

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Eraõiguse instituut

Ivika Ganina

VEEBILEHE OTSINGUMOOTORILE OPTIMEERIMISE
ÕIGUSLIKUD KÜSIMUSED KAUBAMÄRGI ÕIGUSE KONTEKSTIS

Magistritöö

Juhendaja
dr iuris Mario Rosentau

Tallinn
2019

Sisukord

1. Kaubamärk ja kaubamärgiomaniku ainuõigus Eesti õiguses	9
1.1. Kaubamärk ja kaubamärgi funktsioonid	9
1.2. Kaubamärgiomaniku ainuõigus Eesti õiguses	12
2. Veebilehe otsingumootoritele optimeerimise olemus	17
2.1. Veebiotsingu optimeerimine turunduses	17
2.2. Otsingumootorite tööpõhimõtted	20
2.3. Veebilehe otsingumootoritele optimeerimine	24
3. Kaubamärgi kasutamine veebiotsingu optimeerimisel	29
3.1. Kaubamärgi kasutamine äritegevuses	31
3.2. Kaubamärgi kasutamine kaupade või teenuste puhul	35
3.3. Veebiotsingu optimeerimisel kaubamärgi kasutamise kahjustav mõju kaubamärgi funktsioonidele	38
3.3.1. Kahjulik mõju päritolu- ja eristamisfunktsioonile	39
3.3.2. Kahjulik mõju kaubamärgi reklaamfunktsioonile	44
3.3.3. Kahjulik mõju investeerimisfunktsioonile	46
3.4. Ainuõiguse piirangute mõju kaubamärgi kasutamisel veebiotsingu optimeerimisel	48
3.5. Kaubamärgi otsingumootorite optimeerimisel kasutamine ebaausa konkurentsi tähenduses	52
3.6. Kaubamärgi otsingumootorite optimeerimisel kasutamine reklaami- ja tarbijakaitseaduse kontekstis	58
KOKKUVÕTE	62
PE3IOME	67
KASUTATUD MATERJALIDE LOETELU	70
LIHTLITSENTS	75

SISSEJUHATUS

Maailm meie ümber on muutunud ja olulisi muutusi peaks täheldama kõikjal: tehnoloogias, majanduses, poliitikas, meedias, kultuuris jne. Teaduse ja tehnika areng on olnud väga kiire ning tänapäeval on IT-seadmete kasutamine igapäevaelu asendamatu osa nii inimeste kui ka ettevõtte elus. Infotehnoloogiad on muutnud paljude inimeste elu lihtsamaks. Üks populaarsematest infotehnoloogia vahenditest on internet, mille populaarsus maailmas aina kasvab. Internet on ka tänapäeva Eestis üsna levinud ja lihtsasti kättesaadav nii kodus, tööl kui ka liikvel olles. 2018. aasta oktoobri seisuga on maailmas ligi 4,2 miljardit internetikasutajat, mis on eelmise aasta sama perioodiga võrreldes kasvanud ligi 7%. Rohkem kui 5,1 miljardit inimest kasutab tänapäeval mobiiltelefoni ning kõige enam kasutatakse nutitelefone.¹ Internetis võib leida väga kiiresti ja väga palju informatsiooni. Kui vanasti oli vaja minna raamatukokku, otsida raamatut, ajakirja või muud allikat, siis nüüd piisab sellest, et lülitad sisse arvuti või muu seadme, mis on ühendatud internetiga, ning otsid sealt vajaliku teavet. Vaieldamatult elame me tänapäeval ühiskonnas, kus valitseb infotehnoloogia, mille esmane eesmärk on mugavamate tingimuste loomine inimese elus, teha lihtsamaks selle, mis varem oli raskendatud.

Internetti võib tänapäeval pidada üsna arvestatavaks turunduse- ja kaubanduse võrgustikuks.. Kui veel 20 aastat tagasi tegid inimesed oma ostud poodides kohapeal, siis tänapäeval on võimalik oste mugavalt sooritada ka kodust lahkumata.² Viimaste aastakümnete e-kaubanduse areng on olnud märgatav. Eurostati³ andmetel suureneb Euroopa Liidus järjest kaupade ja teenuste tellimine veebipoodides, näiteks on interneti teel tellimuste esitanud üksikisikute osakaal viimase aasta jooksul suurenenud 2009. aasta 28%-lt 2018. aastaks 50%-ni. Eesti siseriikliku e-kommertsituuri kasv 2018. aastal on olnud ligi 40%.⁴ Tänapäevaks on inimesed e-kaubanduse omaks võtnud ning see trügib üha enam traditsioonilise jaekaubanduse kõrvale. E-kaubandus on tõsiseltvõetav äri ning on

¹ Search Engine Market Share Estonia august 2017 – august 2018. Arvutivõrgus: <http://gs.statcounter.com/search-engine-market-share/all/estonia#monthly-201708-201808>

² E-kaubanduse kasutamine on tõusuteel. Statistikaamet 19.01.2017. Arvutivõrgus: <https://blog.stat.ee/2017/01/19/e-kaubanduse-kasutamine-on-tousuteel/?highlight=e-kaubandus>

³ Individuals having ordered/bought goods or services for private use over the internet in the last three months. 27.12.2018. Arvutivõrgus: <https://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&plugin=1&language=en&pcode=tin00067>

⁴ E-kommerts Eestis kasvab vähemalt 30% aastas. 21.11.2018. Arvutivõrgus: <https://e-kaubanduseliit.ee/e-kommerts-eestis-kasvab-vahemalt-30-aastas/>

üks võimalustest kaubandusettevõtte jaoks oma tööpõldu laiendada.⁵ Sellest lähtuvalt on ettevõtteid üha rohkem panustanud sellesse, et olla nähtavad ka interneti avarustes ning pakkuda ka seal oma kaupu või teenuseid. Kuid ka turunduses on viimasel ajal toimunud muutused ning tähtsal kohal on selles e-turundus ehk internetiturundus. Internetiturundus on oma sõsarharudest (telereklaam, raadioreklaam, trükimeedia) rakendamise osas kõige kiirem, täpsem ja mõõdetavam.⁶ Internetiturunduse peamine eesmärk on sihtgrupi toomine enda veebilehele ning seejärel veebilehe külastajate mõjutamine endale soovitud suunas.⁷

Iga päevaga suureneb e-poodide arv ja konkurents klientide püüdmises, oma e-poele tähelepanu saamises ning olemasolevate klientide hoidmises. Edukas e-kaubandus eeldab turundajatelt uut tüüpi kompetentse. Interneti võrgus on miljardeid veebilehti ja sadu miljoneid kasutajaid. Kasutajad soovivad saada otsitavat informatsiooni, veebilehtede omanikud aga korjata klientidelt ära raha, mida ta on nõus toote või teenuse eest tasuma. Otsingumootorid on kahe võimsa voolu kohtumiseks efektiivne abivahend.⁸ Kuigi täpse veebilehe aadressi sisestamine jääb samuti üheks võimaluseks internetis informatsiooni hankimiseks – aga selleks tuleb täpset aadressi teada –, on siiski otsingumootorid üsna populaarsed. Internetis on miljoneid veebilehti ning otsingumootorid aitavad korrastada seda kaost ja süstematiseerida informatsiooni. Otsingumootorid on mõeldud laiaulatuslikuks otsinguks veebis ning nende eesmärk on leida ja kuvada kasutajale tema ootustele vastavat tulemust.⁹

Uuringud on näidanud, et vähem kui pooled sajast inimesest, kes on läbi vaadanud esimese kuvatud tulemustega lehe, teise leheni ei jõua. Kolmandale lehele tulemusi vaatama jõuab vaid alla viie inimese sajast.¹⁰ Ettevõtjatele on see selge orientiir tegutsemiseks: need kes tahavad olla edukad e-kaubanduses, peavad olema võimalikult nähtavad kasutajale, ehk siis otsingumootori tulemuse kuvamisel kasutajale peavad nad olema võimalikult eespool. Mõnele ettevõtjale tundub vahel, et

⁵ R.Eelma. Mis toimub Eesti e-kaubanduses aastal 2016? Arvutivõrgus: <http://www.kaubandus.ee/uudised/2015/11/25/mida-toimub-estis-e-kaubanduses-aastal-2016>

⁶ R.L.Adams. What is online marketing? Forbes, 27.04.2018 Arvutivõrgus: <https://www.forbes.com/sites/robertadams/2017/04/27/what-is-online-marketing-the-definitiveguide-to-internet-visibility/#12bdcdc1377f>

⁷ A.Vihalem. Turundusuuringu alused. Tallinn: Külim 2001, lk 4

⁸ I.Ashmanov, A.Ivanov. Optimizazija i prodvizenije saitov v poiskovõh sistemah. Piter 2011, lk 49

⁹ Otsingumootorid. Arvutivõrgus:

<https://dSPACE.ut.ee/bitstream/handle/10062/17610/otsingumootorid.html>

¹⁰ I.Ashmanov, lk k 51

konkurendil läheb hästi, aga ta ei tee selle edu saavutamiseks mingeid pingutusi. Lehtedes ei ilmu tema suuri reklaame, maanteeservas ei ole tema plakateid, kuid vaatamata sellele on ta edukas. Tihtipeale aga peitub edu saladus kaasaegsete internetiturunduse meetmete kasutusele võtmises. Edukad ettevõtted on enda jaoks selgeks teinud, et sellest, kui nähtavad, kergesti leitavad ja millisel positsioonil nemad asetsevad otsingumootorite tulemuste kuvamisel sõltub olulisel määral nende äri tulemuslikkus.¹¹

Selle eesmärgi saavutamiseks on olemas kaks kõige levinumad tehnikat. Üks selline tehnika, mis on kasutajate seas kõige tuntum, on otsingumootorite poolt pakutav tasuline viitamisteenus, mida nimetatakse SEM (inglise *search engine marketing*, lühend SEM) ehk otsingumootori turundus. Selle abil on võimalik kõikidel huvitatud isikutel, nii suurtel kui väikestel ettevõtetel konkureerida samadel alustel ja seda kogu maailmas, sest reeglid on kõikidele samad ja internet ei tunne piire. Märksõna-põhine ülesehitus võimaldab sihtida täpselt kliente huvitavaid otsinguid, mille on teinud tootest huvitunud inimesed ning maksta tuleb vaid reaalseste klikkide ehk külastajate eest. Alustamiseks pole vaja suuri investeeringuid ega teadmisi turundusest, sest esimese kampaania võib luua kõigest 10 euroga, mida saab arendada edasi kogemuste ja teadmiste kasvades.¹² Teiseks kasutatavaks võtteks oma veebilehe otsingumootorite tulemuste kuvamisel võimalikult hea positsiooni saavutamiseks on tehnika, mida nimetatakse veebilehe otsingumootoritele optimeerimiseks (edaspidi veebiotsingu optimeerimine). (inglise *search engine optimization*, lühend SEO). SEO tehnika kujutab endast toimingute kogumit, millega saavutatakse otsingumootori tulemuste kuvamisel võimalikult hea positsioon ja jõutakse võimalikult lähedale potentsiaalsetele klientidele. Igal otsingumootoril on oma algoritm, kuidas ta indekseerib ja töötleb internetis asuvat informatsiooni ning mille alusel koostab otsingutulemuste kuvamise järjekorra. Otsingumootorid muudavad oma algoritme üsna tihti, vastasel juhul oleks võimalik oma kehva sisuga lehte heale positsioonile viia. Üldjuhul kasutavad erinevad otsingumootorid mõnevõrra

¹¹ P.Ghauri, K.Gronhaug. Äriuringute meetodid. Praktilisi näpunäiteid. Tallinn: Külim 2002, lk 3

¹² AdWordsi põhitõed kuidas korraldada edukat kampaaniat? Arvutivõrus: <http://failid.seire.ee/wsi/2-Adwordsi-pohitoad-kuidas-korraldada-edukat-kampaaniat.pdf>

erinevaid algoritme, aga samas on teada terve hulk elemente, mille peale otsingumootorite optimeerimine (SEO) on üles ehitatud ja mille peale võib üsna kindel olla.¹³

Igale otsingule väljastab otsingumootor sisuliselt kahed erinevad otsingu tulemused - ühed, mida peetakse erapooletult kõige tähtsamateks on orgaanilised otsingutulemused ning teised mida turundajad tahavad otsingu sooritajale näidata on makstud otsingutulemused. Orgaaniliste otsingute tulemused paneb paika otsingumootori algoritm, mille järjestust ükski veebilehe omanik lihtsalt muuta ei saa. Orgaanilisi otsingutulemusi saab mingil määral mõjutada kasutades SEO tehnikat. SEM-i kasutamisel on kuvatavad makstud otsingutulemused. Oma olemuselt on need tulemused reklaam, mis vastab kasutajate poolt otsitud märksõnale, mille puhul kehtib põhimõte, kes rohkem maksab, selle reklaami näidatakse esimesena. Erinevus SEM ja SEO vahel seisneb selles, et otsingutulemuste kajastamisel on SEM abiga turundatud veebilehel üleval pool või kõrval, on nähtavalt eraldatud teistest tulemustest ja nende veebilehtede tulemuste ees on kirjutatud sõna reklaam vastava riigi või kasutaja keeles.

Kaubamärk on oma olemuselt kauba või teenuse tähis ja see võib olla sõna, väljend, kujutis, tähe- ja numbriühend või nende kombinatsioon. Otsingumootorist informatsiooni hankimiseks sisestatakse tavaliselt otsimiseks märksõnu, sõnaühendeid või lauseid. Nii SEM kui ka SEO töötamise põhimõte on seotud märksõnadega. Seega mõlema puhul kasutatavad märksõnad võivad olla ka kaubamärgid. See aga on tekitanud probleeme kaubamärgiõiguses. Praktikas on üsna tavaline arusaam, et kaubamärgiomanikule kuulub ainuõigus kaubamärgi kasutamiseks ning teised isikud ilma tema loata ei saa seda kasutada, üldjuhul võivad kasutada üksnes kaubamärgiomaniku nõusoleku alusel. Selleks, et kaubamärgiomanikul tekiks KaMS-is ette nähtud kaubamärgiomaniku ainuõigused, tuleb kaubamärk registrisse kanda. Ilma registreerimata saavad kaitse üksnes üldtuntud kaubamärgid.¹⁴ Registreeritud kaubamärgi omanikul on ainuõigus keelata kolmandaid isikuid, kellel puudub tema nõusolek, kasutamast kaubanduses kaubamärgiga identset või sarnast tähist kaupade või teenuste puhul, mis on identsed või sarnased nendega, mille jaoks antud kaubamärk on registreeritud, kui selline kasutamine põhjustaks tõenäoliselt segiajamise.¹⁵

¹³Otsingumootoritele optimeerimine (SEO) - põhjalik selgitus. 15.08.2017 Arvutivõrgus: <https://veebikoda.com/otsingumootoritele-optimeerimine/>

¹⁴T.Seinberg, E.Vasamäe. Kaubamärgi kaitse praktilisi aspekte. 17.02.2015 Arvutivõrgus: <https://www.raamatupidaja.ee/uudised/2015/02/17/kaubamargi-kaitse-praktilisi-aspekte>

¹⁵EKo C-328/06, *Alfredo Nieto Nuño jt* p 5

Käesolevas töös uurisin kaubamärgiõiguse rikkumiste probleeme veebilehtede otsingumootorile optimeerimisel. Võimalikud probleemid võivad tekkida siis, kui keegi kolmas isik kasutab kaubamärgiga identset või sarnast tähist oma internetiturunduses ilma kaubamärgiomaniku loata. Käesoleva töö eesmärgiks on analüüsida, kuivõrd KaMS-is sätestatud autoritele õiguskatsevahendite regulatsioon kaitseb kaubamärgi omaniku õigusi kaubamärgiga identse või sarnase tähise märksõnana kasutamisel kolmandate isikute poolt veebiotsingu optimeerimisel. Töö uurimisküsimus on järgmine: milliste asjaolude esinemisel on võimalik kvalifitseerida kaubamärgiomaniku ainuõiguse rikkumine, juhul kui kolmas isik kasutab kaubamärgiga identset või sarnast tähist märksõnana veebiotsingu optimeerimisel eesmärgiga parandada otsingutulemuste kuvamisel oma veebilehe positsiooni? Töö hüpotees on järgmine: kolmas isik võib kasutada kaubamärgiga identset või sarnast tähist märksõnana oma veebiotsingu optimeerimisel optimeerimisel eesmärgiga parandada otsingutulemuste kuvamisel selle positsiooni otsingu tulemustes ilma, et oleks rikutud kaubamärgiomaniku ainuõigust. Kuna lõputöö maht on piiratud, uurin oma lõputöö raames ainult neid küsimusi, mis on seotud Eestis registreeritud kaubamärkidega ja üldtuntud registreerimata kaubamärkidega.

Magistritöö on jaotatud kolmeks peatükiks. Esimese peatükis annan kõigepealt lühiülevaate kaubamärgi olemuse ja kaubamärgi funktsioonide üle. Samuti käsitlen kaubamärgiomaniku ainuõigust Eesti õigusruumis ning annan ülevaate kaubamärgiomaniku ainuõiguse õigusallikatest. Teises peatükis annan lühiülevaate internetiturunduse võtetest, otsingumootorite tööpõhimõtetest ning selgitab veebiotsingu optimeerimise võimalusi, mis võivad olla aluseks kaubamärgiomaniku ainuõiguse rikkumiseks.

Magistritöö kolmas peatükk käsitleb kaubamärgi kasutamist veebiotsingu optimeerimisel. Selles peatükis analüüsin kohtupraktikat ning kohtu varasemaid seisukohti kaubamärgi kasutamisel otsingumootorites. Kuna otseselt veebiotsingu optimeerimisel kaubamärgi kasutamise kohta puudub kohtupraktika, võrdlen kohtu seisukohti kaubamärgi kasutamisel tasulisel viitamisteenusel, mille kohta leidub Euroopa Kohtu praktikat. Selle pinnalt analüüsin kaubamärgi ainuõiguse rikkumise kvalifitseerimiseks vajalike eelduste täitmist ja nende tõlgendamist. Samuti analüüsitakse kaubamärgi põhifunktsioonide võimaliku rikkumist. Lisaks sellele uurin kaubamärgi veebiotsingu optimeerimisel kasutamise kahjustavat mõju kaubamärgi funktsioonidele. Lõpuks

analüüsin kaubamärgiga identse või sarnase tähise kasutamist veebiotsingu optimeerimisel konkurentsiseaduse, reklaamiseaduse ja tarbijakaitseseaduse kontekstis.

Käesolevat tööd iseloomustavad enim järgnevad märksõnad: intellektuaalne omand, kaubamärk, otsingumootor.

Sellise olukorraga olen ka ise kokku puutunud. Registreeritud kaubamärgi sisestamisel otsingumootoris otsingusõnana, kuvas otsingumootor lingid konkurendi veebilehele. Kusjuures registreeritud kaubamärgiga seotud link veebilehele oli konkurentide veebilehe linkidest tulemustes allpool. Konkurentide veebilehe metakoodide lähemal uurimisel selgus, et need sisaldasid kaubamärgiomaniku kaubamärgiga sarnast tähist ilma, et kaubamärgiomanik oleks selleks oma loa andnud.

1. Kaubamärk ja kaubamärgiomaniku ainuõigus Eesti õiguses

1.1. Kaubamärk ja kaubamärgi funktsioonid

Kaubamärgiõigust Eestis reguleerib kaubamärgiseadus (KaMS),¹⁷ mille väljatöötamise aluseks oli Euroopa Ühenduse 21. detsembril 1988. a. esimese nõukogu direktiivi 89/104/EMÜ kaubamärke käsitlevate liikmesriikide õigusaktide ühtlustamise kohta (direktiiv 89/104/EMÜ).¹⁹ Hiljem oli direktiiv kodifitseeritud Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 22. oktoobri 2008. a direktiiviga 2008/95/EÜ kaubamärke käsitlevate liikmesriikide õigusaktide ühtlustamise kohta (direktiiv 2008/95/EÜ).²¹ Direktiiv 2008/95 on tunnistatud alates 15. jaanuarist 2019 kehtetuks Euroopa Parlamendi ja nõukogu 16. detsembri 2015. aasta direktiiviga 2015/2436 kaubamärke käsitlevate liikmesriikide õigusaktide ühtlustamise kohta, mis jõustus 12. jaanuaril 2016. 16.12.2015 vastuvõetud Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiviga 2015/2436 (direktiiv 2015/2436)²³ kaubamärke käsitlevate liikmesriikide õigusaktide ühtlustamise kohta on pikkajaline Euroopa Kohtupraktika sisse toodud ka direktiivi endasse.

Esimene kaubamärgiseadus võeti Eestis vastu juba 1992. aastal, mis tähendab, et selle eriseaduse rakendamise praktika on üsna pikaajaline. Meie kaubamärgiõiguse areng on olnud tihedalt seotud Euroopa Liiduga ühinemisega ning sellega kaasneva kaubamärgiõiguse ühtlustamisega.²⁴ Kuna Eesti Vabariik on Euroopa Liidu liige, tuleb kaubamärgivaidluse lahendamisel ja siseriikliku õiguse tõlgendamisel ning kohaldamisel arvestada ka Euroopa Liidu tööstusomandi kaitset reguleerivate normidega, mida on oma otsuses kinnitanud ka Riigikohus.²⁶

¹⁷ Kaubamärgiseadus. – RT I 28.12.2011, 4

¹⁹ Euroopa Ühenduse Nõukogu 21.12.1988. a direktiiv 89/104/EMÜ kaubamärke käsitlevate liikmesriikide õigusaktide ühtlustamise kohta. Arvutivõrgus: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31989L0104>

²¹ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 22.10.2008. a direktiiv 2008/95/EÜ kaubamärke käsitlevate liikmesriikide õigusaktide ühtlustamise kohta (kodifitseeritud versioon). Arvutivõrgus: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/?uri=CELEX%3A32015L2436>

²³ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 16.12.2015. a direktiiv 2015/2436 kaubamärke käsitlevate liikmesriikide õigusaktide ühtlustamise kohta (uuesti sõnastatud) Arvutivõrgus: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L2436&from=EN>

²⁴ A. Sehver. Tööstusomandi kodifitseerimine. Kaubamärgiõigus. Juridica 7/2012.

²⁶ 3-2-1-4-06 *Gulf*, p 6

Kaubamärgi legaalseaduse definitsioon on sätestatud KaMS-i §-s 3, mille kohaselt on kaubamärk tähis, millega on võimalik eristada ühe isiku kaupa või teenust teise isiku samaliigilisest kaubast või teenusest. Laiemalt defineerib kaubamärgi olemust direktiiv 2015/2436 artikkel 3, mille alusel võivad kaubamärgi moodustada mis tahes tähised, eelkõige sõnad, sealhulgas isikunimed, või kujutised, tähed, numbrid, värvid, kaupade või nende pakendi kuju, või helid, kui: a) selliste tähiste põhjal on võimalik eristada ühe ettevõtja kaupu või teenuseid teiste ettevõtjate omadest ning b) selliseid tähiseid on võimalik registris esitada viisil, mis võimaldab pädevatel asutustel ja üldsusel teha kindlaks tähiste omanikule tagatud õiguskaitse selge ja täpse sisu. Ka Euroopa kohus on 2002. aastal *Ralf Sieckmann v Deutsches Patent- und Markenamt* kohtuasjas²⁷ selgitanud, et kaubamärgi võivad moodustada mis tahes tähised, mida on võimalik graafiliselt esitada, eelkõige nimed, sealhulgas isikunimed, kujutised, tähed, numbrid või kaupade või nende pakendi kuju, kui selliste tähiste põhjal on võimalik eristada ühe ettevõtja kaupu või teenuseid teiste ettevõtjate omadest. Eelpool toodud võib järeldada, et kaubamärgina käsitletavat ja registreeritavat on ka sõnamärgid, mis omakorda võivad koosneda sõnade, tehissõnade, loosungite samuti tähtede ja numbrite kombinatsioonide. Järelikult, veebiotsingu optimeerimise märksõnadeks võivad olla ka kaubamärgid: tähised, sõnad, sümbolid, sõnade kombinatsioonid jne.

Kaubamärgi funktsioone võib liigitada mitmeti, kuid kaubamärgi peamiste funktsioonide osas on autorid valdavalt üksmeelel. Eesti õigusteadlase H. Koitel liigituse järgi on tähtsamateks funktsioonideks kaubamärgi eristusvõime ehk eristusfunktsioon, reklaamifunktsioon ja kaitsefunktsioon. Kirjanduses on lisaks nendele räägitud ka päritolufunktsioonist ja kvaliteedifunktsioonist.²⁹ T.Jehoram ja kaasautorite³⁰ liigituse järgi on põhilised funktsioonid päritolufunktsioon ehk identifitseerimise funktsioon, reklaami-, kvaliteeditagamise funktsioon ja on välja toonud neljanda funktsioonina kaubamärgi puhul firmaväärtuse või investeerimisfunktsiooni. D. Bainbridge liigitab kaubamärgi erinevad funktsioonid kahte kategooriasse. Esiteks, on ettevõtja seisukohalt kaubamärgi tähtsaimaks funktsiooniks kaitsta ettevõtte reputatsiooni ja mainet ja teiseks samuti tähtsaks funktsiooniks on eesmärk vältida tarbijate eksitusse sattumist.³¹

²⁷ C-273/00 *Ralf Sieckmann v Deutsches Patent- und Markenamt*, p.25

²⁹ K.Kurisoo, V.Kaur, P.AT. Intellektuaalne omand. Tallinn: Äripäev 2009, lk 67.

³⁰ T.C.Jehoram, C.Nipsen, T.Huydecoper. European trademark Law. Walter Kluwer 2010, lk 12

³¹ D.I. Bainbridge. Intellectual Property. 8th Edition.London: Longman Group, lk 657.

Kõiki teooriaid ja õigusteadlaste seisukohti arvestades on minu arvates kaubamärgi kõige põhilised funktsioonid päritolu- ehk eristamisfunktsioon, reklaamifunktsioon ja investeerimisefunktsioon. Päritolu- ja eristamisfunktsiooni alamkategoriateks on kvaliteedi tagamise funktsioon ja kaitsefunktsioon.

Esmaseks ja kõige olulisemaks funktsiooniks peavad kõik autorid kaubamärgi päritolu- ehk eristamisfunktsiooni. Kusjuures mõned autorid liigitavad päritolu ja eristamise erinevateks funktsioonideks. Teised leiavad, et need on kombineeritult üks ja sama kaubamärgi põhifunktsioon. Päritolu- ja eristamisfunktsiooni aspektid sisalduvad ka kaubamärgi definitsioonis vastavalt KaMS §-is 3, mille järgi on seel funktsiooni eesmärk anda tarbijale edasi informatsioon selle kohta, mis kaubaga on tegemist ja kes on tootja. Eelnevaga seondub kvaliteedifunktsioon, mis tähendab sisuliselt seda, et kaubamärgi kaudu tekib tarbijal kaupade või teenuste osas teatud kvaliteediootus. Olles korra mingit kaupa või teenust juba tarbinud, tekib isikul teatava ootus sama kaubamärki kandva muu toote kvaliteedi suhtes.³² Tarbija jaoks on kaubamärk sümbol, mis aitab eristada neid kaupu ja teenuseid, millega on varasemalt rahule jäänud, ning jätta kõrvale need, mis rahulolu pakkunud pole.³³ Ka Euroopa Kohtu praktikas, nt kohtuasjas *Libertel Groep BV vs. Benelux-Merkenbureau*,³⁴ on peetud kaubamärgi põhifunktsiooniks tarbijale või lõppostjale märgiga tähistatud kauba või teenuse päritoluidentiteedi garanteerimist, et võimaldada eristada kaupa või teenust teistest kaupadest või teenustest ilma, et tekiks äravahetamisohu. Kaitsefunktsioon on tihedalt seotud päritolu- ehk eristamisfunktsiooniga. Kaupade ülekülluse ja terava konkuretsi tingimustes mängib kaubamärk olulist rolli, luues õigusliku kaitsemehhanismi selle märgiga markeeritud kaupade kaitseks.³⁵ Kõigele sellele võib lisada, et kaubamärk aitab tarbijal kaupa meelde jätta ning annab infot markeeritava kauba kohta, aitab stimuleerida tarbija ostusoovi jne.³⁶ Kohtupraktikas kasutatakse terminit *kaubamärgi ülesanne*, mis on antud juhul minu seisukohalt sama, mis kaubamärgi funktsioon ja antud töös kasutatakse neid sünonüümidenä.

³² K.Kurissoo, V.Kaur, P.Ant, lk 67

³³ J.McCarthy. McCarthy on Trademarks and Unfair Competition. 4th Edition. Volume 1. Minnesota: West Group 1996, lk 2-5.

³⁴ C-104/01, *Libertel Groep BV vs. Benelux-Merkenbureau* lk. 6-7,

³⁵ H. Koitel. Kaubamärk ja kõlvatu konkurents. Tallinn 1997, lk 11

³⁶ sama, lk 11-12.

Teine, mitte vähem tähtsam kaubamärgi funktsioon on reklaamifunktsioon, mis on väga tihedalt seotud kaubamärgi eristusfunktsiooniga. Sisuliselt on edev kaubamärk juba ise kui reklaam kaubale või teenusele, millele on see kantud.³⁸ Kuivõrd kaubamärk eristab kaupa kaupa ning hõlbustab selle meeldejäämist, seostab kaupa teatud kvaliteediga jne, siis on kaubamärk üks olulisemaid reklaami- ja turunduse komponente ning tihti on just kaubamärk see, mille alusel teeb tarbja oma ostuotsuse.³⁹ Kuna äritegevust iseloomustab pakutavate kaupade ja teenuste paljusus, võib kaubamärgiomaniku huvides olla kaubamärgiga mitte ainult oma kaupade või teenuste päritolule osutada, vaid ka oma kaubamärki reklaami otstarbel selleks kasutada, et tarbijat teavitada ja veenda.

Kuigi kaubamärgi nimetatud investeeringutega seotud ülesande puhul võib esineda osaline kattumine reklaamiga seotud ülesandega, on siiski tegemist viimati nimetatust erineva ülesandega. Kaubamärgi investeerimisfunktsioon on väga lähedane reklaamifunktsioonile ning võib esineda osaline kattumine reklaamiga seotud ülesandega, kuid siiski on tegemist reklaamifunktsioonist erineva funktsiooniga. Kaubamärgi kasutamine maine saavutamiseks või säilitamiseks ei toimu nimelt üksnes reklaami kaudu, vaid samuti mitmesuguste kaubandustavade kaudu.⁴¹ Minu arvates võib investeerimisfunktsiooni pidada kaubamärgi selliseks funktsiooniks, mis on autori T.Kivi-Koskineni poolt peetud maineväärtuse funktsiooniks. Tema käsitluse järgi tekib kaubamärgil iseseisev majanduslik väärtus, kui kaubamärk on olnud kaua aega turul või kui see on muul viisil saanud oma sihtrühmas tuntuks. Tuntuse suurenedes kasvab kaubamärgi tähtsus turustamisel ja sedakaudu tõuseb kaubamärgi väärtus.⁴²

1.2. Kaubamärgiomaniku ainuõigus Eesti õiguses

Kõikide nende funktsioonide täitmiseks on oluline, et kasutatav tähis on seaduse tähenduses õiguskaitset omav kaubamärk. Õiguskaitset omav kaubamärk annab omanikule teatud ainuõigused. Kaubamärgi õiguskaitse taotlemise eesmärk ja mõte seisneb selles, et niisama kasutatavast tähisest

³⁸ EK, C-236/08 *Google*, p 91-92

³⁹ K.Kurisoo, V.Kaur, P.Ant., lk 68

⁴¹ EK, C-323/09 *Interflora* p 61

⁴² T.Kivi-Koskinen. Tööstusomandi õiguskaitse. Tallinn: Juura 2002, lk 17

erinevalt annab õiguskaitset omav kaubamärk selle omanikule teatud ainuõigused, muu hulgas õigusliku aluse keelata sama või sarnase tähise kasutamine teistel isikutel. Kaubamärgile õiguskaitse saamiseks on kaks võimalust. KaMS §-s 5 sätestatu kohaselt võib esiteks kaubamärgile õiguskaitse saavutada läbi registreerimise ning teiseks läbi kaubamärgi üldtuntuks tunnistamise. Kui kaubamärgi õiguskaitset taotletud või saadud ei ole, võib ettevõtja küll kasutada teatud tähist oma toodete markeerimiseks, ent tal puuduvad võimalused takistada teisi isikuid samasuguse tähise kasutamisel.⁴³

KaMS jaotab kaubamärkide õiguskaitse kriteeriumid kahte kategooriasse: absoluutsed ja suhtelised õiguskaitset välistavad asjaolud. Absoluutsed õiguskaitsest keeldumise alused, mida kokku on 12, on sätestatud KaMS-i §-s 9. Näiteks ei ole KaMS § 9 lg 1 p-i 2 kohaselt kaubamärgina registreeritav tähis, millel puudub eristusvõime. KaMS § 9 lg 1 p-st 3 tulenevalt ei ole kaubamärgina registreeritav ka tähis, mis koosneb üksnes kaupa või teenuseid kirjeldavatest tähistest või KaMS § 9 lg 1 p-i 6 kohaselt tähis, mis oma olemuselt võib tarbijat eksitada. KaMS §-i 9 kuuluvad absoluutsed õiguskaitset välistavad asjaolud on kehtestatud avalikes huvides ja põhimõtteliselt seonduvad eelkõige kaubamärgi endaga, st mitte teiste isikute tsiviilõigustega.

Kaubamärgi õiguskaitse saamiseks esimene ja praktikas kõige tavalisem on kaubamärgi registreerimine. Eesti kaubamärgiseadus näeb lisaks registreeritud kaubamärkidele ette ka üldtuntud registreerimata kaubamärkide kaitse. Nimelt sätestab KaMS § 5 lg 1, et Eestis antakse õiguskaitse üheltpoolt kauba- ja teenindusmärkide registrisse kantud kaubamärkidele, aga ka kaubamärgile, mis on Eestis üldtuntud tööstusomandi kaitse Pariisi konventsiooni artikli 6 bis tähenduses.⁴⁵ Arvestades aga kõike seda, aga ka samuti seda, et vaidlustes osalemine ning oma kaubamärgi üldtuntuse tõendamine tähendab olulist raha- ja ajakulu ning on alati seotud riskiga, et pädevad organid ei pea siiski kaubamärki üldtuntuks, ei ole soovitatav praktikas üldtuntud kaubamärgi kaitstusele lootma jääda. Kui tegemist on väljatöötatud ja hästi toimiva kaubamärgiga, siis kindlasti tasub ka registreerimismenetlus läbida ning selle arvel mitte kokku hoida. Seega võib teha järelduse, et õiguskaitse peab on registreeritud või üldtuntud registreerimata kaubamärgid.

Kaubamärgiomaniku ainuõigus on immateriaalne omandiõigus, mis on kaitstud tsiviil- ja karistusõiguslike vahenditega. Ainuõigust võib tõlgendada kui kaubamärgiomaniku õigust teha ise

⁴³ K.Kurissoo, V.Kaur, P.Ant., lk 67

⁴⁵ sama, lk 69

või anda teistele luba teha kasutada teisele isikule kuuluvat kaubamärki, mis ilma kaubamärgiomaniku loata kasutamisel kehtiva õiguskorra tähenduses loetakse õigusrikkumiseks. Kaubamärgi ainuõigus on õigus keelata kolmandatel isikutel õiguskaitset omava kaubamärgi kasutamist teatud tingimustel, mis on Eesti õiguses sätestatud KaMS § 14. Lisaks sellele on ainuõiguse piirangus sätestatud KaMS §-s 16.

Direktiivi 2015/2436 art 10 lg 1 alusel annab kaubamärgi registreerimine kaubamärgiomanikule märgi kasutamise ainuõiguse. Eestis on kaubamärgiomaniku ainuõigus sätestatud kaubamärgiseaduses. Eelkõige sätestab KaMS § 4 lg 1 kaubamärgi õiguskaitse, mis on kaubamärgile ainuõigust omava isiku õiguste tunnustamine ja kaitse õiguslike vahenditega. Lisaks sellele KaMS §-s 14 annab kaubamärgiomanikule ainuõiguse kaubamärgi kasutamise keelamiseks kolmandate isikute poolt äritegevuses kolmel juhul. Esiteks, on kaubamärgi omanikul vastavalt KaMS § 14 lg 1 p-i 1 kohaselt õigus keelata kolmandatel isikutel kasutada õiguskaitse saanud kaubamärgiga identseid tähiseid kaupade või teenuste puhul, mis on identsed kaupade või teenustega, mille suhtes on kaubamärk kaitstud. KaMS § 14 lg 1 p-i 2 säte kaitseb kaubamärgi omanikku ka konkurentide tegevuse eest. Selle säte kohaselt on kaubamärgi omanikul õigus keelata kolmandatel isikutel kasutada õiguskaitse saanud kaubamärgiga identseid või sarnaseid tähiseid kaupade või teenuste puhul, mis on identsed või samaliigilised kaupade või teenustega, mille suhtes on kaubamärk kaitstud, kui on tõenäoline tähise ja kaubamärgi äravahetamine tarbija poolt, sealhulgas tähise assotsieerumine õiguskaitse saanud kaubamärgiga. Ning kolmandaks, KaMS § 14 lg 1 p-is 3 kohaselt registreeritud kaubamärgiga või valdavale enamusele Eesti elanikkonnast tuntud õiguskaitse saanud kaubamärgiga identseid või sarnaseid tähiseid, millega tähistatakse teist liiki kaupu või teenuseid, kui tähisega võib ebaausalt ära kasutada või kahjustada kaubamärgi omandatud mainet või eristusvõimet.

Üsna sarnane õiguskaitse on lahti kirjutatud direktiivis 2015/2436 artikli 10 lg-s 2, mille kohaselt on registreeritud kaubamärgi omanikul õigus takistada kõiki kolmandaid isikuid kasutamast äritegevuse käigus ilma tema loata kaupade või teenustega seoses mis tahes tähist, kui: a) tähis on identne kaubamärgiga ja seda kasutatakse kaupade või teenuste puhul, mis on identsed nendega, mille suhtes kaubamärk on registreeritud; b) tähis on identne või sarnane kaubamärgiga ning seda kasutatakse kaupade või teenuste puhul, mis on identsed või sarnased selliste kaupade või teenustega, mille suhtes on kaubamärk registreeritud, kui nende äravahetamine üldsuse poolt on tõenäoline; äravahetamise tõenäosus hõlmab ka tõenäosust, et tähist seostatakse kaubamärgiga; c)

tähis on identne või sarnane kaubamärgiga, sõltumata sellest, kas seda kasutatakse seoses kaupade või teenustega, mis on identsed, sarnased või ei ole sarnased nende kaupade või teenustega, mille suhtes kõnealune kaubamärk on registreeritud, juhul kui kaubamärk on liikmesriigis üldtuntud ja juhul kui kõnealuse tähise põhjusega kasutamine tähendaks kaubamärgi eristusvõime või omandatud maine ebaausat ära kasutamist või kahjustamist.

Samas tuleb igal konkreetsel juhul hinnata kaubamärgi rikkumist vastava juhtumi asjaoludel. Lisaks sellele, et esineb mõni KaMS § 14 lg 1 pdes 1–3 sätestatud olukordadest, peavad olema täidetud rikkumise üldised eeldused. Eelkõige tuleneb KaMS § 14 lg-st 1, et kaubamärgiomaniku ainuõiguse rikkumiseks peab õiguskaitses saanud tähist olema kasutatud „äritegevuses“ ja „kaupade või teenuste puhul“.⁴⁷

Eeltoodust nähtub, et kaubamärgiomaniku ainuõiguse kaitset reguleerivad õigusnormid on üsna sarnased oma sisu poolest nii Eesti kui Euroopa Liidu tasandil, mis on ka põhjendatud, kuna Eestile kui Euroopa Liikmesriigile siseriiklikud õigusaktid peavad olema kooskõlas direktiiviga. Nii KaMS § 4 lg 1 kaubamärgi õiguskaitses on kaubamärgile ainuõigust omava isiku õiguste tunnustamine ja kaitse õiguslike vahenditega kui ka direktiivi 2015/2436 art 10 lg 1 kaubamärgi registreerimine annab kaubamärgiomanikule selle suhtes ainuõiguse. Samuti tuleneb Euroopa Kohtu praktikast, et ka kaubamärgiga identse tähise kasutamist identsete kaupade või teenuste puhul saab kaubamärgiomanik kolmandal isikul keelata üksnes juhul, kui selline kasutamine mõjutab või võib mõjutada kahjulikult kaubamärgi ülesannete täitmist ja eriti selle peamise ülesande täitmist ehk tarbijale kauba või teenuse päritolu tagamist.⁴⁸ Kuid isegi kui rikkumise eeldused on täidetud, tuleb arvestada KaMS §s 16 sätestatud ainuõiguse piirangutega.⁴⁹

Lisaks eelnevalt toodule tuleneb õiguskaitses omava kaubamärgi kaitse ka intellektuaalomandi õiguste kaubandusaspektide lepingust⁵⁰ (TRIPS) mille art 16 lg 1 kohaselt on registreeritud kaubamärgi omanikul ainuõigus takistada kolmandaid isikuid, kellel puudub tema nõusolek, kasutamast kaubanduses identseid või sarnaseid märke kaupade või teenuste puhul, mis on identsed

⁴⁷ EK, 2-16-6665, *Veskimöldre*, p. 14

⁴⁸ EK, C-206/01 *Arsenal*, p.51

⁴⁹ EK, 2-16-6665, *Veskimöldre* p. 14

⁵⁰ Intellektuaalomandi õiguste kaubandusaspektide leping (TRIPS). RT II 1999, 22, 123.

või sarnased nendega, mille jaoks antud kaubamärk on registreeritud, kui selline kasutamine põhjustaks tõenäoliselt segiajamise.

Kaubamärgi õiguskaitse puhul kehtib territoriaalsuse printsiip.⁵¹ Põhimõtteliselt kehtivad kaubamärgi registreerimised ainult sellel territooriumil, kus kaubamärk on registreeritud. Selle praktiline tagajärg on see, et erinevatel territooriumidel võib identsete kaubamärkide puhul kasutada identseid kaupu või teenuseid, ilma et see tooks kaasa kaubamärgi rikkumise ning see muutub üha problemaatilisemaks kaubanduse suureneva üleilmastumise tõttu.⁵²

Riigi poolt kaubamärgile antud õiguskaitse kehtib territooriumil, kus kaubamärk on registreeritud või kus sellele on muul moel õiguskaitse antud. Euroopa Kohtu otsuses C-9/93⁵³ on selgitatud, et territoriaalsuse printsiibi kohaselt kaubamärgi kaitse tingimused määrab kindlaks selle riigi õigus, kus kaubamärgi kaitset taotletakse. Veelgi enam, siseriikliku õigusega võib sätestada abinõud ainult kõnealuse riigi territooriumil toime pandud tegude suhtes. Kaubamärgi kehtivuse ja kaitse ulatuse saab määrata vaid selle riigi õigusega, kus kaubamärgiomanikule kuulub õigus keelata teistel kaubamärki kasutamast.⁵⁴

Järjest rohkem toimub kaubamärgi kasutamine internetis. Samuti näeb seadus ette kaubamärgiomanikule õiguse keelata õiguskaitse saanud kaubamärgiga identse või sarnase tähise kasutamist internetis. Territoriaalsuse printsiipi silmas pidades võib olla raskendatud õiguskaitse ulatuse tõendamine kaubamärgi internetis kasutamise puhul. Üldjuhul kehtivad igas riigis kas oma riigisiseseid kaubamärgid või riikide kokkuleppel ühised kaubamärgid. Euroopa Liidu liikmesriikides kehtivad paralleelselt nii liikmesriikide siseriiklikud kaubamärgid kui kogu Euroopa Liidu territooriumil kehtivad ühenduse kaubamärgid.

Siit võib järeldada, et nii KaMS-i § 14, direktiivi C2015/2436 art 5 kui ka TRIPS-i art 16 annavad kaubamärgiomanikule võimaluse teatud tingimustel keelata kolmandatel isikutel kaubamärgiga identse või sarnase tähise kasutamise. Lisaks, territoriaalsuse printsiibist lähtudes võib järeldada, et kaubamärgiga identse või sarnase tähise kasutamisega otsingumootoritele optimeerimise raames

⁵¹ TOAK 26.02.2010, 893/894-o, p. 56

⁵² T.C.Jehoram, lk 16

⁵³ EK, C-9/93 *IHT Internationale Heiztechnik jt*, p 22

⁵⁴ E.Gottschalk jt. *The Law Applicable to Intellectual Property Rights. Conflict of Laws in a Globalized World*. New York: Cambridge University Press 2007, lk 187.

toime pandud kaubamärgi õigusrikkumise hindamisel tuleb lähtuda Eesti õigusaktidest, eelkõige KaMS sätetest. Lisaks kaubamärgiseaduses sätestatule võivad kaubamärgiomaniku ainuõiguse suhtes kehtivad piirangud tulla ka ebaausa konkurentsi takistamise ja ärisaladuse kaitse seadusest (edaspidi EKTÄKS)⁵⁵, reklaamiseadusest (edaspidi RekS)⁵⁶, tarbijakaitse seadusest (edaspidi TKS)⁵⁷ ning muudest õigusaktidest, mida uurin käesoleva töö kolmandas peatükis.⁵⁸

2. Veebilehe otsingumootoritele optimeerimise olemus

2.1. Veebiotsingu optimeerimine turunduses

Internet oma tohutu kasutajaskonnaga annab ettevõtetele üle kogu maailma võimaluse teha äri lihtsamalt kui kunagi varem. Nii nagu igapäevases elus tuleb ka internetis äri tegemiseks kõigepealt silma paista ning inimesi oma toodetest ja teenustest teavitada. Kui igapäevaselt kutsutakse sellist tegevust turundamiseks, siis virtuaalmaailmas kutsutakse seda internetiturunduseks. Internetiturundus ehk e-turundus on ideede, väärtushinnangute, kaupade või teenuste turundus interneti kaudu. Selleks võidakse kasutada nii oma veebilehte kui ka muid kanaleid. Praeguses ühiskonnas on peaaegu möödapääsmatu turustada tooteid ja teenuseid (ka) veebikeskkonnas. Klientide leidmise kanalina on internetil kasvav roll. Kui esialgu otsiti veebiteenustele kliente traditsiooniliselt meediast (televisioon, raadio, ajakirjandus jne), siis nüüdseks on olukord muutunud vastupidiseks – pigem kasutatakse interneti võimalusi, et suurendada mittedigitaalsete kaupade müüki.

Internet pakub palju enam kui lihtsalt kliendikaubanduse suurendamine ja suhtlusvõimalusi. Tegelikult annab internet võimaluse turundusele minevate kulude märkimisväärset kokkuhoidmist. Uuringud näitavad, et internetiturundus võib maksta kuni 65 protsenti vähem kui traditsiooniline otseturundus. Internet on paindlik ning võimaldab teostada turunduse tulemisi reaalsajas – saada tagasisidet klientidelt, jälgida veebilehe külastatavust, suhelda otse klientidega jne.

⁵⁵ Ebaausa konkurentsi takistamise ja ärisaladuse kaitse seadus. - RT I, 07.12.2018, 2

⁵⁶ Reklaamiseadus. - RT I, 12.12.2018, 61

⁵⁷ Tarbijakaitse seadus. - RT I, 19.03.2019, 61

⁵⁸ Kurisoo, K. lk 107.

Klienditeeninduse protsesside migreerimine veebi uute veebipõhiste klientidega suhtlemise kanalite kaudu on veel üks viis internetist kulude kokkuhoiuks ning äritulu suurendamiseks.⁵⁹

Internetiturundus on muutumas üha rohkem olulisemaks ettevõtluse ja turuosa laienemisel ning on olnud kogu aeg kiirete muutuste tuules. Internetiturundus on üheks toetavaks kanaliks ettevõtte ärieesmärkide täitmiseks. E-turunduse võtete kasutamine on vajalik müügi kasvatamisel ning turu laiendamisel. Interneti abil saab tooteid ja teenuseid pakkuda klientidele, keda ei saa teeninda puuduliku infrastruktuuri tõttu, samuti võimaldavad virtuaalsed poed suuremat tootevalikut ning madalamaid hindu kui füüsilised poed. Levinuimad internetiturundusmeetodid on veebiotsingu optimeerimine, klikipõhise hinnaga tekstireklaamid ja sotsiaalmeedia kampaaniad.⁶¹ Otsingumootori turundus (inglise *search engine marketing*, lühend SEM) on veebisaitide paremaks muutev internetiturunduse vorm, mis suurendab veebilehtede nähtavust otsingumootorite tulemuste lehekülgedel. SEM-i saabki jagada kahte kategooriasse: otsingumootorile optimeerimine (inglise *search engine optimization*, lühend SEO) ja otsingumootori reklaamid (inglise *search engine advertising*, lühend SEA). SEM, seal hulgas nii SEO kui ka SEA, peaksid käesoleval internetiajastul mängima olulist rolli ettevõtte turundustegevuses. SEO eeliseks on väiksem ajakulu, kuna kodulehe optimeerimise puhul on tegemist ühekordse protsessiga, mis hiljem ei nõua pidevat jälgimist. Seevastu SEA oma paindlikkuse tõttu nõuab pidevat jälgimist. Kõikidel ettevõtetel on võimalik teiste reklaamide sekka ilmuda minutitega ning statistika analüüsimise abil järjest enda reklaamtekstide positsiooni parandada ja hoida. Seega peavad kõik ettevõtjad jälgima, et keegi nende asemel kõrgetele reklaamipositsioonidele ei tõuseks. SEO tegemine on rahaliselt vähem kulukas kui SEA, kuna viimase eest tuleb maksta pidevalt, aga esimese eest ainult ühe korra optimeerimise protsessi algul või lõpus. Ettevõtja, kes soovib rakendada SEM'i, peab leidma enda jaoks need õiged kriteeriumid, mille alusel ta valiku teeb.

Tasuline reklaam otsingumootorites on plahvatuslikult kasvanud alates sellest, kui Google tuli välja oma revolutsioonilise AdWords reklaamplatvormiga. 2000. aasta oktoobris käivitas Google AdWords reklaamiprogrammi, mis võimaldas kõikidel soovijatel avaldada enda tekstil põhinevaid reklaame otsingumootori tulemuste juures. Seejuures juurutati esmakordselt filosoofia, et otsingu

⁵⁹ B.Silverstein. Internet Marketing for Information Technology Companies. 2nd edition. Maximum Press 2001 lk 9

⁶¹ Internetiturundus. Arvutivõrgus: <https://et.wikipedia.org/wiki/Internetiturundus>

tulemused ja reklaamid on üksteisest rangelt visuaalselt eristatud.⁶³ Peale seda on oma otsingumootorites tasuliste tekstireklaami võimalustega välja tulnud ka teised suuremad otsingumootorid.

Turundajate ja müügiinimeeste vajaduse tõttu saada oma toodete veebilehele rohkem külastajaid kui konkurendid, on veebilehtede optimeerimisest otsingumootoritele viimasel kümnendil saanud arvestatav tööstusharu. Efektiiivsete meetodite kasutamisel on tulemus maksimaalne, kuid selleks tuleb lähtuda teatud aspektidest, et turustamine internetis edukalt toimiks. Neid aspekte nüüd vaatamegi.

SEO kasutamise eest erinevalt SEA-ga ei pea tasuma otsingumootoritele mingit tasu. SEA puhul peab veebilehe omanik maksma iga kliki eest, kui kasutaja suundub tema veebilehele mille ees on märgitud „reklaam“ vastava riigi keeles. Kusjuures paljud kasutajad ei vaata reklaami eesmärgil esimestel positsioonidel kuvavaid linke otsingumootori tulemuste kokkuvõttes (lingi ette kuvatakse sõna „reklaam“ vastavas keeles), vaid võtavad arvesse nende järgnevad lingid.⁶⁴ Veebilehe otsingumootoritele optimeerimise võtet kasutatakse eelkõige selleks, et tõsta veebilehte otsingutulemuste kuvamisel ettepoole.

Igale otsingule väljastab otsingumootor sisuliselt kaks erinevat otsingu tulemuste hulka. Esimesed on orgaanilised ehk loomulikud otsingu tulemused ning teised on makstud otsingu tulemused ehk need tulemused, mida turundajad tahavad otsingu sooritajale näidata. Orgaanilised otsingu tulemused on viited veebilehtedele, mille puhul otsingumootori salajane algoritm määrab nende tähtsuse ja olulisuse vastavalt kasutaja poolt otsitud sõnale või fraasile ning väljastab seejärel vasted, kõige olulisemad esimesena ning nende järjestust ükski lehekülje omanik lihtsalt muuta ei saa. Orgaanilised tulemused on täielikult tasulistest tulemustest eraldatud. Veebilehe omaniku jaoks on oluline olla otsingu tulemuste lehel kõrgel positsioonil, millega on garanteeritud otsingumootoris kasutajate suurem huvi pakutavale toodetele või teenustele.

Üks võimalik viis selleks on interneti otsingumootoriteenuse osutaja märksõnareklaam, mida on kutsutud ka otsingumootorite reklaamiks. Makstud otsingu tulemused on reklaam, mis vastab kasutajate poolt otsitud märksõnale. Nagu öeldud, on otsingumootoris Google makstud otsingu tulemused ülejäänud tulemustest selgelt eristatud. Samuti ei ole mitte mingil moodusel võimalik

⁶³ Google Inc. Corporate Information. Arvutivõrgus:
<http://www.google.com/intl/en/corporate/history.html>

⁶⁴ J.Mehhanov. Bazovyi kurs poiskovoi optimizazii. Fatum, S.-Peterburg 2008, lk 135

otsingumootorile maksta ja saada viidet enda veebilehele orgaanilistes otsingu tulemustes teistest ettepoole. Tasulised reklaamid annavad võimaluse saavutada head positsiooni ka siis, kui otsingumootori optimeerimise meetmed on ebaõnnestunud.

Lisaks SEM-le ja selle alamliikidele on lisandunud ja muutuvad üha populaarsemateks sellised turundusvõtted nagu SMO ja SMM. SMO ehk sotsiaalmeedia optimeerimine (inglise *social media optimization*) on toote, brändi või sündmuse teadlikkuse tõstmise protsess, kasutades mitmeid sotsiaalse meedia turustusvõimalusi ja kogukondi, et luua viiruslikku reklaami. SMO eesmärk on kasutada sotsiaalmeediat veebisaidi liikluse suurendamiseks. SMM (inglise *social media marketing*) on veebilehe edendamine sotsiaalvõrgustikes. Selleks avaldatakse uut ja huvitavat materjali sootsiaalvõrgustiku gruppides, ühendustes, foorumites läbi selle, et pidevalt suheldakse kasutajatega, reklaamides varjatult oma kaupa või teenust. Võimalik on audio- ja videomaterjalide kasutamine. Oma töös keskendun veebiotsingu optimeerimise turundusvõtte uurimisele ning analüüsib kaubamärgi kasutamist kolmandate isikute poolt õiguslikust kontekstist.

2.2. Otsingumootorite tööpõhimõtted

Internetis õige sihini jõudmiseks on võimalik sisestada otse õige veebilehe aadress või sisestada otsingumootoris otsitav märksõna või lause. Üha rohkem internetikasutajaid kasutab konkreetsele veebilehele jõudmiseks otsingumootorite abi selle asemel, et kasutada otsest veebiaadressi.⁶⁶

Otsingumootor on tarkvara, mis kasutab veebilehtede kohta teabe leidmiseks ja kogumiseks teatud algoritme.⁶⁷ Internetis on saadaval tuhandeid erinevaid otsingumootoreid, kõigil omad võimalused ja funktsioonid. Otsingumootorid roomavad veebiavarustes, otsides kindla veebilehe koostisosi (peamiselt teksti), et saada aimu selle sisust. See lühike selgitus pole kõige täpsem, sest nagu me järgmisena näeme, on otsingumootoritel palju erinevaid meetodeid otsitulemuste kohaletoimetamiseks – indekseerimine, töötlemine, osatähtsuse kalkuleering ja tulemuste

⁶⁶ B.Shih, C. Chen, Z.Chen. An Empirical Study of an Internet Marketing Strategy for Search Engine Optimization. *Human Factors and Ergonomics in Manufacturing & Service Industries*, 2013

⁶⁷ J.Ledford. SEO Search Engine Optimization Bible. 2nd edition. Wiley Publishing 2009, lk. 27

väljutamine. Indekseeritud lehekülj salvestatakse suurde andmebaasi, kust seda hiljem on võimalik kiirelt kätte saada. Sisuliselt on indekseerimisprotsess nende sõnade ja väljendite kindlaks tegemine, mis kõige paremini kindlat veebilehte kirjeldavad ja sellega seostavad. „Tagaküljel“ on otsingumootori tarkvara, mis kasutab veebilehete kohta teabe leidmiseks ja kogumiseks spetsiaalseid algoritme. „Esiküljel“ on tarkvaral kasutajaliides, kus kasutajad sisestavad konkreetse teabe leidmiseks otsingusõna – sõna, fraasi või lause. Kui kasutaja klõpsab otsingunupule, siis uurib algoritm back-end andmebaasis talletatud teavet ja otsib linke veebilehetele, mis näivad olevat vastanud kasutaja sisestatud otsingusõnale, fraasile või lausele.⁶⁸ Tüüpiline otsingumootorist sooritatud otsing annab vastusena viiteid mitmetele lehtedele, seega on otsingumootorite tulekuga tekkinud vajadus need lehed ka mingil moel süstematiseerida ja kasutajale kõige kasulikumal moel järjestada.

Tänu internetiturunduse kiirele arengule tekkis olukord, kus vastamisi on otsingumootorid oma algoritmidega ning inimesed, kes analüüsivad veebilehekülgi ja neile suunatud viiteid otsingumootorites - selleks, et õppida ja saavutada veebilehete puhul otsingumootorites võimalikult kõrgeid positsioone. Otsingumootorite algoritmid on salajased, kuna selgete juhiste olemasolul oleks kõigil võimalus saavutada otsingumootoris ükskõik millise fraasi otsimisel esimene tulemus. Avalikkusel puudub hetkel selge ülevaade, kuidas täpselt töötavad maailma populaarsemad otsingumootorid, kuid siiski on väga palju inimesi, kes üritavad neile hästi varjatud saladustele jälile saada. Selleks analüüsitakse otsingumootoris indekseeritud veebilehete ülesehitust ja nende paiknemist otsingumootori otsingu tulemuste seas. Juhul kui veebilehete omanikud saaksid suhteliselt vähese vaevaga teha nii, et mõnedade populaarsete otsingufraaside peale ilmuks otsingumootorite tulemustes kõige esimesena viide nende lehele, siis nad seda ka teeksid, sest saaksid sellest otsest rahalist kasu. Seega peavad otsingumootorid tagama, et nende tulemustega manipuleerimine ei muutuks liiga lihtsaks. Neile on oluline, et esimesena väljastataks otsitule kõige paremini vastavat informatsiooni.

Otsingumootorid katalogiseerivad internetti, et aidata otsingu tegijatel leida täpselt seda, mida nad otsivad. See teeb neist suurepäraseid turundustööriistad. Kuigi otsingumootorite täpne algoritm on

⁶⁸ Mis asi on täpsemalt otsingumootor? Arvutivõrgus: <https://veebihai.ee/mis-asi-tapsemalt-otsingumootor/>

salajane, on siiski teada, et kokkuvõttes koosneb kogu protsess neljast osast.⁶⁹ Esimeseks etapiks on veebis „roomamine“, seejärel toimub leitud lehtede indekseerimine ja sisu ja tähtsuse analüüsi tulemusel järjestamine ning lõpuks päringule sobiva vastuse esitamine. Allpool on selgitatud igat sammu põhjalikumalt.

Esimeseks etapiks on veebis „roomamine“ ehk crawling. Selles etapis läheb virtuaalne otsingurobot mingile internetis olevale leheküljele ja otsib üles kõik sellel lehel sisalduvad lingid. Need seosed ja lingid on sama olulised kui tekst, millega nad on seotud.⁷⁰ Need lehed leitakse veebiämbliku abil – see on automatiseeritud veebibrauser, mis järgib igat linki lehel. Seejärel analüüsitakse iga lehe sisu, misjärel otsustatakse, kuidas seda indekseerida.⁷¹ Kui internetti lisatakse mõni uus dokument ja sellele lingitakse juba teadaolevalt veebilehelt, siis leiab otsingumootor läbi roomamise ka uue dokumendi ning lisab selle otsingumootori indeksisse. Tänu roomamisele saab otsingumootor teada uute lehekülgede lisandumisest internetti. Kui lisatavat dokumenti ei lingita, jääb see otsingumootorile leidmatuks. Veebiroomamise muudavad keeruliseks peamiselt kaks elementi: suur maht ja uuenemise kiirus, kui iga päevaga lisatakse ja eemaldatakse tohutul hulgal veebilehti. Veebiroomajad on otsingumootorite tuumik, seega hoitakse nende algoritme ja täpset ehitust kõikide suuremate ettevõtete puhul ärisaladusena.

Peale seda, kui veebileht on läbi roomatud, on järgmine samm selle sisu indekseerimine, mis tähendab, et indekseeritud lehekülg salvestatakse suurde andmebaasi, kust seda hiljem on võimalik kiirelt kätte saada. Samuti lisatakse indeksisse märksõnade asukoht antud failis. Sisuliselt on indekseerimisprotsess nende sõnade ja väljendite kindlaks tegemine, mis kõige paremini kindlat veebilehte kirjeldavad ja tollega seostavad. Andmeid veebilehtede kohta hoitakse indeksi andmebaasides, et kasutada hilisemates päringutes, mis võib olla ka ühe sõna pikkune. Indeksi eesmärk on võimaldada info võimalikult kiiret leidmist.⁷² Inimese jaoks pole sellise massiivse infohulga läbitöötlemine võimalik, aga otsingumootorid saavad sellega üldjuhul piisavalt hästi hakkama. Selline tegutsemine võimaldab hiljem otsingu sooritamisel väga kiiresti, vaid murdosa sekundi jooksul, väljastada otsingu päringule vastusena kõik otsitavat märksõna sisaldavad

⁶⁹ M.Moran, M. Search engine marketing, Inc. Driving search traffic to your companies web site. Chicago: IBM Press 2009

⁷⁰ J.Ledford. lk. 54

⁷¹ Otsingumootor. Arvutivõrgus: <https://et.wikipedia.org/wiki/Otsingumootor>

⁷² sama

leheküljed.⁷³ Mõned aastat tagasi indekseerimine toimus kord kuus, tänapäeval teostavad seda otsingumootorid iga nädal. Sellise informatsiooni töötlemiseks, nagu uudised, hinnad, valuutakursid, mis muutuvad ajas väga kiiresti, kasutavad otsingumootorid spetsiaalset kiiret robotit, mis võib indekseerida tihti muutuvaid veebilehti ka mitu korda päevas.⁷⁴

Kui kasutaja sisestab otsingumootorisse päringu, siis mootor uurib oma indekseid ja tagastab nimekirja parima sobivusega veebilehtedest vastavalt oma sisule, tavaliselt lühikese kokkuvõttega dokumendi pealkirjast ja mõnikord lõiguga tekstist. Indeks ehitatakse üles informatsioonist, mis salvestatakse koos andmetega vastavalt info indekseerimismeetodile.⁷⁵ Kuna on tõenäoline, et rohkem kui üks veebileht sisaldab otsingusõna, siis algoritm kalkuleerib iga indekseeritud lehe osatähtsust seoses otsitava sõnaga. Seejärel toimub indekseeritud lehe osatähtsuse määramine, mil võetakse indekseeritud informatsioon ja analüüsitakse, millised märksõnale vastavad leheküljed on olulisemad kui teised. Selles etapis toimuv paneb paika otsingu tulemusena väljastatud viidete järjekorra. Kui internetis on sama aegselt miljon lehekülge, mille kõikide koodis sisaldub sõna „õigus“, siis tuleb kuidagi otsustada, milline õigusest rääkiv lehekülg on teistest olulisem ning tuleks väljastada esimesena. Otsingumootoritel on mitmeid algoritme, mis arvutavad osatähtsust. Igal sellisel algoritmil on palju erineva ja suhtelise osakaaluga tüüpfaktoreid, nagu märksõna tihedus, lingid või *metatagid*. Sisule tähtsuse andmise etapp on veebiotsingu optimeerimise puhul olulise tähtsusega. Siin toimuv määrab ära selle, kuidas teha nii, et veebilehed saaksid otsingumootori algoritmi silmis suurema väärtuse ja saavutaksid otsingu tulemuste seas võimalikult kõrge positsiooni.

Viimane samm otsingumootorite töös on päringu vastuste esitamine nimekirjana, mis võib koosneda viidetest veebilehtedele, piltidele, dokumentidele, videotele jt objektidele võrgus. Selleks võetakse kasutaja poolt sisestatud otsingusõna ja väljastatakse tulemusena indekseerimise ja sisule tähtsuse andmise protsessis sellele otsingusõnale vastavad viited. Põhimõtteliselt ei ole tegu millegi muuga, kui info kuvamisega kasutaja brauseriaknasse.

⁷³ Blachman, N How Google Works. http://www.googleguide.com/google_works.html

⁷⁴ Ashmanov, lk.69

⁷⁵ Otsingumootor. Arvutivõrgus: <https://et.wikipedia.org/wiki/Otsingumootor>

Eelneva kirjelduse põhjal on tõenäoliselt arusaadav, et kõige tähtsam etapp otsingumootori töös on veebilehe indekseerimine ja veebilehe sisalduvale informatsioonile tähtsuse omistamine.

Otsingumootorid muudavad oma algoritmi igal aasta mitu korda. Näiteks muudab otsingumootor Google oma otsingu algoritmi igal aastal ligi 500-600 korda, mis mõjutab olulisel määral otsingutulemusi.⁷⁶ Kuigi otsingumootorite algoritmid on salajased, on siiski teada, milliseid võtteid võivad neid mõjutada ning mida võiksid veebilehe otsingumootoritele optimeerijad kasutada, et vastata algoritmide nõuetele. Kui hoolikalt otsida ja surfata, siis leidub palju artikleid selle kohta, kuidas optimeerimine parandab veebilehe leitavust otsingumootorites. Samas on aga vähe juhiseid, kuidas see optimeerimine teha.

2.3. Veebilehe otsingumootoritele optimeerimine

Magistritöö uurimisülesanne eeldab veebilehe otsingumootoritele optimeerimise lahti mõtestamist ning arusaamist, kuidas see toimib mida vaatan antud peatüki viimases alapeatükis. Kuna otsingumootorid on sisuliselt keerukad arvutiprogrammid, mis uurivad internetis olevaid veebilehekülgi vastavalt neile etteantud kriteeriumitele, siis on suurema hulga külastajate saamiseks tähtis muuta oma veebileht otsingumootoritele võimalikult hästi arusaadavaks.

Enne seda, kui hakata otsingumootoritele optimeerimist ellu viima, tuleb läbi mõelda need märksõnad ja märksõnade ühendid, mille abil oleks võimalik kõige paremini tarbijal jõuda teie veebileheni. Märksõna on sõna või fraas, mille abil inimene otsib internetis oma probleemile vastust. Samuti tuleb lähtuda sellest, et märksõnaks on kas sõna või fraas, mis iseloomustab veebilehe teenust või toodet.⁸¹ Seejärel tuleb valida teemad ja koostada artiklid, mida kajastatakse valmival veebilehel. Kui olulised märksõnad on selged, siis ei tohiks unustada ka nn „pikasaba optimeerimist“ (inglise keeles *long-tail keywords*). Need on spetsiifilised märksõnad, mida küll massiliselt ei otsita, kuid need, kes neid otsivad, on teemast väga teadlikud.⁸²

⁷⁶ Google Algorithm Change History. Arvutivõrgus: <https://moz.com/google-algorithm-change>

⁸¹ Kuidas leida ja valida SEO jaoks õiged märksõnad? Arvutivõrgus: <https://www.veebimajutus.ee/blogi/seo-marksona-valimine>

⁸² Kodulehekülje optimeerimine otsingumootorile. Arvutivõrgus: <https://kodulehekoolitused.ee/kodulehekulje-optimeerimine-otsingumootoritele>

Veebilehe otsingumootoritele optimeerimist ja konkreetsete optimeerimisvõtete kasutamist saab eetilise kriteeriumi alusel jagada – eetilisteks ja ebaeetilisteks kriteeriumi viisideks. Eetiliste võtete puhul on kõige levinumad viis võtet, mida kasutatakse veebilehe levitavuse parandamiseks.

Lehe tegelikuks, nõ metapealkirjaks on lähtekoodi sisestatud pealkirjatägi (*title tag*). *Title tag*'iks nimetatakse seda sinist linki, mis otsingutulemustes on esimesena näha. Kui see sisaldab märksõna, millele leht keskendub, ning annab ka juba infot lehe sisu kohta, siis see on kõige olulisem faktor, mille põhjal kasutaja otsustab, kas ta avab lingi või mitte. Igal alamlehel (sisulehel) peab olema oma unikaalne (erinev) tiitel. Mida laiem ja tuntum on valdkond, seda rohkem on ka märksõnu ja fraase, mida sinu tulevased kliendid otsingumootoris sisestavad.

Veebilehe URL ehk aadress on tekst, mida kuvatakse browseri akna ülemisel ribal. Seda kasutatakse infoallikate leidmiseks ja kasutamiseks internetis. Aadress võiks olla lühike, informatiivne ja meelde jääv ning võiks sisaldada ka olulist märksõna. Üldjuhul kasutajad praktiliselt ei vaata sinna, kuid otsingumootori jaoks on see tekst seal eriti tähtis – ta kasutab seda selleks, et panna leitavale veebilehele pealkiri otsingutulemuste kuvamisel.⁸³

Veebiotsingu optimeerimisel veebilehe sisus on oluline kasutada pealkirju (inglise keeles *heading*), sest pealkirjad annavad otsingumootorile infot veebilehel sisalduva kohta. Kõige olulisem pealkiri võiks olla H1 vormingus ja ülejäänud pealkirjad H2 ja H3 vormingus. Kui veebilehel on palju pealkirju, siis tuleb neid kasutada alampealkirjadena näiteks H2, H3 jne jne. Tähtis on, et tasemel H1 oleks vaid üks pealkiri.⁸⁴ Pealkirjad võiksid olla järjestatud tähtsuse järjekorras. Kui pealkiri vastab kasutaja otsingule siis jääb ta suure tõenäosusega ka lehele edasi sisuga tutvuma. Tihti on tiitel ja H1 sama, kuid pealkirja pikkusel ei ole piirangut. Esimese taseme pealkiri peab sisaldama lehte iseloomustavat olulist märksõna. Alapealkirjade H2-H6 kasutamine veebilehel on samuti soovitatud. Vahepealkirjad muudavad teksti loetavamaks ja paremini

⁸³ Ashmanov lk 178

⁸⁴ Ivanov I. SEO poiskovaya sitema ot A do JA. 2011 Arvutivõrgus: http://www.sbup.com/seo-forum/poiskovaya_optimizaciya_v_obshih_chertah/seo_poiskovaya_optimizaciya_ot_a_do_ya/

skaneeritavaks. See aitab lugejal leida paremini üles tekstist talle olulised kohad, mida ta tuli lugema või uurima.

Piltide otsingule optimeerimisega saaks hakkama igaüks, kuid tihti sellele tähelepanu ei pöörata. Piltide failinimede optimeerimisel peaks lähtuma samadest reeglitest, mis URL'ide optimeerimisel. Pildi failinimi peaks sisaldama pildiga seonduvaid märksõnu ja märksõnu, millega optimeeritakse konkreetne leht⁸⁶ ning lisaks märksõna, mis iseloomustab kõike täpsemalt pildil kujutatut. Piltide optimeerimine toetab üldise otsingu tulemusi. Paljudes valdkondades on pildiotsing tavapärasest tähtsam. Otsingumootorit sihtides tuleb lisada igale sisulehele vähemalt üks pilt, mis illustreerib lehel olevat teksti. Olenevalt pildimaterjalist tuleb leida kuldne kesktee kvaliteedi ja faili suuruse vahel nii, et kvaliteet oleks veebikülastajale vastuvõetav.

Igal lehel on olemas unikaalne metakirjeldus (inglise *meta description*) mis on HTML-atribuudid, mis annavad lühikest veebilehe ülevaadet. Need on ühe lause ja lühikese lõigu vahelise pikkusega ning ilmuvad otsingumootori tulemuste lehe siniste klõpsatavate linkide all. Metakirjeldus ei mõjuta otseselt otsingutulemusi, kuid siiski sellest sõltub veebilehe külastajate arv. Alustada tuleb oma veebilehe metakirjeldust tähtsama märksõnaga. Pärast märksõna tuleks kirjutada kirjeldusse selline sisu, et kasutajal tekiks soov veebilehte külastada. Igal lehel peaks olema unikaalne kirjeldus.⁸⁸

Lisaks eelpool toodule omab tähtsust ka veebilehe teksti sisu. Sisutekste kirjutades on oluline panna märksõna teksti algusesse. Märksõna peaks olema vähemalt esimese lõigus. Soovitavalt on kasutada tähtsamaid märksõnu igas alamkategorias, erinevate sõnadega ja erinevates käänetes. Jälgida tuleb, et veebileht oleks kasutajasõbralik, sellel oleks mugav liikuda alamkategoriate vahel.

Ka veebilehete vaheline linkimine aitab otsingumootoritel leida uut sisu ja teatud ulatuses maarata selle reitingut. Linkimist tuleks vaadelda pisut laiemalt kui lihtsalt üht SEO osa. Efektiivne linkimine suurendab veebilehe, selle taga seisva organisatsiooni või kaubamargi üldist nähtavust

⁸⁶ Kodulehe optimeerimine parandab kodulehe leitavust internetist. Arvutivõrgus: <https://kating.ee/kodulehe-optimeerimine-parandab-leitavust/>

⁸⁸ Ledford lk 135

ning meelkitab ligi rohkem veebikülastajaid. Linke klassifitseeritakse sisemisteks (inglise keeles *inbound, internal*) ja väljapoole suunatud (inglise keeles *external, outbound*) linkideks. Sisemisi linke kasutatakse navigeerimiseks veebilehe lehestikus ja väljapoole suunatud kasutatakse viitamiseks teistele, veebilehe omaniku kontrolli alt välja jäävatele veebilehtedele.⁸⁹

Kirjeldatud tehnikad on vaid mõned, mida võib kasutada. Erinevaid võtteid on veelgi ja neid tuleb pidevalt juurde, kuna internetiajastul on suur osa kaubandusest kolinud sinna. Nagu eelpoolt sai märgitud, muudavad otsingumootorid pidevalt oma algoritme ning see, mis töötas täna veebiotsingu optimeerimisel, ei pruugi tuua oodatud tulemust tulevikus. Sellest ka erinevate võtete rohkus ja pidev areng. Kuigi ühegi sellise meetodi rakendamine ei ole tegelikult illegaalne, on otsingumootorid ise kehtestanud reeglid, millele veebilehtede omanikud peavad alluma. Nende reeglite järgimine on loomulikult iga veebilehe omaniku enda teha. Reeglite eiramise puhul on võimalik, et Google kustutab oma indeksist kõik reeglit rikkunud veebilehele viitavad lingid. Eetiline otsingumootoritele optimeerimine ei kasuta keelatud meetodeid, nagu näiteks linkide sisestamine või automaatne edasijuhtimine, vaid järgib iga otsingumootori poolt kehtestatud eeskirju.⁹⁰

Kuid levinud on ka ebaeetiliste võtete kasutamine. Meetodeid, mis takistavad relevantsetel veebilehtedel otsingutulemuste seas kõrgematele positsioonidele tulla, käsitletakse otsingumootori spämmimisena, sest need astuvad üle reeglitest, mis on koostatud otsingumootorite poolt päringutulemuste manipulatsiooni kaitseks. Kui varem piisas massilisest linkimisest ning mõnest märksõnast, et jõuda otsingutulemustes esimeste hulka, siis tänapäeval see enam nii ei ole. Veebilehele on võimalik lisada erinevate nõksudega tekste, mida silmaga ei näe. Mõnede otsingumootorite poolt mitte heaks kiidetud tehnikate ülevaade on toodud allpool.

Eriti radikaalne meetod on kuvada veebilehte läbitöötavale otsirobotile teistsugust lehte kui tavakülastajale. Varjamine (inglise keeles *cloaking*) tähendab, et otsingumootori robot saab võrreldes veebilehe külastajaga erineva sisu. Kui kasutaja soovib külastada veebilehte, siis esitletakse talle normaalne sisu, aga kui selle asemel külastab veebilehte otsingurobot, saadetakse

⁸⁹ B.Moshe. Fundamental Principles of Search Engine Optimization. 04.2007. Arvutivõrgus: www.seo-theory.com/papers/fundamental-principles-of-seo.pdf

⁹⁰ Otsingumootorite optimeerimine. https://et.wikipedia.org/wiki/Otsingumootoritele_optimeerimine

see teisele lehele, mis on spetsiaalselt loodud tema jaoks. Varjamine on ebaetiline juhul, kui inimesed saavad tulemused, mida nad ei looda leida või ei soovi näha.

Otsingumootorite poolt on piiratud märksõnade hulgalist lisamist veebilehele, kuna sellega püütakse kallutada otsingumootorit kuvama viidet lehele kõikide nende lisatud sõnade otsimise puhul. Tegelikuses pole otsingu sooritajale tavaliselt abi sõnast, mis on lisatud sinu dokumendile, kuid mida seal tegelikult sisulises informatsioonis isegi ei mainita.

Kasutatakse sellist võtet kui nähtamatu teksti lisamine, mis on sama värvi taustaga. Selline märksõnade kasutamine on otsingumootorite poolt keelatud. Selline tekst on täiesti nähtamatu veebilehe kasutajale, kuid nähtav lähtekoodis ja otsingumootori algoritmile. Seda tehnikat kasutades üritatakse veebilehele lisada populaarseid märksõnu, mida otsitakse palju ning mis aitavad seeläbi tõsta lehe külastatavust.

Otsingumootorite kasutatakse lehe sisu määratlemiseks HTML koodis spetsiaalset süntaksit, mida kutsuti *meta* märksõnadeks. Nii pidi igale koostatud failile lisama märksõnad, millest seal räägiti. Näiteks võis Audi sõiduautosid müüv firma kirjutada oma meta märksõnadeks „audi, auto, sõiduauto“ jne.⁹¹ Nimelt lisati meta märksõnade alla ka konkurendi nimi ning võis vabalt juhtuda nii, et otsides sõna „volvo“ võis esimeseks otsingu tulemuseks tulla hoopis konkurendi veebileht. Veebilehe metakoodide vaatamiseks võib vaadata veebisaidi lähtekoodi, milleks tuleb internetibrauseris klõpsa ülemisest navigeerimisribast „vaata” ja seejärel “allikas” rippmenüüst.⁹² Sellise olukorraga olen ka ise kokku puutunud. Registreeritud kaubamärgi sisestamisel otsingumootoris otsingusõnana, kuvas otsingumootor lingid konkurendi veebilehele. Kusjuures registreeritud kaubamärgiga seotud link veebilehele oli konkurentide veebilehe linkidest tulemustes allpool. Konkurentide veebilehe metakoodide lähemal uurimisel selgus, et need sisaldasid kaubamärgiomaniku kaubamärgiga sarnast tähist ilma, et kaubamärgiomanik oleks selleks oma loa andnud.

Kui vaadata kõiki neid võtteid, nii eetilisi kui ka ebaetilisi, jääb silma, et enamuste võtete kasutamine on seotud märksõnadega. Esimeses peatükkis vaatasin kaubamärgi olemust ning jõudnud järeldusele, et ka kaubamärk oma olemuselt on märksõna või märksõnade ühendid.

⁹¹ Google General Guidelines. Arvutivõrgus: <https://static.googleusercontent.com/media/www.google.co.uk/en/uk/insidesearch/howsearchworks/assets/searchqualityevaluatorguidelines.pdf> 20.07.2018

⁹² Proven, C. Internet marketing techniques to grow your business. Wiley 2009. Lk 8

Järelikult ka kaubamärgid võivad olla kasutatud märksõnadena veebiotsingu optimeerimisel. Kuid kaubamärgiomaniku kaubamärgi suhtes ainuõigus ning nende kasutamine kolmandate isikute poolt on õiguslikult reguleeritud.

3. Kaubamärgi kasutamine veebiotsingu optimeerimisel

Kaubamärgi õigusrikkumise kvalifitseerimiseks peavad olema täidetud normides sisalduvad eeldused. Nagu eelpool on märgitud, on riiklikud kaubamärgiõigused territoriaalsed. Territoriaalsuse põhimõte, mida tunnustab rahvusvaheline lepinguõigus, tähendab, et kaubamärgi kaitse tingimused määrab kindlaks selle riigi õigus, kus kaubamärgi kaitset taotletakse. Veelgi enam, siseriikliku õigusega võib sätestada abinõud ainult kõnealuse riigi territooriumil toime pandud tegude suhtes.⁹⁴ See tuleneb ka Pariisi konventsiooni artikli 6 lõikest 3, mis sätestab, et märki, mis on registreeritud ettenähtud korras ühes liikmesriigis, vaadeldakse sõltumatuna märkidest, mis on registreeritud teistes liikmesriikides, kaasa arvatud päritoluriigis. Kaubamärgi kasutamine veebiotsingu optimeerimisel tekitab aga küsimuse, kuidas piiritleda territoriaalselt kasutamist, kuna see toimub internetis ja nagu teada, internet ei tunne piire. Otsingumootori tulemused kuvatakse kõikidele internetikasutajatele, olenemata riigist. Kaubamärgi õiguskaitse territoriaalne ulatus omab määravat tähtsust KaMS kohaldamisel ja KaMS § 14 lg 3 reguleerib kaubamärgi kasutamist internetis. Kohtupraktika selles küsimuses puudub, kuid leidub tõlgendusi, mis on seotud kaubamärgi kasutamisega kolmandate isikute poolt tasulise viitamisteenuse puhul.

KaMS § 14 lg 3 alusel kaubamärgi kasutamine internetis loetakse kaubamärgi kasutamiseks Eestis ainult siis, kui sellel on Eestis äriiline tagajärg. Lisaks sellele võib kaubamärgiomanik KaMS § 14 lg 1 tingimuste täitmisel keelata kolmandal isikul kaubamärgiga identse või sarnase tähise kasutamist, kui selline kasutamine tekitab ärilise tagajärje Eestis ning seda tuleb hinnata igal üksikjuhul eraldi. Lähtuvalt KaMS § 14 lg 3 tuleb uurida, mida tähendab äriiline tagajärg. Sellest sättest lähtuvalt ärilise tagajärje kindlakstegemisel arvestatakse muuhulgas: 1) kaubamärgi internetis kasutava isiku ärilist tegevust Eestis, nagu tegelikud ärisuhted või äriiselt motiveeritud suhted, klienditeeninduse olemasolu ning interneti-välise tegevuse olemasolu Eestis;

⁹⁴ C-9/93 *Heistechnik*, p.22

2) kaubamärki internetis kasutava isiku kavatsust pakkuda Interneti kaudu kaupu või teenuseid isikutele Eestis, arvestades kaupade transporti, rahaühikut, kaupade või teenuste pakkujaga sidepidamise viisi puudutavat informatsiooni, keelt ja interneti viiteid; 3) internetis märgitud tingimust, et kaupu või teenuseid ei pakuta isikutele Eestis, ja sellest tingimusest kinnipidamist; 4) teise isiku kaubamärgi omandatud maine või eristusvõime ebaausat ärakasutamist või selle kahjustamist. Siinkohal võib täheldada, et kolmas punkt on negatiivne kriteerium, st näitab ärilise tagajärje puudumist.

Euroopa Kohus leidis kohtuotsuses *L'Oreal*, et direktiiv 89/104 on kohaldatav vaatamata sellele, kas pakumise või reklaami taga olev kolmas isik asub kolmandas riigis või asub selles riigis tema poolt kasutatava veebisaidi server või siis asub kolmandas riigis pakumise või reklaami ese.⁹⁵ Sissejuhatuses olen märkinud, et uurimisküsimusele vastamisel lähtun Eestis kehtivast õigusest, seega ei uurinud kohaldatava õiguse temaatikat käesolevas magistritöös. Kuid märgin, et internetis kaubamärgi õigusrikkumiste puhul võivad tihtipeale tõusetuda õiguskordade konflikti küsimused, kui vaidluse poolteks on erinevate liikmesriikide isikud. Sellisel juhul tuleb enne võimaliku kaubamärgi õigusrikkumise analüüsi selgitada vastavalt Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 11.07.2009. a määrusele (EÜ) nr 864/2007 lepinguväliste võlasuhete suhtes kohaldatava õiguse kohta (Rooma II)⁹⁶ art-le 8 välja kohaldatav õigus. Järgnevalt käsitleb magistritöö selliseid olukordi, kus kaubamärgi kasutamisel on äriline tagajärg Eestis.

Kaubamärgiomaniku ainuõigust on käsitletud magistritöö esimeses peatükis ning nagu seal on esitatud, peavad kaubamärgi ainuõiguse õigusrikkumise kvalifitseerimiseks olema täidetud õiguskaitset puudutavad eeldused. Järgnevalt analüüsinn, kas KaMS § 14 annab kaubamärgiomanikule õiguse keelata kolmandal isikul kasutamast oma veebilehe otsingumootoritele optimeerimisel märksõna, mis on identne või sarnane kaitstud kaubamärgiga. Kuigi kaubamärgiomaniku ainuõigusega kaasnev keeluõigus kolmandate isikute suhtes on reguleeritud eesmärgiga keelata kaubamärgiga identse või sarnase tähise kasutamine, on siiski vaja kontrollida, kas selline kasutamine veebilehe otsingumootoritele optimeerimisel kujutab endast kaubamärgi kasutamist KaMS § 14 tähenduses.

⁹⁵ C-324/09 *L'Oreal*, p.67

⁹⁶ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 11.07.2007. a määrus (EÜ) nr 864/2007 lepinguväliste võlasuhete kohta ("Rooma II"). – ELT L 199, 31.07.2007, lk 40-49.

3.1. Kaubamärgi kasutamine äritegevuses

KaMS § 14 lg 1 säte on põhjalikumalt lahti kirjutatud antud töö alapeatükis 1.2. kus on käsitletud kaubamärgiomaniku ainuõigust. Selle sätte alusel on kaubamärgiomanikul õigus keelata kolmandatel isikutel punktide 1 kuni 3 kirjeldatud juhtudel, kuid seda võib teha juhul, kui kolmas isik kasutab võõrast kaubamärki oma äritegevuses. Sarnaselt sellele seab ka EL õigusakt tingimuseks, et isik saaks tugineda hagi kaubamärgiomaniku ainuõiguse rikkumisele, kui kolmas isik kasutab kaubamärgiga identset või sarnast tähist direktiivi 2015/2436 artikli 10 lg 2 tähenduses „äritegevuse käigus“. Määruses 207/2009 artiklis 9 lg 1 on see piirang sõnastatud „kaubandustegevuse käigus“, mis oli ka varem kehtinud direktiivi 89/104 sõnastus. Nende sätete üheks eelduseks on aru saada, kas kaubamärgiga identse või sarnase tähise kasutamine kolmanda isiku poolt veebilehe otsingumootoritele optimeerimisel on tõlgendatav selle kasutamise *äritegevuses või kaubandustegevuse käigus*. Minu seisukoht on, et mõlemad terminid tähendavad ühte ja sama (on sünonüümid). Seda kinnitab ka kohtupraktika. Sestap kasutan töös edaspidi terminit „äritegevus“, mis on sünonüümiks „kaubandustegevusele“.

Eelkõige on äritegevust mõtestatud sama sätte teises lõigus. KaMS § 14 lg 2 kohaselt on lõikes 1 sätestatu alusel keelatud muu hulgas järgmised toimingud:

- 1) kauba või pakendi tähistamine tähisega;
- 2) tähisega tähistatud kaupade pakkumine müügiks, nende turustamine ja ladustamine müügi eesmärgil;
- 3) tähisega tähistatud teenuste pakkumine ja osutamine;
- 4) tähisega tähistatud kaupade sisse- ja väljavedu;
- 5) tähise kandmine äridokumentidele, reklaammaterjalidele ja kauba kasutamisyhendamisele.

KaMS § 14 lg-s 2 nimetatud toimingud on seaduseandja poolt hinnatud tähise äritegevuses kasutamiseks ning nendel juhtudel kehtib kaubamärgi kasutamise keelad äritegevuses. Edasi vaatan kasutades kohtupraktika analüüsimist, millistel juhtudel saab üldse pidada kaubamärgiga identset või sarnast tähist kasutamiseks äritegevuses KaMS § 14 mõistes. Kuigi igal konkreetsel juhul tuleb hinnata kaubamärgiga identset või sarnast tähist äritegevuses vastavalt konkreetse juhtumi asjaoludele, on Euroopa Kohtud seda mõistet osaliselt siiski sisustanud. Nt Euroopa

Kohus on oma varasemas kohtuotsuses C-206/01⁹⁷ leidnud, et tähist kasutatakse „kaubandustegevuse käigus“ siis, kui „seda kasutatakse äritegevuses majandusliku kasu saamise eesmärgil, mitte erasfääris“. ⁹⁸ Sellist tõlgendust on Euroopa Kohus kinnitanud ka hilisemates otsustes, tuginedes *Arsenali* kohtuotsuses selgitatule.

Riigikohus on oma viimastes kohtulahendites 2-16-6665 ja 3-2-1-162-14 toetunud samale tõlgendusele. Kohtujurist Maduro on liidetud asjade C-236/08-C-238/08 ettepanekus täpsustanud, et kaubamärgi rikkumise selle tingimuse eesmärk on eristada eraotstarbeline kasutamine ja „kaubandustegevus, mille eesmärk on majandusliku kasu teenimine“¹⁰⁰ Lisaks sellele leidis kohtujurist Maduro, et loomulike tulemuste kuvamine märksõnade vastusena toimub „majandusliku kasu teenimiseks“.¹⁰¹ Seda märkis ta kõikide loomulike tulemuste kohta.

Seega tuleb hinnata, kas veebilehe otsingumootoritele optimeerimisel kasutab kolmas isik teisele isikule kuulvat kaubamärki oma äritegevuses majandusliku kasu saamise eesmärgil. Minu hinnangul on veebilehtede omanike otsingumootoritele optimeerimise kasutamine muuhulgas eesmärgiga teha ennast nähtavaks ning läbi selle pakkuda internetikasutajatele oma kaupu või teenuseid. Kuna kehtib reegel, et rohkem külastajaid toob üldjuhul rohkem kliente, soovivad ettevõtted otsingutulemustes kerkida esimeste sekka – see garanteerib firma veebilehe suurema külastatavuse ning seeläbi rohkem kliente ja suurema rahalise võidu. Mida parema positsiooni saavutab veebileht otsingumootorite tulemuste kuvamisel, seda suurem on tõenäosus, et kasutaja sellele veebilehele ka läheb. Kui kasutaja tähelepanu on saavutatud, siis tõenäosus, et seal ka mingit kaupa või teenust kasutab on suurem. Seega võib veebilehe otsingumootoritele optimeerimisest tõusta märkimisväärne rahaline kasu. Otsingumootorite optimeerimine on oma olemuselt märksõnade kasutamise abil nn loomulike tulemuste kuvamisel parema positsiooni saavutamine.

KaMS § 14 lg 2 punktides on veebilehe otsingumootoritele optimeerimist võimalik seostada punktiga 5 - tähise kandmine reklaammaterjalidele. Uurin järgnevates alapeatükkides kolmanda isiku poolt identse või sarnase kaubamärgi vastavust Reklaamiseaduse ja seda eelkõige eksitava reklaami seisukohalt. Siin kontrollin ainult seda, kas sellist kasutamist võib pidada reklaamiks.

⁹⁷ C-206/01 *Arsenal*, p.40

⁹⁸ Liidetud kohtuasi C-236/08–C-238/08 *Google*, p.50

¹⁰⁰ Liidetud kohtuasi kohtujuristi Maduro ettepanek C-236/08–C-238/08 *Google*, p.60

¹⁰¹ sama, p.77

Kui võrrelda KaMS § 14 lg-s 2 sätestatud äritegevuses kasutavad kaubamärgiga identse või sarnase tähise kasutamine juhuseid, siis nad kõik eeldavad, et selline tegevus on nähtav tarbijale ja avalikkusele. KaMS §14 lg 2 p 1 eeldab kaubamärgi tähise kandmist reklaammaterjalidele. Kuna veebilehe otsingumootoritele optimeerimisel kasutatavad kaubamärgiga identsed või sarnased tähised märksõnad ei ole tavakasutajale tajutavad ja enamaltjaolt ka nähtavad, siis ei saa sellist tegevust pidada „kandmiseks“ reklaammaterjalidele KaMS § 14 lg 2 punkt 1 mõistes. Euroopa Kohus on oma *Google* kohtuasjas leidnud, et tegemist on tähise kasutamisega reklaamija kaupade ja teenustga, isegi kui märksõnaks valitud tähist reklaamsõnumis endas üldse ei mainita.¹⁰² Minu hinnangul igal üksikul juhul hinnata kas kaubamärgiga identseid või sarnaseid tähiseid kasutatakse äritegevuses ning kas KaMS § 14 rakendub üldse olukorras, kus selle kasutamine jääb tarbijale ja avalikkusele nähtamatuks.

Kohtujurist Maduro oma ettepanekus leiab, et loomulikud tulemused esitatakse küll makstud reklaamtulemustest eraldi ja erinevalt, on siiski selge, et mõlemad koosnevad lühikesest pealkirjast ja veebisaidi lingist.¹⁰⁵ Liidetud kohtuasjas *Google* kaubamärgile vastava tähise märksõnana kasutamise eesmärk on kutsuda esile sellise reklaamilinkide kuvamine, mis suunavad veebilehtedele, kus pakutakse kaupu ja teenuseid, mis on identsed nendega, mille jaoks on see kaubamärk registreeritud. Euroopa Kohtu *BergSpechte* kohtulahendi tõlgenduse järgi on kaubamärgiga identse märksõna valimise eesmärk ja tulemus sellise reklaamlingi kuvamine, mis suunab veebilehele, kus pakutakse müügiks tema kaupu ja teenuseid.¹⁰⁶ Kuna märksõnaks valitud tähis on vahend, mida kasutatakse reklaamsõnumi kuvamise esilekutsumiseks, on vaieldamatu, et reklaamija kasutab seda tähist oma kaubandustegevuses, mitte erasfääris. Viitamisteenuse osutaja puhul selge, et talletades teatavate klientide jaoks märksõnadena kaubamärkidega identsid tähiseid ja korraldades vastusena neile märksõnadele reklaamsõnumite kuvamist, tegeleb ta kaubandustegevus, mitte erasfääris.

KaMS § 14 lg 2 loetletud äritegevuse viisid eeldavad, et kaubamärgiga identse või sarnase tähise kasutamine peab olema tarnijale nähtav. Veebilehe otsingumootoritele optimeerimise puhul on see

¹⁰² C-278/08 *BergSpechte* p.19

¹⁰⁵ Liidetud kohtuasi C-236/08-C-238/08 *Google* p.64

¹⁰⁶ C-278/08 *BergSpechte* p.19

aga üldjuhul varjatud kujul, kuigi kergesti leitav. Tavakasutaja üldjuhul ei pane tähele ja ei süvene, miks tema poolt otsingumootorisse sisestatud märksõnale just need vastused ning kas see märksõna on ülse tulemustes nähtav, vaid teeb iga kasutaja valikud edasiseks liikumiseks veebilehele oma hoiakute järgi.

Nähtavust tuleb hinnata iga konkreetse juhtumi puhul eraldi, kuid siiski teen järelduse, et veebiotsingu optimeerimise peamine eesmärk on majandusliku kasu saamine läbi veebilehe külastatavuse. Kui veebilehtede optimeerimine otsingumootoritele suudab parandada veebilehele viitava lingi asukohta üldistes otsingu tulemustes, siis jõuab seeläbi veebilehele rohkem külastajaid ning lõppkokkuvõttes suureneb sellest ettevõtte rahaline kasu. Eeltoodust tulenevalt leian, et veebiotsingu optimeerimisel kasutavad kolmandad isikud kaubamärgiga identse või sarnase tähise veebilehtede otsingumootorite optimeerimisel äritegevuses KaMS § 14 ja kaubandustegevuses direktiivi 2015/2436 artikli 10 lg 2 mõttes.

3.2. Kaubamärgi kasutamine kaupade või teenuste puhul

Lisaks sellele, et kaubamärgiomaniku ainuõiguse rikkumiseks peab õiguskaitse saanud tähist olema kasutatud „äritegevuses“¹⁰⁷, tuleneb KaMS § 14 lg-st 1, et tähist peab olema kasutatud „kaupade või teenuste suhtes“. Riigikohus on oma otsuses *Veskimöldre* samuti kinnitanud, et kaubamärgiomaniku ainuõigus KaMS § 14 järgi ulatub üksnes juhtudele, kui kolmas isik kasutab kaubamärki või sellega identseid või sarnaseid tähiseid majandustegevuses „kaupade või teenuste suhtes“.¹⁰⁸ Direktiivi 2015/2436 artikkel 10 lõige 2 annab õiguse takistada kaubamärgi kasutamist kolmandate isikute poolt ilma kaubamärgiomaniku loata ning eeldab samuti kasutamist kaupade või teenuste suhtes mis tahes tähist. Enne seda kehtinud direktiivi 89/104 artikli 5 lõike 1 säte andis samuti selle õiguse eeldusega, et tegu on kaupade või teenustega. Seega võib kohtuotsuseid, mis on tehtud vana direktiivi alusel, kohaldada ka uue kehtiva direktiivi valguses.

Kasutamist direktiivi 89/104 artikli 5 lõike 1 (direktiivi 2015/2436 artikli 10 analoog) tähenduses „kaupade puhul“ on Euroopa Kohtu varasemas 2002. aasta otsuses *Arsenal*¹⁰⁹ selgitanud sedasi, et tegemist on kaubaga siis, kui kolmas isik kannab kaupadele, mida ta turustab, oma ärinime, ettevõtte nime või silti kujutava tähise.

Euroopa Kohus on käsitlenud kaubamärgi kasutamise küsimust kaupade või teenuste suhtes oma hilisemas lahendis nr C-17/06 (*Céline*), mille vaidluseks oli asjaolu, et kolmas isik kasutas kaubamärgiga sarnast ärinime. Euroopa Kohtu tõlgenduse kohaselt on direktiivi 89/104 artikli 5 lõike 1 tähenduses tegemist kaubamärgi kasutamisega „kaupade puhul“ siis, kui “[...] kolmas isik kannab kaupadele, mida ta turustab, oma ärinime, ettevõtte nime või silti kujutava tähise“. Lisaks, isegi kui neile tähist ei kanta, on tegemist kasutamisega „kaupade või teenuste puhul“ asjaomase sätte mõttes juhul, kui kolmas isik kasutab seda tähist nii, et ta loob seose tähise – mis kujutab endast tema ärinime, ettevõtte nime või silti – ja tema poolt turustatavate kaupade või osutatavate teenuste vahel.¹¹⁰ Kõikides nendes kohtulahendites on tegemist olnud olukordadega, kus

¹⁰⁷ 2-16-6665 *Veskimöldre*, p. 14

¹⁰⁸ 3-2-1-162-14 *Vene Muuseum*, p 19

¹⁰⁹ C-206/01, *Arsenal Football Club plc vs. Matthew Reed*, p 41

¹¹⁰ C-17/06, *Céline*, p 22-23.

kolmandate isikute poolt kaubamärgiomaniku loata kaubamärgiga identse või sarnase tähise kasutamine oli nähtav.

Euroopa Kohus liidetud kohtuasjas *Google* oli vaidlusküsimus tasuliste otsingutulemuste kaubamärgiga sarnaste või identse tähise kasutamine üle.¹¹² Kõigis kolmes asjas oli probleemiks see, et otsingumootorisse kaubamärgiga identse või sarnase märksõna sisestamisel kuvati makstud viidete väljal lingid veebilehtedele, mis ei olnud seotud kaubamärgi omaniku kauba ega teenusega. Samuti polnud tegemist ka muu mingi seosega kaubamärgiomanikuga. Selline olukord on väga sarnane veebiotsingu optimeerimise puhul, kui kolmas isik kasutab ilma omaniku loata kaubamärgiga sarnast või identset tähist ning mille tagajärjel kuvatakse nüüd juba loomulike viidete väljal lingid veebilehtedele, mis pole seotud ei kaubaomanikuga ega ka kaubaomaniku kaupade või teenustega. Liidetud kohtuasjas *Google*, kus kohus pidi hindama viitamisteenuse korras kaubamärgi kasutamist, leidis kohus, et tegemist on „kaupade või teenuste puhul“ tähenduses, kuid nende kohtuasjade puhul pole olnud kolmandate isikute reklaamsõnumites kaubamärgiga identset tähist näha.¹¹³ Sama Euroopa kohtu otsuses on kohus leidnud, et direktiivis 89/104 artikli 5 lõike 3 on toodud näitlik loetelu nendest kasutusviisidest, mida kaubamärgiomanik võib keelata. Liidetud kohtuasja p 65 järgi /.../ ei tähenda see, et kui kolmanda isiku poolt reklaami otstarbel kasutatav tähis ei esine reklaamis endas, iseenesest seda, et kasutamine ei ole hõlmatud mõistega „kasutamine kaupade või teenuste puhul“ direktiiv 89/104 artikli 5 tähenduses. Ka kohtujuristi Maduro arvates on lisaks lihtsalt kaubale kaubamärgiga identse või sarnase tähise paigutamise kõrval kaubamärgiomanikul õigus takistada ka muid paljusid kasutusviise.¹¹⁴

Celine kohtuotsuses lisaks eelpool toodule on kohus teinud järelduse, et isegi kui identset või sarnast tähist ei kanta, on siiski tegemist kasutamiseega „kaupade või teenuste puhul“ direktiivi 89/104 artikli 5 (direktiivi 2015/2436 artikli 10 analoog) mõistes juhul, kui kolmas isik kasutab seda tähist nii, et loob seose tähise ja tema poolt turustatavate kaupade või osutavate teenuste vahel.¹¹⁵ Seega on oluline mitte ainult kaubale kandmine ja nähtav tähise kasutusviis, vaid ka seos, millega luuakse kaubamärgi ning pakutava kauba ja teenuse vahel.

¹¹² C-238/08-C-238/08 *Google*, p.79, 80

¹¹³ Sama p 63

¹¹⁴ C-236/0-C-238/08, *Google*, kohtujurist M.Maduro ettepanek p 62

¹¹⁵ C-17/06, *Celine*, p 23

Veebiotsingu optimeerimise puhul on vaieldamatu, et märksõnana kasutatava identse või sarnase tähise kolmandate isikute poolt ilma kaubamärgiomaniku loata kasutamise eesmärk on see, et otsingumootorite kasutajad, kes sisestavad selle märksõna otsisõnana, klikivad mitte üksnes selle kaubamärgi omanikult pärinevatel kuvatavatel linkidel, vaid ka kolmanda isikuga seotud linkidel. Samuti on selge, et enamikel juhtudel, kui internetikasutajad sisestavad otsingusõnana kaubamärgi nime, soovivad nad saada teavet selle kaubamärgiga seotud toodete või teenuste kohta. Seega olukorras, kus kolmas isik kasutab oma veebiotsingu optimeerimisel teise isiku kaubamärgi märksõnana, on tegemist kaubamärgi kasutamisega selle kolmanda isiku kaupade või teenuste turundamiseks. Ka nendel juhtudel, kui kolmanda isiku poolt kaubamärgiga identse või sarnase tähise kasutamise eesmärk on internetikasutajaid eksitada oma kaupade või teenuste päritolu osas, millega nad pannakse uskuma, et need pärinevad kaubamärgi omanikult või viimasega majanduslikult seotud ettevõtjalt, on tegemist tähenduses „kaupade või teenuste puhul“. See järeldeb sellest, et sellise tegevusega luuakse seos selle tähise ja kolmanda isiku poolt turustatavate kaupade või osutavate teenustega.¹¹⁶

Eelnevast tulenevalt, kuna nii uue direktiivi 2015/2436 artikkel 10 lõige 2 kui ka enne seda kehtinud direktiiv 89/104 artikkel 5 lõige 1 ning siseriiklik KaMS § 14 lg 1 p 1 ja 2 on kohaldamine sarnane, võib järeldada sarnaselt Euroopa kohtuga, et ka siis, kui veebiotsingu optimeerimisel kaubamärgiga identne või sarnane tähise kasutamine on varjatud ja otseselt ei nähtu sarnaselt maksutud otsingutulemuste kuvamisega, võib järeldada minu arvates, et see kasutamine on hõlmatud kaubamärgi kasutamisega „kaupade või teenuste puhul“ KaMS § 14 lg 1 p 1 ja p 2 tähenduses.

¹¹⁶ Liidetud kohtuasi C-238/08-C-238/08 *Google*, p.72

3.3. Veebiotsingu optimeerimisel kaubamärgi kasutamise kahjustav mõju kaubamärgi funktsioonidele

Esimeses peatükis olen käsitlenud kaubamärgi funktsioone ning leidnud, et põhilisteks kaubamärgi funktsioonideks on eristusvõime ehk eristusfunktsioon, reklaami- ja kaitsefunktsioon ning päritolufunktsioon ja kvaliteedifunktsioon. Eelmistes alapeatükkides analüüsisin KaMS § 14 lg eeldusi kaubamärgiomaniku ainuõiguse rakendamisel ning leidsin, et, et võib keelata kolmandal isikul kaubamärgiga identse või sarnase tähise kasutamine, kui on tõendatud, et tegemist on kauba või teenusega ning seda kasutatakse äritegevuse käigus. Kohtuasjas *Arsenal* uuriti Euroopa Kohtul seisukohta eelkõige küsimuses „kindlaks teha, kas direktiivi 89/104 artikli 5 lõike 1 punkt a annab kaubamärgi omanikule õiguse keelata kolmandatel isikutel kõigi kaubamärgiga identsete tähiste igasugune kasutamine kaubandustegevuse käigus kaupade puhul, mis on identsed nendega, mille jaoks kaubamärk on registreeritud, või eeldab selline kasutamise keelamise õigus, et kaubamärgi omanikuna on omanikul eriline huvi seoses sellega, et asjaomase tähise kasutamine kolmandate isikute poolt mõjutab või võib mõjutada kaubamärgi mõne ülesande täitmist”.

Selles kontekstis ongi Euroopa Kohus välja arendanud esitatud kaalutlused, mille alusel järeldada, et „kaubamärgi omanik [ei saa] keelata kaubamärgiga identse tähise kasutamist kaupade puhul, mis on identsed kaupadega, mille jaoks kaubamärk on registreeritud, kui kaubamärgi ülesandeid arvestades ei kahjusta selline kasutamine tema huve kaubamärgi omanikuna”. Direktiivi 89/104 artikli 5 lõike 1 punktis a (hetkel kehtiva direktiivi 2015/2436 artikli 10) ja määruse nr 40/94 artikli 9 lõike 1 punktis a sätestatud ainuõiguse eesmärgiks on kaitse, mille kohaselt antakse kaubamärgiomanikule võimalus kaitsta oma konkreetseid huve, st tagada, et kaubamärk tagaks oma ülesandeid.¹¹⁷ Sellest lähtudes on Euroopa Kohus leidnud, et kaubamärgist tuleneva ainuõiguse kasutamine peab piirduma nende juhtudega, kus tähise kasutamine kolmanda isiku poolt kahjustab või võib kahjustada kaubamärgi ülesannete täitmist.¹¹⁸ Sama seisukoha on võtnud ks Riigikohus oma hiljutises lahendis.¹¹⁹ Sellest kohtupraktikast tuleneb, et kaubamärgiomanik ei saa kaubamärgiga identse tähise kasutamist keelata, kui see kasutamine ei saa ühtki kaubamärgi ülesannet kahjulikult mõjutada.¹²⁰

¹¹⁷ C-206/01 *Arsenal* p 51

¹¹⁸ Liidetud kohtuasi C-236/08 – C-238/07 *Google* p 75

¹¹⁹ 2-16-6665 *Veskimöldre* p 14

¹²⁰ C-206/01 *Arsenal* p 54

Vaieldamatult on kaubamärgi peamiseks funktsiooniks päritolu- ja eristusfunktsioonid. Seda on korduvalt esile toonud Euroopa kohus ning ka Eesti kohtupraktikas on tihtipeale esile toodud just päritolu- ja eristusfunktsioone. Kaubamärgi kõige olulisem funktsioon on eristada ühe isiku kaupa või teenust teise isiku kaubast või teenusest. Lisaks on kaubamärgil ka päritolufunktsioon, seostades kaupa või teenust konkreetse kauba pakkuja või teenuse osutajaga. Üksnes kaubamärgi kasutamise korral täidab kaubamärk eelnimetatud funktsioone.¹²¹ Kaubamärgi ülesannete hulka ei kuulu üksnes kaubamärgi ülesanne tagada tarbijatele päritolu tagamise ülesanne, vaid ka muud ülesanded, nagu asjaomase kauba või teenuse kvaliteedi tagamine või teabe, investeeringute ja reklaamiga seotud ülesanded.¹²²

Sellest lähtudes on kaubamärgi esimene tähtsaim eesmärk tagada tarbijale või lõppkasutajale see, et kaubamärgiga tähistatud kaup või teenus on teatud päritolu, nii et tarbija või lõppkasutaja saab võimaliku segiajamise ohuta eristada kõnealust kaupa või teenust teist päritolu kaubast või teenusest. Et kaubamärk võiks seega täita olulist osa kahjustamata konkurentsi süsteemis, mille loomine ja säilitamine on asutamislepingu eesmärgiks, peab kaubamärk tagama, et kõiki sellega tähistatud kaupu toodetakse või teenuseid osutatakse nende kvaliteedi eest vastutava konkreetse ettevõtja kontrolli all.¹²³ Käesolevas töös on kohane uurida kõiki nelja kaubamärgi funktsiooni ning võimalust kolmanda isiku poolt neid kahjulikult mõjutada.

3.3.1. Kahjulik mõju päritolu- ja eristamisfunktsioonile

Kaubamärgi põhifunktsiooniks on toote või teenuse individualiseerimine, selle eristamine teistest pakutavatest kaupadest. Märgi individualiseeriv toime tähendab seda, et tarbija või iga muu isik eristab erimärkidega varustatud kaupu üksteisest just märgi alusel. Individualiseeriv toime on eelduseks ka kaubamärgi teistele ülesannetele. Need tekivad seostest, mis kujunevad kaubamärgi omaniku traditsioonist oma kaubamärki kasutada ja assotsiatsioonidest, mis sihtrühmal seoses kaubamärgiga tekivad.¹²⁴

¹²¹ 3-2-1-77-10 *Mamma Mia* p 14

¹²² C-478/07 *L'Oreal* p 59

¹²³ C-228/03 *Gillette* p 26

¹²⁴ sama, lk 15

Euroopa Kohus on oma 12.novembri 2002. a kohtuasjas nr C-206/01 *Arsenal* selgitanud päritolu tagamise kindlustamist ning tõlgendanud sedasi, et kaubamärgi päritolu funktsiooni mõjutatakse kahjulikult siis, kui vastusena kaubamärgiga identse märksõnale kuvatakse internetikasutajale kolmanda isiku reklaamsõnum ja lähtuvalt reklaamsõnumist mõjub see kahjulikult siis, kui see sõnum ei võimalda piisavalt informeeritud ja mõistlikult tähelepanelikul internetikasutajal aru saada, kas kaubad või teenused pärinevad kaubamärgiomanikult või temaga majanduslikult seotud ettevõtjalt või kolmandalt isikult, või võimaldab tal sellest aru saada üksnes raskustega.¹²⁵ Kaubamärgi päritolu funktsiooni on Euroopa kohus sisustanud oma 1978.aasta kohtuasjas C-102/77 *Hoffman-La Roche* ning selgitas seda selliselt, et kaubamärgi peamine eesmärk on kinnitada tarbijale või lõppkasutajale see, et kaubamärgiga tähistatud kaup või teenus on teatud päritolu, nii et tarbija või lõppkasutaja saab võimaliku segiajamise ohuta eristada kõnealust kaupa või teenust muud päritolu kaubast või teenusest.¹²⁶ Lisaks sellele on Euroopa Kohus asunud seisukohale, et kaubamärk võiks täita olulist osa kahjustamata konkurentsi süsteemis, mille loomine ja säilitamine on asutamislepingu eesmärgiks. Lisaks sellele peab kaubamärk tagama, et kõiki sellega tähistatud kaupu toodetakse või teenuseid osutatakse nende kvaliteedi eest vastutava konkreetse ettevõtja kontrolli all.¹²⁷

KaMS § 14 lg 1 p 2 alusel on kaubamärgiomanikul õigus keelata kolmandatel isikutel kasutada märki äritegevuses: õiguskaitse saanud kaubamärgiga identseid või sarnaseid tähiseid kaupade või teenuste puhul, mis on identsed või samaliigilised kaupade või teenustega, mille suhtes on kaubamärk kaitstud, kui on tõenäoline tähise ja kaubamärgi äravahetamine tarbija poolt, sealhulgas tähise assotsieerumine õiguskaitse saanud kaubamärgiga. Kaubamärgiseaduse § 14 lg 1 p-s 2 nimetatud juhul piisab kaubamärgi äravahetamise tõenäosusest, s.t see ei pea olema realselt toimunud. Euroopa Kohus on leidnud, et direktiivi nr 89/104/EMÜ art 5 lg 1 lit b (KaMS § 14 lg 1 p 2 analoog) järgi on olemas kaupade või teenuste segiajamise oht, kui avalikkus võib uskuda, et kaubamärkidega tähistatud kaubad või teenused pärinevad samast ettevõttest või majanduslikult seotud ettevõtete grupist, ning segiajamisohtu olemasolu tuleb hinnata igal üksikjuhul kõiki asjaolusid arvestades (C-120/04). Ka on Euroopa Kohus oma otsuses *Gillette* leidnud, et direktiivi nr 89/104/EMÜ art 6 lg 1 lit c (KaMS § 16 lg 1 p 4 analoog) tähenduses vastab "ausate tavade"

¹²⁵ C-206/01 *Arsenal* p 48, C-17/06 *Celine* p 26

¹²⁶ C-102/77 *Hoffmann-La Roche*, p.7

¹²⁷ C-228/03 *Gillette*, p.26

väljend kohustusele mitte eksida kaubamärgi omaniku õigustatud huvide vastu ebaõiglasel viisil. Samas otsuses on leitud, et iseäranis ei vasta kaubamärgi kasutamine ausatele tööstus- või kaubandustavadele, kui see toimub viisil, mis võimaldab arvata, et kolmanda isiku ja kaubamärgiomaniku vahel on ärisuhe, kuna see kahjustab kaubamärki mh seeläbi, et kasutatakse ebaõiglaselt ära selle eristatavust või mainet.¹²⁸

Internetis e-kaubanduses leidis kohus, et kaubamärgi peamine funktsioon seisneb selles, et konkreetse kaubamärgi põhjal tehtud otsingu vastusena kuvatud reklaamsõnumeid sirvides oleks internetikasutaja võimalik eristada selle kaubamärgi omaniku kaupu või teenuseid muud päritolu kaupadest või teenustest. Selle rikkumisel peab kaubamärgiomanikul olema õigus keelata kolmandate isikute reklaamsõnumite kuvamine, mida internetikasutajatel on oht ekslikult tajuda kaubamärgiomaniku sõnumina.¹²⁹ Sellises olukorras, kus kaubamärk otsingusõnana on samuti ekraanil nähtav, võib internetikasutaja eksida asjaomaste kaupade või teenuste päritolus.¹³⁰

Kuivõrd puudub kohtupraktika kaubamärgi kasutamise kohta veebiotsingu optimeerimise õiguslike küsimuste lahendamises, analüüsin viitamisteenuse ehk SEO kasutamise raames kohtute asjakohaseid tõlgendusi ja seisukohti kaubamärgi eristamis- ja päritolufunktsiooni kahjustamise hindamiseks. Euroopa Kohtu praktika käsitleb kaubamärgi kasutamist reklaamsõnumite kuvamisel otsingumootorite kasutamisel. Nii loomulikud kui ka makstud otsingutulemused kuvavad teatud määral reklaamteksti, ainuke erinevus seisneb selles, et makstud tulemuste ette ilmub sõna „reklaam“. Tihtipeale kuvatakse järjest kaks korda ühte ja sama veebilehte otsingutulemuste nimekirjas nii, et ühe viite ees on kirjas „reklaam“, aga teine, sama sisuga veebilehe viide on ilma selle reklaamviideta. Leian, et mõlemat tuleb lugeda mõlemat reklaamsõnumina ning lähtuda kaubamärgi kasutamisel veebiotsingu optimeerimisel kohtupraktikast, mis käsitleb kaubamärgi kasutamist otsingumootorite viitamisteenuses ja selle kahjustavat mõju kaubamärgi reklaamfunktsioonile.

Eritingimus registreeritud kaubamärgiga antavale kaitsele, mis on suunatud eelkõige mitteidentsete tähiste kasutamise vastu kolmandate isikute poolt, on märkide segiajamise tõenäosus. Euroopa Kohus on seda tingimust määratlenud kui ohtu, et avalikkus võib arvata, et asjaomased kaubad või

¹²⁸ C-228/03 *Gillette*, p.26

¹²⁹ Liidetud kohtuasi C-236/08 – C-238/08 *Google*, p.87

¹³⁰ Sama, p 85

teenused pärinevad samalt ettevõtjalt või omavahel majanduslikult seotud ettevõtjatelt.¹³¹ Segiajamise tõenäosuse hindamine seisneb „mitmest asjaolust ja eelkõige kaubamärgi tuntusest turul, seostest, mis võivad tekkida kasutatava või registreeritud tähisega, ning kaubamärgi ja tähise ja identifitseeritud kaupade või teenuste vahelise sarnasuse ulatusest. Segiajamise tõenäosust üldsuse seas tuleb hinnata igakülgset, võttes arvesse kõiki käesolevas juhtumis tähtsust omavaid asjaolusid”.¹³²

Eelpool on toodud Euroopa Kohtu seisukoht kaubamärgi päritolufunktsiooni kahjustamise hindamise kohta. Kohtuasjas *Portakabin* on kohus seda täpsustanud ning lisanud, et vähemalt märkimisväärne osa asjaomasest avalikkusest võib reklaamiteadaande põhjal luua seose reklaamis osutatud kaupade või teenuste ning kaubamärgiomaniku või kaubamärgi kasutamise õigust omava isiku kaupade või teenuste vahel. Teiselt teiselt poolt siseriiklik kohus leiab, et reklaamiteadaanne ei võimalda keskmisel internetikasutajal aru saada, kas reklaamitavad kaubad või teenused pärinevad kaubamärgiomanikult või hoopis kolmandalt isikult või võimaldab tal sellest aru saada üksnes raskustega, on vähetõenäoline, et reklaamija saab tõsiselt väita, et ta ei olnud oma reklaamiteadaande sellisest kahemõttelisusest teadlik.¹³³

Käsitletud kahjustamine on selle toimumise korral kaubamärgi ja tähise teatava sarnasuse tagajärg, mille tõttu asjaomane avalikkus seostab tähist kaubamärgiga, st loob nende vahel seose, olgugi et ta ei aja neid omavahel segi. Seega ei ole nõutav, et maineka kaubamärgi ja ja seda jäljendava kolmanda isiku poolt kasutatava tähise sarnasuse ulatus oleks selline, et asjaomase avalikkuse tajus tekiks segiajamise tõenäosus. Piisab, kui sarnasuse ulatus maineka kaubamärgi ja tähise vahel oleks selline, et asjaomane avalikkus loob selle tähise ja kaubamärgi vahel seose.¹³⁴

Euroopa Kohus oma otsustes *Google* andnud tõlgendamisjuhised ning kaks eeldust, millal kahjustatakse päritolufunktsiooni. Esiteks, sellisel juhul, kui kolmanda isiku reklaamsõnumis antakse mõista, et tema ja kaubamärgiomaniku vahel on majanduslik seos. Teiseks, kui reklaamsõnum, viitamata võimalikule majanduslikule seosele kaubamärgiomanikuga, on siiski asjaomaste kaupade või teenuste päritolu osas niivõrd ebamäärane, et piisavalt informeeritud ja mõistlikult tähelepanelikul internetikasutajal ei ole reklaamlingi ja sellega seotud kaubandusliku

¹³¹ C-342/97 *Lloyd Schuhfabrik Meyer*, p 17

¹³² C-251/95 *Sabel*, p 22

¹³³ C-558/08 *Protakabin*, p. 70

¹³⁴ C-102/07 *Adidas* p.29

teadaande põhjal võimalik kindlaks teha, kas reklaamija on kaubamärgiomanikuga võrreldes kolmas isik või hoopis temaga majanduslikult seotud.

Kaubamärgi eristusvõime või maine ebaõiglase ärakasutamise nn „parasiitlust“ on Euroopa Kohus sisustanud kohtuasjas C-323/08 *Inerflora*. Euroopa Kohus on otsustanud, et märksõnaks teise isiku kaubamärgiga identse tähise valinud reklaamija eesmärk on, et internetikasutajad, kes sisestavad selle sõna otsingusõnana, klikivad mitte üksnes selle kaubamärgi omanikult pärinevatel kuvatavatel linkidel, vaid ka reklaamija reklaamlingil.¹³⁵ Vaieldamatu, et mida mainekam on kaubamärk seda suurema tõenäosusega kasutab suur hulk internetikasutajaid otsingul selle kaubamärgi nime märksõnana, eesmärgiga saada teavet selle kaubamärgiga seotud kaupade või teenuste kohta. Kohtujurist N.Jääskinen oma ettepanekus on märkinud, olukorras, kui maineka kaubamärgiomaniku konkurent valib Interneti viitamisteenuse raames märksõnaks kolmanda isiku maineka kaubamärgi, toimib ta selle kaubamärgi eristusvõime ja maine ärakasutamise eesmärgil.¹³⁶ Ka see on vaieldamatu, et kui internetikasutaja ostab konkurendi reklaami nägemise järel viimase poolt pakutava kauba või teenuse selle kaubamärgi omaniku kauba või teenuse asemel, kellele tema otsing algselt oli suunatud, siis saab see konkurent mainitud kaubamärgi eristusvõimest ja mainest tegelikku kasu ning ei maksa ta üldreeglina sellise kasutamise eest kaubamärgi omanikule mingit hüvitist.¹³⁷

Kohtuotsuses *L'Oréal* jt kirjeldab Euroopa Kohus kaubamärgi maine ärakasutamist järgmiselt: „kui kolmas isik üritab maineka kaubamärgiga sarnase tähise kasutamisega asuda asjaomase kaubamärgi kiiluvette, et saada kasu viimase atraktiivsusest, reputatsioonist ja prestiižist ning kasutada seda ilma rahalist hüvitist maksmata ja ise kaubamärgiomaniku ärilisse panusesse selle kaubamärgi kuvandi loomisel ja säilitamisel panustamata, siis tuleb seda kasutamist pidada kaubamärgi eristusvõime või maine ebaõiglaseks ärakasutamiseks.”¹³⁸ Kaitse selle vastu ei seisne mitte kaubamärgiomaniku kaitses tema kaubamärgi kahjustamise eest, vaid pigem kaubamärgiomaniku kaitses selle eest, et rikkuja ei saaks kaubamärki loata kasutades ebaõiglast eelist.¹³⁹

¹³⁵ Liidetud kohtuasi p. 67

¹³⁶ Kohtujuristi N.Jääskinen ettepanek kohtuasjas C-323/09, p.96

¹³⁷ C-323/09 *Interflora*, p.87, 89

¹³⁸ C-487/07 *L'Oréal* p 49

¹³⁹ Kohtujuristi ettepanek otsuses C-323/09 *Interflora*, p.53

Lähtuvalt eelpool toodust peab järeldama, et kaubamärgi päritolu- ja eristamisfunktsiooni kahjustamisega on tegemist siis, kui kaubamärgiga identse või sarnase tähise kasutamine ei võimalda piisavalt informeeritud ja mõistlikult tähelepanelikul internetikasutajal aru saada, kas kaubad või teenused pärinevad kaubamärgiomanikult või temaga majanduslikult seotud ettevõtjalt või muu isikuga, või võimaldab tal sellest aru saada üksnes raskustega. Seetõttu leian kasutatud analoogia alusel, et kaudselt peab kaubamärgiga sarnase tähise keelatud kasutamise puhul esinema ka kahjulik mõju kaubamärgi eristamisfunktsioonile ning juhul, kui tegemist on identsete kaupade või teenustega, siis tuleb lähtuda kohtuasjade *Google* ja *Interflora* antud tõlgendamisjuhistest. Kaubamärgi päritolufunktsiooni kahjustamist tuleb eeldada, kui otsingumootori tulemuste kuvamisel esitatud tulemused ei võimalda piisavalt informeeritud ja mõistlikult tähelepanelikul internetikasutajal aru saada, kas need kaubad või teenused pärinevad kaubamärgiomanikult või temaga majanduslikult seotud ettevõtjalt või hoopis kolmandalt isikult, või võimaldab tal sellest aru saada üksnes raskustega. Keskmise internetikasutaja käsitlemisel saab kohaldada äravahetamise tõenäosuse kriteeriume.

3.3.2. Kahjulik mõju kaubamärgi reklaamfunktsioonile

Reklaamifunktsioon on juba kaua aega olnud kaubamärgi tähtsuselt teiseks funktsiooniks päritolu- ja eristamisfunktsiooni kõrval. Ilma kaubamärgita oleks firmatoodete reklaamimine raskendatud või lausa võimatu. Reklaam aitab ettevõttele turustada väljakujunenud firmatoodangut ja ka uusi tooteid kiiremini turule tuua ning reklaamimine võib ettevõtte konkurentsivõimet parandada. Ühtlasi peetakse vähemalt üldjuhul reklaamina käsitletavana ka kaubamärgi vahendusel edastatavat teavet.

Kahjuks ei ole Eesti Kohus kaubamärgi reklaamifunktsiooni käsitletud, analüüsides ainult päritolu- ja eristamisfunktsiooni seega tuleb lähtuda tõlgendamisel Euroopa Kohtu praktikast. Euroopa kohus on pööranud suuremat tähelepanu ning sisustanud ja analüüsinud esmajoones päritolu- ja eristamisfunktsiooni, kuigi on maininud, et lisaks sellele on ka muid kaubamärgi funktsioone, mille kahjustamise tagajärjel võib kaubamärgiomanik oma ainuõigust rakendada. Esmakordselt märkis Euroopa Kohus oma kohtulahendis *Arsenal*, et kaubamärgil on lisaks päritolu- ja

eristamisfunktsioonile ka muid funktsioone, kuid ei sisustanud neid kohtuotsuses põhjalikumalt.¹⁴¹ Kohtuasjas *L'Oreal* leidis kohus, et kaubamärgi funktsioonide hulka ei kuulu üksnes kaubamärgi peamine funktsioon tagada tarbijatele kauba või teenuse päritolu- ja eristamist -, vaid ka sellised funktsioonid, nagu asjaomase kauba või teenuse kvaliteedi tagamine, või teabe, investeeringute ja reklaamiga seotud funktsioonid.¹⁴² Järgnevalt analüüsin kaubamärgi reklaamifunktsiooni võimaliku kahjustamist kolmanda isiku poolt kaubamärgiga identse või sarnase tähise kasutamisel veebiotsingu optimeerimisel. Reklaamifunktsiooni sisustamisel tuleks lähtuda Euroopa Kohtu lahendi *Google* tõlgendusest, mille kohaselt kujutab kaubamärgi reklaamifunktsioon endast kaubamärgiomaniku võimalust kasutada kaubamärki müügi edendamiseks ja äristrateegia vahendina, eesmärgiga teavitada ja veenda tarbijat või lõppkasutajat.¹⁴³

Reklaamiga seotud funktsiooni kohta on Euroopa Kohus *Google* ja *BergSpechte* kohtuasjades leidnud, et sviitamisteenuse raames ei saa kaubamärgi reklaamifunktsiooni kahjustada.¹⁴⁶ See järeldus on kohtu poolt tehtud lähtudes sellest, et kuna kaubamärgiomanik viitamisteenuse raames teisele isikule kuuluva kaubamärgiga identse tähise valimise tulemusel ei jätta kaubamärgi omanikku ilma võimalusest kasutada oma kaubamärki tõhusalt tarbijate teavitamiseks ja veenmiseks.¹⁴⁷

Kahjuks on ka Euroopa Kohtu tasandil liiga vähe kohtupraktikat, kus kaubamärgi reklaamifunktsiooni oleks käsitletud. Makstud otsingutulemuste kuvamine kaubamärgi kasutamine kolmandate isikute poolt ei mõjuta reklaamkulusid, kuna klikihinnast kaasnevad kulud kasvavad kolmandal isikul mitte kaubamärgiomanikul. Samuti on põhjenduseks kohus toonud asjaolu, et kaubamärgiomanikult ei võeta sellise tegevusega ära võimalus kasutada kaubamärki oma müügi edendamiseks ning kaubamärgiomanikule on jätetud võimalus võrdselt konkurentidega kasutada viitamisteenuse tellimisel enda kaubamärgiga identseid või sarnaseid tähiseid. Seega on kaubamärgiomanikule jätetud võimalus kasutada oma kaubamärki tarbijate teavitamiseks ja veenmiseks. Vaatamata sellele, et sellega kaasnevad kaubamärgiomaniku jaoks reklaamikulud, leidis kohus, et see ei mõjuta kahjustavalt kaubamärgi reklaamifunktsiooni. Veebiotsingu

¹⁴¹ C-206/01 *Arsenal*, p.51

¹⁴² C-236/08 *Loreal*, p.58

¹⁴³ Liidetud kohtuasi C-236/08 – C-238/07 *Google* p 91

¹⁴⁶ C-236/08 *Google* p 98, *BergSpechte* p 33

¹⁴⁷ Liidetud kohtuasi C-236/08 – C-238/07 *Google* p 96

optimeerimist võib võrrelda viitamisteenusega ning võib hinnata selliselt, et kaubamärgiomanikule on jäetud võimalus endal kasutada kaubamärki kaupade ja teenuste turustamiseks eesmärgiga tõhustalt teavitada ja veenda tarbijat.

Eelpool toodule järel dan ja asun seisukohale, et kolmanda isiku poolt kaubamärgiga identse või sarnase tähise kasutamisel veebiotsingu optimeerimisel eesmärgiga tõmmata ligi kasutajate tähelepanu veebilehele, ei ole tegemist kaubamärgi reklaamfunktsiooni kahjustamisega ning selle funktsiooni kahjustamisele ei saa kaubamärgiomanik tugineda oma ainuõiguse realiseerimisel.

3.3.3. Kahjulik mõju investeerimisfunktsioonile

Kaubamärgi tähtsus äritegevuses on viimastel aastatel oluliselt kasvanud ning sellele on lisandunud uusi funktsioone. Esimeses peatükis olen märkinud, et viimasel ajal on tähtsust kogunud lisaks eristamis- ja päritolufunktsioonile ka investeerimisfunktsioon. Kaubamärgi esmane ülesanne on eristada kaubamärgi omanikule kuuluvaid tooteid või teenuseid konkurentide omadest, läbi mille on on kaubamärgil tunnuse väärtus ning tarbijale on see signaal, mis kergendab ja stabiliseerib ostuotsuse tegemist, siis kaubamärgiomanikule on aga kaubamärgi majandusliku väärtuse teadvustamine ja tundmine eelduseks selle tõhusale tootlikule hoidmisele ja kasutamisele.¹⁴⁸ Euroopa Kohus on käsitlenud sellist kaubamärgi funktsiooni alates 2011 aasta kohtuasjas *Interflora* ja *Interflora British Unit* keskendudes varasemates lahendites vaid kaubamärgi päritolu- ja eristamisfunktsioonile ning reklaamifunktsioonile. Päritolu- ja eristamisfunktsiooni kõrval muude funktsioonide sisustamisel andis kasuliku panuse kohtujurist F.G.Jacobs oma ettepanekuga kohtuotsuses *Parfums Christian Dior* olles märkinud, et „ehkki Euroopa Kohus on alati rõhutanud, et kaubamärkide ülesanne on tagada kaupade päritolu, nimetas ta kaubamärgi teisi võimalikke ülesandeid, pidades neid pealegi kõnealuse peamise ülesande lahutamatuks osaks või vähemalt sellest tulenevateks „teabe, investeringute ja reklaamiga seotud ülesanded”, mis „tulenevad asjaolust, et kauba müügi edendamisse investeerimine on seotud kaubamärgiga”, ja on seega „väärtusega, mis väärrib iseenesest kaitset, isegi juhul, kui ei esine kaubamärgi kuritarvitamist seoses kauba päritolu või kvaliteedi väärity esitamisega”. pidades peamise kaubamärgi funktsiooni

¹⁴⁸ T.Kivi-Koitel, lk 17

lahutamatuks osaks või vähemalt sellest tulenevateks ning sealhulgas teabe, investeeringute ja reklaamiga seotud ülesanded, mis tulenevad asjaolust, et kauba müügi edendamisse investeerimine on seotud kaubamärgiga, ja on seega väärtusega, mis väärrib iseenesest kaitset, isegi juhul, kui ei esine kaubamärgi kuritarvitamist seoses kauba päritolu või kvaliteedi vääríti esitamisega.

Värskem asjas *Mitsubishi* on kohus tõlgendanud kaubamärgi investeeringuga seonduvat funktsiooni seesuguselt, et see tagab kaubamärgiomanikule võimaluse kasutada oma kaubamärki selleks, et saavutada erinevate turundusvõtete abil tarbijaid ligitõmbav ja nad margitruuks muutev maine või seda säilitada.¹⁴⁹ *Interflora* kohtuasjas on Euroopa Kohu hinnangul olukorda, kui kolmanda isiku poolt – nagu kaubamärgi omaniku konkurent – selle kaubamärgiga identse tähise kasutamine kaupade ja teenuste puhul, mis on identsed nendega, mille jaoks kaubamärk on registreeritud, takistab oluliselt kaubamärgi omaniku kasutamast oma kaubamärki selleks, et saavutada tarbijaid ligitõmbav ja nad margitruuks muutev maine või seda säilitada, siis tuleb teha järeldus, et selline kasutamine kahjustab kaubamärgi investeeringuga seotud ülesannet. Sellest lähtuvalt on kaubamärgiomanikul õigus direktiivi 2015/2436 artikli 10 lg 2 alusel keelata selline kaubamärgi kasutamine.

Olukorras, kus kaubamärgil on juba välja kujunenud teatud maine, kahjustatakse kaubamärgi investeeringufunktsiooni sellisel juhul, kui selle kaubamärgiga identse tähise kasutamine identsete kaupade ja teenuste jaoks kahjustab mainet ning seab seega ohtu selle säilitamisele. Euroopa Kohus välistas kaubamärgi investeerimisfunktsiooni kahjustamise, kui konkurent kasutab kaubamärgi ausa ja õiglase konkurentsi tingimustes ja kui sellise kasutamise tulemusel peab kaubamärgiomanik üksnes kohandama oma panust tarbijaid ligitõmbava ja nad margitruuks muutva maine saavutamiseks või säilitamiseks. Samamoodi ei saa kaubamärgi omanik tõhusalt tugineda asjaolule, et taoline kasutamine ajendab mõnda tarbijat hülgama kaubamärki kandvad kaubad või teenused.¹⁵¹

Eeltoodust lähenevalt asun seisukohale, et kaubamärgi investeerimisfunktsiooni kahjustamise hindamiseks tuleb iga üksiku juhtumi korral kontrollida, kas kolmanda isiku poolt kaubamärgi omaniku kaubamärgiga identse tähise kasutamine seab ohtu tarbijaid ligitõmbava või nad margitruuks muutva maine saavutamise või säilitamise kaubamärgiomaniku poolt.

¹⁴⁹ C-129/17 *Mitsubishi*, p 36

¹⁵¹ C-323/09 *Interflora*, p 63-64

Kaubamärgiomanikul on õigus keelata kolmandal isikul veebilehe otsingumootrile optimeerimisel kaubamärgiga identse või sarnase märksõna abil kaupade või teenuste kasutamine, kui selline takistab oluliselt kaubamärgiomanikul kasutamast oma kaubamärki selleks, et saavutada tarbijaid ligi tõmbav või neid margitruuks muutev maine või seda säilitada.

3.4. AINUÕIGUSE PIIRANGUTE MÕJU KAUBAMÄRGI KASUTAMISEL VEEBIOTSINGU OPTIMEERIMISEL

Eelmistes alapeatükkides jõudsin järeldusele, et veebiotsingu optimeerimisel märksõnana kaubamärgiga identse või sarnase tähise kasutamine kolmanda isiku poolt toimub KaMS § 14 lõige 1 punktide 1 ja 2 tähenduses ehk see toimub äritegevuses ja on seotud kaupade või teenustega. Järgnevalt tuleb analüüsida, millistel tingimustel ja millal võib kolmandal isikul olla õiguslik alus kaubamärgiga identse või sarnase tähise kasutamise veebiotsingu optimeerimisel.

Kaubamärgiomaniku ainuõiguse piirangud on sätestatud KaMS § 16, mille alusel on kaubamärgiomanikul teatud ainuõiguse piirangud. KaMS § 16 lõige 1 kohaselt kaubamärgiomanikul ei ole õigust keelata teistel isikutel kasutada kaubamärgiga identset või sarnast tähist äritegevuses häid äritavasid järgides kui:

- 1) teiste isikute nimesid ja aadresse;
- 2) kauba või teenuse 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, koosnevaid tähistusi;
- 3) tähiseid või andmeid, mis on muutunud tavapäraseks keelekasutuses või heauskses äripraktikas;
- 4) kaubamärki, kui see on vajalik kindla otstarbega kaubale, nagu näiteks abimaterjalid ja varuosad, või teenusele osutamiseks;
- 5) kaubamärgi mittekaitstavaid osi.

Direktiivi 2015/2436 artikli 14 kohaselt on kaubamärgi omaniku ainuõigust samuti piiratud ning selle alusel on kaubamärgi omanikul õigus keelata kolmel juhul kolmandatel isikutel kaubamärki kasutada äritegevuse (eelnevalt kehtinud direktiivis 89/104 „kaubandustegevuse“) käigus. Esiteks

kui tegemist on kolmanda isiku nime või aadressiga ning võrreldes eelmise direktiiviga on nüüd lisatud, et tegu peab olema füüsilise isikuga. Ehk on oluliselt piiratud isikute ringi, millega on ainuõiguse piirang välistatud juriidiliste isikute puhul. Teiseks pole kaubamärgi omanikul õigust keelata neid märke või tähiseid, mis ei ole eristatavad või mis tähistavad liiki, kvaliteeti, hulka, otstarvet, väärtust, geograafilist päritolu, kaupade tootmise või teenuste pakkumise aega või muid kauba või teenuse omadusi. Ning kolmandaks on kasutamise keelamine juhtudel, kui kasutamine on vajalik kaubamärgiomaniku kaupade või teenuste identifitseerimiseks või neile osutamiseks, eelkõige juhul, kui kaubamärgi kasutamine on vajalik kauba või teenuse kavandatud otstarbe näitamiseks eelkõige lisaseadme või varuosa puhul.

Kui võrrelda direktiivi 2015/2436 artiklit 14 ja KaMS § 16 lg 1, on KaMSi säte üle võetud eelmise direktiivi alusel ja ei sisalda piirangut, et kolmanda isiku nime või aadressi kasutamise keelamine on välistatud vaid füüsilise isiku puhul. Muud eeldused on mõlemas õigusaktis sarnased ning KaMS § 16 lg 1 on lisaks direktiivi 2015/2436 artikli 14 sätetele lisatud, et kaubamärgiomanik ei saa keelata kolmandatel isikutel kaubamärki kasutamist, kui tegu on tähistega või andmetega, mis on muutunud tavapäraseks keelekasutuseks või heauskses praktikas.

Sisuliselt on nii KaMS-is kui ka direktiivis 2015/2436 tegemist sama tingimusega, mis on sätestatud TRIPS-lepingu artiklis 17, mille järgi võivad Euroopa liidu liikmed ette näha piiratud erandeid kaubamärgiga antavate õiguste puhul. TRIPS-i kohaselt on selleks näiteks kirjeldavad terminid ausa kasutamise kohta, tingimusel et selliste erandite korral arvestatakse kaubamärgi omaniku ja kolmandate isikute seaduslikke huve.

Siiski, selleks et kolmas isik saaks tugineda KaMS § 16 lg-le 1 ja direktiivi 2015/2436 artiklile 14 ja sellega välistada kaubamärgi kasutamise rikkumist, peab olema lisaks eelpool toodule täidetud eeldus, et selline kasutamine toimub äritegevuses häid äritavasid järgides. Direktiivi sõnastuse kohaselt, kooskõlas ausa tööstus- ja kaubandustavaga, mis on minu arvates sama tähendusega ja antud töös kasutatakse neid sünonüümidena. Seda kinnitab ka Eesti kohtupraktika tuginedes Euroopa kohtu praktikale ning on käsitletud neid mõisteid ühtsetena. Seega kasutamine peab olema kooskõlas ausa tööstus- ja kaubandustavaga, mis on ainuke nii KaMS-s kui ka direktiivi-s nimetatud hindamiskriteerium.

Kuigi kohtupraktika heade äritavade mõiste sisustamisel on olnud väike nii Eestis kui ka Euroopa Liidus, on siiski võimalik sisustada seda mõistet nendest lähtudes. Euroopa kohus on sisustanud head äritava mitmetes kohtulahendites. Kohtuasjas C-100/02 otsuses „ausate tavade” tingimus on sisuliselt kohustus tegutseda õiglaselt kaubamärgi omaniku õigustatud huvide suhtes¹⁵². See tingimus väljendab kohustust olla kaubamärgiomaniku õiguspärasele huvidele lojaalne. Siinkohal tuleb märkida, et nimetatud ausa kasutamise tingimuse täitmist tuleb hinnata, võttes arvesse esiteks seda, millisel määral asjaomane üldsus või märkimisväärne osa sellest mõistab kolmanda isiku poolt ärinime kasutamist kui sidet kolmanda isiku kaupade ja kaubamärgi omaniku või kaubamärgi kasutamise õigust omava isiku vahel ja teiseks seda, millisel määral oleks kolmas isik pidanud sellest teadlik olema. Üks aspekt, mida peab hindamisel arvesse võtma, on see, et tegemist on kaubamärgiga, mis on teatud määral tuntud selles liikmesriigis, kus kaubamärk on registreeritud ja kus selle kaitset on nõutud, ning et sellest võiks kolmas isik saada kasu oma kaupade turustamiseks.¹⁵³

Ka on Euroopa Kohus leidnud, et direktiivi nr 89/104/EMÜ art 6 lg 1 lit c (KaMS § 16 lg 1 p 4 analoog) tähenduses vastab "ausate tavade" väljend kohustusele mitte eksida kaubamärgi omaniku õigustatud huvide vastu ebaõiglasel viisil¹⁵⁴ mida on Eesti kohtus kasutatud kohtuasjas GULF¹⁵⁵. Siinkohal tuleb rõhutada, et nimetatud ausa kasutamise tingimuse järgimise hindamisel tuleb arvestada esiteks seda, millisel määral asjaomane avalikkus või märkimisväärne osa sellest mõistab kolmandale identse või sarnase tähise kasutamist tema poolt kui sidet kolmanda isiku kaupade või teenuste ja kaubamärgiomaniku või kaubamärgi kasutamise õigust omava isiku vahel, ja teiseks seda, millisel määral kolmas isik oleks pidanud sellest teadlik olema. Seega ei ole kaubamärgi kasutamine kooskõlas ausa tööstus- või kaubandustavaga siis, kui selle alusel võib tekkida mulje, et kolmanda isiku ja kaubamärgi omaniku vahel on ärisuhe.¹⁵⁶

Lisaks sellele, kaubamärgi kasutamine ei ole kooskõlas ausa tööstus- ja kaubandustavaga siis, kui see võib mõjutada kaubamärgi väärtust, kasutades ära selle kaubamärgi eristusvõimet ja mainet, ning kui asjaomast kaubamärki sellega diskrediteeritakse või halvustatakse. Lõpuks, kasutamine ei

¹⁵² C-100/02 *Gerolsteine Brunner*, p. 24

¹⁵³ C-245/02 *Anheuser*, p. 82 - 83

¹⁵⁴ C-228/03 *The Gillette Company ja Gillette Group Finland Oy*

¹⁵⁵ RKTk, 3-2-1-4-06 *GULF*, p 32.

¹⁵⁶ C-63/97 *BMW* p 51

ole kooskõlas ausa kaubandustavaga eelmainitud artikli 6 lõike 1 punkti c mõttes juhul, kui kolmas isik esitleb oma kaupa sellise kauba imitatsiooni või koopiana, mis on tähistatud kaubamärgiga, mis talle ei kuulu.¹⁵⁷

See, et kolmas isik kasutab kaubamärki, mis talle ei kuulu, tema poolt turustatava kauba otstarbe näitamiseks, ei tähenda tingimata seda, et ta esitab oma kaupa kõnealuse kaubamärgiga tähistatud kaubaga võrdset kvaliteeti ja samaväärseid omadusi omavana.¹⁵⁸

2008. aasta kohtuasjas *Portakabin* selgitas kohus, et selleks, et oleks täidetud tingimus, kus kaubamärgiga identse võis sarnase tähise kasutamise tagajärjel võib tekkida mulje, et kolmanda isiku ja kaubamärgi omaniku vahel on ärisuhe, peab asjaomane avalikkus või märkimisväärne osa sellest mõistma kaubamärgi kasutamisest kolmanda isiku poolt kui sidet kolmanda isiku kaupade või teenuste vahel ning seda millisel määral oleks kolmas isik pidanud sellest teadlik olema.¹⁵⁹

Selles vaidluses kasutati kaubamärki kasutati viitamisteenuses ja kaubamärgi kasutamise tagajärjel said mõjutatud makstud tulemuste kuvamise tulemused. Siin leidis kohus, et selline kasutamine ei ole vastavuses ausa tööstus- ja kaubandustavaga, kui see toimub viisil, mil informeeritud ja mõistlikult tähelepanelikul internetikasutajal ei ole võimalik aru saada, kas reklaamitavad kaubad või teenused pärinevad kaubamärgiomanikult või temaga majanduslikult seotud ettevõtjalt või hoopis kolmandalt isikult, või võimaldab tal aru sada üksnes raskustega.¹⁶⁰ Siinkohal tuleb märkida, et sarnaselt viitamisteenusega ka veebiotsingu optimeerimisel kaubamärgiga identse või sarnase tähise kasutamine võib mitte olla kooskõlas hea tööstus- ja kaubandustavaga, kuna võib jätta mulje seosest kaubamärgiomaniku ja kolmanda isiku vahel.

Riigikohus on oma otsuses on leitud, et iseäranis ei vasta kaubamärgi kasutamine ausatele tööstus- või kaubandustavadele, kui see toimub viisil, mis võimaldab arvata, et kolmanda isiku ja kaubamärgiomaniku vahel on ärisuhe, kuna see kahjustab kaubamärki mh seeläbi, et kasutatakse ebaõiglaselt ära selle eristatavust või mainet. Eelnevast järeldab kolleegium, et hageja ei pea tõendama mitte seda, et kostja käitumine on jätnud mulje hageja ja kostja vahelisest ärisuhtest, vaid et tema käitumine võib sellise mulje jätta.¹⁶¹

¹⁵⁷ C-228/08 *Gillette*, p. 41-45

¹⁵⁸ Sama p 49

¹⁵⁹ C-558/08 *Protakabin*, p. 67

¹⁶⁰ C-228/08 *Gillette*, p. 68

¹⁶¹ 3-2-1-4-06 *GULF*, p.32

Arvestades eelpool toodud Riigikohtu ja Euroopa Kohtu praktikast „ausa tööstus- ja kaubandustava“ sisustamisel jõuan järeldusele, et kui kolmas isik kasutab kaubamärgiga identset või sarnast tähist veebiotsingu optimeerimisel eesmärgiga reklaamida oma kaupu või teenuseid kasu saamiseks, ei ole kolmandal isikul võimalik tugineda KaMS § 16 lg-s 1 sätestatud eranditele, kuna sellisel juhul ei ole kolmas isik tegutsenud häid äritavasid kasutades. KaMS § 16 lg-le 3 võib kolmas isik tugineda juhul, kui selline kasutamine ei anna alust arvata et kolmanda isiku ja kaubamärgiomaniku vahel on olemas majanduslik seos või kui selline kaubamärgi kasutamine ei kahjusta oluliselt kaubamärgi mainet.

3.5. Kaubamärgi otsingumootorite optimeerimisel kasutamine ebaausa konkurentsi tähenduses

Kaubamärgi kasutamist reguleerivat õigust võib leida lisaks KaMS-is sätestatule ka muudest õigusaktidest. Iga ettevõtja, kes pakub oma toodet või teenust turul, konkureerib teiste ettevõtjatega. Konkurents on üks majanduse toimimise põhiteguritest. Vaba majanduslik konkurents tähendab ettevõtte jaoks vabadust arendada oma majandustegevust iseseisvalt, sõltumata monopolsete firmade diktaadist või lepingutes sisalduvatest kitsendustest.¹⁶² Meie tarbimisharjumusi üritatakse igapäevaselt mõjutada erinevate turundusvõtete kaudu. Konkurentsiseaduse ülesandeks on konkurentsivabaduse kaitsmine, lähtudes eelkõige tarbija huvidest. Riigil on vaja seada turule piirangud, et seal ausalt tegutsevaid inimesi ebaausate poolt jalge alla ei tallataks. Seega toetab seadus turumajanduse üht alustala – ausat konkurentsi – ja peaks kaitsma nii tarbijaid kui kõiki teisi turusuhtes osalejaid ebaausate konkurentsivõtete ja pettuse ohvriks langemise eest.¹⁶⁴

Turgu korrastaval konkurentsiülesandel on kaubamärgiõiguses keskne roll. Kaubamärk on konkurentsil põhinevas süsteemis kesksel kohal. Kaubamärgi alusel võib ostja luua endale eelistusi eri toodete vahel ja sarnases olukorras leida kergesti turult soovitud toode. Niiviisi mõjutab kaubamärk konkurentsi olukorda.¹⁶⁵

¹⁶² H.Koitel. lk.67.

¹⁶⁴ sama, lk 55

¹⁶⁵ sama, lk 15

Konkurenstiga seotuid õiguslikke küsimusi reguleerib Eestis konkurentsiseadus (KonkS). Eesti konkurentsiseadus võeti vastu 16.juunil 1993 ja selle aluseks olid Rooma lepingu põhimõtted. Tänapäevaseks on seda seadust muudetud ja alates 1. oktoobrist 2001.a. kehtib uus konkurentsiseadus. Kaubamärgiõigus on oluline osa kahjustamata konkurentsi süsteemist, mille loomine ja säilitamine on Euroopa Ühenduse asutamislepingu eesmärgiks. Selle süsteemi kohaselt võivad ettevõtjad endale kliente hankida oma kaupade või osutatavate teenuste kvaliteedile tuginedes, ning see on võimalik ainult tänu nende kaupade identifitseerimist võimaldavatele eristavatele märkidele.¹⁶⁶ Lisaks sellele alates eelmise aasta 21.11.2018 kehtib Eestis ebaausa konkurentsi takistamise ja ärisaladuse kaitse seadus (edaspidi EKTÄKS).¹⁶⁷ Kuni selle seaduse jõustumiseni reguleeris Eestis ärisaladuste kaitse ja kõlvatu konkurentsi küsimusi konkurentsiseadus sisuliselt üksnes kolmes üldsõnalises paragrahvis, mis pani hagejale ebamõistlikult suure koormuse võimalikus kohtumenetluses. Nüüd on kõlvatu konkurentsi reguleerivad normid tõstetud üle uute seadusesse. EKTÄKS § 1 lõige 1 sätestab seaduse reguleerimisala, milleks on ebaausa konkurentsi keelu kehtestamine ning selle rikkumisest tulenevate nõuete ja nende menetlemise korra määramine. Ebaausa konkurentsi keeld ei ole Eesti õiguses uus, vaid on seni samal kujul kehtinud konkurentsiseaduse 7. peatükis kõlvatu konkurentsi keeluna. Kõlvatu konkurentsi regulatsiooni eraldamisel KonkS-st ja ületoomisel EKTÄKS-i muudeti termin „kõlvatu konkurents“ terminiks „ebaaus konkurents“, eesmärgiga, et see ühtiks keeleliselt termini ingliskeelse vastega „*unfair competition*“.¹⁶⁹ Lisaks sellele on muudetud võrreldes konkurentsiseadusega ning mõiste „konfidentsiaalse teabe“ asemel kasutatakse terminit „ärisaladus“.

Kuna seadus on uus, siis puudub vastav kohtupraktika. Seoses sellega tuleb lähtuda kohtupraktikast, mis on olnud kõlvatu konkurentsi tõlgendamise kohta, kui seda oli reguleeritud KonkS-is. Kuigi mõlemas seaduses on kasutatud äärmiselt üldist mõistet „kõlvatu konkurents“ või „ebaaus äritegevus“, millele otsest tähendust ei ole antud, on EKTÄKS § 3 lg 2 p-de 1, 2 ja 3 kohaselt ebaausa konkurentsi osutamist ka mõnevõrra konkretiseerinud ning lisatud loetelu, et

¹⁶⁶ C-10/89 *Hag*, p.13

¹⁶⁷ Ebaausa konkurentsi takistamise ja ärisaladuse kaitse seadus <https://www.riigiteataja.ee/akt/107122018002>

¹⁶⁹ EKTÄKS seletuskiri. Arvutivõrgus: https://www.advokatuur.ee/uploads/files/SK_%C3%84risaladuse-kaitse-direktiivi-%C3%BClev%C3%B5tmine_JuM.pdf

paremini aru saada mida peetakse ebaausa konkurentsina. Eelkõige on ebaausa konkurentsiga tegemist juhul, kui on esinenud ebaausa äritegevusega ning heade kommetega ja tavadega vastuolulist tegevust. Ebaausa äritegevuse ja heade kommete ja tavadega vastuolus oleva tegevuse mõistatel puudub legaaldefiniitsioon. Samas EKTÄKS § 3 lg 2 annab selle kohta loetelu võimalikest juhtudest – eksitava teabe avaldamine, avaldamiseks esitamine ja tellimine ning konkurendi või tema toote või teenuse halvustamine, ärisaladuse ebaseaduslik saamine, kasutamine ja avaldamine ning konkurendi töötaja või esindaja ärakasutamine. Näitlik loetelu ei ole ammendav ja kohtupraktika ei anna täiendavalt selgitust ebaausa, heade kommete ja tavadega vastuolus äritegevusele ning oma otsustes tuginevad kohtunikud olemasolevale loetelule.¹⁷⁰ Uue seaduse EKTÄKS § 3 lg 1 sätestab kindlalt ebaausa konkurentsi keeldu, eesmärgiga tagada ettevõtetevaheline aus konkurents ning kaitsta äriühingut konkurendi ebaeetilise äritaktika eest.¹⁷¹

Kaubandusettevõtjate kõlvatu käitumine on esialgu Euroopa Liidu tasandil eriregulatsiooni osas vaeslapse rollis. Selle vastu võitlemiseks on vaja kasutada igas liikmesriigis kehtivaid õigusnorme. Siseturu järkjärguline loomine tähendab, et liikmesriikide õiguse ühtlustamise meetmete puudumisel on nendevahelised erinevused legitiimsed, kuni see olukord liidu seadusandliku tegevuse kaudu parandatakse.¹⁷² Siinkohas on asjakohane mainida Tööstusomandi kaitse Pariisi konventsiooni, mille artiklis 10a on nõutud, et liikmesriigid tagaksid tõhusa kaitse kõlvatu konkurentsi vastu, on siduv kõigi ühenduse liikmesriikide jaoks. Seepärast võib põhjendatult eeldada, et hoolimata erinevustest on kõigil liikmesriikidel olemas õigusnormid selle eesmärgi saavutamiseks.¹⁷³ Kõlvatu konkurents on konventsiooni tähenduses igasugune konkurentsitoiming, mis on vastuolus ausate tavadega tööstuses ja kaubanduses. Selle alla kuuluvad keelud tegude vastu, mis võivad põhjustada mis tahes viisil konkurendi ettevõttes, toodetes või tööstuslikus või kaubanduslikus tegevuses arusaamatust; valeväiteid kommertstegevuses, mis võivad diskrediteerida konkurendi ettevõtte ja toote reputatsiooni, tööstuslikku või kaubanduslikku tegevust; teateid või väiteid, mille kasutamine kommertstegevuses soodustab üldsuse eksitamist kaupade iseloomu, valmistusviisi, omaduste, kasutuskõlblikkuse või koguse suhtes.

¹⁷⁰ K.Lepasepp. Konkurentsikaitse must stsenaarium. Arvutivõrgus: <https://www.raamatupidaja.ee/arvamused/2010/03/02/konkurentsikaitse-must-stsenaarium?template=comments>.

¹⁷¹ K.Ploom. Kõlvatu konkurents kui ebaaus äritegevus. Advokaadibüroo Aivar Pilv. Arvutivõrgus: <https://www.rup.ee/uudised/oigus/k-lvatu-konkurents-kui-ebaaus-aritegevus>

¹⁷² C-129/17 *Mitsubishi*, p 90

¹⁷³ sama, p 92

Pariisi konventsiooni artiklit 10a on lõige 1 sätestab, et liikmesriikidele kohustuse tagada liikmesriikide kodanikele tõhusa kaitse kõlvatu konkurentsi vastu ning lõige 2 toob sisse mõiste kõlvatu konkurents, milleks loetakse iga konkurentsitoimingut, mis on vastuolus ausate tavadega tööstuses ja kaubanduses. Artikli 10a lõike 3 järgi peab ilmtingimata keelduma kõikidest tegudest, mis võivad mis tahes viisil põhjustada konkurendi ettevõttes, toodetes või tööstuslikkus või kaubanduslikkus tegevuses arusaamatust. Samuti valeväidetest kommertstegevuses, mis võivad diskrediteerida konkurendi ettevõtte ja toote reputatsiooni, tööstuslikku või kaubanduslikku tegevust ning teadetest või väidetest mille kasutamine kommertstegevuses soodustab üldsuse eksitamist kaupade iseloomu, valmistusviisi, omaduste, kasutuskõlblikkuse või koguse suhtes.

Mis puutub kõlvatu konkurentsi ja intellektuaalse omandi, sh kaubamärkide õiguskaitse vahekorda, siis WIPO (Eesti ühines WIPO-ga 1994.aastal) asutamise konventsiooni artikkel 2 sätestab, et intellektuaalne omand hõlmab kaitset nii kaubamärkide kui kõlvatu konkurentsi vastu.¹⁷⁴ Samuti tuleb märkida, et kaubamärgi õigust reguleeriva direktiivi 2015/2436 artiklist 10 kohaselt kaubamärgi omaniku õiguste piiramise eesmärk on ühisturul omavahel sobitada kaubamärgiõiguse kaitse ning kaupade vaba liikumise ja teenuste osutamise vabaduse põhihuvid, nii et kaubamärgiõigus võiks täita olulist osa kahjustamata konkurentsi süsteemis, mille loomine ja säilitamine on asutamislepingu eesmärgiks.¹⁷⁵

Praktikas on konkurentsi kahjustamist, sealhulgas kõlvatut konkurentsi esinemist võrdlemisi raske tõendada ning sellest lähtuvalt on ka vähene kohtupraktika. Kuigi üksikuid kõlvatut konkurentsi puudutavaid kohtuvaidlusi on Eesti kohtutes peetud, on tegemist pigem erandlike kohtuvaidlustega. Praegune tõendamiskoormise jaotus ja nõuded hagiavaldusele selliseid kohtuvaidluseid ei soosi ning hagejal on enamasti mõttekam olukorraga leppida, kui üritada läbi kolme kohtuastme aastatepikkuseid vaidlusi pidada. Võitlus ebaausa konkurentsi vastu ei ole üksnes ettevõtjate mure, vaid distsiplineerivate reeglite olemasolu on vajalik riigile endale turumehhanismi toimimiseks. Euroopa Kohtu kohtupraktika on samuti väga tagasihoidlik.

¹⁷⁴ H.Koitel, lk.67

¹⁷⁵ C-63/97 *BMW*, p 62

Veebiotsingu optimeerimisel kaubamärgiga identse või sarnase tähise kasutamine ilma kaubamärgiomaniku loata võiks olla ebaaus konkurents eelkõige eksitava teabe avaldamise näol. Eksitava teabe korral lähtuvalt nii EKTÄKS § 4 lg 2 kui ka Pariisi konventsiooni artikli 10a lg 3 p 3 sätetest tuleb hinnata, kas kolmanda isiku käitumises on ebaausa konkurentsi tunnuseid ehk vastavalt EKTÄKS § 3 lg 2 tuleb tuvastada, et kas selline tegevus on vastuolus heade kommete ja tavadega ning et kas kaubamärgiga identse või sarnase tähise kasutamine tekitab tarbijates eksliku mulje eelkõige kaupade päritolu ja omaduste kohta. Ka konventsiooni regulatsiooni kohaselt selleks, et saaks tugineda kõlvatu konkurentsi sätetele, peavad need konkurentsitoimingud olema ausate tavadega vastuolus ning toimuma tööstus- ja kaubandustegevuses.

Veebiotsingu optimeerimisel pole minu arvates välistatud, et see võib olla EKTÄKS § 3 lg 2 p 1 ja lg 2 ning § 3 lg 1 järgi keelatud ebaausa konkurentsiga eksitava teabe avaldamise näol. Kaubamärgiomanikud saavad kahjustada, kui konkureerivad ettevõtted ei käitu heast usust ja äritavadest lähtuvalt.

Eelnevates alapeatükkides jõudsin järeldusele, et selline kaubamärgiga identse või sarnase tähise kasutamine kolmanda isiku poolt veebiotsingu optimeerimisel on vastuolus ausa tööstus- ja kaubandustavaga. Professor Dessemontet Luisiane ja Fribourgi Ülikoolist on leidnud, et igasugune konkurents, mis on vastuolus ausate tavadega tööstus- või kaubandusajades kujutab endast ebaausat konkurentsi.¹⁷⁶ Eelpool olen leidnud, et veebiotsingu optimeerimisel kaubamärgiomaniku loata kaubamärgi kasutamine on tegevus, mis eksitab tarbijat ning teatud juhtudel tekitab eksliku mulje kaupade päritolu ja omaduste kohta.

Direktiivi 2015/2436 preambula järgi ei välista direktiiv liikmesriikide muude õigusnormide, nt kõlvatut konkurentsi, tsiviilvastutust või tarbijakaitset reguleerivate sätete kohaldamist kaubamärgivaidlustes. Euroopa Kohus on ärinime kasutamist puudutavas vaidluses leidnud, et direktiivi 89/104 art 5 lg 5 (direktiivi 2015/2436 artikli 10 analoog) järgi võib liikmesriik omal soovil ja enda määratud eeldustel kaitsta kaubamärki tähise kasutamise vastu muul eesmärgil, kui

¹⁷⁶ F.Dessemontet. Universities of Lausanne and Fribourg, Switzerland Protection of Trade Secrets and Confidential Information

kaupade või teenuste eristamine, kui selle tähise kasutamine kasutab ära või kitsendab kaubamärgi eristatavust või mainet õigustava põhjuseta ebaõiglasel viisil.¹⁷⁷

Domeeninime ja kaubamärgi kohtuasjas *Veskimöldre*¹⁷⁸ kohus otsustas, et kaubamärgiomanik ei saa tugineda registreeritud kaubamärgist tulenevale õigusele ning selle õiguse kaitseks hagi esitamine põhimõtteliselt ei saa olla käsitatav kõlvatu konkurentsi osutamisenä KonKS § 50 lg 1 p 1 ja § 51 järgi (analoog EKTÄKS § 3 lg 1). KaMS § 14 lgst 1 tulenevalt annab registreeritud kaubamärk selle omanikule ainuõiguse kaubamärgi suhtes. Seejuures on kaubamärgiomanikul KaMS § 57 lg 1 p 1 järgi õigus esitada oma ainuõiguse kaitseks hagi ainuõigust rikkunud isiku vastu mh õigusrikkumise lõpetamiseks. Kostja saab esitada rikkumisele KaMS-ist tulenevaid vastuväiteid, sealhulgas tugineda KaMS §s 16 sätestatud kaubamärgiomaniku ainuõiguse piirangutele. Samuti on kostjal võimalik esitada KaMS §de 52 ja 53 alusel vastuhagi kaubamärgiomaniku ainuõiguse tühisteks või lõppenuks tunnistamiseks.¹⁷⁹ Selle seisukohaga on kohus põhimõtteliselt andnud juhised, et kaubamärgiomanikul on antud võimalused ainuõiguse kaitseks tuginedes KaMS sätetele, mis hõlmavad kaitset ka kolmandate isikute ebaausa konkurentsi vastu.

Kokkuvõtvalt võib öelda, et veebiotsingu optimeerimisel kaubamärgiga identse või sarnase tähise kasutamine võib endas kujutada ebaausa konkurentsi EKTÄKS § 3 p 1 ja § 4 lg 2 tähenduses, kui see on vastuolus heade kommete ja tavade ning eksitava teabe avaldamisega, mis võivad tekitada eksliku mulje eelkõige päritolu ja omaduste kohta, kuid tugineda EKTÄKS sätetele kaubamärgiomaniku ainuõiguse kaitseks ei saa, kuna sellist kaitset pakub KaMS. Kaubamärgiomanikul on KaMS § 57 lg 1 p 1 järgi õigus ainuõiguse kaitseks, mis hõlmab ka kaitset kaubamärgi funktsioonide kahjustamise vastu.

¹⁷⁷ C-23/01 *Robelco*, p 30.

¹⁷⁸ 2-1-6665 *Veskimöldre*, p 17.1

¹⁷⁹ 2-16-6665 *Veskimöldre*, p.17.1

3.6. Kaubamärgi otsingumootorite optimeerimisel kasutamine reklaami- ja tarbijakaitse seaduse kontekstis

Eksitava reklaamiga seonduvat reguleerib Euroopa Ühenduse Nõukogu 10. septembri 1984. a direktiiv nr 84/459/EMÜ liikmesriikide eksitava reklaami kohta käivate õigus- ja halduseeskirjade ühtlustamiseks.

KaMS § 14 lg 2 p 5 kohaselt kaubamärgiomanikul on õigus keelata kolmandatel isikutel kasutada äritegevuses ning muu hulgas tähise kandmisel äridokumentidele, reklaammaterjalidele ja kauba kasutamishendile. Veebilehe otsingumootoritele optimeerimisel ei saa vaadelda seda tegevust kui tähise kandmist reklaammaterjalidele, kuna kaubamärgi tähis jääb üldjuhul tarbijale varjatuks.

Olen eelnevalt analüüsinud ja jõudnud järeldusele, et kaubamärgiga identse või sarnase tähise kasutamine veebiotsingu optimeerimisel ei mõjuta kahjustavalt kaubamärgi reklaamfunktsiooni. Leian, et vaatamata sellele järeldusele tuleb vaadata sellist kasutamist ka reklaami- ja tarbijakaitse seaduste (TKS) sätete seisukohalt. Kuigi funktsioonile endale kahjustavat mõju ei toimu, võib kaubamärgiga identse või sarnase tähise kasutamine olla vastuolus reklaami põhimõtetega.

Kauplemisvõtte on TKS § 12 lg 1 kohaselt on kaupleja tegevus, tegevusetus, teguviis või esitusviis, kommertstedaanne, sealhulgas reklaam, ja turustamine, mis on otseselt seotud kauba või teenuse reklaamimise, pakkumise, müügi või tarnimisega tarbijale või tarbijalt asja ostmisega. Internetiturundus on tänapäeva turunduse üks olulisemaid komponente. Internetiturunduse eesmärk on olla pidevalt vaateväljas oma kindlale sihtgrupile. See annab parimad tulemused toote müügiks nii otseses kui pikemas perspektiivis. Internetiturunduse viise on erinevaid, nagu näiteks sotsiaalmeediaturundus, erinevad kampaaniad läbi teiste veebisaitide, e-posti turundus, lojaalsusprogrammid, millega suurendada müüki veebilehe kaud jne. Olen seisukohal, et ka veebilehe otsingumootoritele optimeerimine on üheks turundusviisiks. TKS § 14 keelab kasutada ebaausaid kauplemisvõtteid, mille lõige 2 sätestab ebaausa kauplemisvõtte kasutamise üldise keelu. Tallinn Halduskohus on oma otsuses eelkirjeldatud sätetest tuletanud esmalt selle, et ebaausa kauplemisvõtte (eksitava kauplemisvõtte) ja ka eksitava reklaami hindamisel tuleb hinnata ka seda, kas kauplemisvõtte (sh reklaam) avaldab tarbijatele tehinguotsuste tegemisel tõenäoliselt eksitavat mõju.¹⁸² TKS § 16 lg 2 esimese lause järgi peetakse kauplemisvõtet eksitavaks, kui sellega esitatud

¹⁸² 3-16-664 *ALM Invest*, p.37

teave on ebaõige või kui faktiliselt õige teabe esitusviis petab või tõenäoliselt petab keskmist tarbijat ja kummalgi juhul teeb või tõenäoliselt teeb keskmine tarbija selle mõjul tehinguotsuse, mida ta muul juhul ei oleks teinud. RekS § 4 lg 1 järgi on reklaam, mis ükskõik millisel viisil eksitab või tõenäoliselt eksitab isikuid, kellele see on suunatud või kelleni see jõuab, ja mis oma eksitava iseloomu tõttu võib mõjutada nende isikute majanduskäitumist või nimetatud põhjustel kahjustab või võib kahjustada reklaami tellija konkurenti, on keelatud.

Ebaausa kauplemisvõtte tuvastamise üheks nõutavaks aluseks on kaupleja käitumise mittevastavus ametialase hoolsuse nõuetele. Ebaausad kauplemisvõtted jagunevad TKS regulatsioonis kaheks alaliigiks – eksitavad ja agressiivsed kauplemisvõtted. Neid mõlemaid käsitletakse eriti ebaausate kauplemisvõtetena. Mõlema kauplemisvõtte alaliigi puhul on mittesoovitavaks tagajärjeks keskmise tarbi- ja majanduskäitumise moonutamine, mille tulemusel tarbija teeb või tõenäoliselt võib teha tehinguotsuse, mida ta muul juhul ei oleks teinud.¹⁸³ Eksitava kauplemisvõtte kasutamist keelav regulatsioon lähtub põhimõttest, et keskmist tarbijat ei tohi mõjutada tegema tehinguotsust, mida ta muidu teinud ei oleks. Ei tohi kitsendada tema võimalusi teha teadlik otsus.¹⁸⁴

Tallinna Halduskohus on oma otsuses eelkirjeldatud sätetest tuletanud esmalt selle, et ebaausa kauplemisvõtte (eksitava kauplemisvõtte) ja ka eksitava reklaami hindamisel tuleb hinnata ka seda, kas kauplemisvõtte (sh reklaam) avaldab tarbijatele tehinguotsuste tegemisel tõenäoliselt (st arvatavasti) eksitavat mõju.¹⁸⁵

Kuigi TKS § 13 lg 2 teise lause kohaselt ebaausa kauplemisvõtte kasutamise keelu rikkumine ei too endaga kaasa tehingu tühisust, on siiski ebaausa kauplemisvõtte tõttu kahju kannatanud tarbijal võimalus esitada vastavalt TKS sätetele tsiviilhagi ja nõuda hüvitist talle tekitatud kahju eest. Ühelt poolt võib kaubamärgi kasutamist kolmandate isikute poolt optimeerimisel pidada üldiselt eksitava kauplemisvõttena, kuna sellega kuvatud otsingutulemused on esitatud ebaõigelt, kuid teiselt poolt, ei mõjuta see ilmtingimata keskmist tarbijat tegema tehinguotsust. Keskmine tarbija otsib otsingumootorite abil mingit konkreetset kaubamärki ja see, et selle kaubamärgi otsingutulemusena on kõrgematel positsioonidel mingid suvalised veebilehed, ei pea minu arvates mõjuta tema käitumist ning ta otsib tulemuste seast just temale sobiva ja antud kaubamärgiga seonduva veebilehe. Edasi tuleks vaadata, kas kaubamärgi kasutamine veebilehe otsingumootorite

¹⁸³ M.Kingsepp. Tarbijakaitseõigus Euroopa Liidus ja Eestis. Tallinna Raamatutrükikoda, 2010, lk. 137

¹⁸⁴ M.Radeideh. Fair Trading in EC Law. Europa Law Publishing, Groningen 2005, lk 270.

¹⁸⁵ 3-16-664 *ALM Invest*, p.37

optimeerimisel on käsitletav reklaamina RekS § 2 lg 1 p 3 mõistes ja kas kaubamärgi kasutamine kolmandate isikute poolt on õigustav. RekS § 4 sätestab eksitava reklaami kasutuskeelu. Ebakorrektnel või eksitav reklaam võib mõjutada keskmist tarbijat hankima mittevajaliku kaupa või teenust.

Eksitav ning võrdlev reklaam on kaubandusvõtte, mis moonutab nii tarbijate kui ka ettevõtjate valikuid. Äriühingute vahelistele suhetele kohaldatakse Euroopa Liidu tasandil eksitava ja võrdleva reklaami direktiivi 2006/114/EÜ. Selle direktiivi kohaldamisalasse kuulub ettevõtjalt ettevõtjale suunatud eksitav või võrdlev reklaam, mis võib kahjustada konkurenti, kuid ei kahjusta otseselt tarbijat.¹⁸⁶ Eksitava reklaami legaaldefiniitsioon sisaldub RekS § 4 lg 1. Selle sätte kohaselt on eksitava iseloomuga reklaam, mis ükskõik millisel viisil eksitab või tõenäoliselt eksitab isikuid, kellele see on suunatud või kelleni see jõuab, ja mis oma eksitava iseloomu tõttu võib mõjutada nende isikute majanduskäitumist või nimetatud põhjustel kahjustab või võib kahjustada reklaami tellija konkurenti. Eksitav reklaam on keelatud. Eksitamiseks piisab üksnes majanduskäitumise mõjutamise võimalusest, tegeliku eksitamise tõendamine ei ole nõutav. Reklaam on eksitav, kui selle adressaadil tekkinud ettekujutus kaubast, teenusest või selle pakkumise tingimustest ei vasta tegelikkusele.

Ebaausate kauplemisvõtete direktiiviga 2005/29/EÜ muudeti eksitavat ja võrdlevat reklaami reguleerivat direktiivi ja piirati selle kohaldamisala. Eksitava ja võrdleva reklaami direktiiv 84/450/EMÜ kohaldub nüüdsest vaid ettevõtjate vahelistele suhetele, kus eksitava reklaamiga kahjustatakse konkurendi huve (nt konkurendi halvustamine), kuid ei kahjustata tarbijate majandushuve. Direktiivi 84/450/EMÜ on Eesti siseriiklikus õiguses üle võetud reklaamiseaduses. Kui eksitav või võrdlev reklaam kahjustab või võib kahjustada reklaami tellija või kaubaturu konkurenti, lähtutakse RekS § 4 ja 5 sätetest.

Eksitava iseloomu selgitamisel ja reklaami hindamisel tuleb arvestada RekS § 4 lõikes 2 toodud asjaolusid. Reklaami loetakse eksitavaks eelkõige siis, kui see annab eksitavat teavet kaupa, teenust, kauba müüki või teenuse osutamist iseloomustavate järgmiste asjaolude kohta:

¹⁸⁶ Euroopa Nõukogu 10. septembri 1984. aasta direktiiv, mis käsitleb eksitava reklaamiga seotud liikmesriikide õigusnormide ühtlustamist (84/450/EMÜ), EÜT L 250, 19.9.1984, lk 17. Direktiivi on muudetud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 6. oktoobri 1997 direktiiviga 97/55/EÜ, mis muutis direktiivi 84/450/EMÜ eksitava reklaami kohta, arvates selle hulka võrdleva reklaami, EÜT L 290, 23.10.1997, lk 18.

- 1) kättesaadavus, kogus, koostis, kasutamiskõlblikkus, lisatarvikute olemasolu, tehnilised andmed, kasutamise ja hoidmisega seotud riskid, sealhulgas keskkonnaohutus, valmistamise, varumise või osutamise viis ja aeg, tootmispaik või päritolumaa;
- 2) kasutusotstarve ja kasutamisest saadav tulu;
- 3) hind ja hinna tasumise tingimused;
- 4) vahetamise, tagastamise, remondi, hoolduse ja garantii tingimused;
- 5) kauba tootja või teenuse osutaja isik, tema tegevusala ja kvalifikatsioon, kuulumine ametiliitudesse ja organisatsioonidesse, käitumiskoodeksite järgimine, intellektuaalse omandi õigused, ametlik tunnustus, medali, auhinna ja diplomiga autasustamine, keskkonda säästev tegevus ning avalike ja heategevate ürituste toetamine või muu sponsorlus. Toodud loetelu on näitlik, mis tähendab, et lisaks sellele võib reklaami lugeda eksitavaks ka muude reklaamis eksitava viisil esitatud asjaolude tõttu.

Siiski leian, et kõike seda eelpool toodut silmas pidades ei saa lugeda kaubamärgi kasutamist veebilehe otsingumootoritele optimeerimisel märksõnana tähise kasutamist „kandmisena“ reklaammaterjalidele KaMS § 14 lg 2 punkt 5 tähenduses, sest kaubamärk ei ole nähtav tavakasutajale otsingumootoris viidatavas kolmanda isiku veebilehe kuvamisel. Kuigi selleks, et kontrollida, kas kolmas isik kasutab võõrast kaubamärki veebilehe otsingumootoritele optimeerimisel on võimalik, eeldan siiski, et keskmine tavapäraste harjumustega tarbija ei tegele uuri seda, vaid keskendub pakuvate otsingutulemuste sisule. See võib olla aktuaalne kaubamärgi omaniku silmis, et tõendada, et kolmas siiski rikub kaubamärgiomaniku ainuõigust, eeldusel, et ta teeb seda oma äritegevuses kasu saamise eesmärgil. Seetõttu järeldan, et sellist tegevust ei saa pidada „kandmiseks“ reklaammaterjalidele KaMS § 14 lg 2 p 5 tähenduses.

ReKS § 4 reguleerib reklaami keelamist, mitte kaubamärgiga identse või sarnase tähise kasutamist, mistõttu ei ole ReKS § 4 alusel keelatud kolmandal isikul veebiotsingu optimeerimisel märksõnana kaubamärgiga identse või sarnase tähise kasutamine, kui kasutaja suudab kõrvaldada eksimuse riski. Siinkohal järeldan, et nii KaMS § 14 kui ka ReKS § 4 annavad kaubamärgiomanikule õiguse teatud tingimustel keelata kolmandatel isikutel kaubamärgi kasutamise, kuid eelpool toodule, omab kaubamärgi veebiotsingu optimeerimisel toime pandud kaubamärgi õigusrikkumise hindamisel siseriiklikult tähtsust ainult KaMS sätted.

KOKKUVÕTE

Magistritöös uurisin, kuidas KaMS-is sätestatud õiguskaitselahendite regulatsioon kaitseb kaubamärgi omaniku õigusi kaubamärgiga identse või sarnase tähise märksõnana kasutamisel kolmandate isikute poolt veebiotsingu optimeerimisel. Töö uurimusküsimus oli järgmine: milliste asjaolude esinemisel on võimalik kvalifitseerida kaubamärgiomaniku ainuõiguse rikkumine, juhul kui kolmas isik kasutab kaubamärgiga identset või sarnast tähist märksõnana veebiotsingu optimeerimisel eesmärgiga parandada otsingutulemuste kuvamisel oma veebilehe positsiooni. Töö hüpotees oli püstitatud uurimisküsimusest lähtuvalt, et: kolmas isik võib kasutada kaubamärgiga identset või sarnast tähist märksõnana veebiotsingu optimeerimisel eesmärgiga parandada otsingutulemuste kuvamisel oma veebilehe positsiooni ilma, et sellega oleks rikutud kaubamärgiomaniku ainuõigust. Jõudsin tõestatud küsimuse suhtes järgmistele järeldustele.

Esimese peatükis käsitlesin kaubamärgi olemust ja kaubamärgi ainuõiguse regulatsiooni Eesti õigusruumis. Kaubamärgiomaniku kaitset reguleerivad normid tulenevad eelkõige kaubamärgiseadusest. Kaubamärgiomaniku ainuõiguse sisu on avatud esmajoonel KaMS §-s 14. Kaubamärgiomanik võib selle sätete alusel keelata kolmandatel isikutel kasutada kaubamärki ilma tema loata. Kaubamärgiomanik võib KaMS § 57 lg 1 p 1 järgi nõuda tema ainuõigust rikkunud isikult õigusrikkumise lõpetamist.

Teises peatükis käsitlesin veebiotsingu optimeerimist kui ühte internetiturunduse liikidest. Samuti oli käsitletud otsingumootorite tööpõhimõtteid. Kuna veebiotsingu optimeerimise tehnika eeldab kasutamiseks spetsiifilisi teadmisi, siis uurisin nii eriala inimestelt kui ka kirjandusest kuidas see toimib. See oli eelkõige vajalik selleks, et aru saada, kas ja millisel moel võib selle turundusmeetme kasutamisel olla rikutud kaubamärgiomaniku ainuõigust. Jõudsin järeldusele, et kogu veebiotsingu optimeerimise tööpõhimõtte on rajatud märksõnade kasutamisele ehk nendele sõnade, fraasidel ja sõnade kombinatsioonidele, mida kasutajad otsivad otsingumootorites. Kuna kaubamärk KaMS § 3 järgi on tähis, millega on võimalik eristada ühe isiku kaupa või teenust teise isiku samaliigilisest kaubast või teenusest, siis kaubamärgiga sarnase või identse tähise kasutamisel võib olla rikutud kaubamärgiomaniku ainuõigust.

Kolmandas peatükis analüüsisin kohtute varasemaid seisukohti kaubamärgi kasutamisel. Kuna veebilehe otsingumootoritele optimeerimise kohta puudub kohtupraktika, siis uurisin sarnase turundusmeetodi nagu tasulise viitamisteenuse¹⁸⁸ kohta tehtud kohtuotsuseid. Peamiseks allikaks analüüsimisel oli Euroopa Kohtu otsus liidetud kohtuasjades nr C-236/08 – C-238/08 *Google*, kus Euroopa Kohus andis esmakordselt juhised tasulise viitamisteenuse kaudu kaubamärgi õigusrikkumise tuvastamiseks.

Ettevõtte on enda jaoks selgeks teinud, et sellest, kui nähtavad, kergesti leitavad ning millisel positsioonil kuvatakse nende veebileht otsingumootorite tulemuste kuvamisel, sõltub olulisel määral nende äri tulemuslikkus.¹⁸⁹ Seega peamine eesmärk selleks on olla võimalikult kõrgel positsioonil tulemuste kuvamisel otsingumootorites, kuna enamuse kasutajaid klikib üldjuhul esimesel lehel olevatele viidetele. Levinuimad internetiturundusmeetodid on veebiotsingu optimeerimine, klikipõhise hinnaga tekstireklaamid ja sotsiaalmeedia kampaaniad. Otsingumootori turundus (inglise *search engine marketing*, lühend SEM) ja selle alamkategoriad – otsingumootori tasuline reklaamimine (inglise *search engine advertising*, lühend SEA) ja otsingumootoritele optimeerimine (inglise *search engine optimization*, lühend SEO) on ühed suuremad ja olulisemad internetiturunduse liike. Erinevus SEM ja SEO vahel seisneb selles, et otsingutulemuste kajastamisel on SEM abiga turundatud veebilehel üleval pool või kõrval, on nähtavalt eraldatud teistest tulemustest ja nende veebilehtede tulemuste ees on kirjutatud sõna reklaam vastava riigi või kasutaja keeles.

Kaubamärgiomaniku ainuõiguse rikkumise kriteeriumide esitamisel olen esmajoones lähtunud Euroopa kohtuasjas *Google* esitatud kriteeriumidest. Nii KaMS § 14 lg 2 kui ka direktiiv 2015/2436 art 10 lg 2 eeldavad, et kaubamärgiomaniku ainuõiguse rikkumise tuvastamisel on oluline, et kaubamärgiga identse või sarnase tähise kasutamine peab olema toimunud äritegevuse käigus. Selleks, et hinnata, kas kaubamärgi kasutamine toimub äritegevuses, tuleb hinnata, kas e-kaubandusega tegelev ettevõtte kasutab kaubamärgiomanikule kuuluvat kaubamärki oma

^{188 188} Teises peatükis selgitasin, et otsingumootorite puhul on olemas kaks põhilist tehnikat, tasuline viitamisteenus ehk SEM ja veebilehe otsingumootorile optimeerimine ehk SEO. Otsingumootori viitamisteenuse puhul veebilehe omanik valib otsingumootori poolt pakutavatest märksõnadest endale sobivad. Veebilehed indekseerib otsingumootor vastavalt nende märksõnadele ja otsingumootori tulemuste kuvamisel võtab need arvesse. Nende kahe erinevus seisneb selles, et viitamisteenuse kasutamisel esitatakse lingid veebilehele, mille ees on sõna „reklaam“ vastava riigi keeles. Veebilehe omanik maksab otsingumootorile iga kliki eest, kui kasutaja sellele veebilehele suundub.

¹⁸⁹ Ghauri, P. Gronhaug, K. (2002). Äriuringute meetodid. Praktilisi näpunäiteid. Teine väljaanne. Tallinn: Külim, lk 3

äritegevuses majandusliku kasu saamise eesmärgil. Kuna veebiotsingu optimeerimise tehnika on üles ehitatud muuhulgas eesmärgil võimaldada e-kaubandusega tegelevatel ettevõtetel tõsta oma positsiooni otsingumootorite tulemuste kuvamisel ja pakkuda internetikasutajatele oma kaupu või teenuseid, läbi mille kasvab külastajate arv nende veebilehel. Järeldasin, et nad käituvad eesmärgiga saada teenuse kaudu majanduslikku kasu. Eeltoodust tulenevalt leidsin, et veebiotsingu optimeerimisel kasutavad kolmandad isikud kaubamärgiga identse või sarnase tähise veebilehtede otsingumootorite optimeerimisel äritegevuses KaMS § 14 ja kaubandustegevuses direktiivi 2015/2436 artikli 10 lg 2 mõttes.

Teine eeldus, lisaks sellele, et kaubamärgiomaniku ainuõiguse rikkumiseks peab õiguskaitse saanud tähist olema kasutatud „äritegevuses“¹⁹⁰, tuleneb KaMS § 14 lg-st 1, et tähist peab olema kasutatud „kaupade või teenuste suhtes“. Ka direktiivi 2015/2436 artikkel 10 lõige 2 annab õiguse takistada kõiki kolmandaid isikuid kasutamist ilma kaubamärgiomaniku loata eeldab samuti kasutamist kaupade või teenuste suhtes mis tahes tähist. Kohtuotsuses *Celine* kohtuotsuses kohus otsustanud, et isegi kui identset või sarnast tähist ei kanta kaubale, on siiski tegemist kasutamisega „kaupade või teenuste puhul“ direktiivi 89/104 artikli 5 (direktiivi 2015/2436 artikli 10 analoog), tingimusel, et kolmas isik kasutab seda tähist nii, et loob seose tähise ja tema poolt turustatavate kaupade või osutavate teenuste vahel. Otsingumootorisse otsinguks kaubamärgiga identse või sarnase tähise sisestamisel kasutaja eeldab, et kuvatud tulemused on selle tähisega seotud. Sellega luuakse ettekujutus, et otsitav tähis on seotud kuvatavate tulemustega. Eelnevalt tulenevalt võib asuda seisukohale, et kuna nii uue direktiivi 2015/2436 artikkel 10 lõige 2 kui ka enne seda kehtinud direktiiv 89/104 artikkel 5 lõige 1 ning siseriiklik KaMS § 14 lg 1 p 1 ja 2 on kohaldamine sarnane, et ka siis, kui veebiotsingu optimeerimisel kaubamärgiga identne või sarnane tähis kasutamine on varjatud ja otseselt ei nähtu sarnaselt maksutud otsingutulemuste kuvamisega. Seda kinnitab ka Euroopa Kohtu praktika. Seega järeldasin, et kaubamärgiga sarnase või identse tähise kasutamine veebiotsingu optimeerimisel toimub kaubamärgi kasutamise „kaupade või teenuste puhul“ KaMS § 14 lg 1 p 1 ja p 2 tähenduses.

¹⁹⁰ 2-16-6665 *Veskimöldre*, p 14

Liidetud kohtuasjas C-236/08 – C-238/08 *Google* arvas kohus, et kaubamärgist tuleneva ainuõiguse kasutamine peab piirduma nende juhtudega, kus tähise kasutamine kolmanda isiku poolt kahjustab või võib kahjustada kaubamärgi funktsioonide täitmist. Analüüsisin kolme põhifunktsiooni kahjustamise võimalust kaubamärgi kasutamisel veebiotsingu optimeerimisel. Esiteks, kõige tähtsamat eristus- ja päritolufunktsiooni, teiseks reklaamfunktsiooni ning viimasel ajal samuti tähtsust omavat investeerimisfunktsiooni.

Leidsin, et kaubamärgi päritolu- ja eristamisfunktsiooni kahjustamisega on tegemist siis, kui kaubamärgiga identse või sarnase tähise kasutamine ei võimalda piisavalt informeeritud ja mõistlikult tähelepanelikul internetikasutajal aru saada, kas kaubad või teenused pärinevad kaubamärgiomanikult või temaga majanduslikult seotud ettevõtjalt või muu isikuga, või võimaldab tal sellest aru saada üksnes raskustega ning selle kaubamärgi funktsiooni kahjustamist tuleb sellisel juhul.

Liidetud kohtuasjades *Google Euroopa* kohus jõudis järelduseni, et viitamisteenuse raames kaubamärgiga identse või sarnase kasutamine ei kahjusta kaubamärgi reklaamifunktsiooni, kuna kaubamärgiomanikule endale on jäetud võimalus kaubamärgi kasutamiseks reklaami eesmärgil. Veebiotsingu optimeerimisest võib võrrelda otsingumootori viitamisteenusega ning sarnaselt sellega on kaubamärgiomanikul jäetud võimalus endal kasutada kaubamärki kaupade ja teenuste turustamiseks ning tarbija tõhusaks teavitamiseks ja veenmiseks. Jõudsin järeldusele, et kolmanda isiku poolt kaubamärgiga identse või sarnase tähise kasutamisel veebiotsingu optimeerimisel eesmärgiga tõmmata ligi kasutajate tähelepanu veebilehele pole tegemist kaubamärgi reklaamifunktsiooni kahjustamisega ning selle funktsiooni kahjustamisele ei saa kaubamärgiomanik tugineda oma ainuõiguse realiseerimisel kuna reklaami eesmärgil on kaubamärgiomanikul on samuti olemas võimalus kaubamärgi kasutamiseks.

Euroopa Kohus välistas kaubamärki investeerimisfunktsiooni kahjustamise, kui konkurent kasutab kaubamärgi ausa ja õiglase konkurentsi tingimustes ja, kui sellise kasutamise tulemusel peab kaubamärgiomanik üksnes kohandama oma panust tarbijaid ligitõmbava ja nad margitruuks muutva maine saavutamiseks või säilitamiseks. Kohtupraktikat on väga vähe ja seega investeerimisfunktsiooni kahjustamist tuleb kohtul hinnata iga üksiku juhtumi korral eraldi. Seni

olnud kohtupraktika tõlgenduste alusel on kaubamärgiomanikul õigus keelata kolmandal isikul viitamisteenuse raames kaubamärgiga identse või sarnase märksõna abil kaupade või teenuste kasutamine, kui selline takistab oluliseks kaubamärgiomanikul kasutamast oma kaubamärki selleks, et saavutada tarbijaid ligitõmbav või neid margitruuks muutev maine või seda säilitada.

Lisaks sellele olen kolmandas peatükis analüüsinud kaubamärgi kasutamist kolmandate isikute pool veebiotsingu optimeerimisel ilma kaubamärgiomaniku loata ebaausa konkurentsi ja eksitava reklaami seisukohalt. Kokkuvõtvalt võib öelda, et veebiotsingu optimeerimisel kaubamärgiga identse või sarnase tähise kasutamine võib endas kujutada ebaausa konkurentsi EKTÄKS § 3 p 1 ja § 4 lg 2 tähenduses, kui see on vastuolus heade kommete ja tavadega ja sisaldab eksitava teabe avaldamist, mis võivad tekitada eksliku mulje eelkõige päritolu ja omaduste kohta, kuid tugineda EKTÄKS sätetele kaubamärgiomaniku ainuõiguse kaitseks ei saa, kuna sellist kaitset pakub KaMS. Kaubamärgiomanikul on KaMS § 57 lg 1 p 1 järgi õigus ainuõiguse kaitseks, mis hõlmab ka kaitset kaubamärgi funktsioonide kahjustamise vastu.

ReKS § 4 reguleerib reklaami keelamist, mitte kaubamärgiga identse või sarnase tähise kasutamist, mistõttu ei ole ReKS § 4 alusel keelatud kolmandal isikul veebiotsingu optimeerimisel märksõnana kaubamärgiga identse või sarnase tähise kasutamine, kui kasutaja suudab kõrvaldada eksimuse riski. Siinkohal järeldan, et nii KaMS § 14 kui ka ReKS § 4 annavad kaubamärgiomanikule õiguse teatud tingimustel keelata kolmandatel isikutel kaubamärgi kasutamise, kuid eelpool toodule, omab kaubamärgi veebiotsingu optimeerimisel toime pandud kaubamärgi õigusrikkumise hindamisel siseriiklikult tähtsust ainult KaMS sätted.

Eelpool toodud võib asuda seisukohale, et kohtupraktika puudumisel antud küsimuses tuleb lähtuda eelkõige kohtupraktikast, mis käsitleb viitamisteenust. Euroopa Kohus on võtnud selge suuna, et kaubamärgi kasutamisel kaubamärgiomaniku ainuõiguse rikkumisel tuleb lähtuda printsiibist, et kaubamärgist tuleneva ainuõiguse kasutamine peab piirduma nende juhtudega, kus tähise kasutamine kolmanda isiku poolt kahjustab või võib kahjustada kaubamärgi ülesannete täitmist. Kaubamärgi põhiülesanneteks ehk põhifunktsioonideks tuleb seejuures pidada päritolu- ja eristamisfunktsiooni, reklaamifunktsiooni ning viimasel ajal aktuaalseks muutunud investeerimisfunktsiooni.

РЕЗЮМЕ

Правовые проблемы в оптимизации сайта для поисковых систем с точки зрения права о торговом знаке

Тема данной работы была выбрана мною из-за личного интереса к данной области. Я вплотную столкнулась с проблемой использования торгового знака, принадлежащего нашему предприятию третьими лицами без разрешения владельца. В результате чего, при вводе в качестве поискового слова в поисковой системе, в перечне результатов позиция сайта наших конкурентов была выше чем нашего сайта. Начав изучать данный вопрос более детально, выяснилось, что третье лицо, в данном конкретном случае наш конкурент, использовал наш торговый знак при оптимизации своего сайта для поисковых систем. Этот случай и послужил отталкивающей точкой для написания работы на данную тему.

Задачей данной работы было выяснить, при каких условиях использование третьими лицами торгового знака в оптимизации поисковых систем дает владельцу право на реализацию исключительного права на владение. Исходя из поставленной цели мною был поставлен вопрос для исследования: при проявлении каких обстоятельств возможно квалифицировать нарушение исключительного права владельца торгового знака в случае, когда третье лицо использует похожий или идентичный знак при оптимизации сайта для поисковой системы?

Данная работа структурно состоит из трех глав. Первая часть носит теоретический характер и предметом рассмотрения этой главы являются вопросы о сущности торгового знака и исключительного права владельца торгового знака. Также рассмотрены характерные для торгового знака функции и их роль.

Во второй главе рассматривается сущность работы поисковых систем и возможности интернет-маркетинга. Также изучены приемы и техники оптимизации сайта для поисковых систем. В третьей главе рассмотрела использование торгового знака при оптимизации сайта поисковым системам с точки зрения законодательных актов. Для этого был использован анализ судебных решений как местных, так и Европейских Судов. Выяснено, в каких случаях и при проявлении каких обстоятельств использование третьими лицами торговой марки может привести к реализации исключительного права владельца торгового знака.

Если в недавнем прошлом интернет использовался преимущественно для поиска информации, то сегодня ситуация сильно изменилась. Постоянное увеличение числа интернет-пользователей, новые технологии и многие другие факторы превратили интернет и в мощнейший маркетинговый инструмент и в место для продаж одновременно.

Оптимизация сайта для поисковых систем (на английском *search engine optimization*, сокр. *SEO*) это техника, включающая в себя комплекс мер по внутренней и внешней оптимизации для поднятия позиций сайта в результатах выдачи поисковых систем по определенным запросам пользователей для привлечения потенциальных клиентов и целью последующей монетизации. Правила оптимизации задаются поисковыми системами. Каждая из них использует и регулярно обновляет собственные алгоритмы ранжирования, которые складываются из множества факторов. И, хотя формулы находятся в секрете, специалисты знают, какие факторы имеют наибольший вес. Воздействуя на них, можно улучшить позиции по ключевым запросам в результатах поиска.

Согласно закону о товарном знаке (далее ЗоТЗ), товарный знак – это обозначение, которое предназначено для индивидуализации товаров и позволяют отличать товары одних производителей от других, и подлежит специальной регистрации. регистрация торгового знака дает его владельцу исключительное право на владение, пользование и распоряжение торговым знаком. Торговый знак имеет множество функций, но большинство авторов сходятся в классификации следующих функций: различительная или информативная, рекламная и инвестиционная функции.

При оптимизации поисковых систем использование ключевых слов является фундаментальной основой продвижения сайта, так как именно на анализе соответствия текстов сайта его поисковому запросу основано функционирование основных алгоритмов любой поисковой системы. Также ключевые слова очень часто называют ключевыми запросами, так как любой поисковый запрос состоит из одного или нескольких ключевых слов. Торговый знак по своей сути может в таком случае быть ключевым словом при оптимизации сайта поисковым системам.

Согласно ЗоТЗ статье 14 главе 1 владелец торгового знака имеет право запретить использование товарного знака в бизнесе третьим лицам в определенных случаях. Во-первых закон гласит, что запретить можно только в случае, если третье лицо использует его

в бизнесе. Во-вторых, использование должно быть связано с товарами или услугами. Поскольку владелец торгового знака имеет исключительное право на свой торговый знак, то он имеет право запретить его использование третьими лицами в случае нарушений этого права. Согласно решения Европейского Суда помимо этого важно, чтобы использование третьими лицами торгового знака не влияло на функции торгового знака негативно. ЗоТЗ статья 16 дает третьим лицам возможность использовать торговый знак, не нарушая исключительного права владельца торгового знака.

Анализируя данные предпосылки я пришла к выводу, что при использовании третьими лицами торгового знака в целях оптимизации сайта поисковым системам, третьи лица делают это в бизнесе и это связано с товарами и услугами в соответствии с ЗоТЗ статьи 14 части 1. В отношении негативного влияния на функции товарного знака пришла к выводу, что на рекламную функцию использование товарного знака в оптимизации не влияет негативно, поскольку владелец торгового знака сам может также использовать его в этих целях. В отношении различительной и информативной функции необходимо предполагать нарушение, поскольку использование торгового знака в таком случае может привести пользователя поисковой системы в заблуждение и он может связать результаты поиска с третьим лицом. В отношении инвестиционной функции суд должен определять негативное влияние в каждом конкретном случае отдельно, поскольку судебной практики в данном вопросе достаточно мало.

С точки зрения недобросовестной конкуренции и вводящей в заблуждение рекламы я пришла к выводу, что нет необходимости основываться на соответствующие закона, а достаточно опираться на статью 57 раздела 1 пункта 1 закона о торговом знаке. Данное положение закона покрывает эти виды нарушений.

Ключевые слова: поисковая система, торговый знак, интеллектуальная собственность.

KASUTATUD MATERJALIDE LOETELU

Kasutatud kirjandus

1. Burge, D. Patent and trademark. Wiley&Sons 1999. 3th ed.
2. Dessemontet, F. Universities of Lausanne and Fribourg, Switzerland Protection of Trade Secrets and Confidential Information.
3. Dinwoodil, G., Janis, M. Trademark Law and Theory. The Editors and Contributors Severally 2008.
4. Enge, E., Spencer, S., Striccola, C.J.. The art of SEO: Mastering search engine optimization. 3rd edition. Reilly 2015.
5. Ghauri, P., Gronhaug, K. Äriuringute meetodid. Praktilisi näpunäiteid. Teine väljaanne. Tallinn: Külim 2002.
6. Henning-Bodewig, F. Unfair competition law: European Union and member states. International Competition Law Series Volume 18. Kluwer Law International, Haag 2006.
7. Gottschalk, E jt. The Law Applicable to Intellectual Property Rights. Conflict of Laws in a Globalized World. New York: Cambridge University Press 2007.
8. Ledford, J. SEO Search Engine Optimization Bible. 2nd edition. Wiley Publishing 2009
9. Smith, N. SEO and search marketing in a week: search engine optimization and search engine marketing. Kidle edition 2013.
10. Isaac, B. Brand Protection Matters. London: Sweet & Maxwell 2000.
11. Jantsch, J., Singleton, P. SEO for growth: The ultimate guide for marketers, web designers & entrepreneurs. Kindle edition 2016.
12. Jehoram, T., Nipsen, C., Huydecoper, T. European Trademark Law. Walters Cluver 2010.
13. Kivi-Koskinen, T. Tööstusomandi õiguskaitse. Tallinn: Juura 2002.
14. Koitel, H. Kaubamärk ja kõlvatu konkurents. Tallinn : Eesti Riigikaitse Akadeemia 1997.
15. Kurisoo, K., Kaur, K., Ant, P. Intellektuaalne omand. Äripäev 2009.
16. McCarthy, J. McCarthy on Trademarks and Unfair Competition. 4th Edition. Volume 1. Minnesota: West Group 1996.
17. Mehhanov, J. Bazovyi kurs poiskovoi optimizazii. Fatum, S.-Peterburg 2008.
18. Moran, M. Search engine marketing, Inc. Driving search traffic to your companies web site. Chicago: IBM Press 2009.

19. Moorlat, O. Tööstusomandi õiguskaitse. Tallinn Olion, 1995.
20. Proven, C.P. Internet marketing techniques to grow your business. Wiley 2009.
21. Shih, B., Chen, C., Chen, Z. An Empirical Study of an Internet Marketing Strategy for Search Engine Optimization. *Human Factors and Ergonomics in Manufacturing & Service Industries*, 23 (4) 2013.
22. Radeideh, M. Fair Trading in EC Law. Europa Law Publishing, Groningen 2005B.Silverstein. Internet Marketing for Information Technology Companies. 2nd edition. Maximum Press 2001.
23. Vihalemm, A. Turundusuuringu alused. Tallinn: Külim 2001.

Kasutatud normatiivaktid

24. Intellektuaalomandi õiguste kaubandusaspektide leping (TRIPS). RT II 1999, 22, 123.
25. Euroopa Ühenduse Nõukogu 21.12.1988. a direktiiv 89/104/EMÜ kaubamärke käsitlevate liikmesriikide õigusaktide ühtlustamise kohta.
26. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 22.10.2008. a direktiiv 2008/95/EÜ kaubamärke käsitlevate liikmesriikide õigusaktide ühtlustamise kohta (kodifitseeritud versioon).
27. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2015/2436 16. detsembrist 2015, kaubamärke käsitlevate liikmesriikide õigusaktide ühtlustamise kohta (uuesti sõnastatud).
28. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 11.07.2007. a määrus (EÜ) nr 864/2007 lepinguväliste võlasuhete kohta ("Rooma II"). – ELT L 199, 31.07.2007.
29. Euroopa Ühenduse Nõukogu 10.09.1984 direktiiv 84/450/EMÜ mis käsitleb eksitava reklaamiga seotud liikmesriikide õigus- ja haldusnormide ühtlustamist. EÜT L 250, 19.9.1984.
30. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 09.06.1997 direktiiv 97/55/EÜ, mis muutis direktiivi 84/450/EMÜ eksitava reklaami kohta, arvates selle hulka võrdleva reklaami, EÜT L 290, 23.10.1997.
31. Ebaausa konkurentsi takistamise ja ärisaladuse kaitse seadus. - RT I, 07.12.2018, 2.
32. Ebaausa konkurentsi takistamise ja ärisaladuse kaitse seaduse eelnõu seletuskiri.
33. Kaubamärgiseadus - RT I, 28.12.2011, 4.
34. Konkurentsideadus. - RT I, 13.03.2019, 92.
35. Tarbijakaitse seadus. - RT I, 19.03.2019, 61.
36. Reklaamiseadus. - RT I, 12.12.2018, 61.

Kasutatud kohtupraktika

Eesti kohtupraktika

37. RKTko 3-2-1-4-06 *Gulf*
38. RKTko 3-2-1-86-07 *Rautakesko*
39. RKTko 3-2-1-77-10 *Uvic*
40. RKTko 3-2-1-123-11 *Peremuna*
41. RKTkm 3-2-1-162-14 *Vene Muuseum*
42. RKTko 2-16-6665 *Veskimöldre*
43. TlnHko 3-16-664 19.09.2016, *ALM Invest*
44. HMKo 31.05.2011, 2-10-47190

Euroopa Ühenduse kohtupraktika

45. EKo 23.05.1978, C-102/77 *Hoffmann-LaRoche*
46. EKo 17.10.1990, C-10/89 *Hag*
47. EKo 22.06.1994, C-9/93 *IHT Internationale Heiztechnik jt*
48. EKo 04.11.1997, C-337/95 *Parfums Christian Dior*
49. EKo 11.11.1997, C-251/95 *Sabel*
50. EKo 23.02.1999, C-63/97 *BMW*
51. EKo 22.06.1999, C-342/97 *Lloyd*
52. EKo 12.11.2002, C-206/01 *Arsenal*
53. EKo 21.11.2002, C-23/01 *Robelco*
54. EKo 06.05.2003, C-104/01 *Libertel Groep jt*
55. EKo 07.01.2004, C-100/02 *Gerolsteine Brunner jt*
56. EKo 16.11.2004, C-245/02 *Anheuser-Busch*
57. EKo 17.03.2005, C-228/03 *Gillette*
58. EKo 11.09.2007, C-17/06 *Celine*
59. EKo 22.11.2007, C-328/06 *Alfredo Nieto Nuño jt*
60. EKo 10.04.2008, C-102/07 *Adidas*
61. EKo 10.02.2009, C-478/07 *L'Oreal, kohtujurist P.Mengozzi ettepanek*
62. EKo 18.06.2009, C-478/07 *L'Oreal*
63. EKo liidetud kohtuasjades 23.03.2010, C-236/08–C-238/08 *Google*

64. EKo liidetud kohtuasjades 23.03.2010, C-236/08–C-238/08 *Google kohtujuristi M.P.Maduro ettepanek*
65. EKo 25.03.2010, C-278/08 *BergSpechte*
66. EKo 08.07.2010, C-558/08 *Protakabin*
67. EKo 24.03.2011, C-323/09 *Interflora*
68. EKo 24.03.2011, C-323/09 *Interflora, kohtujuristi N.Jääskinen'i ettepanek*
69. EKo 14.09.2017, C-628/15 *The Trustees*
70. EKo 25.07.2018, C-129/17 *Mitsubishi*

Muu

71. MKM-i tööstusomandi apellatsioonikomisjoni otsus nr 853-o.
72. MKM-i tööstusomandi apellatsioonikomisjoni otsus nr 893-984-o.

Kasutatud muu materjal

73. .Adams, R.L. What is online marketing? Forbes, 27.04.2018 Arvutivõrgus: <https://www.forbes.com/sites/robertadams/2017/04/27/what-is-online-marketing-the-definitiveguide-to-internet-visibility/#12bdcdc1377f> (15.02.2018)
74. .Blachman, N. How Google Works. Arvutivõrgus: http://www.googleguide.com/google_works.html
75. Eelma, E. Mis toimub Eesti e-kaubanduses aastal 2016? Arvutivõrgus: <http://www.kaubandus.ee/uudised/2015/11/25/mida-toimub-estis-e-kaubanduses-aastal-2016>
76. Google Algorithm Change History. Arvutivõrgus: <https://moz.com/google-algorithm-change>
77. Mis asi on täpsemalt otsingumootor? Arvutivõrgus: <https://veebihai.ee/mis-asi-tapsemalt-otsingumootor/>
78. Google Inc. Corporate Information. Arvutivõrgus: <http://www.google.com/intl/en/corporate/history.html>
79. Internetiturundus. Arvutivõrgus: <https://et.wikipedia.org/wiki/Internetiturundus>
80. Search Engine Market Share Estonia august 2017 – august 2018. Arvutivõrgus: <http://gs.statcounter.com/search-engine-market-share/all/estonia#monthly-201708-201808>

81. E-kaubanduse kasutamine on tõusuteel. Statistikaamet 19.01.2017. Arvutivõrgus: <https://blog.stat.ee/2017/01/19/e-kaubanduse-kasutamine-on-tousuteel/?highlight=e-kaubandus>
82. Individuals having ordered/bought goods or services for private use over the internet in the last three months. 27.12.2018. Arvutivõrgus: <https://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&plugin=1&language=en&pcode=tin00067>
83. E-kommerts Eestis kasvab vähemalt 30% aastas. 21.11.2018. Arvutivõrgus: <https://e-kaubanduseliit.ee/e-kommerts-eestis-kasvab-vahemalt-30-aastas/>
84. R.L.Adams.What is online marketing? Forbes, 27.04.2018 Arvutivõrgus: <https://www.forbes.com/sites/robertadams/2017/04/27/what-is-online-marketing-the-definitiveguide-to-internet-visibility/#12bdcdc1377f>
85. Otsingumootorid. Arvutivõrgus: <https://dspace.ut.ee/bitstream/handle/10062/17610/otsingumootorid.html>
86. AdWordsi põhitõed kuidas korraldada edukat kampaaniat? Arvutivõrgus: <http://failid.seire.ee/wsi/2-Adwordsi-pohitoad-kuidas-korraldada-edukat-kampaaniat.pdf>
87. Kodulehe optimeerimine parandab kodulehe leitavust internetist. Arvutivõrgus: <https://kating.ee/kodulehe-optimeerimine-parandab-leitavust/>
88. Kuidas leida ja valida SEO jaoks õiged märksõnad? Arvutivõrgus: <https://www.veebimajutus.ee/blogi/seo-marksona-valimine>
89. Otsingumootoritele optimeerimine (SEO) – põhjalik selgitus. 15.08.2017 Arvutivõrgus: <https://veebikoda.com/otsingumootoritele-optimeerimine/>
90. Google General Guidelines. Arvutivõrgus: <https://static.googleusercontent.com/media/www.google.co.uk/en/uk/insidesearch/howsearchworks/assets/searchqualityevaluatorguidelines.pdf> 20.07.2018

LIHTLITSENTS

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina Ivika Ganina (sünnikuupäev: 15.11.1977)

1. Annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose „Veebiotsingu optimeerimise õiguslikud küsimused kaubamärgi õiguse kontekstis“

mille juhendaja on Mario Rosentau,

- 1.1.reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi Dspace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;
- 1.2.üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi Dspace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.
2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.
3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tallinnas, 30.04.2019