

РЕШЕНИЕ

№ 2437

гр. София, 13.04.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Второ отделение 40 състав,
в публично заседание на 17.03.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Дилияна Николова

при участието на секретаря Евелина Пеева, като разгледа дело номер **6121** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.145 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/ във вр. с чл.84, ал.1 от Закона за марките и географските означения /ЗМГО/.

Образувано е по жалба на В. С. CARE AG, Швейцария, подадена чрез адв.Е. М., срещу Решение № РС-126-/1/ от 14.04.2021г. на председателя на Патентно ведомство /ПВ/, с което на основание чл.75, ал.12 ЗМГО е оставена без уважение жалба вх.№ 70137725/11.02.2020г. срещу решение от 02.12.2019г. на състав по опозиции, с което опозиция № 70069707/02.05.2017г. срещу регистрацията на марка вх.№ 142194 „D. S.“, комбинирана, е отхвърлена като неоснователна.

Жалбоподателят моли за отмяната на обжалваното решение като неправилно и незаконосъобразно. Твърди, че административният орган не е разгледал всички представени доказателства, а тези, които е разгледал, са довели до необосновани изводи. В резултат на това органът незаконосъобразно е приел недоказаност на реалното ползване на по-ранните марки на опонента – марка на Европейския съюз № 7557986 В., словна и международната регистрация на марка с № 249219 В. с посочване на територията на Република България. Неправилен бил решаващият мотив на органа, че представените доказателства само косвено свидетелстват за присъствие на пазара на продуктите В. и от тях не може да се направи обективно обоснован извод за степента на използване на знака с оглед определяне на използването като реално. Твърди, че представените доказателства установяват широко разпространение на козметични продукти с цел грижа за кожата под марка В., както и придобиването на

разпознаваемост сред релевантната публика. Излага подробни аргументи в подкрепа на посоченото въз основа на представените в хода на административното производство доказателства за реално използване. Прилага допълнително доказателства под опис.

В съдебно заседание чрез адв.М. се отправя искане за уважаване на жалбата и присъждане на направените разноски по производството по представен списък. Допълнително съображения по съществуващото на спора са изложени в писмени бележки. Ответникът по оспорването, чрез юр.К. в съдебно заседание моли за отхвърлянето на жалбата като неоснователна. Претендира присъждането на юрисконсултско възнаграждение. В придружителното писмо, с което жалбата е администрирана до съда, в условията на евентуалност, прави възражение за прекомерност на заплатения от жалбоподателя адвокатски хонорар като моли той да бъде присъден при уважаване на жалбата в минималния предвиден в Наредба № 1/09.07.2004г. размер.

Заинтересованата страна [фирма] чрез адв.К. моли жалбата да бъде отхвърлена като неоснователна. В писмени бележки обосновава, че в административното производство жалбоподателят е представил доказателства за използване на марките си, които правилно са преценени от административния орган като недостатъчни като количество и качество да обосноват извод за реално използване на марките. Доказателствата, представени в съдебната фаза на производството адв.К. намира, че също не доказват реално използване на противопоставените марки, тъй като в мнозинството си представляват частни документи, които обаче не носят името на жалбоподателя, т.е. марките не са използвани от самия него, а по делото не са представени доказателства той да е давал съгласие за използването им от трети лица. Оспорва заключението по приетата експертиза като намира, че тя не дава отговор на въпроса за произхода на стоките. Освен това сочи, че количеството и стойността на демонстрираните продажби не е достатъчно да обоснове реално използване.

Прокурор от Софийска градска прокуратура, редовно призована, не взема участие в производството по делото и не изразява становище по законосъобразността на оспорения акт.

Административен съд София-град, като обсъди релевантите с жалбата основания, доводите на страните в съдебно заседание и прецени събраните по делото доказателства, намира за установено следното от фактическа и правна страна:

Оспореното решение е постановено на основание чл.75, ал.12 ЗМГО. Съгласно изрично предвиденото в разпоредбата на чл.84, ал.1 ЗМГО решенията по чл.75, ал.12 ЗМГО могат да се обжалват по съдебен ред пред съответния административен съд в двумесечен срок от съобщаването им.

В настоящия случай оспореното решение е съобщено на жалбоподателя на 15.04.2021г. /разпечатка на кореспонденция на л.360 по делото/, а жалбата, по която е образувано настоящото производство е заведена в деловодството на ответника на 15.06.2021г.

Въз основа на изложеното съдът приема, че е сезиран с допустима жалба – подадена срещу индивидуален административен акт по см. на чл.21, ал.1 АПК, от лице, което е негов адресат и чиято правна сфера той засяга неблагоприятно, в преклузивния срок за оспорване по чл.84, ал.1 ЗМГО.

Разгледана по същество, жалбата е основателна.

Като извърши дължимата на основание чл.168, ал.1 АПК проверка за

законосъобразност на оспорения акт освен на основанията, сочени от оспорващия, на всички основания по чл.146 АПК, съдът приема следното:

Процесното решение е издадено от компетентен административен орган - председателя на Патентно ведомство /ПВ/, като правомощията си той черпи от разпоредбата на чл.75, ал.12 ЗМГО, постановяваща, че решенията по същество по жалби срещу решенията на съставите по опозиции се вземат от председателя на ПВ или оправомощен от него заместник-председател.

Оспореният административен акт е издаден в изискуемата писмена форма и съдържа задължителните реквизити по чл.59, ал.2 АПК, доколкото приложимият специален закон не съдържа конкретни изисквания към формата и съдържанието на акта.

При издаване на обжалваното решение не се установяват допуснати нарушения на административнопроизводствените правила, които да бъдат определени като съществени и съответно да мотивират отмяната на акта само на това основание. Спазен е предвиденият специален процесуален ред, регламентиран в ЗМГО /отм./ - до отмяната му, както и в действащия ЗМГО, обн. ДВ, бр.98 от 13 декември 2019г., като е съобразена разпоредбата на § 5, ал.1 ПЗР ЗМГО, а именно, че този закон се прилага за заявките за регистрация на марки и географски означения, по които няма влязло в сила решение до влизането му в сила.

Страните не спорят и от доказателствата по делото се установява, че заинтересованата страна на 08.07.2016г. е подала заявка за регистрация на марка D., комбинирана, заведена с вх.№ 142194, за стоки от клас 3 и 5 на МКСУ – парфюмерия, етерични масла, козметика, лосиони за коса от клас 3 и фармацевтични, медицински и ветеринарни препарати; хигиенни препарати за медицински цели; диетични вещества за медицински или ветеринарни цели; бебешки храни; диетични добавки за хора и животни; пластири; превързочни материали; дезинфектанти от клас 5.

На основание чл.37б ЗМГО /отм./ заявката е публикувана в Официален бюлетин бр.1/31.01.2017г. на Патентно ведомство. Считано от датата на публикацията започва да тече тримесечният срок по чл.38а ЗМГО /отм./, в който всяко лице може да подаде възражение, а лицата по чл.38б, ал.1 ЗМГО /отм./ - притежателят на по-ранна марка по смисъла на чл.12, ал.2 и 3, лицензополучателят на изключителна лицензия на по-ранната марка, действителният притежател на нерегистрирана марка, която се използва в търговската дейност на територията на Република България и за нея е подадена заявка за регистрация, както и притежател на марка, заявена на името на агент или представител на притежателя без негово съгласие - опозиция.

Жалбоподателят, в качеството си на притежател на по-ранните марки - марка на Европейския съюз № 7557986 В., словна, за стоки от клас 3 /средства за грижа за тялото и козметика /за външна употреба, както и капки за очи/ за лечение на кожата, носа и очите, вкл. продукти за грижа за кожата при бременни и кърмачки, както и за бебета, грижа за рани и белези и за алергични и сухи кожни раздразнения с изключение на продукти за грижа за кожата и стилизанти за коса от всякакъв тип, депилатори и бои за коса/ и международната регистрация на марка с № 249219 В. с посочване на територията на Република България, за стоки от клас 5 /фармацевтични препарати, съдържащи пантенол/, се е възползвал от правото си по чл.38б, ал.1 ЗМГО /отм./ и на 02.05.2017г. е подал опозиция срещу регистрацията на заявената от заинтересованата страна марка D., комбинирана. Опозицията срещу заявената марка е основана на чл.12, ал.1, т.2 ЗМГО /отм./ - когато поради нейната идентичност или сходство с по-ранна марка и идентичността или сходството на стоките или услугите

на двете марки съществува вероятност за объркване на потребителите, която включва възможност за свързване с по-ранната марка.

3. на марката – обект на опозицията, е уведомен по съответния ред за подадената опозиция като му е предоставен екземпляр от нея и приложените доказателства за отговор в двумесечен срок. Съответно отговорът на заявителя на марката е изпратен на лицето, подало опозицията.

Представените становища и доказателства за реално използване на противопоставените марки са разгледани от състав по опозиции, който с Решение от 02.12.2019г. приема опозицията за неоснователна във връзка с всички стоки от класове 3 и 5. Изложените съображения са, че представените от опонента доказателства в своята съвкупност не притежават категорична доказателствена тежест и от тях не може да се направи ясен и еднозначен извод за обема, мястото на продажби и вида на продаваните продукти под марка В. през релевантния петгодишен период – 2012г. – 2017г. в рамките на ЕС. Прието е също, че представените доказателства показват, че съществуват продукти с тази марка, които присъстват в продуктовото портфолио на компанията Б. и са използвани в световен мащаб, както и в Европа, но обективни данни в подкрепа на реалното присъствие на европейския пазар на конкретни продукти с тази марка не са предоставени. Въз основа на това е заключено, че не са налице доказателства за реално използване на марка В. през релевантния петгодишен период – 2012г. – 2017г., поради което и съставът е достигнал до извод за неоснователност на подадената опозиция.

Жалбоподателят е оспорил решението по предвидения в закона ред, като е изложил подробни съображения за необоснованост на направените от състава изводи. Жалбата е разгледана от назначените за целта състав от отдела по спорове, след размяна на книжа между страните по опозиционното производство. Становището му от м.април 2021г. е, че жалбата е неоснователна. Съобразено е на основание § 5, ал.1 ПЗР ЗМГО приложението на действащите разпоредби като е отчетено, че съобразно тях релевантният петгодишен период следва да бъде определен от 08.07.2011г. до 08.07.2016г. Спрямо него са ценени представените от опонента доказателства за реално използване на марката.

Видно от изложените в мотивите на становището съображения, съставът по спорове е приел, че преценката за реално използване се подчинява на принципа, че използването на марката трябва да бъде осъществявано на територията, за която е регистрирана марката. В случая, тъй като едната от по-ранните противопоставени марки е международна регистрация с посочване на територията на Република България, териториалното ѝ използване следва да бъде осъществявано на територията на страната, а по отношение на марката на Европейския съюз за използване следва да се приеме използването на територията му. От анализа на доказателствата в тяхната съвкупност е прието за установено, че относно реализираните продажби на територията на Европейския съюз, съгласно представено удостоверение от 11.03.2020г., издадено от компанията N. Hall за целите на производството, продажбите на продукти с марката в Европейския съюз в периода 31.01.2012 - 31.01.2017г. са на следните стойности: за 2012г. в размер на 161.4 милиона евро, за 2013г. - 176.2 милиона евро, за 2014г. - 198,8 милиона евро, за 2015г. - 204,8 милиона евро, за 2016г. - 216,8 милиона евро, за 2017г. - 223,3 милиона евро

Прието е, че в релевантния за доказване период, притежателят на по-ранните марки чрез трето лице е сключвал договори за рекламни мероприятия, касаещи продукти с

марка В.. Приложенията към тях фактури обаче, не можели еднозначно и безспорно да се отнесат към изпълнението на представените договори, тъй като не съдържали посочване на марката и вида на стоките, съответно биха могли да се отнасят и до други продукти на В. или директно съдържат индикация за друга марка, а именно „комплекти на НОСА“. Освен това нямало данни, които категорично да показват какъв е обемът разпространени мостри и дали същите реално са достигнали до крайните потребители. Аналогично, по отношение на представения договор за дистрибуция липсвали данни за реално разпространение на продуктите от приложения към него списък, в това число техния вид и количество и дали същите са били разпространявани в съответните търговски обекти, каквито са аптеките.

За установяване на степента на използване на марката не допринасяли и представените рекламни материали под формата на листовки или публикации в списание „МедикАрт“ или онлайн представянето на продуктите. Макар част от тях да са относими към релевантния за доказване период, те не били придружени от допълнителна информация за техния тираж и разпространение. Освен това нямало информация за посещаемостта на уебсайта, т.е. колко потребители са запознати с неговото съдържание и предлаганите продукти.

Що се касае до годишните доклади, е прието, че те представляват документи, произхождащи пряко от опонента и като такива се ползват с по-ниска доказателствена стойност, а освен това не дават ясна и точна информация, каква част от продажбите са реализирани на територията на Европейския съюз или в частност - България. Във връзка с продажбите на стоки, означени с марката е прието, че действително данните предоставени от N. Hall сочат, че продуктите за грижа за кожата В. заемат челно място на пазара на дерматологични продукти в съответния период на изследване, като са отчетени значителни по обем продажби на територията на Съюза. Това доказателство само по себе си обаче е прието, че е недостатъчно да обоснове извод за реално използване на по-ранните марки, доколкото не са налице други обективни доказателства, които да подкрепят тази статистика. Прието е, че опонентът не е представил никакви доказателства за реално осъществени продажби на стоки от клас 3 и 5 на МКСУ с марката, било то от негови дистрибутори, търговци или крайни потребители.

Въз основа на това е заключено, че макар доказателствата косвено да свидетелстват за присъствието на пазара на продукти с марка В., от тях не може да се направи обективно обоснован извод за степента на използване на знака, с оглед определяне на използването за реално, тъй като реалното използване на марка не може да бъде доказано посредством вероятности или предположения, а трябва да бъде доказано чрез солидни и обективни доказателства за ефективно и достатъчно използване на марката на съответния пазар, какъвто не е настоящият случай.

При идентичност на мотивите е постановен оспореният в настоящото производство акт. Същият съдът намира, че е незаконосъобразен поради неправилно приложение на материалния закон.

Разпоредбата на чл.12, ал.1, т.2 ЗМГО /отм./ гласи, че когато е подадена опозиция съгласно чл.38б, не се регистрира марка, когато поради нейната идентичност или сходство с по-ранна марка и идентичността или сходството на стоките или услугите на двете марки съществува вероятност за объркване на потребителите, която включва възможност за свързване с по-ранната марка. Аналогична по съдържание е разпоредбата на чл.12, ал.1, т.2 от действащия ЗМГО.

Съгласно постоянната съдебна практика, отличителният характер на дадена марка по смисъла на чл.12 от ЗМГО означава, че тази марка позволява да се установи стоката/услугата, за която е поискана регистрацията, като произхождаща от определено предприятие и следователно тази стока/услуга може да бъде различена от стоките/услугите на останалите предприятия. Този отличителен характер следва да се преценява, от една страна, за стоките/услугите, за които се иска регистрацията, а от друга страна, от гледна точка на възприемането на знаците от съответните потребители.

Сходството между марки при преценка на възможността за объркване на потребителите е взаимнообвързано във фонетично, семантично и визуално отношение. Наличието на възможност за объркване не зависи само от всяко едно от горепосочените сходства поотделно, а от взаимната им обвързаност, т.е. от цялостното впечатление, което марката оставя у потребителите. Освен това отличителността на марката не зависи само от степента на нейната репутация, но също и от това в каква степен нейните компоненти са описателни и с малко фантазийно съдържание. Сравнението трябва да се основава на цялостното впечатление от марките, като се вземат предвид техния отличителен и доминиращ елемент.

По отношение идентичността на стоките/услугите е прието да се определя идентичност, когато се използва една и съща терминология или думите са синоними. Освен това в общия случай идентичност се установява и когато по-ранната марка включва обобщено понятие, което покрива стоките/услугите на по-късната марка. Ако стоките/услугите на по-късната марка са дадени с едно или повече обобщени понятия, а в по-ранната марка стоките/услугите са по-детайлизирани, то в общия случай се признава идентичност, освен ако не се ограничат стоките/услугите на по-късната марка.

В общия случай се приема, че има вероятност за объркване при идентичност или голяма степен на сходство между стоките и по-ниска степен на сходство между марките, когато знаците са сходни, стоките/услугите са идентични и по-ранният знак има нормална или във висока степен отличителност, тъй като релевантните потребители могат да предположат, че стоките/услугите на по-късната марка и стоките/услугите на по-ранната марка имат един и същ произход или произхождат от икономически свързани предприятия.

За изясняване на спора от фактическа страна по делото е прието без оспорване от страните заключение на съдебно-маркова експертиза, изготвено от вещото лице И. И., което съдът кредитира като обективно и компетентно дадено. От заключението на вещото лице се установява, че стоките, за които са използвани марките – марка на ЕС № 7557986 В. и Международна регистрацията на марка с рег.№ В. с посочване на територията на България са идентични със стоките от клас 3 и сходни на стоките от клас 5, за които е заявена регистрацията.

Съгласно чл.38г, ал.6 ЗМГО /отм./, респ. чл.58, ал.1 от действащия закон, по искане на заявителя на марката - обект на опозиция, лицето, подало опозицията, представя доказателства за реално използване на по-ранната марка във връзка със стоките или услугите, за които е регистрирана, и на които се основава опозицията през петте години, предхождащи датата на подаване или датата на приоритета на заявката за регистрацията на марка -

обект на опозиция, или доказателства, че съществуват основателни причини за неизползването ѝ, при условие че по-ранната марка е регистрирана поне 5 години преди датата на заявяване или датата на приоритета на по-късната марка. Ако такива доказателства не бъдат представени, се взема решение за отхвърляне на опозицията като неоснователна – чл.38г, ал.6, изр.3-то ЗМГО /отм./, респ. чл.58, ал.7 от действащия закон.

В случая заявителят се е възползвал от тази процесуална възможност като е направил своевременно възражение за реалното използване на по-ранните марки и е поискал представянето на доказателства за това. В този случай преди да се пристъпи към разглеждане на опозицията по чл.38г вр. чл.12, ал.1, т.2 ЗМГО /отм./, следва да бъде извършена преценка за наличието на реални доказателства за използването на противопоставените марки, тъй като ако такива не бъдат предоставени или бъде преценено, че предоставените не доказват реално използване на противопоставените марки, то опозицията следва да бъде отхвърлена на формално основание без да се извършва преценка за иднетичност/сходство на марките и стоките и услугите, за които са регистрирани.

Според ал.3 на чл.58 ЗМГО реално използване на марка на Европейския съюз се установява в съответствие с чл.18 от Регламент (ЕС) 2017/1001 - ако в срок от пет години, считано от регистрацията, марката на ЕС не е била реално използвана от притежателя в Съюза за стоките или услугите, за които тя е била регистрирана, или ако такова използване е било прекратено за непрекъснат срок от пет години /ал.1/, като използване по смисъла на първа алинея представлява също така: а) използването на марката на ЕС под форма, различаваща се от формата, под която тя е регистрирана, по елементи, които не променят отличителния характер на марката, независимо от това дали марката под формата, в която е използвана, е също регистрирана на името на притежателя; б) поставянето на марката на ЕС върху стоките или върху тяхната опаковка в Съюза единствено за целите на износа. Според ал.2 на чл.18 от Регламент (ЕС) 2017/1001, използването на марката на ЕС със съгласието на притежателя се счита за използване от притежателя.

Аналогично ЗМГО в чл.21 предвижда, че когато в срок 5 години от датата на регистрацията притежателят не е започнал реално да използва марката на територията на Република България във връзка със стоките или услугите, за които е регистрирана, или използването е било преустановено за непрекъснат период от 5 години, регистрацията може да бъде отменена, ако не съществува основателна причина за неизползването /ал.1/. За международните регистрации на марки началото на срока по ал.1 започва от датата на публикацията на международната регистрация съгласно чл.83, ал.2 – ал.2. За реално използване по смисъла на ал.1 се счита и: 1. използването на марката от притежателя ѝ във вид, който не се различава съществено от вида, в който е била регистрирана, независимо дали видът, в който се използва, е регистриран като друга марка на същия притежател; 2. поставянето на марката върху стоките или върху тяхната опаковка в Република България, независимо от това че са предназначени само за износ. Според ал.4 на с.р. използването на марката със съгласието на притежателя се счита за

използване от самия него, а според ал.5 при преценката на реалното използване се вземат предвид мястото, продължителността, обемът и естеството на употреба на марката за стоките или услугите, за които е регистрирана. Под използване на марката следва да се разбират начините, визирани в разпоредбата на чл.13, ал.2 ЗМГО - поставянето на знака върху стоките или върху техните опаковки; предлагането на стоките с този знак за продажба или пускането им на пазара, съхраняването или държането им с тези цели, както и предлагането или предоставянето на услуги с този знак; вносът или износът на стоките с този знак; използването на знака като търговско или фирмено наименование или като част от търговско или фирмено наименование; използването на знака в търговски книжа и в реклами; използването на знака в сравнителна реклама по начин, който е в нарушение на чл.34 от Закона за защита на конкуренцията.

В хода на административното производство от жалбоподателя са представени следните доказателства, установяващи реалното използване на марката:

Брошура, издадена от В., относно историческото развитие на марката VERANTHEN след откриването на пантотеновата киселина през 1931г., вкл. през релевантния период; публикация от страницата на В. относно продуктите, продавани без рецепта, с включено изброяване на конкретни марки в т.ч. Veranthen/Veranthal; продуктите са представени на интернет страницата на Veranthen.bg, чийто домейн е регистриран на името на [фирма]. Продуктите е марка Veranthen, представени на сайта са описани като козметични продукти със съдържание на пантенол или медицинско изделие, всички за грижа за кожата. По-конкретно продуктите са В. Унгвент, предназначен за грижа за бебешката кожа при смяна на пелените, който защитава кожата и позволява да се проследи оздравяването ѝ, Veranthen Крем за хидратация и възстановяване на кожата, който подпомага оздравяването и регенерацията на кожата при леки наранявания като леки изгаряния и ожулвания и кожни раздразнения; Veranthen Sensiderm Крем /с листовка за потребителя към май 2016г./, който облекчава сърбежа и зачервяването на кожата, хидратира и регенерира кожата; както и Veranthen комплект за бебе, включващ Veranthen Унгвент и Veranthen В. душ-гел. Разпечатките съдържат изображение на стоките и техните опаковки, върху които е поставен знак Veranthen. Изображенията на продуктите показват, че върху тях е поместен основния бранд на компаниите В. под формата на комбиниран знак.

Продуктите В. се споменават и в представена от жалбоподателя информация от пресата, датирана от 22.03.2013г., 17.09.2013г. и 09.12.2014г.

Представен е и договор от 01.02.2012г., със срок на действие до 31.12.2012г., сключен между [фирма] и юридическо лице със заличени данни, съгласно който на дружеството се възлага организацията и осъществяването на рекламни дейности, а именно включване на материали на [фирма]/листовка, мостра и лигавник/ в комплект, който следва да бъде разпространяван в определен брой болници. Броят и видът на материалите е определен с отделен анекс към договора. Приложен е анекс към този договор от 04.03.2014г., с който се предвижда, че достигане на раздадени над 50 000 комплекта договорът няма да се прекратява, а срокът му на действие ще се

продължи до края на годината или до достигане на раздадени нови 30 000 комплекта. Изрично е посочено, че комплектът включва мостра на Veranthen Крем против подсичане, брошура на същия продукт и лигавник с рекламно лого. С аналогично съдържание е представеният анекс към този договор от 01.12.2014г., предвиждащ удължаване на срока на действие на договора до 31.12.2015г. С анекс от 22.04.2015г. към същия договор са добавени артикули към рекламния пакет. С анекс от 31.01.2016г. срокът на договора се продължава до края на годината или до раздаването на 40 000 комплекта. Освен посочените артикули е включена листовка за продукта Afrin от м.ноември 2015г., издадена от [фирма]. За доказване изпълнението на договора за представени фактури от 2014г. – 2 бр., от 2015г. – 4 бр. и от 2016г. – 2 бр.

По преписката е представен още един договор за рекламни услуги, сключен на 08.10.2012г. за раздаване на промоционални пакети с рекламна цел /със същото съдържание/ в болниците Т., Вита и Л..

Представени са договори за медийна реклама, предвиждащи разпространение чрез печатни издания /списание „9 месеца“/ на рекламни материали – мостра и брошури. Представени като доказателство за изпълнение на договора са фактури от 2015г. и 2016г.

Представен е също така договор от 01.08.2012г., сключен между [фирма] и дистрибутор за срок от една година с клауза за автоматично подновяване с още една година и с предмет продажба на продукти, описани в Приложение № 1, сред които Veranthen крем против подсичане. Приложени са още анекс към договора от 31.07.2014г. с ново приложение № 1 и със срок една година с клауза за автоматично подновяване, но за не повече от 5 години. В приложение № 1 фигурира продукт Veranthen крем против подсичане и Veranthen крем против стрии; анекс към договора от 21. 04.2016г.

Представени са извадки от медицинско списание „МедикАрт“ от 2012г.-2015г., в което се рекламира продукт Veranthen крем против подсичане; брошури V. health care относно лечение на рани с Veranthen – 22.03.2013г., премахване на белези с Veranthen – 08.04.2013г., при спортове на открито – 17.09.2013г., подобряване на лазерното лечение на рани с дексапантенол – 09.12.2014г.; 5бр. рекламни брошури относно козметични продукти Veranthen, предназначени за потребителите в Полша; доклад от чешкия клон на A.&Overy от април 2015г. относно риска от объркване на знаците VERANTHEN, Baburanthen и Rybilka сред потребителите в Ч.. Проучването е направено сред 300бр. жени с деца на възраст между 0-3 години и от него е видно, че близо 90% от анкетиранияте идентифицират правилно продуктите Veranthen.

Представено е също така писмо от N. Hall от 25.11.2016г., от което се установява, че Veranthen на В. е най-продаваната марка продукти грижа за кожата без лекарско предписание в света. Съгласно глобалните данни Veranthen е на челна позиция в дерматологичните продукти за 2015г. с 253,3 милиона евро. Във връзка с общите продажби на стоки с марката са дадени и сумите на продажбите на продукта за грижа за кожата В. на В. С. Care AG в Европейския съюз в периода 31.01.2012 -31.01.2017г.: за 2012г. те възлизат на 161,4 милиона евро, за 2013г. – 176,2 милиона евро, за 2014г. - 198,8 милиона евро, за 2015г. - 204,8 милиона евро, за 2016г. - 216,8 милиона евро, за 2017г.

- 223,3 милиона евро.

Изводите на административния орган по отношение на тези доказателства съдът намира за неправилни. Най-малко сумите от годишните продажби, относими към релевантния за доказване период сочат на продължителност, обем и естество на употреба на марките за стоките, за които са регистрирани, безспорно доказващи реално използване на противопоставените знаци. Неоснован предвид това е изводът на ответника, че представените доказателства само косвено свидетелстват за присъствие на пазара. Следва да се посочи, че доказателствата не следва да бъдат разглеждани само поотделно, а в тяхната съвкупност. Дори да се приложи възприетия от ответника подход при разглеждане на представените от опонента доказателства, който не отговаря на разписаните в закона правила, то както вече се посочи само представените доказателства за обеми на продажби доказват реалното използване на марката. Разглеждането на доказателствата в тяхната съвкупност води до обоснования извод, направен в жалбата, че доказателствата, съотнесени едно към друго подкрепят изводите за неоснователност на възражението на заявителя на марката. Количествата продажби на продукти за грижа за кожата с марката В. сочат за придобиването на разпознаваемост на марката на територията, както на България, така и на Европейския съюз, съответно създаването на траен пазарен дял.

В съдебното производство жалбоподателят е представил следните доказателства: договор за дистрибуция от 01.04.2012г., сключен между [фирма] и [фирма], заедно с Приложение № 1 към него, представляващо списък на продуктите, за които се отнася договора, сред които и Veranthen крем против подсичане. Същият е сключен за срок от една година с клауза за автоматично подновяване с още една година. Приложени са още анекс към договора от 01.04.2014г. с ново приложение №1 и със срок една година с клауза за автоматично подновяване, но за не повече от 5 години. С анекс от 01.03.2016г. към договора се приема ново приложение №1, в което фигурира продукт Veranthen крем против подсичане. В Приложение № 2 са посочени градове, в които е разпространен продукта без данни за количество.

Представен е също така договор за дистрибуция от 01.08.2012г., сключен между [фирма] и [фирма] за срок от една година с клауза за автоматично подновяване с още една година и с предмет продажба на продукти, описани в Приложение №1, сред които Veranthen крем против подсичане; анекс от 31.07.2014г. към този договор за срок от една година с актуализирано Приложение № 1, в което фигурира Veranthen крем против подсичане, Veranthen крем против стрии; анекс от 01.03.2016г. с ново Приложение № 1, в което фигурира продукта Veranthen крем против подсичане, и Приложение № 2 с посочени градове, в които е разпространен продукта.

С жалбата са приложени 19 бр. фактури, издадени от [фирма] за продажба на [фирма] на общо над 15 000 бр. различни опаковки на Veranthen унгвент, Veranthen крем против стрии в периода 21.03.2012г. – 26.01.2017г. Фактурите са от различни периоди като най-късната от тях е издадена 2017г., а най-ранната е от 21.03.2012г. Фактурите представляват първичен счетоводен документ по см. на чл.6 ЗСч и задължението за съхранението им е 3 години – чл.12, ал.1, т.3 ЗСч. Същевременно отразените в тях продажби следва да

бъдат включени в дневниците на продажбите за съответните счетоводни периоди и съответно в Годишните данъчни декларации. С включването на посочените счетоводни документи в годишния финансов отчет и публикуването на същия е изпълнено изискването по чл.181, ал.1 ГПК.

Представен е също така договор за дистрибуция от 16.05.2012г., сключен между [фирма] и [фирма] за срок от една година с клауза за автоматично подновяване с още една година и с предмет продажба на продукти, описани в Приложение № 1, сред които фигурира Veranthen крем против подсичане. Към него е приложен анекс от 16.05.2014г. с актуализирано Приложение №1 , в което фигурира продукта Veranthen крем против подсичане и Veranthen крем против стрии.

Представен е договор за дистрибуция от 01.04.2012г., сключен между [фирма] и [фирма] за срок от една година с клауза за автоматично подновяване с още една година и с предмет продажба на продукти, описани в Приложение № 1, сред които Veranthen крем против подсичане. Към него е приложен анекс от 31.03.2014г. с актуализирано Приложение № 1, което не е приложено.

Освен посочените доказателства са представени предложения за медиен бюджет за Veranthen за периода 2013г.- 2016г. от „М.“ за 2013г.; разпечатки от интернет реклами на продукти Veranthen като в само две е посочена година – 2013г. и 2014г.; 2 бр. сертификати за излъчване на реклама по Нова/Д. ТВ канали в периода 01.09.2016г. – 30.09.2016г. и 01.10.2016г. – 16.10.2016г. за продукт Veranthen, в които са посочени конкретната програма, времето на излъчване и продължителността на рекламата; рекламни материали и снимки на продукти грижа за кожата с марка Veranthen без дати; данни за посещаемостта на сайта veranthen.bg в периода 14.08..2010г.- 14.08.2011г., за които няма информация от кого изхождат; данни за посещаемостта на сайта veranthen.bg в периода 09.07.2011г.- 08.08.2011г., разпечатки от форуми в бг-мама от 2014г. и 2016г., в които се препоръчва използването на Veranthen крем против подсичане.

Част от представените доказателства касаят трето лице – [фирма]. Въпреки това те следва да бъдат съобразени при преценката за доказаност на реалното използване на противопоставените марки, с оглед нормата на чл.21, ал.4 ЗМГО – съгласно нея използването на марката със съгласието на притежателя се счита за използване от самия него. Макар в случая да не са представени доказателства за наличието на изрично писмено съгласие или лицензионен договор, съгласно трайно установената съдебна практика такова съгласие може да се презюмира при свързаност между третото лице и маркопритежателя. Това обстоятелство е достатъчно, за да се приеме, че е налице съгласие на маркопритежателя марката да се използва от третото лице, дори без да е налице изрична писмена декларация в този смисъл. В този случай съгласието се предполага, т.е. счита се за дадено, независимо дали е имало сключен писмен договор.

В контекста на посоченото използването на марката чрез третото лице се приема за използване от самото лице – маркопритежател, след като доказателствата са относими към релевантния период и съдържат процесния знак. Предвид това от новопредставените доказателства следва да бъдат

съобразени договорът за дистрибуция, сключен със [фирма] от 01.08.2012г., тъй като изпълнението на същия е доказано с представените фактури. По отношение на последните съдът посочи съображенията си за кредитирането им по-горе. Останалите договори сочат на договорни отношения между съответните страни, но не са придружени с доказателства за количества реални продажби на продукти с марката Veranthen. Доколкото доказването на реално използване на марката не може да почива на предположение, не следва да бъдат съобразени и представените от жалбоподателя договори за разпространение на рекламни материали /комплекти от мостра на крем против подсичане, брошура на продукта и лигавник с рекламно лого/, тъй като същите съдържат индиция, предвид сключените към тях анекси за изпълнение на договореностите в рамките на срока на договора и продължението му, но не съдържат доказателства за реално количество разпространени рекламни материали, доколкото името, фигуриращо в конкретна фактура не може да бъде обвързано с лицето, страна по договора.

Като доказателства за реално използване на марката следва да бъдат приети представените извадки от списание „МедикАрт“ за периода 2012г.-2015г. Съгласно публично достъпната на сайта <https://medicart.webs.com> информация, списанието е специализирано медицинско издание, насочено към общопрактикуващи лекари и специалисти в различни области на медицинската наука и практика. Изданието е с тираж 5 000 броя и се разпространява безплатно чрез собствена куриерска мрежа, което му гарантира сигурно присъствие в кабинетите на общопрактикуващите лекари и специалистите от диагностично-консултативните центрове и големите болнични заведения в страната.

Във всички тези доказателства марката е използвана във вида, в който са регистрирани по-ранните марки. Преценката на тези доказателства в съвкупност установява реалното използване на марката в релевантния период по смисъла на чл.13, ал.2, т.2 и т.5 и чл.21, ал.3, т.1 и ал.4 ЗМГО. Останалите доказателства не могат да бъдат кредитирани от съда, тъй като или излизат извън периода на доказване – сертификати за излъчване на реклами по Нова/Д., брошури за продукти Veranthen през 2016г. или изхождат от самия жалбоподател – брошура за историческото развитие на марката, или не е ясно от кого изхождат и къде са публикувани – брошури В. health care от 2013г. и 2014г.

Реалното използване на марката означава използването ѝ в съответствие с нейната основна функция – да отличи и служи като гаранция за произхода на стоките и услугите, за които е регистрирана, с цел да създаде или запази пазарен дял на тези стоки и услуги. Основна цел на реалната употреба на марката е да гарантира на потребителя идентичност с произхода на стоката или услугата, позволявайки му да я отличава без объркване с такава с друг произход. Водещо значение има търговското присъствие на марката и обхватите от нея стоки на пазара, както и обема и честота на използването ѝ. В случая става въпрос за специфични продукти, чиято марка е продуктова, т.е. тя се използва само за означаване на тези продукти, но не и за останалите продукти на жалбоподателя. Реализираните количества от тези стоки, както и рекламата им са достатъчни, за да установят реално използване на марката

за стоките, за които са регистрирани по-ранните марки на жалбоподателя, обратно на възприетото от административния орган. Доколкото всички доказателства касаят кремове и унгвенти за грижа за кожата на бебета и лица със специфични нужди /кремове против стрии/ и съдържат пантенол, то съдът приема, че в релевантния период е налице реално използване на по-ранните марки на жалбоподателя за стоките от клас 3 и 5, за които са регистрирани.

По изложените съображения съдът намира жалбата за основателна, а оспореното решение като постановено при наличие на отменителното основание по чл.146, т.4 АПК следва да бъде отменено.

Основателна при този изход на спора е претенцията на оспорващия за присъждане на направените по производството разноски в размер на 400 лева, от които 50 лева за заплатена държавна такса и 350 лева за внесен депозит за възнаграждение на вещото лице.

Водим от горното, Административен съд София-град, Второ отделение, 40-ти състав, на основание чл.172, ал.2 и чл.143, ал.1 АПК

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалбата на В. С. CARE AG, Швейцария, Решение № РС-126-/1/ от 14.04.2021г. на председателя на Патентно ведомство.

ОСЪЖДА Патентно ведомство да заплати на В. С. CARE AG, Швейцария сумата в размер на 400 /четирисотин/ лева, представляваща разноски по производството.

Решението може да бъде обжалвано с касационна жалба в 14-дневен срок от съобщаването му чрез Административен съд София-град пред Върховния административен съд.

Решението да се съобщи на страните чрез изпращане на препис от него по реда на чл.137 от АПК.

Съдия: