

Протокол

№

гр. София, 24.06.2020 г.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Второ отделение 39 състав,
в публично заседание на 24.06.2020 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Миглена Николова

при участието на секретаря Александра Вълкова, като разгледа дело номер **10454** по описа за **2019** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

След спазване на разпоредбите на чл. 142, ал. 1 ГПК, във връзка с чл. 144 от АПК, на именното повикване в 14:30 часа, се явиха:

ЖАЛБОПОДАТЕЛЯТ – [фирма] - редовно призован, се представлява от адв. Т., редовно упълномощена, с пълномощно по делото, приета от съда от днес .

ЖАЛБОПОДАТЕЛЯТ – [фирма] – редовно призован, представлява се от адв. К., редовно упълномощен, с пълномощно по делото, приет от съда от преди.

ОТВЕТНИКЪТ – ПРЕДСЕДАТЕЛЯТ НА ПАТЕНТНО ВЕДОМСТВО редовно призован, представлява се от юрк. Н., редовно упълномощена, с пълномощно по делото, приета от съда от преди.

ВЕЩО ЛИЦЕ - В. П. Я., редовно призована, явява се лично.

СГП, редовно призована, не изпраща представител.

СЪДЪТ – По хода на делото?

СТРАНИТЕ /поотделно/ - Да се даде ход на делото.

Адв.К.- Представям доказателства за довнесен депозит от 285лв.

СЪДЪТ намира, че не са налице процесуални пречки за даване ход на делото, поради което

**ОПРЕДЕЛИ:
ДАВА ХОД НА ДЕЛОТО**

ДОКЛАДВА: С молба от 23.01.20г. [фирма] е внесъл депозит в размер на 300 лв. за поисканата от него експертиза. Днес представя доказателства за довнесен депозит от 285лв.

ДОКЛАДВА: С молба 13.03.20г. вещото лице е депозирало справка – декларацията си.

ДОКЛАДВА: С Молба от 14.05.20г. адв. Т. уведомява за нов съдебен адрес.

ДОКЛАДВА: На 15.01.20г. , преди предходното заседание, е била постъпила молба от адв. Ц., като пълномощник на [фирма], с представени доказателства относно разностите по делото.

ДОКЛАДВА: Постъпило заключение по СМЕ на 13.03.20г. Има справка - декларация и декларация за липса на конфликт на интереси. Към настоящия момент е събран в цялост депозитът в размер на 585 лв., за колкото е справка – декларацията на вещото лице.

СЪДЪТ ВРЪЧВА на [фирма] екземпляр от СМЕ.

СТРАНИТЕ /поотделно/ - Да се приемат писмените доказателства.

СЪДЪТ по доказателствата

ОПРЕДЕЛИ:

ПРИЕМА и ПРИЛАГА така докладваните молби и писмени доказателства.

ПРИСТЪПИ КЪМ ИЗСЛУШВАНЕ НА ЗАКЛЮЧЕНИЕТО.

СНЕМА САМОЛИЧНОСТТА НА ВЕЩОТО ЛИЦЕ:

В. П. Я. на 73 г., българка, български гражданин, неосъждана, без дела и родство със страните.

СЪДЪТ предупреди вещото лице за наказателната отговорност по чл. 291 от НК и същото обеща да даде вярно и обективно заключение.

ВЕЩОТО ЛИЦЕ - Представила съм експертиза в срок, която поддържам. Предупредена съм за отговорността по чл. 291 от НК.

Въпрос на АДВ. К. към вещото лице – Може ли вещото лице да обясни защо счита, че процесната марка е сходна във висока степен с по-ранната словна марка рег.№ 90086? В какво се изразява словното сходство? За всяка от двете мерки кой е отличителния елемент?

Отговор ВЕЩОТО ЛИЦЕ – Когато се определя сходство и идентичност между марки, първо трябва да се определят доминиращи и отличителни елементи на двете марки. Когато марката съдържа повече от една дума или има образни елементи, се определя доминиращ елемент. В случая обаче по- ранните марки, и двете, съдържат само по един елемент, който в едната е словен елемент/в по-ранната словна марка/, и в другата/по-ранната комбинирана марка рег.№ 64321/ също е словен елемент, но е изписан по специален начин. Тъй като няма в тези по- ранни марки с по един елемент, с какво да се сравни този единствен елемент, затова в тези случаи не се определя

доминиращ елемент. Затова за по-ранните марки съм определила, че единственият елемент, който съдържа, е техен отличителен елемент. Той носи тежестта на марката, но не мога да кажа, че е доминиращ, защото няма база за сравнение спрямо кой друг елемент е доминиращ. По отношение на процесната марка, тя има повече думи, изписана е по специален начин и затова се води комбинирана, въпреки, че няма изображения. В нея съм определила думата В. като доминиращ елемент, защото по никакъв начин тя не се свързва с вписаните стоки и услуги и затова носи тежестта на цялата марка, и се явява едновременно с това и най - отличителния елемент. Изразът „Магазинът до вас ...!“ всъщност съм написала много подробно, че е само с указателен характер. Освен това е с толкова дребни букви спрямо останалите слова, че може да се смята и като пренебрежим елемент. Другият елемент - първата дума „S.“, е с указателен характер, защото указва, че в този магазин се продават всякакви стоки, тъй като „S.“ е общоприето нарицателно наименование за магазини, в които се продават множество стоки. Затова съм приела, че S. не е отличителен и/или доминиращ елемент в процесната марка. И затова съм приела, че „Магазинът до вас“ също не може да е доминиращ елемент. Вследствие на казаното излиза, че тежестта на процесната марка се носи от думата В., а тя независимо дали е изписана на латиница или кирилица, си има своето смислово значение и то е идентично в трите марки-процесната и двете по-ранни. Освен това, при изговаряне, независимо дали на латиница или на кирилица, думата звучи идентично - като булевард. Искам да кажа, че в процесната марка думата В. е изписана само с латински буква „u“, а не съчетанието „ou“, както е познато изписването на тази дума на английски. Възможно е в някои език, който не познавам, да се изписва само с „u“, но аз не можах да установя такъв език. В процесната марка първата и втората дума са написани на латиница, а дребният шрифт „Магазинът до вас“ - на кирилица. Тъй като доминиращ и отличителен елемент е В. /с различен начин на изписване в трите марки/, то те са идентични смислово и фонетично и поради това приемам, че тези три марки са сходни във висока степен.

Въпрос на АДВ.К. към вещото лице – Вие проверихте ли процесната марка в Патентно ведомство? Дали е регистрирана при така наречения „дисклейм“? Ако това, което вещото лице каза е вярно, в Патентно ведомство трябва да бъде отбелязано, че така наречените описателни елементи, за които вещото лице говори, че съществуват, би трябвало да бъдат ограничени на основание чл.11 от ЗМГО. Аз твърдя, че това не е така и затова питам дали вещото лице се е запознало с марката в ПВ?

Отговор на ВЕЩОТО ЛИЦЕ – По-ранните марки изцяло влизат в процесната марка - фонетично и смислово, като думата В.. Защото по-ранните се състоят само от една дума, която се явява отличителна в тях и в процесната марка. В Патентно дружество няма нужда да правя справка ,защото на сайта на Европейското патентно ведомство се съдържа цялата информация за всички марки - така, както Патентно ведомство ги е регистрирало и приело.

Въпрос на СЪДА към вещото лице – И като проверихте на сайта на Европейското патентно ведомство, при „дисклейм“ ли е регистрирана процесната марка?

Отговор на ВЕЩОТО ЛИЦЕ - Има два вида „дисклейм“. Единият е „изричен“, той е писмен, беше до преди години практика в България- да се записва, а другият е т.нар. „мълчалив дисклейм“ - което всеки специалист го знае.

Въпрос на СЪДА към вещото лице –Вашето твърдение е, че процесната марка е регистрирана при „мълчалив дисклейм“, тъй като не е регистрирана при „изричен“ ли?

Отговор на ВЕЩОТО ЛИЦЕ – Да.Както е практиката в последните няколко години. Не само на българското Патентно ведомство.

АДВ. К.- Първо, справките по отношение на марките не се правят на сайта на Европейското патентно ведомство. По това личи некомпетентността на вещото лице. Сайтът, за който може би намеква вещото лице, не е сайт на Европейското патентно ведомство, а е търсачка, която съдържа статуса на марките. Второ, искам да поясня, че „дисклейм“ е уреден законодателно в чл.11 от ЗМГО. Твърдението на вещото лице, че има „мълчалив дисклейм“ не отговаря на нормативната база, тъй като в противен случай щеше да бъде уреден законодателно. Намирам, че това са субективни виждания на вещото лице, които не отговарят на законодателната рамка в България. Моето твърдение е, че практиката на съдилищата казва, че марките следва да бъдат възприемани в тяхната цялост. От тази гледна точка, ако една марка не бъде регистрирана при „дисклейм“ в условията на чл. 11 от ЗМГО, тя не е регистрирана при „дисклейм“.

Въпрос на СЪДА към адв. К. –Според практика на ВАС, кой елемент е доминиращ и кой е отличителен, Съдът може сам да прецени и без изобщо да допуска експертиза. Което означава, че Съдът ще посочи кой е доминиращ и кой е отличителен елемент. Ф. Вашето становище- кои са отличителните и кои са доминиращите елементи във всяка от трите марки.

АДВ. К. – Според мен марката на доверителите ми се казва „S. В. Магазинът до вас“ и трябва да се възприема в цялост. Не е вярно това, което казва вещото лице0- че по-ранната словна марка има само един словен елемент, а той е изписан на два езика. Вещото лице спекулира с факти и обстоятелства, които са обективна даденост по спора.

Въпрос на СЪДА към адв. К. – Не ми отговорихте на въпроса за отличителните и доминиращите елементи?

Отговор на АДВ. К. – Аз твърдя, че по указания на Патентно ведомство, комбинираните марки се възприемат в цялост. И да се твърди, че конкретни елементи са регистрирани при „мълчалив дисклейм“, е спекулиране със специални знания.Аз твърдя, че дори хипотетично да приемем, че доминиращия и отличителен елемент в проц.марка е думата В., като я сравним с по-ранната словна марка, която е от две думи, изписани обаче различно от процесната марка, как се изведе извода за сходство във висока степен между процесната и по-ранната словна марка рег.№ 90086?

Въпрос на СЪДА към вещото лице – Продължавате ли да считате, че по-ранната словна марка № 90086 съдържа само един елемент, а не два елемента?

Отговор на ВЕЩОТО ЛИЦЕ – Продължавам да твърдя, че по-ранната комбинирана марка рег. № 64321 има един елемент- една дума ,изписана на кирилица. Продължавам да твърдя и че по- ранна словна марка рег. № 90086, в марковата практика се разглежда като една дума, когато тази една дума е изписана на латиница и

на кирилица едновременно. Достатъчно е да разгледам тази една дума фонетично и смислово.

Въпрос на АДВ. К. към вещото лице - На стр.29, таблица 3, в най- лявата колона. Стоките и услугите сходни ли са или не, няма заключение?

Отговор на ВЕЩОТО ЛИЦЕ – Освен в таблиците, и на л. 49 е заключението ми на въпрос № 3.В таблиците съм написанала легенда- ако е подчертано-са сходни, ако е бортвано и подчертано- са идентични.

Въпрос на АДВ. К. към вещото лице – По отношение на по – ранната словна марка къде е заключението на въпрос № 3?

Отговор на ВЕЩОТО ЛИЦЕ – Отговорът е даден в заключението на стр. 49 - първи и втори абзац. Различни са стоките и услугите на процесната и на по-ранната словна марка рег.№ 90086, само по отношение на клас № 03, а по отношение на клас 29, 30, 32, 33, 34, 35 – според подчертаването някои са сходни, други са идентични. Заключението ми по въпрос 3 на л.49 /че стоките и услугите са идентични или сходни/, не касае само Клас №3, но касае останалите изброени класове.

АДВ. Т. – В таблица 4 липсва анализ както за класове 03,29,30,32,33 и 34 на проц.марка, така и изобщо не се посочват, респ. анализират класове 36-45 за по-ранната комбинирана марка. Известно ли Ви е, че според методическото указание на ПВ, на което се позовавате, стоки и услуги от клас № 3 може да са сходни на такива от клас 44- все са козметични продукти. Вие в таблица 4 сочите само клас 35, който го има при процесната и при по-ранната комбинирана марка № 64321, за останалите класове от двете марки нищо не сочите.

Отговор на ВЕЩОТО ЛИЦЕ – Анализ в таблица 4 има само на клас №35 , защото само там са сходни и идентични стоките и услугите, тъй като изрично този клас е вписан и в двете марки.Освен това, аз съм гледала и възраженията на страните, жалбите, които са подадени и съм отбелязала в табл.4 само това, за което те претендират. Не си спомням и не съм видяла в преписката да има претенция за сходство между клас 3 и клас 44.

Въпрос на СЪДА към вещото лице – СМЕ не е допусната при ограничение само до това, което са претендирали страните в адм. производство. Защо не сравнихте всички класове от 03 до 34 на процесната марка с всички класове от 36-45 на по-ранната комбинирана марка? Във всички случаи в тази таблица 4 не са изброени всички класове на марка рег.№ 64321.

Отговор на ВЕЩОТО ЛИЦЕ - Писала съм,но не в таблица 4, че стоките и услугите по другите класове, извън общия клас 35, са различни. Принципно, в клас 36-45 може да има стоки и услуги, сходни на други от класове 03-34, но в случая няма такива сходни или идентични стоки и услуги в класове, извън клас 35. В случая не е възможно. В особени обстоятелства теоретично би могло. В конкретния случай между стоките и услугите в класове №03 до №34, които са на процесната марка, и стоките и услугите в класове №36 до №45 на по-ранната комбинирана марка, идентични или сходни стоки и услуги няма.Потвърждавам, че съм гледала всичко по делото и не съм намерила сходни и идентични стоки и услуги освен тези по клас 35.

АДВ. Т. –Твърдя, че всички стоки и услуги от Клас 3, за които атакуваната марка се ползва със закрила, са сходни във висока степен с услугите „грижи за красотата и хигиената на хората“, за които по- ранна комб.марка №64321 се ползва със закрила в Клас №44. Оспорвам заключението в тази част. Нямам въпроси към вещото лице. Да се приеме заключението.

АДВ.К. - Оспорвам заключението. Нямам въпроси към вещото лице. Твърдя, че заключението е необективно в частта относно отличителните и доминиращите елементи на марките и броя на думите в по-ранната словна марка. Възприятието на вещото лице, че е налице някакъв „мълчалив дисклейм“ за процесната марка не е правилно. Липсва и изследване на търговските канали, за което искам допълнителна експертиза. В първото по делото заседание казах, че нашият основен довод ще бъде точно такъв- по - ранните марки никога не са били използвани за стоки и услуги в сферата на търговията с хранителни стоки и услуги. Това е важно с оглед твърдението на вещото лице, че потребителят може да бъде заблуден- кой потребител? За нас е един,ние се занимаваме с хранителни стоки, за техните обекти е друг-те се занимават със строителство, хотелиерство и т.н. И дали страните в спора имат едни и същи търговски канали, дали извършват една и съща дейност, е важно да се установи най – вече с оглед твърдението на вещото лице, че потребителят може да бъде заблуден. Няма как, когато една от страните не извършва конкретна търговска дейност / в случая те нямат хранителни магазини/, да се твърди, че потребителят на хранителни стоки/т.е. нашият потребител/, може да бъде заблуден. Това виждане на вещото лице може да стъпва само на обективни факти, а такива факти няма установени по делото- че и те търгуват с хранителни стоки. Представям доказателства, изхождащи от самите тях, видно от които се занимават с хотелиерство. Представям копие от техен проспект на морски комплекс/във връзка със строителната им дейност/, извадка от Г. карти относно тяхно кафене/във връзка с ресторантьорската им дейност/, договор за наем и фактури/относно ресторантьорската им дейност/.Документите са на самия друг жалбоподател.

АДВ. Т. – Моля да не приемате тези доказателства от адв. К., тъй като не са разглеждани в адм. производство. В случай, че ще се изследва въпросът за използване на по-ранните марки, моля за срок да представим и ние доказателства. Анализът в случая се занимава кой е релевантният потребител за стоките и услугите, за които сравняваните марки са регистрирани. Не кой е обичайния потребител.

ЮРК.Н.- Да се приеме СМЕ. Моля да не се приемат представените доказателства, доколкото многократно е изяснено, че използването на по-ранните марки не е предмет на настоящия спор. Трябва да се изясни само налице ли е кумулативния фактически състав на чл.12, ал.1, т.2 от ЗМГО, от гледна точка на това, да се сравнят стоките и услугите на конфликтните марки и да се направи сравнение между самите знаци, и да се прецени дали е налице вероятност за объркване.

АДВ.К. – Има много известно дело. Това е дело „Канон“ на СЕС, което казва, че при сравняване на марките по чл.12, ал.1, т.2 от ЗМГО, фактическият състав включва сравнение на словни и

образни елементи и сравнение на стоки и услуги. 3. – там общото впечатление от марките е основен критерий , като е изрично посочено, че е важно дали има съвпадане на търговските канали на марките. Затова искам да се установят търговските канали, за да се установи дали при общото впечатление от марките съществува вероятност от объркване на потребителя.

СЪДЪТ по доказателствата

ОПРЕДЕЛИ:

ПРИЕМА и ПРИЛАГА заключението по СМЕ.

ОПРЕДЕЛЯ хонорар в размер на представената справка – декларация – 585 лв.

СЪДЪТ връчва на вещото лице РКО на стойност 300 лева, колкото беше първоначалния депозит.

УКАЗВА на вещото лице, че в 3 - дневен срок от днес , след изготвяне на протокола, ще получи втория РКО в размер на 285 лв.

СЪДЪТ освободи вещото лице.

УКАЗВА НА СТРАНИТЕ, че предмет на настоящото производство не е установяване използването на по-ранните марки и доказателства за такова няма да се събират.

ПРИЕМА И ПРИЛАГА като доказателства по делото представените днес от адв. К. документи относно търговските канали на другия жалбоподател, доколкото имат отношение към искането му за доп.СМЕ и оспорване на извода за съществуваща вероятност от объркване у средния потребител при общо възприятие на трите марки.

СЪДЪТ връчва екземпляр на ответника.

ЗАДЪЛЖАВА адв. К. в 3-дневен срок от днес да депозира екземпляр от днес представените писмени доказателства за връчване на „С. Б.“ . След депозирването им, Съдът ще ги изпрати на „С. Б.“ .

ДОПУСКА ПОВТОРНА СЪДЕБНО-М. ЕКСПЕРТИЗА, по която вещото лице да отговори на следните оспорени от жалбоподателите въпроси:

- 1/ Кои са отличителните и кои са доминиращите елементи на трите марки?
- 2/ по-ранната словна марка № 90086 колко елемента съдържа?
- 3/ процесната марка регистрирана ли е при „дисплейм“?
- 4/ Да се сравнят стоките и услугите на процесната марка в класове от 03 до 34, с тези на по – ранната комб. марка № 64321 в класове от 36 до 45, като се обърне конкретно внимание на клас 3 при проц. марка и на клас 44 при по-ранната комб. марка.

ДОПУСКА ДОПЪЛНИТЕЛНА СМЕ, по искането на адв. К., с вещото лице, което ще изработи и повторната СМЕ, която да отговори на следния въпрос:

1/ Да се изследват въз основа на доказателствата по делото и да се опишат търговските канали на двамата жалбоподатели, като се отговори съществува ли вероятност от объркване на информирания среден потребител /на трите марки/, при възприемане на общото впечатление от трите марки.

ОПРЕДЕЛЯ ДЕПОЗИТ в размер на 400лв за доп. СМЕ и повторната СМЕ /общо/, по 200лв от всеки жалбоподател.

СЪДЪТ ще назначи **вещо лице** в закрито заседание, при доказателства за внесен депозит.

УКАЗВА на вещото лице да използва доказателствата от делото, да **направи справка в ПВ** относно **регистрацията на процесната марка** и да депозира заключението си най-късно 7 дни преди следващото заседание, ведно със справка-декларация и декларация за липсата на конфликт на интереси.

АДВ.К. и АДВ.Т. – Молим за незаверени преписи от протокола.

СЪДЪТ по исканията

ОПРЕДЕЛИ:

ДА СЕ ИЗДАДАТ , след изготвяне и подписване на протокола, незаверени преписи от протокола на двамата проц. представители на жалбоподателите.

За събиране на доказателства **СЪДЪТ**

ОПРЕДЕЛИ:

ОТЛАГА И НАСРОЧВА ДЕЛОТО за 07.10.2020 г. от 16:15 ч., за когато страните редовно уведомени.

ДА се призове вещото лице, при доказателства за внесен депозит.

Протоколът изготвен в съдебно заседание, което приключи в 15:46 ч.

СЪДИЯ:

СЕКРЕТАР: