

РЕШЕНИЕ

№ 700

гр. София, 09.02.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Второ отделение 58 състав,
в публично заседание на 30.09.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Снежанка Кьосева

при участието на секретаря Зорница Димитрова, като разгледа дело номер **3361** по описа за **2020** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е образувано по жалба на [фирма] със седалище и адрес на управление в [населено място] срещу Решение №38/30.01.2020г. на председателя на Патентно ведомство на Република България /ПВ/, с което на основание чл.76, ал.7, т.1 от Закона за марките и географските означения /ЗМГО/ е оставено без уважение искане с вх. № 70075247/28.07.2017г. за заличаване на регистрация на марка с рег. №78008 триизмерна.

С жалбата се твърди, че оспореното решение е неправилно и незаконосъобразно, поради неговата необоснованост и противоречието му с разпоредбите на материалния закон. Сочил се, че органът е изложил принципни постановки вместо аргументи във връзка с конкретния казус. Оспорват се констатациите на органа и се твърди неправилно възприемане на представените доказателства. Искане се оспореното решение да бъде отменено и преписката да бъде върната на органа с указания. Претендира се присъждане на разноски.

В съдебно заседание жалбата се поддържа чрез упълномощен представител. Претендира присъждане на разноски. Представя писмени бележки.

Ответникът – председателят на ПВ с процесуален представител оспорва жалбата като неоснователна. Представя писмено становище. Претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение и прави възражение за прекомерност на адвокатското възнаграждение на упълномощения от жалбоподателя адвокат.

Заинтересованата страна [фирма] със седалище и адрес на управление в [населено място] с писмено становище и писмени бележки оспорва жалбата като

неоснователна. Прави възражение за прекомерност на адвокатското възнаграждение на упълномощения от жалбоподателя адвокат. Претендира присъждане на разноски по представен списък.

Софийска градска прокуратура не участва в производството.

Съдът, като взе предвид събраните по делото доказателства, прие за установено следното:

С искане вх. № 70075247/28.07.2017г. до ПВ, дружество [фирма] е поискало заличаване на регистрацията на марка „Триизмерна“, рег. № 78008, заявена на 15.10.2010г. и регистрирана на 09.11.2011г. от [фирма] за стоки от Клас 3 на МКСУ – „препарати за почистване; сапуни; парфюмерия, етерични масла, козметика“ на основание чл.26, ал.1 във вр. с чл.11, ал.1, т.2, т.3 и т.4 и чл.26, ал.3 във вр. с чл.12, ал.6 от ЗМГО /отм./.

Със Заповед № 421/17.08.2017г. председателят на ПВ е назначил състав за разглеждане на искането.

Притежателят на марка „Триизмерна“ - [фирма], рег. № 78008 е уведомен за постъпилото искане. На 07.12.2017г. в ПВ от [фирма] е постъпило възражение с приложения по искането. Преписи от възражението и приложенията към него са изпратени на [фирма] за становище в едномесечен срок. На 18.01.2018г. от [фирма] е постъпило становище с приложения по възражението на [фирма]. Преписи от становището и приложенията към него са изпратени на притежателя на процесната марка с указания за изразяване на становище в едномесечен срок. На 22.02.2018г. в ПВ е постъпило възражение с приложения от [фирма], допълнено с писмо от 23.02.2018г./л.176, класьор 2/. Двете становища на маркопритежателя са предоставени на молителя за становище по тях. На 23.08.2018г. от [фирма] е представено съдебно решение, постановено по адм.д. № 9498/2016г. по описа на ВАС и е направено искане решението да бъде взето предвид при решаване на процесния казус. За постъпилите книжа искателят е надлежно уведомен и на 17.05.2018г. е изразил в писмена форма становището си. Маркопритежателят е уведомен за становището на искателя и на 15.06.2018г. е подал възражение.

На 04.04.2018г. в ПВ е постъпило становище от [фирма] по становища на [фирма] от 22.02.2018г. и от 18.01.2018г., копие от което е предоставено на [фирма]. На 15.05.2018г. е постъпило възражение от [фирма]. Възражението е съобщено на [фирма], и дружеството на 28.06.2018г. е представило писмено становище по възражението.

Със Заповед №112/27.01.2020г. /л.64, класьор 1/ председателят на ПВ е назначил състав, който да изготви становище за вземане на решение по искането. С посочената заповед е отменена Заповед № 421/17.08.2017г. на председателя на ПВ.

Назначеният със заповед №112/27.01.2020г. състав по спорове е разгледал искането на [фирма] и е изготвил становище, според което искането за заличаване на регистрацията на марка с рег. № 78008, триизмерна е неоснователно.

На 30.01.2020г. председателят на ПВ е постановил Решение № 38, с което на основание чл.76, ал.7, т.1 от ЗМГО е оставил без уважение искане с вх. № 70075247/28.07.2017г. за заличаване на регистрация на марка с рег. №78008 триизмерна. С решението е прието, че не са налице условията за заличаване на марка по чл.11, ал.1, т.2, т.3 и т.4, чл.26, ал.2 и чл.12, ал.6 от ЗМГО /отм./.

На 04.02.2020г. дружество [фирма] е представило в ПВ Решение от 12.12.2019г. на СЕС.

Оспореното решение е съобщено на жалбоподателя на 05.02.2020г. Жалбата е подадена чрез писмо, изпратено на 06.04.2020г. и е регистрирана на 07.04.2020г. в ПВ. В хода на съдебното производство страните представиха копия на съдебни решения, решение на Комисия за защита на конкуренцията /КЗК/, фактури от [фирма].

Съдът прие като веществен доказателство представен продукт от адв. П., който представлява разцъфнала роза, в розов цвят с поставен на дъното етикет с изписано на латиница наименование R.– с производител [фирма], със срок на годност до 12.6.2023 г. и тегло 30 грама. В съдебно заседание на 11.02.2021г. адв. П. заяви, че вещественото доказателство, което представя е произведено в рамките на последните шест месеца, но е идентично на продукта, който е предлаган в процесния период, за който страните спорят, както и че жалбоподателят не пази същото доказателство от преди 10 г. , но продукта е идентичен.

Разпитана в съдебно заседание В. Д. Т.-Р. сочи, /л.429/ че е управител на дистрибуторска фирма [фирма], правоприменник на [фирма] занимаващи се с разпространение на стоки свързани с българската роза, козметика, парфюми, розово масло, есенции, сувенири, глицеринови сапуни, гъби и свещи.Свидетелства, че от м.април 2009г., когато бил сключен договор, е дистрибутор на продукти на [фирма] за следните стоки: глицеринови сапуни, пилинг гъби, свещи и козметика. Разпространението било регионално, по северното Ч. от Обзор до Б., като в периода от 2009г. – 2010г. са зареждани около 20 сезонни обекта – сергии и супермаркети. Твърди, че приложеният на л.331, л.332 и л.333, т.1 от делото каталог е първият каталог на [фирма] и с него фирмата е работила през 2009-2010г. и го е разпространявала, с цел реклама. Соци, че са дистрибутирани ниглицеринови сапуни слайс и свещи, с изключение на коледните /посочва продуктите на стр.332 гръб, първите два реда/, сапуни слайс под № F 002 стр.333, първите продукти – 1, 2 и 3 ред – първа колона/, сапун „розичка“ – 33 грама, на втория ред от същата страница под № F 004, както и пилинг гъбите под № F003 на същата страница и глицериновия сапун „розова градина“ на стр.333 гръб под № F005.Свидетелката твърди, че показаното й вещественото доказателство - сапун изглежда така както е изглеждал сапунът, който е предлаган през 2009г. – 2010г.

След запознаване с фактура с получател [фирма] [населено място], и доставчик [фирма] от 31.8.2010г. и фактура оригинал с получател [фирма] и доставчик [фирма] от 28.12.2011г. свидетелката Р. заяви, че продуктите посочени във фактурите като „розички“- позиция 3 във фактурата от 28.12.2011г. и ред 2 от фактурата от 31.8.2010г. присъстват в показания й каталог под № F 004 и че във фактурата от 28.12.2011г. свидетелката е направила добавка на позиция 3 след думата „розичка“ - 30 грама „Фионна“, с цел да улесни счетоводството за изписване на продукта. Р. свидетелства, че представената пред ПВ декларация, според която в периода от 2009г. – 2010г. е разпространила около 11000 сапуна „розичка“ е представила въз основа на данни от счетоводните документи.

Свидетелката коментира фактури в т. I, л.281 и л.292 и посочи, че продуктът посочен като сапун „розичка“ е сапуна под № F004 в каталога на позиция 14.Според свидетелката през периода 2009-2010г. освен [фирма] и [фирма] и други търговци са предлагали сапуни с форма на розов цвят, а именно: „Българска роза“ – К., [фирма] – К., „Б.“, [фирма] – К.. От позицията на професионалния си опит Р. определя продукта сапун „розов цвят“ като масово разпространяван продукт към периода 2009 – 2010г. Уточнява, че от 2000г. фирмата се основава като фирма

дистрибутор на фирма „Българска роза“ – К., а в последствие започнали работа с [фирма] – К., „Лема“ – К. и също дистрибутирали такива продукти. След 2009г. освен на „Фионна козметикс“ дистрибутирали и на други производители продукти с тази форма. Свидетелката не е продавала на крайни клиенти, само на едро, като за сапун с форма на роза е търгувала приблизително от 2004г.

С. А. Т. работи във фирма [фирма] от м. октомври 1999г. и твърди, че познава целия пазар. Свидетелства, че от 2004г. – 2005г. без прекъсване е дистрибутор на сапун – розов цвят, 60 грама в цяла южна част на България, по Ч. и в зимните курорти Б., Б. и П.. Твърди, че стоките на [фирма] – сапун розов цвят и сапуните с гъба са уникални и типични, защото фирмата е новатор и е първата, която ги е направила, и че сапун розов цвят го прави само [фирма], като дружеството само си прави сапунената маса. Свидетелят в последствие е виждал сапуни приличащи на сапун – розов цвят, 60 грама, направени от други фирми и представляващи отворена роза, затворена роза, с вид на пъпка и с различен грамаж – по-малки или по-големи от сапуна на [фирма]. Т. знае, че [фирма] рекламира продуктите си с франчайз фирмени магазини, чрез всички медии, като Нова телевизия, Д. радио, списания и фейсбук. Свидетелства, че освен сапуна розов цвят, който по документация на [фирма] се води „сапун-цвят“ е разпространявал и други сапуни с аромат на роза, имащи форма на сърце и гъба.

За изясняване на обстоятелствата по делото съдът прие неоспорено от страните заключение на допуснатата съдебно маркова експертиза /СМЕ/, изпълнена от вещото лице С. С., както и заключение на допълнителна съдебно-маркова експертиза. С основното заключение се установява следното: Сапунът е повърхностно-активно вещество, използвано като миешо средство, което представлява натриева или калиева сол на мастните киселини и което се получава чрез химическият процес, наречен осапунване. За първи път сапуни, направени от растителна мазнина, ароматни масла и натриева основа, са описани от мюсюлмански химик през Х. век и оттогава формулата на сапуна не е променяна. Доколкото като източник на мастни киселини се използват растителни, животински или рибни масла (в българските земи през Х. век в сапунджийници са правени лоени сапуни), които са с не особено приятен мирис, получените продукти са били ароматизирани, а при желание, и оцветявани допълнително. Ето защо миешото средство „сапун“ се свързва непосредствено с характеристиката аромат. Тази характеристика е желана и търсена от потребителя при избора му, налице е директна връзка с присъщите за стоките от клас 03 на МКСУ форми, поради което представлява съществена характеристика на стоката „сапун“.

Изхождайки от съвременните технологични възможности за формование на стоките от клас 3, за които е регистрирана процесната марка, както и че формата на разцъфнал цвят е също толкова разпространена и често срещана на пазара, колкото останалите форми, предлагани от различни производители, експертът счита, че формата на разцъфнал цвят не би могла да бъде възприемана като индикатор за търговски произход, а като директна връзка със заявените стоки, което потвърждава указателния характер на марката.

В този аспект, и предвид това че ароматът е съществена характеристика на стоките „сапун“, формата на разцъфнал кичест цвят (независимо дали е възприеман като цвят на роза или на друг вид цвете) би се асоциирала с аромата на цвете- т.е. че въпросният сапун е с аромат на конкретно цвете или аромат на цветя по принцип.

Стилизираното изображение на разцъфнал кичест цвят, обект на процесната марка, по мнение на експерта, единствено би се възприело от потребителите като символ на

аромата на конкретно (роза) или на неопределено цвете или на цветя. Дори ако се приеме, че разцъфналият кичест цвят, който представлява процесната триизмерна марка рег. №78008, не е на определено по вид цвете, релевантните потребители ще приемат тази марка като индикация за приятен аромат на цвете или цветя и ще свърже директно тази асоциация със стоката „сапун“, тъй като ароматът е желана и търсена характеристика на тази стока. Същевременно, производителите съзнателно са работили по достигане на тази характеристика на продукта и съзнателно са я промотирали, така щото да отговори на търсенето на потребителите. Следователно, налице е директна и специфична връзка между стоката „сапун“ от клас 3 на МКСУ и характеристиката „аромат“ на сапуна.

Въз основа на разпечатка от интернет страницата www.refan.net, показваща рекламирането на стоките, произвеждани от фирма [фирма] през годините, съдържаща извлечения, касаещи годишните периоди 2004- 2006; 2004-2007; 2005-2007, показващи реклама на сапуни; 2010- 2012; 2010-2013; 2011- 2013, показващи брошури на продуктите на фирмата; 2015-2017, рекламиращи специализирани сапуни; 2010-2012 и 2011-2013, рекламиращи отново сапуни с включени декоративни такива /Приложение №8 към молба до съда от 25.06.2020г./ вещото лице стига до заключение, че фирмата активно е рекламирала чрез сайта си своите стоки, в това число сапуни, включително по време на релевантния за спора период- от 2010г. до 2017г. и че е осъществявала реклама на продукта „сапуни“, оформен като кичест цвят и в периода 2004г. - 2007г., както и че от данните по Приложение №8 не може да се направи извод единствено за използване на марката през периода от 2008 до 2010 г., както и за 2014 г, т.к. такива данни липсват. От Приложение №8 е прието също, че чрез сайта www.refan.net се рекламират он-лайн стоките от клас 03 на МКСУ „препарати за почистване; сапуни; парфюмерия, етерични масла, козметика“, за които е регистрирана марка 78008, но показаните „препарати за почистване“ всъщност са препарати за лична хигиена, но не и препарати за почистване в домакинствата. Съгласно Приложение №8 по делото навсякъде в рекламните материали в посочените времеви периоди, сапуните във форма на цвете са обозначени като сапуни Р. и са оцветени в розово или бяло, на които са дадени названията сапун Р. цвят, сапун Р. дамасцена и сапун Р. алба.

Прегледът на сайта на фирма [фирма] към датата на съставяне на експертната показва, че в рубрика „Специализирани сапуни“ се рекламира продукт, представляващ триизмерно изображение на розов цвят, наречен „Сапун- розов цвят“, като „Сапун с нежен, възбуждащ аромат на българска маслодайна роза и форма на розов цвят“. Този текст, според експерта подсказва, че конкретната форма на рекламираните от Р. България сапуни е съзнателно търсена така, че да извика у потребителя асоциация с розов цвят.

Както от приложените разпечатки по делото, така и към настоящата дата, от сайта на фирмата- притежател на марка рег.н. 78008 не може да се извлече информация за интензитета на използване на марката- дали е нормален или завишен. Може да се констатира единствено факта на използване за значителен период от време, включително и преждеползване на марката в годините 2004- 2007.

На въпроса „има ли и какви регистрации на триизмерни марки, които имат сходна конструкция и концепция (форма на цвят на растение) заявени и/или регистрирани в клас 3?“ вещото лице сочи, че сходните регистрирани марки са 7 бр., две от които- процесната марка рег.№ 78008 и марка с рег.№ 86121, които принадлежат на Р.

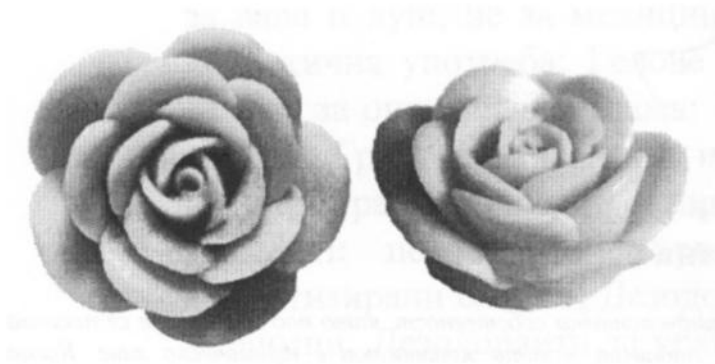
България, а сходните заявени марки са 4 бр., заявени от жалбоподателя „Фийона К.“, две от които оттеглени след процедура по възражение и две - в процедура по опозиция. Въз основа на представени по делото доказателства вещото лице е направило извод, че фирма Р. България през годините е използвала всички легални форми за защита на притежаваните от нея права на интелектуална собственост.

Въз основа на изложеното заключение на СМЕ е, че ароматът на стоката „сапун“ от клас 3 на МКСУ представлява съществена характеристика на тази стока от гледна точка на потребителя. Формата на разцъфнал цвят на стоката „сапун“ би могла да създаде впечатление у потребителите, че въпросният сапун е с аромат на конкретно цвете или аромат на цветя по принцип. Процесната марка създава в съзнанието на потребителите директна и специфична връзка между стоката „сапун“ от клас 3 на МКСУ и характеристиката „аромат“ на сапуна. От приложените материали по делото се констатира факта на използване на процесната марка за значителен период от време, включително и преждеползване през годините 2004- 2007. В материалите по делото няма данни за използване през периода от 2008 до 2010 г., както и за 2014 г; не е възможно да се извлече информация и относно интензитета на това използване - дали е нормален или завишен.

СМЕ е изслушана в съдебно заседание на 11.02.2021г., на което са присъствали представители на всички страни. Заключението не е оспорено и съдът го е приел. В следващото съдебно заседание процесуалният представител на заинтересованата страна е оспорил частично приетото заключение, поради това, че поставените въпроси не касаят конкретиката на спора, а са за въпроси от общ характер и излизат от компетентността на професионалната сфера на вещото лице. Съдът кредитира изцяло заключението на СМЕ.

С неоспореното от страните заключение на допълнителната СМЕ се установява следното:

Фирма [фирма] е притежател на по-ранна нерегистрирана марка с вх. № 2017146997N, заявена на 25.07.2017г. за стоки от клас 03 на МКСУ и по която е подадена опозиция, е използвана в търговската ѝ дейност за стоки „сапун с форма на роза“ /л.472/.



ТМ вх.н. 2017146997N

Марката на фирма Р. рег.№ 00078008, „триизмерна“, е заявена на 15.10.2010г. и регистрирана на 09.11.2011г. за стоките от Клас 03 „препарати за почистване; сапуни; парфюмерия, етерични масла, козметика“ /л.478/



Приложения 1 и 2 представят извлечения от базата данни на Патентно ведомство относно правния статус на двете сравнявани марки- вх. № 2017146997N на “Фийонна К.” и рег.№ 78008 на „Р. България“.

Визуално: и двата сравнявани знака представляват триизмерно изображение на разцъфнал розов цвят, като първото изображение (в анфас) от знака по марка ТМ вх.н. 2017146997N е идентично на това, представено с триизмерната марка 78008 на „Р. България“.

Визуално: и двата сравнявани знака представляват триизмерно изображение на разцъфнал розов цвят, като първото изображение (в анфас) от знака по марка ТМ вх.н. 2017146997N е идентично на това, представено с триизмерната марка 78008 на „Р. България“.

Концептуално: концепцията, заложена и в двата знака е да създаде у потребителя асоциация, свързана с естествените характеристики на

представените изображения на разцъфнали рози.

В този смисъл, визуалното и концептуално сходство между двата знака е очевидно.

От приложените към допълнителната СМЕ извлечения от базата данни на Патентно ведомство се установяват и заявените със заявка за марка вх.№ 2017146997N стоки, както и стоките, за които е регистрирана марка рег.№ 78008. Съответно, стоките от клас 03 на МКСУ, за които е заявена марка вх.№ 2017146997N включват стоката „сапуни“, за които е регистрирана и марка 78008. Стоките, за които е използван знака „сапун с форма на роза“ от страна на [фирма] са идентични със стоките „сапуни“, за които е регистрирана марка 78008, видно от изображението на триизмерната марка.

Вещото лице сочи, че съгласно определението на Световната Организация за Интелектуална Собственост (WIPO), М.-Международната Система за Марки (М. – Т. I. TrademarkSystem): Дума или комбинация от думи, букви и цифри могат перфектно да представляват търговска марка, но търговски марки могат също да се състоят от фигури, символи, три- димензионални изображения като формата и опаковката на стоки, невидими знаци като звукове или аромати, или цветови нюанси, използвани като отличителни характеристики - възможностите са почти неограничени. В Бюрото за Интелектуална Собственост на Европейския Съюз (EUIPO) като единствено условие за регистрация на марка е поставено изискването тя да бъде ясно дефинирана; в противен случай нито заявителят, нито конкурента му няма да е сигурен какво покрива марката, като вариантите на марка, които биха могли да бъдат заявени или в сравнение с WIPO, EUIPO не предвижда регистрация на марки, отнасящи се до аромат.

Според заключението напълно допустимо е да се приеме, че продуктите с аромат на цветна основа се приемат добре от потребителите, но индивидуалните предпочитания определено имат превес. Може да се приеме за стандартно един производител да предлага серия продукти, различаващи се един от друг по аромата си, включително такъв на растение. Избирайки продукт от дадена серия, потребителят се доверява на утвърдена на пазара марка на производител на качествени продукти и едва тогава избира асортимент съобразно индивидуалните си предпочитания.

По искане на заинтересованата страна съдът допусна и прие съдебно-счетоводна експертиза /ССЧЕ/, изпълнена от вещото лице К. Г.. Със заключението се установява следното: Данни за продажба на стоки идентифицирани под счетоводен номер 00228/00211 Натурален сапун Р.

цвят датира от март 2004г . Данни за производството на стоки с процесната марка датират в счетоводството от февруари 2004г. Първият счетоводен запис в системата за заприхождаване на ГП Натурален сапун 40 [населено място] цвят е от дата 29.02.2004г.

Съгласно предоставената справка от счетоводството на Р. БЪЛГАРИЯ за периода от Февруари 2004 – Декември 2019 г. са заприходени в склада на фирмата продукти с марката сапун Р. Цвят - 1 233 044 бр. в т.ч Сапун Натурален Р. цвят 50гр - 86 970 бр, Сапун Р. Цвят 45 гр – 245 036 бр.;

Към 2004г. Р. О. има: 2 склада, находящи се в [населено място] ул.Брезовско шосе търговска база Т. и в [населено място], [улица] и 5 магазина – 2 в С. ([улица]-Ц. и [улица]), 2 в [населено място] ([улица] и [улица]) и един магазин в [населено място] ([улица]).

Основни дистрибутори към 2004г. са били фирма Р. Е. (гр. С. З., [улица]) и фирма Цимбали М-13М.Т. ЕТ (гр. С., [улица]).

Съгласно предоставена справка за 2019г. стоките на Р. България се разпространяват в 307 населени места в България, поименно посочени в заключението.

Жалбоподателят оспори заключението на ССЧЕ, като необосновано, поради това, че физически е невъзможно да бъде проверена информацията, предоставена от счетоводството на [фирма] . Във връзка с оспорването процесуалният представител на дружеството жалбоподател заяви, че не желае назначаване на друга съдебно-счетоводна експертиза. Съдът като взе предвид, че експертът е изпълнил възложената му задача въз основа на изчерпателно посочени счетоводни документи, неоспорени от страните прие заключението и изцяло го кредитира. Заключението е мотивирано и последователно и основания за изключването му от доказателствения материал не са налице.

Съдът изгради фактическата обстановка въз основа на всички доказателства, касаещи предмета на делото.

ПРАВНА СТРАНА

Жалбата е процесуално допустима. Подадена е от адресат на акта и срещу подлежащ на оспорване административен акт. Спазен е и предвидения в закона срок за оспорване.

Разгледана по същество жалбата е неоснователна.

С оспореното решение, на основание чл.76, ал.7, т.1 от ЗМГО, е оставено без уважение искането за заличаване на регистрацията на марка с рег. № 78008 триизмерна.

Искането за заличаване на регистрацията е подадено на 28.07.2017г.

при действието на ЗМГО /отм. ДВ бр.98/2019г., считано от 17.12.2019г./.

Съгласно чл.26 от ЗМГО /отм./ регистрацията на марка се заличава, когато е извършена в нарушение на изискванията по чл.2 и чл.11 от ЗМГО /отм./. Когато марката е регистрирана в противоречие с чл.11, ал.1, т. 2, 3 или 4, регистрацията не се заличава, ако притежателят докаже, че в резултат на използването марката е придобила отличителност за стоките или услугите, за които е регистрирана /чл.26, ал.2 от ЗМГО - отм./. Регистрацията на марка, съгласно чл.26, ал.3, т.1 от ЗМГО/отм./ се заличава и когато марката е регистрирана в противоречие с чл.12 от ЗМГО /отм./. Съгласно §5, ал.2 от ПЗР на ЗМГО- отмененият ЗМГО се прилага за исканията за заличаване на регистрацията на марки и географски означения, по които няма влязло в сила решение до влизането му в сила. Оспореното решение е постановено на 30.01.2020г., респ. към датата на влизане в сила на ЗМГО не е било влязло в сила. Следователно за процесния казус са приложими разпоредбите на ЗМГО/отм./.

Процесните разпоредби са вписани и в ЗМГО и съответстват на разпоредбите на чл.36, ал.1 във вр. с чл.11, ал.1, т.2, т.3 и т.3 и чл.36, ал.3, т.1 във вр. с чл.12, ал.4 от ЗМГО.

Оспореният акт е издаден от компетентен орган - председателя на ПВ /чл.46, ал.6 от ЗМГО отм./. Спазени са предписанията от закона форма и необходимо съдържание. Посочени са правни и фактически основания за издаването му. Спазена е предвидената в закона процедура. Не са допуснати нарушения на административнопроизводствените правила, които да бъдат определени като съществени и които да мотивират отмяна на оспореното решение. Изложени са аргументи в подкрепа на изводите, представените от страните доказателства са ценени правилно. Решението е обосновано.

Със събраните по делото доказателства се установи визуално и концептуално сходство между използваният от [фирма] знак „сапун с форма на роза“ и процесната търговска марка рег.№ 78008 „Триизмерна“, регистрирана на името на „Р. България“. Стоките, за които е използван знака „сапун с форма на роза“ от страна на [фирма] са идентични със стоките „сапуни“, за които е регистрирана марка 78008, видно от изображението на триизмерната марка. Процесната марка не би могла да бъде заявена и регистрирана като марка за аромат съгласно ЗМГО /отм./ и ЗМГО.

Съгласно чл.11, ал.1, т.2 от ЗМГО /отм./ не се регистрира марка, която няма отличителен характер. Марката е отличителна когато потребителите идентифицират произхода на стоките или услугите, означени с нея, с определен производител, ако без каквото й да е

объркване отличат стоките или услугите от тези, произхождащи от други лица. Оценката за отличителност на триизмерните марки е както при останалите видове марки допълнена с преценката дали обемната марка се отъждествява с формата на продукта или неговата опаковка. За да бъдат отличителни, а не описателни съществено следва да се отличават от присъщия за съответните стоки външен вид. Не са отличителни и марките, които се състоят от знаци, указващи характеристики на стоките или услугите /чл.11, ал.1, т.4 от ЗМГО, отм./. В конкретния случай изображението на марката се състои от стилизирано обемно изображение на разцъфнал кичест цвят. Марката е регистрирана за стоки от клас 3 на МКСУ, за продукти за почистване, поддържане на лична хигиена, пране и разкрасяване. Състоянието на тези стоки може да бъде течно, прахообразно и кремеобразно. Завършеният търговски вид придобиват със съответна опаковка /кутии, флакони, бурканчета и други/ и различни приспособления - капачки, пулверизатори и други. Правилно е становището на ответника, че оспорената марка не може да се възприеме като опаковка на субстанция, без която търговското представяне на триизмерното изображение на цветето да е невъзможно. Триизмерната марка не е идентична и с формите, в които обичайно се предлага стоката сапун - правоъгълни, кръгли и елипсовидни. Изложеното обуславя извод за отличителен характер на триизмерната марка, респ. не са налице предпоставките на чл.11, ал.1, т.2 от ЗМГО /отм./.

Според заключението на СМЕ напълно допустимо е да се приеме, че продуктите с аромат на цветна основа се приемат добре от потребителите, но индивидуалните предпочитания определено имат превес. Избирайки продукт от дадена серия, потребителят се доверява на утвърдена на пазара марка на производител на качествени продукти и едва тогава избира асортимент съобразно индивидуалните си предпочитания.

Триизмерното изображение на цвят предизвиква различни асоциации у различните потребители. Потребителят идентифицира произхода на стоките означени с триизмерната марка с определен производител чрез субективната си преценка. Съгласно приложено в административната преписка съдебно решение по адм.д. № 9498/2016г. по описа на ВАС "А. може да бъде на цвят, на аромат, на пролет, на спокойствие, на свежест, на красота, на приятно усещане, но нито една от тези асоциации, а възможни са и много други, не може да се свърже със специфична характеристика на стоката – най-малкото може да се свърже с аромат, защото ароматът не е същностна характеристика на процесните стоки".Обективните характеристики не са решаващи. Действително, триизмерната марка може да породи асоциация с цъфтящи растения, но

не може да се приеме само като указание. Предвид изложеното не може да се приеме, че триизмерната марка се състои изключително от знаци или означения, които указват вида, качеството, количеството, предназначението, стойността, географския произход, времето или метода на производство на стоките, начина на предоставяне на услугите или други характеристики на стоките или услугите /чл.11, ал.1, т.4 от ЗМГО, отм./.

Оценката за обичайния характер се извършва към датата на подаване на заявката за марка. Заявката за регистрация на триизмерната марка е подадена на 15.10.2010г. Една марка не се смята за обичайна само защото заявителят на марката също използва съответния знак. В този смисъл Решение по дело T-507/08, ЕУ. Със събраните по делото доказателства не се установява ползване на триизмерния знак, от който се състои марката към 15.10.2010г. Следователно не може да се обоснове извод, че към датата на подаване на триизмерната марка се е състояла изключително от знаци или означения, които са станали обичайни в установената търговска практика на страната /чл.11, ал.1, т.3 от ЗМГО/.

С приетата от съда ССЧЕ се установи, че в счетоводството [фирма] натурален сапун Р. цвят датира от март 2004г - данните за производството на стоки с процесната марка датират от февруари 2004г., а първият счетоводен запис в системата за заприхождаване на ГП е от дата 29.02.2004г. За периода от Февруари 2004 – Декември 2019г. са заприходени в склада на фирмата продукти с марката сапун Р. Цвят - 1 233 044 бр. Към 2004г. дружеството има: 2 склада и 5 магазина. Основни дистрибутори към 2004г. са били фирма Р. Е. и фирма Цимбали М-13М.Т. ЕТ [населено място], а през 2019г. стоките на Р. България вече се разпространяват в 307 населени места в България, поименно посочени в заключението. Със заключението на СМЕ се установи, че [фирма] активно е рекламирала чрез сайта си своите стоки, в това число сапуни, включително по време на релевантния за спора период- от 2010г. до 2017г. и че е осъществявала реклама на продукта „сапуни“, оформен като кичест цвят и в периода 2004г.- 2007г. Притежателят на процесната марка е защитавал активно правата си срещу нарушители - фирма Фионна К. и фирма Б. О.. Искането за заличаване е подадено на 28.07.2017г. Съгласно чл.26, ал.2 от ЗМГО /отм./когато марката е регистрирана в противоречие с чл.11, ал.1, т. 2, т.3 или т.4, регистрацията не се заличава, ако притежателят докаже, че в резултат на използването марката е придобила отличителност за стоките или услугите, за които е регистрирана. В случая не се установи марката да е регистрирана в противоречие с чл.11, ал.1, т.2, т.3 или т.4 от ЗМГО. Независимо от това следва да се посочи, че със

заклучението на ССЧЕ и показанията на свидетеля А. Т. се установи, че в резултат на използването на марката и реализираната реклама същата е придобила отличителност за стоките, за които е регистрирана.

С декларация от Офис Мениджер в Интернет Архив /л.277, т.І/ се твърди, че датата, поставена от Интернет Архив съответства на HTML файла, но не и на файловете с изображения, свързани с него и че изображенията, показани на принтираната страница, може да не са архивирани на същата дата като HTML файла. Действително твърдяната вероятност поставя под съмнение достоверността на датите, но съмнението не се доказва с никакви доказателства. Обратно, активната защита срещу нарушители осъществена от притежателя на процесната марка в продължителен период от време, включително процесния период е косвено доказателство, че изображенията, показани на принтираната страница са архивирани на същата дата като HTML файла. Нелогичен е изводът за отстояване на права по всеки възможен начин без реклама на тези права.

За да установи действително търговско използване на противопоставената марка към 15.10.2010г. жалбоподателят [фирма] в административното производство е представил договор за дистрибуция от 07.04.2009г. между дружеството и [фирма]; две фактури от 31.08.2010г. и от 28.12.2011г. с предмет: розички, розички 30 [населено място] - общо 420 броя; три броя фактури от 29.09.2010г., 02.08.2010г. и от 10.03.2010г. за продажба от [фирма] на три различни фирми на 122 броя розички или розички 30гр., както и декларации от името на дистрибутора [фирма]. С посочените доказателства, както е приел и органът не се установява еднозначно видът на стоките, както и че описаните във фактурите "розички" са с формата на триизмерния знак. Действително дружеството жалбоподател разполага с каталог с продукт с формата на триизмерния знак, означен с код F004, но този код не е посочен във фактурите и декларациите. От друга страна не са налице достоверни доказателства относно датата на създаване на посочения каталог.

Свидетелката В. Р. сочи, че през 2009г. - 2010г. е била дистрибутор на сапун „розичка“ – 33 грама, с № F 004 на показания й каталог /л.333/. Според показанията й във фактурите от 31.8.2010г. и от 28.12.2011г. продуктите посочени във фактурите като „розички" присъстват в показания й каталог под № F 004.

Твърдението на свидетелката, че през 2009г.–2010г. е разпространила около 11000 сапуна „розичка“ въз основа на данни от счетоводните документи на [фирма] се опровергава от представените по делото счетоводни документи - 2 фактури от 31.08.2010г. и от 28.12.2011г. за

общо 420 броя. Освен това Р. е предлагала сапуни с форма на розов цвят и на други фирми. А липсата на каквито й да е писмени доказателства /счетоводна документация/ в подкрепа на твърденията й не изключва възможността от объркване предвид изминалия период от време. Предвид изложеното показанията на свидетелката не може да се приемат без резерви.

Търговското използване не се доказва и с представеното в съдебно заседание вещественно доказателство - продукт, представляващ разцъфнала роза, в розов цвят с поставен на дъното етикет с изписано на латиница наименование R.- с производител [фирма], със срок на годност до 12.6.2023 г. и тегло 30 грама. С посоченото доказателство не се установява и идентичност между този продукт и продукта сапун "розички" с формата на триизмерния знак, за който се твърди че е дистрибутиран 2009г.-2010г.

Въз основа на посочените доказателства не може да се направи неоспорим извод за реализация на сапун "розичка" с № F 004 от [фирма] в търговската дейност на страната, респ. за използване на марката както към 15.10.2010г., така и към 28.07.2017г. В хода на съдебното производство жалбоподателят представи заверени копия на фактури /л.281 – 318, т.1/, с които се установява, че през 2017г. [фирма] е доставила на различни фирми продукти, между които: сапун Букет, сапун розичка 30 гр., розички, розички 30 гр., сапун 30 гр., сапун розова градина и други. Нито един от посочените продукти не е обозначен с каталожен номер. Същевременно в представения каталог /л.332, 333/ продуктите не са индивидуализирани с имена или грамаж, а с каталожен номер. Изложеното не води до единствен и неоспорим извод за реализация на сапун "розичка" с № F 004 от [фирма] в търговската дейност на страната, респ. за използване на марката и към 28.07.2017г..

Предвид изложеното правилно е решението на органа да остави без уважение искането за заличаване на регистрацията на марка с рег. №78008 триизмерна. Жалбата е неоснователна.

С оглед изхода на спора основателна е претенцията на ответника за присъждане на юрисконсултско възнаграждение в размер на 100,00 лв., както и искането на заинтересованата страна за присъждане на разноски в размер на 1080,00 лв. разноски за вещи лица. Заинтересованата страна не е представила договор за правна защита и съдействие, поради което претенцията за присъждане на адвокатски хонорар в размер на 1500,00 лв. е неоснователна. Съгласно ТР №6/2012г. на ВКС, ОС на ГК и ТК наличието на договор за правна помощ е абсолютна предпоставка за присъждане на разноски, тъй като именно в договора се посочва

договореният начин на плащане. В този смисъл е и разпоредбата на чл.36, ал.2 от ЗА. Договорът удостоверява волята на договарящите относно възнаграждението на упълномощеното лице – кой, кога и по какъв начин ще заплати хонорара на адвоката. С представеното по делото пълномощно не може да се установи верността на твърдението, че правната помощ е оказана при условията да се заплати хонорар в размер на 1500,00 лв..

Така мотивиран и на основание чл.172, ал.2 от АПК, СЪДЪТ

Р Е Ш И:

ОСТАВЯ без уважение жалбата на [фирма] със седалище и адрес на управление в [населено място] срещу Решение №38/30.01.2020г. на председателя на Патентно ведомство на Република България.

ОСЪЖДА [фирма] със седалище и адрес на управление в [населено място] да заплати на Патентно ведомство на Република България сумата 100,00 лв., разноси по делото.

ОСЪЖДА [фирма] със седалище и адрес на управление в [населено място] да заплати на [фирма] със седалище и адрес на управление в [населено място] сумата 1080,00 лв., разноси по делото.

Решението подлежи на касационно обжалване пред Върховен административен съд в 14-дневен срок от съобщаването му на страните.

СЪДИЯ: