataloog 2008“.

Kaebaja hinnangul on esitatud tõendite põhjal selge, et suur osa Eesti elanikkonnast on teadlik, et tähis „VIRU ÕLU” on AS Viru Õlu kaubamärk. Teised ettevõtted ei ole tähist „VIRU ÕLU” kasutanud, kuid samas on kaebaja seda tähist kasutanud kui kaubamärki pikaajaliselt ja ulatuslikult. Eeltoodust tulenevalt on kaebaja seisukohal, et registreerimiseks esitatud kaubamärk „VIRU ÕLU” on saavutanud eristusvõime kui kaebaja kaubamärk, puuduvad alused kaubamärgi „VIRU ÕLU” registreerimisest keeldumiseks ning nimetatud tähis on seega registreeritav kaubamärgina.

Kaebaja palub komisjonil tühistada Patendiameti 04.03.2015 otsus nr 7/M201200965 ning kohustada Patendiametit jätkama menetlust komisjoni otsuses toodud asjaolusid arvestades.

Kaebusele on lisaks ülal viidatud tõenditele lisatud kaevatav Patendiameti 04.03.2015 otsus nr 7/M201200965, komisjoni 30.05.2011 otsus nr 1189-o, maksekorraldus kaebuse eest riigilõivu tasumise kohta, volikiri.

**14.07.2015** esitas Patendiamet komisjonile oma seisukoha kaebuse kohta. Patendiamet vaidleb kaebusele vastu ning leiab, et kaubamärgi „VIRU ÕLU” registreerimisest keeldumise otsus on seaduslik ja

põhjendatud. Patendiamet märgib, et KaMS § 9 lg 1 p 3 eesmärgiks olev avalik huvi nõuab, et kõik tähised, mida on võimalik äritegevuses kasutada nende kaupade või teenuste kirjeldamiseks, mille suhtes märgi registreerimist soovitakse, peavad jääma vabalt kasutatavaks kõigile ettevõtjatele selleks, et neil oleks võimalik neid tähiseid kasutada oma kaupade või teenuste samade iseloomulike tunnuste kirjeldamiseks. Seetõttu ei ole märgid, mis koosnevad üksnes kirjeldavatest tähistest, kaubamärgina registreerimiseks sobivad. See on kinnitamist leidnud ka näiteks Euroopa Kohtu otsuses C-191/01P, mille kohaselt EL määruse 40/94 (kehtiv määrus nr 207/2009) artikli 7 lõike 1 punkti c eesmärgiks on avalikkuse huvi kaitsmine, nimelt, et kõigil oleks õigus vabalt kasutada kaupu ja teenuseid kirjeldavaid tähiseid. Konkreetne kirjeldava iseloomuga tähis ei pea kaubamärgi registreerimise taotluse esitamise hetkel olema tegelikult kasutusel kaupade või teenuste kirjeldamiseks. Piisab, nagu seaduse sätte sõnastus ise ütleb, et selline tähis võib olla kasutusel sellistel eesmärkidel. Otsuses nr C-363/99 on Euroopa Kohus samuti leidnud, et avalik huvi nõuab, et kõik tähised, mida on võimalik äritegevuses kasutada nende kaupade või teenuste, mille suhtes märgi registreerimist soovitakse, iseloomustavate tunnuste tähistamiseks, peavad jääma vabalt kasutatavaks kõigile ettevõtjatele selleks, et nad saaksid neid kasutada oma kaupade või teenuste samade iseloomulike tunnuste kirjeldamiseks.

Patendiamet märgib, et kaebaja poolt registreerimiseks esitatud tähis „VIRU ÕLU” osutub üksnes kauba päritolu (Viru – Virumaa) ja liiki (õlu) näitavaks sõnaühendiks. Tähis tervikuna annab informatsiooni sellest, et tegemist on Virumaal toodetud õllega. Taotluses nimetatud kauba tarbija tajub stiliseerimata tähist „VIRU ÕLU” üksnes kaupa kirjeldavana. Sellised tähised peavad jääma kõigile ettevõtjatele vabaks kasutamiseks ning selliseid tähiseid ei saa registreerida kaubamärgina ühe ettevõtja nimele. Seetõttu on Patendiamet seisukohal, et tähis „VIRU ÕLU” on tervikuna taotluses nimetatud kauba päritolu ja liiki näitav tähis ning ei ole kaubamärgiseaduse § 9 lg 1 p 3 kohaselt kaubamärgina registreeritav.

Osutades KaMS § 9 lg 1 p-le 2, märgib Patendiamet, et nimetatud sätte kohaselt ei saa õiguskaitset tähis, millel puudub eristusvõime, kaasa arvatud üksik stiliseerimata täht, üksik stiliseerimata arv või üksik värv. Euroopa Kohus on kohtuasja C-136/02 P otsuse punktis 29 öelnud: „Selleks, et kaubamärk omaks eristusvõimet määruse nr 40/94 [kehtiv määrus nr 207/2009] artikli 7 lõige 1 punkti b tähenduses, peab ta suutma määratleda kaupu või teenuseid, mille registreerimist taotletakse, kui mingilt kindlalt ettevõtjalt pärinevat ja seega eristama neid teiste ettevõtjate kaupadest ja teenustest /.../”. Vastavalt Euroopa Kohtu otsusele kohtuasjas C-37/03 P: /.../ määruse nr 40/94 [kehtiv määrus nr 207/2009] artikli 7 lõike 1 punkti b aluseks olev üldise huvi mõiste on endastmõistetavalt vastavuses kaubamärgi peaülesandega, milleks on tagada lõpptarbijale või -kasutajale kaubamärgiga tähistatud kaupade või teenuste teatud päritolu, mis lubaks ilma võimaliku segiajamiseta eristada kaupu või teenuseid nendest, millel on teine päritolu /.../” (p 60). Eristusvõime hindamisel KaMS § 9 lg 1 p 2 mõttes tuleb arvestada esiteks kaupu ja teenuseid, mille tähistamiseks kaubamärgi registreerimist taotletakse, ja teiseks tuleb hinnata registreerimiseks esitatud tähise tajumist asjassepuutuva avalikkuse poolt, kelleks on vastava kauba või teenuse keskmine tarbija, kes on piisavalt informeeritud ja mõistlikult tähelepanelik ning arukas (Euroopa Kohtu otsus kohtuasjas C-363/99, p 34). Tähis „VIRU ÕLU” koosneb sõnadest „VIRU” ja „ÕLU”, mis on kirjutatud läbivalt suurtähtedega. Mõlemad sõnad on tavapärased kaebaja kaupade loetelus toodud toote tähistamisel, näidates, et õlu on toodetud Virumaal. Patendiamet on seisukohal, et tähis „VIRU ÕLU” ei ole tarbija jaoks eristusvõimeline kaebaja kaubamärgitaotluses toodud toote osas, kuna sellel puuduvad tunnused, mille põhjal tarbija suudaks ühe ettevõtja kaupu eristada teise ettevõtja samaliigilistest kaupadest.

Patendiamet märgib, et kaebaja ei ole Patendiameti menetluses esitanud vastuväiteid tähise kirjeldavuse ja eristusvõime puudumise osas ning seega selles osas kaebajaga vaidlust ei esine. Kaebaja viitas Patendiametile saadetud kirjades (22.01.2014 ja 27.06.2014) KaMS § 9 lõikele 2, mille järgi ei kohaldata § 9 lg 1 p-des 2–4 sätestatud taotluse esitamise kuupäevaks kasutamise tulemusena eristusvõime omandanud kaubamärgi ja üldtuntud kaubamärgi puhul. Kaebaja on seisukohal, et registreerimiseks esitatud tähis oli taotluse esitamise kuupäevaks saavutanud laialdase kasutamise tulemusena omandatud eristusvõime ning tegemist on üldtuntud kaubamärgiga. Väite kinnituseks on kaebaja kirjavahetuse käigus Patendiametile esitanud uuringufirma TNS Emor poolt läbiviidud uuringu „Viru Õlu AS toodete ja ettevõtte tuntus“ tulemused, komisjoni otsuse nr 1189-o ning koopiad komisjonile vaidlustuse nr 1189 käigus esitatud materjalidest. Patendiamet leiab, et kaubamärk omandab kasutamise tulemusena eristusvõime, kui tähis võimaldab eristada kaupa (või teenust), mille osas registreerimist taotletakse, kui ühelt konkreetselt ettevõttelt pärinevat ning seega eristada antud toodet (või teenust) teiste ettevõtete omadest. Selleks, et kindlaks määrata, kas kaubamärk on kasutamise käigus omandanud eristusvõime, peab pädev asutus igakülgset hindama tõendeid selle kohta, et märk on võimeline osutama, et kõnealune toode (või teenus) pärineb teatud ettevõttest ning märgi alusel võib eristada ühe ettevõtja kaupu (või teenuseid) teiste ettevõtjate omadest. Kui pädev asutus leiab, et märkimisväärne osa asjaomastest isikutest eristab kaupu (või teenuseid) tänu kaubamärgile kui ühelt ettevõttelt pärinevaid, tuleb pidada nõuded märgi registreerimiseks täidetuks. Registreerimiseks esitatud tähise eristusvõime hindamisel võib arvesse võtta ka järgmisi asjaolusid: märgiga tähistatavate kaupade (või teenuste) turuosa; kui intensiivne, geograafiliselt laialdane ja pikaajaline on olnud märgi kasutus; ettevõtte poolt kaubamärgi arendamisele tehtud kulutused; asjaomaste isikute osakaal, kes tähise alusel eristavad kaupu (või teenuseid) ühelt konkreetselt ettevõtjalt pärinevatena; kaubandus- ja tööstuskoja või teiste kaubandus- ja kutseliitude arvamused. Siiski ei või kasutamise käigus omandatud eristusvõimet tõendavad asjaolud põhineda üldisel või abstraktsel teabel, nagu näiteks teatavad protsentuaalsed näitajad (seisukohad Euroopa Kohtu otsuses liidetud kohtuasjadest C-108/97 ja C-109/97).

Kaevatava otsuse tegemisel juhendus Patendiamet kaebaja esitatud materjalide hindamisel järgmistest asjaoludest. Tõendeid hinnati kaubamärgitaotluse esitamise kuupäeva seisuga, s.t 09.11.2012 seisuga; tõendamist vajab tähis, mis on registreerimiseks esitatud, s.t tähis taotluses esitatud kujul ehk „VIRU ÕLU“; tõendamist vajab tähise omandatud eristusvõime/üldtuntus toote osas, mille osas registreerimist taotletakse, st õlu; asjaomasteks isikuteks eelnimetatud toote puhul on kogu avalikkus, mis koosneb keskmistest Eesti tarbijatest. Patendiamet leiab, et kaebaja tõendid tema kaubamärgi omandatud eristusvõimet/üldtuntust ei tõendanud. Näiteks TNS Emori poolt läbiviidud uuring keskendub Patendiameti hinnangul ettevõtte tuntusele, mitte kaubamärgi „VIRU ÕLU“ tuntusele. Esitatud materjal on küll varasem taotluse esitamise kuupäevast, ja on selge, et tarbija tunneb ettevõtet nimega AS VIRU ÕLU, ning et tarbija tunneb ja teab nimetada kaebaja kaubamärke (Palmse tume õlu, Frederik, Toolse, Premium). Uuring sisaldab ka mingil määral võrdlevaid andmeid, s.t on toodud ka samas valdkonnas tegutsevate ettevõtete nimed (Saku Õlletehas AS, A Le Coq AS, Baltic Beer Company Ltd). Kaebaja esitatud materjal näitab, et tarbijad on teadlikud ettevõttest AS Viru Õlu ning teavad nimetada kaebaja erinevaid tootenimetusid, mille seas aga ei ole taotletavat tähist. Uuringust ei tule Patendiameti hinnangul välja, kas tarbija on teadlik ka tootest „VIRU ÕLU“ või kas ettevõtte üldse toodab kaupa tähisega „VIRU ÕLU“. Sellist materjali kaebaja esitanud ei ole. Uuringus nimetatud samas valdkonnas tegutsevate ettevõtete näol ei ole tegemist ka võrdlevate andmetega, mille abil Patendiametil oleks võimalik objektiivselt hinnata „VIRU ÕLU“ tähisega markeeritud kauba turuosa või hinnata muid asjakohaseid fakte, mis võimaldaks teha järeldusi sõnalise tähise „VIRU ÕLU“ üldtuntuse ja omandatud eristusvõime kohta.

Patendiamet märgib, et Patendiameti menetluses esitas kaebaja oma 22.01.2014 kirja lisana ka komisjoni otsuse nr 1189 ning oma 27.06.2014 kirja lisana selle vaidluse käigus komisjonile esitatud materjalide koopiad. Kaebaja viitas oma kirjades ka komisjoni otsuse nr 1189 punktile 4, mille järgi komisjoni hinnang on: „*Vastandatud märke kasutatakse või kavatakse kasutada sama liiki kauba – õlu – tähistamiseks. Vaidlustaja kaubamärk on sõnaline kaubamärk „VIRU ÕLU“, mille elemendid eraldi võetuna ei ole kaitstavad, kuid mis komisjoni hinnangul on omandanud tervikuna eristusvõime ja üldtuntuse kasutamise tulemusena – mida tõendavad vaidlustaja esitatud tõendid kogumis. Üldtuntud märgi puhul ei ole võimalik esile tuua domineerivaid elemente (kuna elemendid eraldi on mittekaitstavad), kuid selle märgi kaitse intensiivsus tuleneb omandatud eristusvõimest ja üldtuntusest*”. Kaebaja leidis, et selle otsusega on komisjon lugenud tähise „VIRU ÕLU” üldtuntuks kui AS Viru Õlu kaubamärgi. Patendiamet märgib, et ekspertiisi tehes jõudis amet seisukohale, et kaebaja tähis on kirjeldav ning eristusvõimetu. Kaebaja esitatud materjali põhjal leidis Patendiamet, et kogumis ei ole materjal piisav tõendamaks tähise üldtuntust ja kasutamise käigus omandatud eristusvõimet. Kaebaja esitatud materjal ei sisalda selliseid andmeid, mille põhjal saab kinnitada, et klassi 32 kauba *õlu* osas on tähis „VIRU ÕLU” saavutanud üldtuntuse või kasutamise käigus omandanud eristusvõime.

Patendiamet leiab, et esitatud materjalid kogumina näitavad seda, et ettevõtte AS Viru Õlu on tegutsenud pikaajaliselt, on õlletootjate seas stabiilselt Eestis kolmandal kohal, ettevõtte on saanud sertifitseeritud ISO standardiga ning ettevõtte on kasutanud oma toodetel erinevaid etikette. Etikettidelt ei nähtu aga, et AS VIRU ÕLU üleüldse toodab õlu vaidluseluse sõnalise tähise näol „VIRU ÕLU”. Materjal ei näita ka seda, kuidas tajub tarbija kaebaja kaupade loetelus toodud kaubal (*õlu*) tähist „VIRU ÕLU”. Patendiamet märgib, et ei piisa üksnes pikaajalisest tegutsemisest, vaid tuleb tõendada, et pikaajaline tegevus on toonud kaasa kaubamärgi laialdase tuntuse või kasutamise käigus omandatud eristusvõime.

Ka mitmesugused muud kaebaja poolt esitatud materjalid ei tõendanud Patendiameti hinnangul kaubamärgi „VIRU ÕLU” üldtuntust. Patendiametile esitatud materjalid sisaldasid viiteid selle kohta, et kaebaja on kasutanud toodete (erinevate õllesortide) markeerimisel järgmisi termineid: Viru, Wiru, VIRU ÕLU (kujundusega), Viru Premium õlu, Wiru Premium, Viru Premium, Wiru Tume, Wiru Export, Wiru Kadakaõlu. Seejuures on üks etikett küll ka kujundatud tähisega „VIRU ÕLU”, mis on kasutusel olnud 1989. a, kuid tegemist on kujundatud tähisega ning seega ei ole see materjal Patendiameti hinnangul asjakohane. Teised tähised on kas üksik sõna „Viru” või „Wiru”, või sisaldavad lisaks sõnadele Viru/Wiru teisi kirjeldavaid sõnu, nt „Tume”, „Premium”, „Kadakaõlu” jne. Tähise kasutamist kaubamärgitaotluses esitatud kujul ja kaupade loetelus toodud tootega seoses kaebaja oma materjalidega Patendiameti hinnangul näidanud ei ole.

Lisaks toodete etikettidele on kaebaja esitanud ka väljavõtteid ajalehtedes, veebiväljaannetes või mujal meedias ilmunud artiklitest ja pressiteadetest. Kõigis neis räägitakse õlletootmisega tegelevast ettevõttest AS Viru Õlu, ettevõtte tegevusest, ettevõtte erinevast toodangust (lisaks õllele toodab ettevõtte ka limonaadi, mineraalvett), ettevõtte turuosast või positsioonist turul võrreldes samas valdkonnas tegutsevate ettevõtetega, õllesiltide kollektsionääride kogudest (kollektsioonid sisaldavad ettevõtte AS Viru Õlu erinevaid etikette jms), ISO 22000 sertifikaadi saamisest. Materjal näitab üksnes seda, et ettevõtte on tegutsenud pikaajaliselt ning tarbija teab, et sellenimeline ettevõtte on olemas ning toodab jooke. Kuid materjalid selle kohta, et AS Viru Õlu tegutseb ettevõttena (õlletootjana), ei näita Patendiameti hinnangul, et tähis „VIRU ÕLU” on tarbijale teada kui kaebajale kuuluv kaupa *õlu* markeeriv kaubamärk.

Kaebaja on esitanud ka kaebajaga samas valdkonnas tegutseva ettevõtte Saku Õlletehase AS 2000. a majanduskulude aruande ja 2003. a vahearuande, milles räägitakse õlletootjate turuosadest ning mainitakse ka ettevõtet AS Viru Õlu. Toodud materjal näitab taas ettevõtte tegutsemist, tema turuosa ning positsiooni. Materjal ei näita Patendiameti hinnangul aga tähise VIRU ÕLU kasutamist kaebaja kaupade loetelus toodud tootel *õlu*. Sama käib kaebaja esitatud väljatrüki kohta uuringufirma EMOR kodulehelt, milles on toodud ettevõtte AS Viru Õlu positsioon õlleturul 1999-2001. a.

Patendiamet märgib, et selleks, et saaks väita tähise üldtuntust või omandatud eristusvõimet, peab olema esitatud materjal taotletava tähise ja loetelus toodud kauba kohta. Kaebaja sellist materjali esitanud ei ole. Materjal, mis ainult viitab kasutamisele (Viru, Wiru jms toote peal) ei ole samuti asjakohane, sest see ei puuduta taotletavat tähist ja loetelus toodud kaupa ning selle põhjal ei saa väita, et tarbija peab kaebaja tähist „VIRU ÕLU” õlu osas eristusvõimeliseks, kaebajale kuuluvaks kaubamärgiks.

Seega leiab Patendiamet, et tulenevalt KaMS § 9 lg 1 p-dest 2 ja 3 ei ole tähis „VIRU ÕLU” kaubamärgina registreeritav. Patendiamet, analüüsinud kaebaja materjale, on seisukohal, et kõnealustest materjalidest ei piisa kirjeldava ja eristusvõimetu tähise „VIRU ÕLU” kasutamise tulemusena omandatud eristusvõime/üldtuntuse tõendamiseks. Ei ole tõendatud, et asjaomane avalikkus teaks tähist „VIRU ÕLU” kui AS-ile Viru Õlu kuuluvat kaubamärki. Esitatud andmete näol ei ole tegemist võrdlevate andmetega, mille abil Patendiametil oleks võimalik objektiivselt hinnata „VIRU ÕLU” tähisega markeeritud toodete turuosa või hinnata muid asjakohaseid fakte, mis võimaldaks teha järeldusi sõnalise tähise „VIRU ÕLU” omandatud eristusvõime kohta.

Patendiamet märgib ka, et väide selle kohta, et aastal 1989 tuli kolhoos „Viru” turule kaubamärgiga „VIRU ÕLU”, ei leia kinnitust kaebaja poolt esitatud AS Viru Õlu ajalugu tutvustavast väljavõttest. Ajaloo väljavõttest on näha, et 1975. aastal alustati Haljalas õlle tootmist ning et kui alguses pruuliti üksnes Žiguli õlut, siis aastail 1975 kuni 1988 lisandusid nimetused Žiguli eripruul, Riia, Moskva ja Kuldne oder. Juulis 1990 alustati esimese tumeda õlle Viru pruulimist. 1991. aastal tuli heleda õlle Toolse esimene variant ja 1992. aastal tume õlu Jõulumees. Ajalugu hõlmavas väljavõttes puudub kinnitus „VIRU ÕLU” kui kaubamärgi turule toomisest. Kaebaja on küll esitanud ka etiketi aastast 1989, kuid selle peal on „VIRU ÕLU” koos kujundusega.

Patendiamet lisab, et väide selle kohta, et ettevõtte AS Viru Õlu sai oma nime 1991. aastal ning äriregistris registreeriti see aastal 1996, näitab üksnes seda, et kaebaja on sama ärinime all tegutsenud pikaajaliselt. Ettevõtte pikk ajalugu iseenesest ei näita aga taotletava tähise „VIRU ÕLU” laialdast kaubamärgina kasutamist ning seda, et tarbijaskond seda tähist ka tunneb. Ka komisjon on oma otsuses nr 1467-o märkinud, et pelgalt äriühingu registreerimise või tegutsemise aeg ei ole üldtuntuse aluseks.

Seoses kaebaja väitega, et internetis tehtud päring tähise „viru õlu” kohta annab kõik vastused ainult seoses kaebajaga, märgib Patendiamet, et üksnes kaebaja väidete ja ütluste alusel ei ole võimalik tuvastada, kas selline päring ikka annab kõik vastused ainult seoses kaebajaga. Täpsemalt ei ole kaebaja otsingutulemuste sisu Patendiametile vahendanud ega märkinud, millise otsingumootori tulemusi kaebaja üleüldse silmas peab. Kuna otsingutulemuste tegelikku sisu ja konteksti ei ole võimalik hinnata, jääb kaebaja pelk väide liiga üldistavaks ja oletuslikuks ega võimalda teha järeldusi tähise üldtuntuse kohta. Pelgalt antud väite alusel ei saa ka järeldada, et kaebaja on kasutanud oma tähist ulatuslikult ning et tähis „viru õlu” ei ole teiste ettevõtete poolt kasutusel.

Patendiamet kordab, et kaebaja esitatud TNS Emori uuring keskendub ettevõtte tuntusele, mitte aga kaubamärgi „VIRU ÕLU” tuntusele. Esitatud materjali põhjal ei saa seega väita, et tarbija teab tähist „VIRU ÕLU” kui kaebajale AS Viru Õlu kuuluvat kaubamärki. Info selle kohta, et kaebaja tegutseb ettevõtteks, kes toodab erinevaid õllesorte, ei võimalda anda hinnangut registreerimiseks esitatud tähise omandatud eristusvõime/üldtuntuse kohta.

Kaebaja viite osas sellele, et komisjoni otsuses vaidlustusavalduse asjas nr 1189 on komisjon lugenud kaubamärgi „VIRU ÕLU” üldtuntuks kui AS Viru Õlu kaubamärgi, rõhutab Patendiamet üle, et siinses asjas ei ole Patendiameti hinnangul kaebaja esitatud materjal kogumis piisav tõendamaks tähise üldtuntust ja kasutamise käigus omandatud eristusvõimet. Samuti märgib Patendiamet, et teises vaidlusasjas tehtud otsusel (nr 1189) ei ole käesolevas asjas tähendust tulenevalt KaMS § 7 lg-st 5, mille kohaselt ei oma üldtuntuse tunnistamine õigusjõudu hilisemates vaidlustes.

Kokkuvõtlikult leiab Patendiamet, et kaebaja esitatud materjalid ei tõenda, et tähise „VIRU ÕLU” näol on tegemist üldtuntud kaubamärgiga. Materjalist saab küll infot ettevõtte ehk AS Viru Õlu tegutsemisest jms, aga materjalist ei selgu, et kaebaja on kaubamärgitaotluses nimetatud kaupa (*õlu*) vastava sõnalise tähisega markeeritult turustanud või reklaaminud. Kaebaja ei ole ka esitanud materjale, mille põhjal saaks teha järelduse, et tähis „VIRU ÕLU” võimaldab märkimisväärsel osal tarbijatest eristada kaebaja kaupa teiste ettevõtete samaliigilisest kaubast. Kaebaja väide, et ükski teine ettevõtte ei ole nimetatud tähist kasutanud, ei tõenda iseenesest, et tegemist oleks tarbijate jaoks üldtuntud/eristusvõime omandanud tähise.

Patendiamet palub komisjonil jätta kaebus rahuldamata.

**14.08.2015** esitas kaebaja komisjonile omapoolse vastuse Patendiameti seisukohtadele. Kaebaja leiab, et tema esitatud tõendite valguses ei ole põhjendatud Patendiameti seisukoht, et tähis „VIRU ÕLU” tervikuna annab informatsiooni sellest, et tegemist on Virumaal toodetud õllega, et tarbija tajub stiliseerimata tähist „VIRU ÕLU” üksnes kaupa kirjeldavana ning et selline tähis peab jääma kõigile ettevõtjatele vabaks kasutamiseks. Kaebaja on esitanud hulgaliselt tõendeid, et tähist „VIRU ÕLU” (kas siis ärinimena AS Viru Õlu või eraldiseisvalt) on kasutatud pikaajaliselt ning see on omandanud Eestis eristusvõime kui ühe õlletootmise ettevõtte poolt kasutatav tähis. Kui mõni teine ettevõtte võtaks kasutusele tähise „VIRU ÕLU” õlletoodete tähistamiseks, siis oleks see ilmselgelt tarbijat eksitav, sest tarbija seas (nagu ka esitatud tõendid näitavad) on tuntud õlletootmise ettevõtte AS Viru Õlu. Ettevõtetele, kes Virumaal õlletootmisega tegelevad või hakkavad tulevikus tegelema, on tagatud võimalus viidata toote päritolule ka teisiti kui kasutades kaebaja poolt tuntuks tehtud tähist „VIRU ÕLU”, näiteks tähistades toodet viitega „Virumaal valmistatud õlu”, „Virumaalt pärit õlu” vms. Tähis „VIRU ÕLU” ei ole ka liiki näitav tähis, millega tähistatakse kindlate maitseomadustega õlut (nt. pilsner, IPA, Pale Ale jms) ning mis peaks seetõttu olema kõikidele ettevõtetele vabaks kasutuseks.

Samamoodi ei pea kaebaja põhjendatuks Patendiameti seisukohta, et tähis „VIRU ÕLU” ei ole tarbija jaoks eristusvõimeline kaebaja kaubamärgitaotluses märgitud toote osas, kuna puuduvad tunnused, mille põhjal tarbija suudaks eristada ühe ettevõtja kaupu teise ettevõtja samaliigilistest kaupadest. Patendiamet seega asunud seisukohale, et kui mõni teine ettevõtte tähistaks õlut tähise „VIRU ÕLU”, siis tarbija ei seostaks seda AS-iga Viru Õlu, vaid võtaks seda umbmäärase tootena, mis pärineb Virumaalt. Kaebaja ei saa mingil juhul sellise seisukohaga nõustuda olukorras, kus ettevõtte AS Viru Õlu tuntus elanikkonna seas on suur (vastajatest 68%). Vastupidi, tarbija seostaks selliselt tähistatud toodet just kaebajaga ning seeläbi kasutatakse ära AS Viru Õlu tuntus ja maine.



Kaebaja ei nõustu Patendiameti seisukohaga, et esitatud tõendid ei näita tähise „VIRU ÕLU” kasutamist. Kaebaja on esitanud hulgaliselt tõendeid, mis näitavad, et kaebaja on kasutanud oma toodetel tähist „VIRU ÕLU” ning avalikkus seostab tähist „VIRU ÕLU” just kaebajaga. Tähist on kasutatud erinevates fontides või siis ettevõtte nimena, kuid tegemist on siiski kaubamärgi kasutamisega ettevõtte poolt. Kaebuse lisadelt 5-12 on selgelt näha, et etiketid on tähistatud tähisega „VIRU ÕLU”. Kaebaja leiab, et sisuliselt võib ärinime AS Viru Õlu kasutamise võrdsustada sõnalise kaubamärgi „VIRU ÕLU” kasutamisega. Tänu ärinime pikaajalisele kasutamisele etikettide koosseisus on see keskmise Eesti tarbija jaoks omandanud kaubamärgi funktsiooni. Ka komisjon on oma otsuses 1189 leidnud, et ettevõtja on kasutanud kõnealust kahesõnalist tähist oma kaupade tähistamiseks ja see võimaldab tarbijatel eristada ettevõtja kaupa *õlu* muude isikute samaliigilistest kaupadest, st nende toodetud õllest. Seega täidab sõnakombinatsioon „VIRU ÕLU”, kasutatuna erinevates šriftides ja tähesuurustes, kaubamärgifunktsiooni sõnalise kaubamärgina (KaMS § 3). Lisaks leiab kaebaja, et analoogiaja tuleks käesoleval juhul kohaldada KaMS § 17 lg 2 p 1, mille kohaselt loetakse kaubamärgi kasutamiseks kaubamärgiomaniku poolt kaubamärgi kasutamist kujul, mis erineb kaubamärgi reproduktsioonist ebaoluliste elementide poolest, kui kaubamärgi eristav iseloom ei ole muutunud. Tähist „AS” tuleb kaebaja hinnangul lugeda ebaoluliseks elemendiks kaubamärgi „VIRU ÕLU” kasutamisel.

Kuivõrd KaMS § 9 lg 2 kohaselt ei kohaldata KaMS § 9 lg 1 punktides 2-4 sätestatud juhul, kui kaubamärk on taotluse esitamise kuupäevaks omandanud kasutamise tulemusena eristusvõime, samuti üldtuntud kaubamärgi puhul, palub kaebaja komisjonil tuvastada, et tähis „VIRU ÕLU” on kasutamise tulemusena omandanud eristusvõime või lugeda kaubamärk „VIRU ÕLU” üldtuntuks. Kaubamärgi üldtuntust või kasutamise tulemusena omandatud eristusvõimet kinnitavad kaebaja esitatud tõendid.

**08.02.2016** esitas kaebaja komisjonile oma lõplikud seisukohad. Kaebaja jäi kõigi varem menetluses esitatud seisukohtade juurde, kommenteerides muu hulgas järgmist. Patendiamet märkis oma seisukohtades, et üksnes kaebaja väidete ja ütluste alusel pole võimalik tuvastada, kas internetis tehtud päring „viru õlu” kohta annab kõik vastused ainult seoses kaebajaga ning kaebaja ei ole täpsemat otsingusisu Patendiametile esitanud. Kaebaja peab ebamõistlikuks internetist tehtud päringute esitamist Patendiametile, kuna tegemist on äärmiselt lihtsalt kontrollitava väitega. Patendiamet kasutab interneti ekspertiisi käigus ning esitab vajadusel ekspertiisi käigus väljavõtteid internetist. Kaebaja eeldas, et Patendiameti ekspert saab ilma liigse ajakuluta kaebaja väidet kontrollida ega pidanud mõistlikuks väljavõtete esitamist.

Kaebaja juhib tähelepanu ka sellele, et esitas Patendiametile ekspertiisi käigus samad tõendid, mille alusel komisjon oma varasemas otsuses 1189 leidis, et ettevõtja on kasutanud kahesõnalist tähist „VIRU ÕLU” oma kaupade tähistamiseks ja see võimaldab tarbijatel eristada ettevõtja kaupa *õlu* muude isikute samaliigilistest kaupadest, st nende toodetud õllest.

Kaebaja palub jätkuvalt kaebus rahuldada ning tühistada Patendiameti otsus.

**08.03.2016** esitas Patendiamet komisjonile oma lõplikud seisukohad. Patendiamet jäi kõigi oma varasemate seisukohtade juurde leides, et kaubamärgi „VIRU ÕLU” registreerimisest keeldumise otsus on seaduslik ja põhjendatud. Muu hulgas kommenteeris Patendiamet kaebaja argumenti, et kaebaja pidas ebamõistlikuks internetist tehtud päringute esitamist Patendiametile, kuna tegemist on äärmiselt lihtsalt kontrollitava väitega. Patendiamet leiab seoses nimetatud argumendiga, et kuigi amet kasutab ekspertiisi ühe töövahendina otsingumootorit Google, ei saa kaebaja eeldada, et Patendiamet vaatab kõik vastused, mida internet annab päringule „viru õlu” sisuliselt läbi, et kaebaja väidet kontrollida (Google annab näiteks

sõnapaari „viru õlu” sisestamisel üle 140 000 viite). Käesoleval juhul pole kaebaja Patendiametile ka täpsustanud, millise otsingumootori tulemusi kaebaja üleüldse on silmas pidanud, väites, et internetis tehtud päring „viru õlu” kohta annab kõik vastused ainult seoses kaebajaga. Patendiamet leiab, et kuna kaebajale on samal ajal teada, millised neist viidetest on tähise üldtuntuse kontekstis kaalukama sisuga ja millised mitte, saanuks kaebaja ekspertiisi käigus otsingutulemuste sisu selgitada. Käesoleval juhul pole kaebaja oma väidet seoses sellega, et internetis tehtud päring „viru õlu” kohta annab kõik vastused ainult seoses kaebajaga, täpsustanud ega selgitusi andnud. Siiski juhib Patendiamet tähelepanu, et Google otsingumootorit kasutades ei seostu ka kõik vastused päringule „viru õlu” ainult kaebajaga ehk AS-iga Viru Õlu. Sõnapaar „viru õlu” nähtub tulemustes ka seoses Baltic Beer Company Ltd-ga. Samuti leiab Patendiamet, et pelgalt Google otsingutulemustele ei ole tähise üldtuntuse hindamisel märkimisväärset kaalu tõendina omistada võimalik, sest sealse lühikese info ja erinevate märksõnade jada põhjal pole võimalik hinnata neil lehekülgedel esitatud materjalide tegelikku sisu ja konteksti.

Patendiamet ei nõustu kaebajaga, et tähis „viru õlu” ei ole liiki näitav tähis, millega tähistatakse kindlate maitseomadustega õlut ning mis peaks seetõttu olema kõikidele ettevõtetele vabaks kasutamiseks. Tähis tervikuna annab informatsiooni sellest, et tegemist on Virumaal toodetud õllega – seega näitab tähis sõna „õlu” näol otseselt kauba liiki.

Seoses kaebaja seisukohaga, et kuigi kaebaja tähist on kasutatud erinevates fontides või siis ettevõtte nimena, on tegemist siiski kaubamärgi kasutamise ettevõtte poolt, ja et tõenditelt on näha, et kaebaja etiketid on tähistatud tähisega „VIRU ÕLU”, märgib Patendiamet järgmist. Paljud kaebaja poolt tõenditena esitatud etiketid pärinevad 90ndate aastate algusest (ka 1989. aastast) ja 90ndate aastate keskpaigast ning sisaldavad sõnapaari „viru õlu” kujundatult või kujul WIRU või koos AS-ga. Patendiameti hinnangul ei saa etiketidest, mis pärinevad 90ndatest, iseenesest järeldada, et sõnaline tähis kujul „VIRU ÕLU” oli 2012. a lõpuks tarbijaskonna jaoks kaubamärgina üldtuntud. 2008. a tootekataloogis vastavaid tooteid taoliste etikettidega näiteks ei leidu. Tootekataloogist ei nähtu, et kaupa *õlu* sõnalise tähisega „VIRU ÕLU” üleüldse oleks turustatud. Patendiameti hinnangul on küll võimalik kaubamärgi kasutusena arvestada ka ärinime kasutamist, kuid seejuures on oluline, kuidas seda ärinimena on kasutatud. Kaebaja etikettidel, mis pärinevad aastast 2008, on registreerimiseks esitatud tähis toodud etiketil väga väiksel tootja AS Viru Õlu näol, mistõttu Patendiameti hinnangul tarbija seda toote peal kaubamärgina ei taju.

Patendiamet palub jätkuvalt komisjonil jätta kaebus rahuldamata.

21.06.2016 alustas komisjon käesolevas asjas lõppmenetlust.

### **Komisjoni seisukohad ja otsus**

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

Patendiamet on keeldunud kaebaja kaubamärgi „VIRU ÕLU” (taotlus nr M201200965) registreerimisest klassi 32 kauba *õlu* tähistamiseks tulenevalt KaMS § 9 lg 1 p-dest 3 ja 2.

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. KaMS § 9 lg 1 p

2 kohaselt ei saa õiguskaitset tähis, millel puudub eristusvõime, kaasa arvatud üksik stiliseerimata täht, üksik stiliseerimata arv või üksik värv.

Kaebaja ei ole Patendiametile vastu väinud ja seega menetlusosaliste vahel puudub vaidlus selles, et tähis „VIRU ÕLU” olemuslikult on kauba *õlu* päritolu ja liiki näitav (s.o kirjeldav) ja sel puudub eristusvõime. Küll aga vaidlevad menetlusosalised selle üle, kas käesoleval juhul kuulub tähise „VIRU ÕLU” osas rakendamisele KaMS § 9 lg 2, mille kohaselt kaubamärgitaotluse esitamise kuupäevaks (s.t käesoleval juhul 9. novembriks 2012) kasutamise tulemusena eristusvõime omandanud kaubamärgi ja üldtuntud kaubamärgi puhul ei kohaldata muu hulgas KaMS § 9 lg 1 p-des 3 ja 2 sätestatud.

Komisjon leiab, et Patendiameti otsus keelduda kaubamärgi „VIRU ÕLU” kui kauba päritolu ja liiki näitava ning eristusvõimetu tähise registreerimisest ei ole KaMS § 9 lõike 2 ning seonduvate kaebaja seisukohtade ja tõendite valguses põhjendatud.

Kaebaja on kaubamärgi „VIRU ÕLU” kasutamise tulemusena omandanud eristusvõimetu ja üldtuntust käsitlevate väidete kinnitamiseks esitanud hulga mitmesuguseid materjale. Neist materjalidest peab komisjon esmalt oluliseks esile tuua TNS Emor uuringut 2012. aastast, mis viidi läbi AS Viru Õlu toodete ja ettevõtte tuntuse uurimiseks. Nimetatud uuringu tulemustest nähtub muu hulgas, et 59% küsitlusele vastajatest pakkus VIRU kaubamärgiga tähistatud toodet Viru Õlu AS-i tooteks, kuigi tegelikult oli tegemist teise ettevõtte, Baltic Beer Company Ltd tootega. Uuring näitas ka, et 68% õlletarbijatest on kuulnud või teavad ettevõtet Viru Õlu AS. Samuti on kaebaja esitanud väljavõtted Emori kodulehelt kaebaja turuosa kohta aastatel 1999-2001 ning Eesti Õlletootjate Liidu kodulehelt kaebaja turuosa kohta aastatel 2004-2007. Osutatud statistikast nähtub, et kaebaja on Eesti õlleturul läbi aastate olnud stabiilselt kolmas suurim õlletootja.

Kuigi Patendiamet ei ole viidatud turuandmetele iseenesest vastu väinud ega nende tõele vastavust kahtluse alla seadnud, eitab Patendiamet nende asjakohasust leides, et vastavates uuringutes on keskendutud ettevõtte ja mitte kaubamärgi „VIRU ÕLU” tuntusele, või siis on uuritud ettevõtte tegutsemist, tema turuosa ning positsiooni ja mitte tähise „VIRU ÕLU” kasutamist kaebaja kaupade loetelus toodud tootel *õlu*. Komisjon peab sellist käsitlust liialt must-valgeks ning leiab, et ettevõtet, kes tegutseb pikka aega õlletootmise valdkonnas nime „(AS) VIRU ÕLU” all võidakse samahästi ja samaaegselt tajuda ka kui oma toodangu kaubamärgi „VIRU ÕLU” all pakkujat, seda isegi juhul, kui ettevõtte tootesortimendis konkreetselt sõnapaari „VIRU ÕLU” sisaldava märgistusega toodet ei eksisteerigi. Teisisõnu, tarbija tajule ei ole komisjoni hinnangul vältimatult omane täpne vahetegemine ärinimede ja kaubamärkide vahel. Komisjonile esitatud AS Viru Õlu tuntust ja turuosa suurust puudutavad andmed on komisjoni hinnangul piisavad võimaldamaks teha järeldust, et sõnaühend „VIRU ÕLU” oli 09.11.2012 seisuga kaebaja kaubamärgina üldtuntud vähemalt Eesti tarbijate seas ja asjaomasel ärisektoris, ning et see sõnaühend oli omandanud vähemalt minimaalse eristusvõime.

Liitigi on kaebaja esitanud komisjonile (ja varem Patendiametile) tõendeid kaebaja erinevate õlletoodete etikettide näol, mis näitavad, et tähis „VIRU ÕLU” on kaebaja etikettidel reaalselt kasutuses olnud. Kaebaja etikettidele hinnangu andmises peitub komisjoni hinnangul ka põhilisim Patendiameti eksimus kaubamärgi „VIRU ÕLU” ekspertiis ja komisjonile esitatud seisukohtades. Nimelt võib Patendiameti argumentidest läbivalt järeldada, et Patendiameti ootus on olnud, et selleks, et üldse kaaluda kaubamärgi „VIRU ÕLU” võimalikku üldtuntust või omandatud eristusvõimet klassi 32 kauba *õlu* osas, peaks kaebaja tootesortimendis eksisteerima konkreetselt „VIRU ÕLU”-nimeline toode – kui õlle n-ö põhinimetus (-kaubamärk) on midagi muud ja tähist „VIRU ÕLU” või selle lähedast tähist kasutatakse etiketil vaid

täiendina, siis sellise etiketi võib justkui tähelepanuta jätta kui kõrvalise. Komisjon sellise käsitlusega ei nõustu ja leiab, et isegi kui tähis „VIRU ÕLU” või lähedane tähis sisaldub kaebaja etiketil üksnes täiendina toote põhinimetuse kõrval, põhinimetusest erinevas fondis või väiksemas kirjasuuruses, ärinime kujul vms, võib tegemist ikkagi olla ettevõtte-poolse kaubamärgi kasutamiselega. Sellist situatsiooni laiemalt võib nimetada ka (konkreetselt toodet tähistava) põhikaubamärgi kasutamiseks koos (toodet valmistava ettevõtte) n-õ katuskaubamärgiga ning selline äripraktika ei ole komisjonile teadaolevalt ka haruldane. Kaubamärgiseadusest või muudest asjaomastest õigusnormidest ei tulene seejuures, et ühel tootel saab olla või peab olema vaid üks kaubamärk või et ühel tootel korraga mitme kaubamärgi kasutamisel saab/tohib arvestada vaid ühega vms.

Kaebaja on esitanud arvukalt etikette, millelt on näha, et ühel või teisel moel on etikettidel kaubamärk „VIRU ÕLU” kujutatud olnud. Seejuures on vähemalt aastal 1989 kasutatud „VIRU ÕLU” ka eraldi õlle nimetusena, järgnevatel aastatel järjepidevalt etikettide koosseisus. Nii nagu komisjon leidis oma otsuses 1189-o, leiab komisjon ka nüüd, et tähise „VIRU ÕLU” kujundus etikettide koosseisus on küllaltki silmapaistev. Tuleb tõdeda, et mitmelgi etiketil on kasutatud tähist „VIRU ÕLU” konkreetse toote põhinimetusega (nt „Toolse”, „Palmse”) lähedases kirjasuuruses või samaväärset tähelepanu pälvivas kujunduses. Komisjon leiab sarnaselt kaebajaga, et tähise „VIRU ÕLU” kasutamist koos äriühingu õiguslikule vormile viitava täiendiga „AS” (aga samuti näiteks sõna „VIRU” asemel sõna „WIRU” kasutamist) tuleb pidada üksnes ebaoluliste elementide poolest erineva kaubamärgi kasutamiseks. Samuti nõustub komisjon kaebajaga, et tulenevalt ärinime pikaajalisest kasutamisest etikettide koosseisus on see keskmise Eesti tarbija jaoks omandanud kaubamärgi funktsiooni.

On tõsi, et kui järjestada kaebaja esitatud etikette kronoloogiliselt, võib näha tendentsi, kus tähise „VIRU ÕLU” kujundus, paigutus etiketil jms muutub ajapikku vähemsilmatorkavamaks. Komisjon leiab samas siinkohal, et esiteks kompenseerib tähise „VIRU ÕLU” väiksema silmatorkavuse kaebaja tähise kasutamise pikaajalisus (2012. aastaks ehk kaebaja kaubamärgitaotluse esitamise ajaks ca 23 aastat) ning kaebaja ja tema toodete stabiilselt suur turuosa, ning teiseks tuleb arvestada, et nii nagu kaubamärkide üldtuntus ei teki üldjuhul üleöö, üldtuntus reeglina üleöö ka ei kao. Seega isegi kui kaebaja kasutas tähist „VIRU ÕLU” (või lähedast tähist) õlletoodetel silmatorkaval viisil vaid 1990ndatel, ei saa sellest järeldada, et sellega seotud tuntus kaebajal – keda, nagu eespool viidatud, teadis 2012. aastal 68% õlletarbijatest – kohe või peatselt minetatud oli. Seda enam, et tähise „VIRU ÕLU” kasutamine vähemalt ärinime kujul ja väiksemas kirjasuuruses jätkus ka edaspidi.

Komisjon leiab kokkuvõtlikult, et kaebaja esitatud turuandmed (AS Viru Õlu tuntuse ja turuosa kohta) koosmõjus kaebaja esitatud õlleetikettide kujundustega tõendavad, et kaebaja kaubamärk „VIRU ÕLU” oli kaebaja kaubamärgitaotluse nr M201200965 esitamise kuupäevaks 09.11.2012 kasutamise tulemusena omandanud vähemalt minimaalse eristusvõime, samuti üldtuntuse. Puudub alus arvata, et ettevõtja, keda tuleb 2012. a läbi viidud turu-uuringu tulemuste põhjal pidada arvestataval määral tuntuks ja kes on aastate lõikes stabiilselt figureerinud õlletootjate esikolmikus, on tuntuse ja hea turuosa saavutanud muuga, kui oma põhitegevusega, s.o õlletoodete müügi. Niisamuti puudub komisjonil alus arvata, et selliste õlletoodete etiketid ei sisaldanud erinevalt kaebaja poolt komisjonile esitatud etiketidest mingilgi kujul viidet tähisele „VIRU ÕLU”.

Komisjon leiab seega, et Patendiamet on õigusvastaselt keeldunud kaebaja kaubamärgi „VIRU ÕLU” registreerimisest klassi 32 kauba *õlu* tähistamiseks KaMS § 9 lg 1 p-de 3 ja 2 alusel, osutatud sätted oleks tulnud KaMS § 9 lg-st 2 tulenevalt kohaldamata jätta, ning kaebaja kaebus tuleb seetõttu rahuldada.

Tulenevalt KaMS § 41 lõikest 4 on kaebuse rahuldamise korral kaebajal õigus tasutud riigilõiv tagasi saada.

Eeltoodust tulenevalt ning juhindudes tööstusomandi õiguskorralduse aluste seaduse §-st 61, KaMS § 9 lg 1 p-dest 3 ja 2, § 9 lg-st 2, § 41 lg-test 3 ja 4, komisjon

**o t s u s t a s:**

**kaebus rahuldada, tühistada Patendiameti 04.03.2015 otsus nr 7/M201200965 AS Viru Õlu kaubamärgi „VIRU ÕLU” (taotlus nr M201200965) registreerimisest keeldumise kohta klassis 32 ja kohustada Patendiametit jätkama menetlust apellatsioonikomisjoni otsuses toodud asjaolusid arvestades.**

**Kaebajal on õigus saada tagasi kaebuse esitamisel tasutud riigilõiv.**

Kaebaja võib esitada kaebuse apellatsioonikomisjoni otsuse peale Harju Maakohtusse kolme kuu jooksul apellatsioonikomisjoni otsuse avaldamisest arvates. Kohus vaatab kaebuse läbi hagita menetluses. Kaebaja teavitab viivitamata apellatsioonikomisjoni kaebuse esitamisest.

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

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

Allkirjad:

S. Sulsenberg

T. Kalmet

E. Sassian