

РЕШЕНИЕ

№ 3538

гр. София, 31.05.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Второ отделение 72 състав,
в публично заседание на 01.03.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Мария Стоева

при участието на секретаря Зорница Димитрова, като разгледа дело номер **3362** по описа за **2020** 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).

Образувано е по жалба на „ФИОННА КОЗМЕТИКС“ ЕООД, ЕИК[ЕИК], срещу Решение № 32/30.01.2020 г. на Председателя на Патентното ведомство на РБ, с което е оставено без уважение искане на жалбоподателя за заличаване на регистрацията на марка рег. № 86121 триизмерна, с притежател на правото върху марка „Рефан България“ ЕООД, [населено място].

В жалбата се излагат доводи за неправилност, необоснованост и незаконосъобразност на обжалваното решение поради противоречието му с разпоредбите на материалния закон. Изтъква се липса на отличителен характер на регистрираната марка. Сочи се, че предвид стоките, за които марката е регистрирана, процесната форма не представлява оригинален и запомнящ се знак (в случая триизмерен такъв), а единствено информира потребителите за съдържанието и/или аромата на стоката от клас 3, 4 и 21, като потребителите няма да възприемат знака като отличаващ търговския произход на стоките. Оспорват се аргументите на административния орган, че атакуваната марка не може да се възприеме като опаковка на стоките от клас 3, като подобно заключение според жалбоподателя би следвало да е изцяло в полза на липсата на отличителност на знака, противно на посоченото в решението. В тази връзка жалбоподателят поддържа, че формата на разцъфнал цвят е твърде разпространена и често срещана на пазара и обстоятелството, че тя не е „стандартна“, не променя категорично установения факт, че на пазара са налични множество продукти (сапуни) в същата

или подобна форма, при това произведени от различни производители. На отделно основание счита, че атакуваната триизмерна марка противоречи на разпоредбата на чл. 11, ал. 1, т. 3 ЗМГО, т.е., състои се изключително от знак, станал обичаен в установената търговска практика по отношение на процесните стоки. Според жалбоподателя административният орган не е анализирал представените доказателства за това, че множество производители, работещи на българския пазар от дълги години, използват формата на разцъфнал цвят (включително роза), като тази форма е станала обичайна в търговската практика в тази област. На следващо място, навежда доводи, че е налице основание за заличаване, посочено в чл.11, ал.1, т.4 от ЗМГО – атакуваната регистрация се състои изключително от знаци, указващи основни характеристики на процесните стоки, а именно техния състав и/или аромат. Поддържа, че асоциацията на формата с аромата на стоката, който е и съществена, водеща характеристика на стоката „ сапун“ и стоката „свещ“, е директна, в който смисъл и връзката е пряка и недвусмислена. Жалбоподателят сочи, че стоките, за които е регистрирана атакуваната марка, са идентични или сходни от висока степен на стоките „сапуни“, за които по-ранната марка на „ФИОННА КОЗМЕТИКС“ ЕООД е използвана в търговската дейност на територията на Република България, които стоки попадат в обхвата на стоките в клас 3 и клас 4, за които е заявена марката „ТРИИЗМЕРНА“, вх. №146997 от 25.07.2017 г. Предвид горното жалбоподателят сочи, че може да се направи еднозначният извод, че атакуваният знак е ако не идентичен, то най-малкото сходен от висока степен на по-ранния нерегистриран триизмерен знак, използван в търговската дейност на територията на РБ от „ФИОННА КОЗМЕТИКС“ ЕООД. Поддържа в тази връзка, че предвид идентичността между сравняваните знаци и идентичността, респективно сходството на стоките, за които е регистрирана атакуваната марка, и стоките, за които по-ранната марка е използвана в търговската дейност, е налице вероятност от объркване на потребителите, включваща възможност от свързване на атакуваната с по-ранната марка по отношение на търговския произход на предлаганите с марките стоки. По изложените в жалбата съображения се прави искане съдът да постанови решение, с което да отмени изцяло оспореното решение на председателя на Патентното ведомство, съответно, преписката да бъде върната на административния орган с указания за постановяване на решение за заличаване на регистрацията на марката. Претендира се присъждане на сторените по делото разноски.

Ответникът – Председателят на Патентното ведомство (ПВ), 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 - ”РЕФАН БЪЛГАРИЯ” ЕООД, оспорва жалбата, като чрез процесуалния си представител поддържа, че същата е неоснователна и моли съда да я остави без уважение. Прави възражение за прекомерност на адвокатското възнаграждение на упълномощения от жалбоподателя адвокат. Претендира присъждане на разноски по делото.

Софийска градска прокуратура не се представлява в производството.

Съдът, въз основа на данните по делото, становищата на страните и като съобрази закона, намира следното:

Жалбата е процесуално допустима като подадена в срок и от лице, адресат на акта, срещу подлежащ на оспорване административен акт.

За да се произнесе по нейната основателност, съдът съобрази следното:

Установява се, че производството пред административния орган е започнало по депозирано от „ФИОННА КОЗМЕТИКС“ ЕООД искане № 70081065/27.10.2017 г. за заличаване на регистрацията на търговска марка „ТРИИЗМЕРНА“, рег. № 86121, на основание чл. 26, ал. 1 във връзка с чл. 11, ал. 1, т. 2, 3 и 4 и чл. 26, ал. 3, т. 1 във връзка с чл. 12, ал. 6 от ЗМГО (отм.). Искането е подадено срещу марка с рег. № 86121 триизмерна, заявена на 16.07.2012 г., регистрирана на 26.09.2013 г. и със срок на закрила до 16.07.2022г. Марката е регистрирана за стоки от класове 3, 4 и 21 на МКСУ: клас 3: препарати за избелване и пране; препарати за почистване, полиране, обезмасляване и шлифване; сапуни; сапуни с гъби за козметични цели; парфюмерия, етерични масла, козметика, лосиони за коса; средства за почистване на зъби; наливна парфюмерия; тоалетна вода; одеколон; лак за нокти; клас 4: свещи, свещи тънки, свещи за коледни елхи; дебели къси свещи, кандила; парафин, фитили за лампи и свещи, хартиени фитили за осветление; клас 21: гъби, средства за почистване, стъклария, порцеланови и керамични изделия, които не са включени в други класове.

За разглеждане на искането председателят на ПВ със Заповед № 62/17.01.2020 г. е назначил състав, който да изготви становище за вземане на решение по искането. Препис от искането е изпратен до притежателя на марката – „РЕФАН БЪЛГАРИЯ“ ЕООД, на 14.11.2017 г., като му е указан законоустановеният тримесечен срок за възражение.

Постъпило е възражение на 27.02.2018 г., представено в два екземпляра, единият от които е изпратен на молителя за становище. С възражението са оспорени всички твърдени нарушения. Във възражението маркопритежателят сочи, че по отношение на основанието по чл. 11, ал. 1, т. 2 и т. 4 ЗМГО неправилно е твърдението на искателя, че процесният знак наподобява единствено розов цвят. Изтъква, че той може да бъде възприет от потребителите като цвят на различни растения, като в тази връзка представя примерни изображения. Счита, че доколкото процесният знак не е изображение на точно определено растение, то използването му самостоятелно, без допълнителни словни елементи, не би могло да доведе до асоцииране на стоката с конкретен състав или аромат. Отбелязва, че формата на знака не характеризира нито формата на стоките, нито формата на тяхната опаковка. По отношение на конкретното твърдение на искателя, че марката представлява триизмерна форма на стоката „сапун“, маркопритежателят сочи, че наложената на пазара форма на сапуните в твърдо състояние е кръгла, овална или четвъртита, като съществуват и сапуни в течно състояние. Във връзка с основанието по чл. 11, ал. 1, т. 3 ЗМГО изтъква, че доказателствата показват неограничените възможности за моделиране на формата специално по отношение на стоката „ сапун“ в твърдо състояние, като крайният продукт, дори под формата на цвете, може да създава най-различно визуално впечатление. Според маркопритежателя процесната форма не е знак, станал обичаен в установената търговска практика. Намира, че марката не попада под забраната на чл. 11 от ЗМГО, като алтернативно твърди, че е придобила отличителност във връзка със стоките, за които е регистрирана, поради което не следва да бъде заличавана. По отношение на противопоставената по-ранна нерегистрирана марка изразява становище, че последната не е реално използвана в търговската дейност на искателя преди датата на заявяване на процесната марка, като предвид изложеното маркопритежателят счита, че искането за заличаване следва да бъде отхвърлено като неоснователно.

С писмо от 23.03.2018 г. в подкрепа на твърденията си притежателят на марката е представил решение № 3008/09.03.2018 г. по адм. д. № 9498/2016 г. по описа на ВАС по сходен случай.

След разменената с маркопритежателя кореспонденция, на основание чл. 46, ал. 2 ЗМГО (отм.), на молителя е предоставена възможност да изрази становището си по нея. На 10.04.2018 г., в рамките на законоустановения срок, е представил отговор, с който излага подробни съображения за неоснователност на възраженията на маркопритежателя. По отношение на абсолютната забрана за регистрация по чл. 11 ЗМГО сочи, че изложените с искането мотиви са относими не само по отношение на формата на роза, а важат и по отношение на останалите видове цветя. За неоснователни намира и възраженията, касаещи агрегатното състояние на стоките, доколкото атакуваната триизмерна марка представлява именно формата на стоката или нейната опаковка. Отбелязва, че обстоятелството, че обичайната форма на тези стоки е кръгла, овална или четвъртита, не противоречи на факта, че формата „разцъфнал цвят“ също е широко разпространена на пазара. Допълва, че наличието на други регистрации на подобни марки, не означава, че формата на разцъфнал цвят притежава отличителност. Обръща внимание, че розовото масло е често използвана съставка в козметичните продукти, като България е известна с произвежданото розово масло. Подробно са коментирани доказателствата за придобита отличителност на процесния знак, като искателят заключава, че същата остава недоказана от притежателя на марката. Представени са допълнителни доказателства.

Становището е изпратено на притежателя на марката за отговор в едномесечен срок.

На 04.05.2018 г., в рамките на предоставения срок, маркопритежателят е представил възражение, с което допълнително представя доказателства. С отговора отбелязва и че доколкото марката може да се свърже с повече от едно растение, то неминуемо се губи пряката и непосредствена връзка между знака и конкретен цвят, което прави марката асоциативна и съответно регистрируема.

Назначеният със Заповед № 62/17.01.2020 г. състав по спорове е разгледал искането на „ФИОННА КОЗМЕТИКС“ ЕООД и е представил становище, според което искането за заличаване на регистрацията на марка с рег. № 86121, триизмерна е неоснователно.

На 30.01.2020 г. Председателят на ПВ е постановил Решение № 32, с което на основание чл. 76, ал. 7, т. 1 ЗМГО във връзка с чл. 36, ал. 1 във връзка с чл. 11, ал. 1, т. 2, 3 и 4 ЗМГО и на основание чл. 76, ал. 7, т. 1 ЗМГО във връзка с чл. 36, ал. 3, т. 1 във връзка с чл. 12, ал. 4 ЗМГО е оставил без уважение искането за заличаване на регистрацията на марка с рег. № 86121, триизмерна.

Оспореното решение е съобщено на жалбоподателя на 05.02.2020 г., а жалбата е подадена по пощата в Патентното ведомство на 06.04.2020 г.

В хода на съдебното производство като писмени доказателства са представени решение на Комисия за защита на конкуренцията /КЗК/, фактури от „Фيونна козметикс“ ЕООД, фактури на „Рефан България“ ЕООД, както и е приложен каталог на „Фيونна козметикс“ ЕООД.

По делото са събрани гласни доказателства чрез разпит на св. В. Д. Т.-Р., която сочи, че е управител на „Мива 2017“ ЕООД, правопреемник на ЕТ „Мива 2000“, с предмет на дейност дистрибуция на продукти, произведени на розова основа, а именно с натурална розова вода, розово масло, розов конкрет, есенция от роза. Свидетелства, че от м. април 2009г., когато е сключен договор, е дистрибутор на продукти на „Фيونна

козметикс“ ЕООД за следните стоки: глицеринови сапуни, сапун Р. 30 гр., пилинг гъби, глицеринов сапун Р. градина, ароматни свещи и др. Дистрибуцията се е осъществявала регионално, в сезонни обекти по Северното Ч., като в периода 2009 г. – 2010 г. са зареждани около 20 сезонни обекта. Поддържа, че през 2009 г. - 2010 г. е дистрибутиран сапун на „Фионна козметикс“ ЕООД, с форма на розов цвят, който присъства в каталога, сапун 30 гр., под номер F004. Твърди, че представените по делото фактури, находящи се на л. 552, л. 553, л. 936 - л. 974 от делото, са издадени към управляваното от нея дружество, а 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. Твърди, че предявеното й вещественно доказателство - сапун 30 [населено място], изглежда така, както е изглеждал сапунът, който е предлаган през 2009г. – 2010г. Св. Р. излага, че през периода 2009-2010 г. и други търговци са предлагали сапуни с форма на розов цвят, а именно: ЕТ „Зорница“ – К., „Биофреш“ и „А. Есънс“. Счита, че продуктът е масов, тъй като себестойността му е ниска. Уточнява, че от 2000 г. дружеството е дистрибутор на „Българска роза“– К., като впоследствие и други производители са започнали да произвеждат и продават продукти на розова основа.

Свидетелят С. А. Т. установява, че работи като дистрибутор в „Рефан България“ ЕООД от 1999 г. Относно предявеното му изображение на сапун „Р. цвят“, находящо се на л. 251 от делото, поддържа, че сапуните на „Рефан България“ ЕООД, които се разпространяват на пазара, са именно в тази форма. Според свидетеля стоките на „Рефан България“ ЕООД са уникални, т.е., не са идентични с другите сапуни, които се предлагат на пазара. Останалите продукти се предлагат на пазара с различен грамаж, различни форми, като в тази връзка излага, че предлаганият от „Рефан България“ ЕООД е уникален и е от 60 [населено място], че „Рефан България“ ЕООД рекламира продуктите си първо чрез франчайз, фирмени магазини, както и чрез електронни медии.

Установява се от заключението на изслушаната по делото съдебно-счетоводна експертиза, изпълнена от вещото лице П. К., че данните за производство и продажба от страна на „Рефан България“ ЕООД на артикула „Сапун роза цвят“ на база счетоводни документи, представени от счетоводството на дружеството, датират от 2004г. Количествата стоки с процесната марка, произведени от „Рефан България“ ЕООД, от първата установена дата на производство до 2019 г., вкл., съобразно обобщената информация по години възлиза на 1 233 044 бр. произведено количество от артикула „Сапун роза цвят“ и 1 223 811 бр. продадено количество. Вещото лице е систематизирало представените по делото фактури, като установява, че градовете, в които е търгувана процесната стока „Сапун роза цвят“ от Р. България ЕООД, са следните: М., К., С., [населено място], К., Х., В., Б., П., [населено място], Н., [населено място], Б., С. З., К. и В. Т..

За изясняване на обстоятелствата по делото е прието заключение на допуснатата съдебно-маркова експертиза /СМЕ/, изпълнена от вещото лице В. Е., от което се установява следното: Сапунът е общо употребяема стока за хигиена през последните близо хиляда години. На пазара и в съзнанието на потребителите стоката сапун на един производител се отличава от тази на друг основно по дизайна и аромата. Тъй като сам по себе си сапунът е неприятен на вид и мирис, различните производители залагат на формата и аромата на сапуните, за да привличат потребителите, поради което ароматът

представлява съществена характеристика за стоката сапун от гледна точка на потребителите. Вещото лице сочи, че е ноторно известен факт, че цветовете на растенията имат приятен аромат, изобразяването на цвят ще създаде впечатление за аромат в съзнанието на потребителя. Според експертното заключение в конкретния случай особено важно е, че се касае за триизмерна форма на розов цвят, който е общоизвестен както с вида си, така и с аромата си. Ето защо, формата на разцъфнал цвят на растение на стоката „сапун“ ще създаде впечатление у потребителите, че въпросният сапун е с аромат на конкретно цвете - роза или поне с аромат на цветя по принцип. Соци се в заключението, че именно затова и маркопритежателят е избрал сапунът да има тази форма, а не например формата на паралелепипед, която е традиционна за този вид стока и неотличителна, тя не би могла да бъде регистрирана, нито пък би му донесла някакви конкурентни предимства. Вещото лице установява, че стилизираното изображение на разцъфнал цвят би се възприело от потребителя като символ на неговия аромат. Розовият разцъфнал цвят се асоциира с аромата на роза. Установява, че знакът е поначало регистрабилен, има своята присъща отличителност, доколкото не представлява обичайната форма за стоката „ сапун“, а ароматът не е изрично изведен като знак съгласно чл. 9, ал. 1 ЗМГО / отм./. В конкретния случай за стоката „ сапун“ ароматът е съществена характеристика. Ето защо, процесната марка създава в съзнанието на потребителите достатъчно директна и специфична връзка между стоката „ сапун“ и характеристиката аромат на сапуна.

Според експертното заключение процесната марка е заявена на 16.07.2012 г. и регистрирана на 26.09.2013 г., а искането за заличаване е подадено на 27.10.2017 г., съответно на въпросите процесната марка използвана ли е за значителен период от време, използвана ли е на територията на РБ, използвана ли е без прекъсване и с нормален и завишен интензитет, следва да се отговори за периода от подаване на заявката до искането за заличаване. Въз основа на анализ на представените по делото доказателства за реално използване на марката – приложение от 1 до 8 към възражение от 27.02.2018 г., вещото лице дава заключение, че заинтересованата страна несъмнено доказва, че марката е реално използвана, без прекъсване и с нормален и завишен интензитет.

По 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 регистрираните триизмерни марки по зададените критерии са 314 бр., първата регистрирана марка е рег. № 78008 с форма на роза от 09.11.2011 г. с притежател „Рефан България“ ЕООД. В периода от 15.10.2010 г. до 16.07.2012 г. дружеството е подало заявки за още 29 триизмерни марки, от които и процесната марка. „Био Ф.“ има 4 регистрирани марки по зададените критерии, като с цвят на роза са: рег. № 83622 с кичест цвят на роза и листенца, рег. № 83623 квадратна плоскост с изобразена в нея роза, рег. № 84086 с формата на розова пъпка, рег. № 88818 с форма на сърце, на горната повърхност на което са изобразени два розови цвята с листенца. „Агива“ ООД е регистрирало марка с рег. № 00103485, триизмерен цвят в розово върху постамент с надпис „ N. of AGIVA“. Налице са

2 заявки от „Ф. К.“ с вх. № [ЕГН] и вх. №[ЕГН], като и двете са сходни на марка с рег. № 78008 с форма на роза от 09.11.2011 г., с притежател „Рефан България“ ЕООД.

Въз основа на представени по делото доказателства вещото лице е направило извод, че притежателят на марката през годините е използвал всички легални форми за защита на притежаваните от него права на интелектуална собственост.

При тези констатации заключението на СМЕ е, че ароматът на стоката „сапун“ в клас 3 на МКСУ представлява съществена характеристика на тази стока от гледна точка на потребителите. Формата на разцъфнал цвят на растение 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. Връзката между стоката „ сапун“ от клас 3 на МКСУ и характеристиката „ аромат“ на сапуна е достатъчно директна и специфична в съзнанието на потребителите. Процесната марка е използвана значителен период от време на територията на РБ без прекъсване и с нормален и завишен интензитет. Налице са 7 сходни регистрирани марки, като има 4 заявени марки от жалбоподателя „Фионна Козметикс“ ЕООД, от които 2 са оттеглени и 2 са в процедура по опозиция. Притежателят на марката „Рефан България“ ЕООД е използвал всички легални форми на защита на притежаваните от него права върху марки срещу нарушители.

При така установените по делото факти съдът от правна страна приема, че жалбата се явява неоснователна, като съображенията за това са следните:

Предмет на оспорване в производството е Решение № 32/30.01.2020 г. на Председателя на Патентното ведомство на РБ, с което на основание чл. 76, ал. 7, т. 1 ЗМГО е оставено без уважение искането на жалбоподателя за заличаване на регистрацията на марка с рег. № 86121, триизмерна.

Искането е подадено на 27.10.2017 г. при действието на ЗМГО /отм. ДВ, бр. 98/2019 г., считано от 17.12.2019 г./ Съгласно чл. 26 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 ЗМГО /отм./. Регистрацията на марка съгласно чл. 26, ал. 3, т. 1 ЗМГО /отм./ се заличава и когато марката е регистрирана в противоречие с чл. 12 ЗМГО /отм./.

Съдът съобрази, че преди постановяване на настоящото решение, но след образуване на производството по спора в ПВ, е приет нов ЗМГО, обн. ДВ, бр.98 от 13.12.2019 г., изм. и доп. ДВ, бр.92 от 27.10.2020 г. Съгласно § 5, ал. 2 от ПЗР на ЗМГО този закон се прилага за исканията за отмяна и заличаване на регистрацията на марки и географски означения, по които няма влязло в сила решение до влизането му в сила. Предвид обстоятелството, че оспореното решение е постановено след влизане в сила на новия ЗМГО, както и че предвид съдебното му оспорване не е влязло в сила, следва да се приложат разпоредбите на новоприетия ЗМГО. Независимо от това, по отношение на релевантните правни норми няма съществени изменения, като съответстват

на разпоредбите на чл. 36, ал. 1 във вр. с чл. 11, ал. 1, т. 2, 3 и 4 и чл. 36, ал. 3, т. 1 във вр. с чл. 12, ал. 4 ЗМГО.

Компетентността на издателя на процесното решение – Председателя на ПВ, произтича от разпоредбата на чл. 46, ал. 6 ЗМГО /отм./, поради което съдът намира, че същото не страда от порока по чл. 146, т. 1 АПК.

Спазени са предписаните от закона форма и необходимо съдържание. Решението е постановено в изискуемата писмена форма и съдържа всички реквизити по чл. 59, ал. 2 АПК, доколкото в специалния закон липсват конкретни изисквания в тази насока – наименование на органа, който го е издал; наименование на акта; адресат на акта; фактически и правни основания за издаването му; разпоредителна част; указания за реда и срока на обжалване; подпис на лицето, издало акта с означаване на заеманата от него длъжност.

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. Оспореното решение е обосновано.

От събраните по делото доказателства се установи сходство между използвания от дружеството жалбоподател знак и и процесната търговска марка с рег. № 86121. Продуктът с код F004 от приложения по делото каталог /л.988/ представлява глицеринов сапун с аромат на роза, който съответства на регистрираната търговска марка, видно от изображението на триизмерната марка.

Съгласно чл. 11, ал. 1, т. 2 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 и да е объркване отличат стоките или услугите от тези, произхождащи от други лица. Марката винаги следва да се разглежда в нейната цялост и да не се разделя на отделните ѝ компоненти, тъй като единственият значим фактор за целите на преценката на отличителния ѝ характер е цялостното впечатление, което тя създава у потребителите. 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. Важно е и тя да не е идентична с формата, в която обичайно стоката се предоставя на пазара. Следва да се отбележи, че съответствието само между оспорваната марка и стоката/услугата единствено на оспорващият не води до липса на отличителен характер. За да се обоснове такава липса на отличителен характер, следва да се докаже, че съответният кръг потребители са имали досег с марката в контекст извън сферата на марките, в резултат на което се признава нейната обичайност по отношение на стоките/услугите, за които е подадена заявка за марка.

Не са отличителни и марките, които се състоят от знаци, указващи характеристики на стоките или услугите / чл.11, ал.1, т.4 ЗМГО, отм./ В

конкретния случай изображението на марката се състои от стилизирано обемно изображение на разцъфнал кичест цвят. Марката е регистрирана за стоки, които спадат към категорията на продуктите за почистване, пране, поддържане на лична хигиена и разкрасяване, различни видове свещи, средства за почистване и изделия от стъкло, порцелан и керамика от класове 3, 4 и 21 на МКСУ. Състоянието на тези стоки може да бъде твърдо, течно, прахообразно и кремообразно. Завършен 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. Посочените изводи са релевантни и по отношение на стоките от класове 4 и 21 на МКСУ, за които е регистрирана марката. Изложеното обуславя извод за отличителен характер на триизмерната марка, респ., не са налице предпоставките на чл. 11, ал. 1, т. 2 ЗМГО /отм./.

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 приетото с приложеното в административната преписка съдебно решение по адм. д. № 9498/2016 г. 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 породии асоциация с цъфтящи растения, но не може да се приеме само като указание. Според заключението на вещото лице по приетата СМЕ ароматът представлява съществена характеристика за стоката сапун от гледна точка на потребителите. Ето защо, формата на разцъфнал цвят на растение на стоката „сапун" ще създаде впечатление у потребителите, че въпросният сапун е с аромат на конкретно цвете - роза или поне с аромат на цветя по принцип. Не може да се приеме, обаче, че тези асоциации могат да се свържат със специфична характеристика на стоките. 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 ЗМГО /отм./.

Не може да се обоснове извод, че към датата на подаване на триизмерната марка 16.07.2012 г. 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/. Констатацията, че даден знак се е превърнал в обичайно обозначение, следва да бъде подкрепена от доказателства за действително обичайно използване на знака, освен ако този факт може да бъде установен

от общодостъпни източници.

От заключението на приетата съдебно-счетоводна експертиза се установи, че данните за производство и продажба от страна на „Рефан България“ ЕООД на артикула „Сапун роза цвят“ на база счетоводни документи, представени от счетоводството на дружеството, датират от 2004г. Количествата стоки с процесната марка, произведени от „Рефан България“ ЕООД, от първата установена дата на производство до 2019 г., вкл., съобразно обобщената информация по години възлиза на 1 233 044 бр. произведено количество от артикула „Сапун роза цвят“ и 1 223 811 бр. продадено количество. Със заключението на СМЕ се установи, че "Рефан България" ЕООД активно е рекламирало своите стоки, в това число сапуни, включително по време на релевантния за спора период, както и че защитавало активно правата си срещу нарушители - фирма Ф. К. и фирма БиоФреш ООД. Искането за заличаване е подадено на 27.10.2017 г. Съгласно чл. 26, ал. 2 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 ЗМГО /отм./. Независимо от това, следва да се посочи, че със заключението на съдебно-счетоводната експертиза и показанията на свидетеля Т. се установи, че в резултат на използването на марката и реализираната реклама същата е придобила отличителност за стоките, за които е регистрирана.

От ангажираните по делото от обжалващото дружество „Фийонна Козметикс“ ЕООД доказателства /вкл. фактури/, във връзка с установяване на действително търговско използване на противопоставената марка към 16.07.2012 г., не може да се установи еднозначно видът на стоките, както и че описаните във фактурите "розички" са с формата на триизмерния знак. Жалбоподателят "Фийонна Козметикс" ЕООД в административното производство е представил договор за дистрибуция от 07.04.2009г. между дружеството и ЕТ "Мива 2000"; два бр. фактури от 31.08.2010г. и от 28.12.2011 г. с предмет различни видове стоки, сред които такива, означени като „ розички“, „ розички 30 [населено място]" – общо 420 броя; три бр. фактури от 29.09.2010 г., 02.08.2010 г. и от 10.03.2010 г. за продажба от "Фийонна козметикс" ЕООД на три дружества на 122 бр. стоки „ розички“ или „ розички 30 гр.“, както и декларации от името на дистрибутора ЕТ "Мива 2000 Василка Романова". Представени са и 28 бр. фактури от 2017 г., с доставчик "Фийонна Козметикс" ЕООД и различни получатели, в които също се съдържат стоките „сапун розичка 30 гр.“ 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.

Твърденията на свидетелката Р., че през 2009 г. – 2010 г. е разпространила 11000 сапуна „розичка“, отговарящи на посочения в каталога продукт с код

F004, се опровергават от приложените по делото счетоводни документи. С оглед твърдението ѝ, че е дистрибутирала и стоки на други дружества, с форма на розов цвят, настоящият съдебен състав приема, че показанията ѝ не следва да се кредитират в тази част.

Следователно, въз основа на посочените доказателства не може да се направи неоспорим извод за реализация на сапун "розичка" с код F004 от "Фионна Козметикс" ЕООД в търговската дейност на страната преди датата на заявяване на атакуваната марка.

Предвид всичко гореизложено настоящият съдебен състав приема, че оспореното решение на органа да остави без уважение искането за заличаване на регистрацията на марка с рег. № 86121, триизмерна, е правилно, съответно, жалбата се явява неоснователна и подлежи на отхвърляне.

При този изход на спора в полза на ответника и на заинтересованата страна следва да бъдат присъдени претендираните и доказани разноси, които следва да се възложат в тежест на жалбоподателя. Основателни са претенциите на ответника за присъждане на юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 лв., както и на заинтересованата страна за присъждане на сумата в размер на 2640 лв., представляваща разноси по представен списък. Съдът приема за неоснователно възражението на жалбоподателя за прекомерност на заплатеното адвокатско възнаграждение от страна на заинтересованата страна предвид разпоредбата на чл. 8, ал. 3 от Наредбата за минималните адвокатски възнаграждения, според която минималното адвокатско възнаграждение е в размер на 1000 лв. Предвид фактическата и правна сложност на настоящото дело заплатеното адвокатско възнаграждение в размер на 1500 лв. не е прекомерно.

Така мотивиран и на основание чл. 172, ал. 2 и чл. 143 АПК, Административен съд София – град, 72 с-в,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на „ФИОННА КОЗМЕТИКС“ ЕООД, ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес на управление: [населено място], [улица], ет. 7, ап.7, срещу Решение № 32/30.01.2020 г. на Председателя на Патентно ведомство на Република България, с което е оставено без уважение искане на жалбоподателя за заличаване на регистрацията на марка с рег. № 86121 триизмерна, с притежател на правото върху марка „РЕФАН БЪЛГАРИЯ“ ЕООД.

ОСЪЖДА „ФИОННА КОЗМЕТИКС“ ЕООД, ЕИК[ЕИК], със седалище в [населено място], да заплати на Патентното ведомство на Република България сумата от 100 (сто) лева, представляваща юрисконсултско възнаграждение по делото.

ОСЪЖДА „ФИОННА КОЗМЕТИКС“ ЕООД, ЕИК[ЕИК], със седалище в [населено място], да заплати на „Рефан България“ ЕООД, ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес на управление: [населено място], обл. П., [улица],

разноски по делото в общ размер от 2640 (две хиляди шестстотин и четиридесет) лева.

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

СЪДИЯ: