



Banská Bystrica 22. 8. 2018
MOZ 818652/II-25-2018

ROZHODNUTIE

Predseda Úradu priemyselného vlastníctva Slovenskej republiky o rozklade podanom 30. júna 2015 majiteľom HOPHAG RESEARCH MANAGEMENT SA, Avenue Louis-Casaï 71, CH-1217 Meyrin, Švajčiarsko, v konaní zastúpeným advokátskou kanceláriou Allen & Overy Bratislava, s. r. o., Eurovea Central 1, Pribinova 4, 811 09 Bratislava (ďalej „majiteľ“), proti rozhodnutiu Úradu priemyselného vlastníctva Slovenskej republiky zn. MOZ 818652/I-37-2015 z 29. mája 2015 vo veci návrhu na zrušenie medzinárodnej ochrannej známky č. 818652 „PYCNO“ pre územie Slovenskej republiky, podaného navrhovateľom UNIMED PHARMA, spol. s r. o., Orišková 11, 821 05 Bratislava, v konaní zastúpeným spoločnosťou MAJLINGOVÁ & PARTNERS, s. r. o., Budatínska 12, 851 06 Bratislava (ďalej „navrhovateľ“), na návrh ustanovenej odbornej komisie rozhodol takto:

podľa § 59 ods. 2 zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní v znení neskorších predpisov v spojení s § 34 ods. 1 písm. a) zákona č. 506/2009 Z. z. o ochranných známkach v znení neskorších predpisov sa rozklad zamieta a rozhodnutie zn. MOZ 818652/I-37-2015 z 29. mája 2015 **sa potvrdzuje**.

Odôvodnenie:

Prvostupňovým rozhodnutím Úradu priemyselného vlastníctva Slovenskej republiky (ďalej „úrad“) zn. MOZ 818652/I-37-2015 z 29. mája 2015 (ďalej „prvostupňové rozhodnutie“ alebo „napadnuté rozhodnutie“) bola podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona č. 506/2009 Z. z. o ochranných známkach v spojení s článkom 5 Madridskej dohody a/alebo Protokolu k Madridskej dohode o medzinárodnom zápise továrenských alebo obchodných známkov slovná medzinárodná ochranná známka č. 818652 „PYCNO“ (ďalej „napadnutá ochranná známka“) zrušená pre územie Slovenskej republiky, a to s účinnosťou od 15. mája 2014. Navrhovateľ odôvodnil svoj návrh na zrušenie tým, že napadnutá ochranná známka nebola v Slovenskej republike skutočne používaná pre zapísané tovary počas nepretržitého obdobia piatich rokov.

Dôvodom prvostupňového rozhodnutia bola skutočnosť, že majiteľ neunesol dôkazné bremeno a relevantným spôsobom nepreukázal, že napadnutá ochranná známka bola predmetom skutočného používania vo vzťahu k zapísaným tovarom v triedach 3, 5 a 30 medzinárodného triedenia tovarov a služieb v zmysle § 34 ods. 1 písm. a) zákona č. 506/2009 Z. z. o ochranných známkach. Prvostupňový orgán v tejto súvislosti poznamenal, že majiteľ ani nepoukázal na žiadne oprávnené dôvody nepoužívania napadnutej ochrannej známky.

Proti tomuto rozhodnutiu podal majiteľ (v súčasnom postavení podávateľa rozkladu) v zákonom stanovenej lehote rozklad, v ktorom sa nestotožnil so záverom prvostupňového orgánu o naplnení podmienok na zrušenie napadnutej ochrannej známky v zmysle § 34 ods. 1 písm. a) zákona č. 506/2009 Z. z. o ochranných známkach.

V podanom rozklade majiteľ najprv poukázal na skutočnosť, že termín „Pycno“ nie je odvodený od žiadnej konkrétnej účinnej látky, ale bol vytvorený ako fantazijný názov pre jeho konkrétny produkt obsahujúci prírodný výťažok z kôry francúzskej prímorskej borovice „Pinus Pinaster“. Majiteľ má stovky držiteľov

licencií po celom svete (v danej súvislosti odkázal na webovú stránku www.pycnogenol.com/about/shop), pričom v Slovenskej republike sú momentálne držiteľmi licencií spoločnosti Pharma Nord ApS, VULM, s. r. o., Finclub SLOVAKIA, spol. s r. o. a Berry.en.

Pokiaľ ide o samotné používanie napadnutej ochrannej známky, majiteľ zdôraznil, že zákon č. 506/2009 Z. z. o ochranných známkach považuje za používanie ochrannej známky aj činnosti, ktoré priamo nesúvisia s predajom produktu, ktorý dané označenie nesie. Používaním sa podľa jeho názoru rozumie súbor činností majiteľa ochrannej známky, ktoré dokazujú jeho snahu zabezpečiť základnú funkciu ochrannej známky, ktorou je garantovať identitu pôvodu tovarov a služieb. V danej súvislosti dal do pozornosti opätovne judikatúru Súdneho dvora Európskej únie (ďalej „SDEÚ“), ktorú podľa jeho názoru prvostupňový orgán nevzal do úvahy. V zmysle rozsudku vo veci C-259/02 „La Mer Technology“ z 27. januára 2004 platí, že aj minimálne používanie postačuje na preukázanie skutočného používania ochrannej známky za splnenia podmienky, že takéto používanie postačuje v relevantnom ekonomickom sektore. Rovnako podľa rozsudku vo veci C-416/04 „Vitafruit“ z 11. mája 2006 platí, že nie je dané žiadne pravidlo „de minimis“, a preto nie je možné určiť, aký veľký musí byť obrat (alebo predaj) na to, aby užívanie ochrannej známky bolo „skutočné“. Ďalej majiteľ poukázal na rozsudok vo veci C-442/07 „Verein Radetzky-Orden“ z 9. decembra 2008, v zmysle ktorého skutočné používanie ochrannej známky preukazujú aj dôkazy ako oznamy o podujatiach, obchodná korešpondencia a reklamné materiály. Pripomenul, že dôkazy o skutočnom používaní musia byť posudzované jednotlivo a vo vzájomnej súvislosti, z hľadiska, či súbor všetkých činností, ktoré spolu tvoria používanie ochrannej známky, vedie k záveru o splnení účelu ochrannej známky.

Majiteľ nesúhlasil s argumentom prvostupňového orgánu, ktorý uviedol, že *„dôkazy predložené majiteľom síce preukazujú existenciu výrobkov Bio-Tlak krvi a Bio-Tlak krvi+draslík na našom trhu, avšak nemožno ich považovať za dostatočné na preukázanie skutočného používania napadnutej ochrannej známky... Uvádzané dôkazy preukazujú len existenciu výrobkov Bio-Tlak krvi a Bio-Tlak krvi + draslík spoločnosti Pharma Nord – zmluvného partnera majiteľa, teda že boli skutočne vyrábané a registrované aj na Slovensku, resp. jeden z nich bol aj propagovaný v časopise...“*. Podľa majiteľa prvostupňový orgán zjavne za jedinú relevantnú formu používania napadnutej ochrannej známky považoval samotný predaj výrobkov konečnému spotrebiteľovi, ktorým je návštevník lekárne. Napriek tomu, že podľa majiteľa v konaní pred prvostupňovým orgánom bolo preukázané, že aj takýto predaj v relevantnom období existoval, uvedený výklad zákonných ustanovení prvostupňovým orgánom nemá podľa jeho názoru oporu v skutkovom stave preskúmaného prípadu, keďže spoločnosť PharmaNord ApS sa snažila výrobok PycnoQuinon presadiť na trhu. Navyše prvostupňový orgán sa vôbec nezaoberal námietskou majiteľa ohľadom dôkaznej sily dôkazov predložených navrhovateľom.

Majiteľ ďalej uviedol, že pokiaľ ide o ním predložený výpis z ADC číselníka (ďalej aj „ADCC“) a súvisiacu e-mailovú komunikáciu (príloha č. 3 a č. 6A), prvostupňový orgán týmto dokladom vytýkal, že nespomínajú označenie „Pycno“, a preto nemôžu byť pokladané za dôkazy o používaní napadnutej ochrannej známky. Majiteľ vyjadril presvedčenie, že tento záver je nesprávny. Pokiaľ preukázal, že produkty nesúce napadnutú ochrannú známku sú ponúkané a predávané v Slovenskej republike, pričom ponuka, ako aj predaj sa pokladajú za „používanie“ v zmysle zákona č. 506/2009 Z. z. o ochranných známkach, nemožno tvrdiť, že daný dôkaz je nedostatočný (a to len z dôvodu, že samotná napadnutá ochranná známka nefiguruje ako zaregistrovaná časť produktu v uvedenom číselníku). V praxi by to znamenalo, že produkt, ktorý nesie viacero ochranných známk – napríklad názov lieku (primárne označenie), logo spoločnosti, samotné balenie lieku (napr. farebná kombinácia), môže byť pokladaný za používanie len vo vzťahu k primárnemu označeniu, teda názvu produktu. Takýto záver je podľa majiteľa vzhľadom na rozmanitosť balenia absurdný.

Nesúhlasil ďalej ani s názorom prvostupňového orgánu, že názov výrobku podľa predložených dôkazových materiálov pozostáva zo slov „Bio-Tlak krvi“, resp. „Bio-Tlak krvi + draslík“ a že napadnutá ochranná známka je uvedená na obale výrobkov len ako podnadpis. Podľa majiteľa výrobok nesie názov „PycnoQuinon“ na obale prominentným spôsobom. Na zadnej strane výrobku a na predchádzajúcich formách balení daného produktu sa nachádza označenie „PycnoQuinon“ hneď vedľa označenia „Bio-Tlak krvi“, a preto nejde o žiadny podnadpis. Produktom majiteľa je špeciálny extrakt z borovice Pinus Pinaster, ktorý je pridávaný ako doplnok do rôznych liečiv a výživových doplnkov, a teda je len zriedkavo predávaný samostatne. Tento extrakt je zároveň šírený formou licencií pre rôznych výrobcov. Je preto logické, že produkty licencovaných partnerov nesú niekoľko označení. Podľa majiteľa spôsob použitia ochrannej známky na obale produktu je výhradne v kompetencii jej majiteľa. Zákon č. 506/2009 Z. z. o ochranných známkach dáva úradu právomoc skúmať používanie ochrannej známky, avšak v žiadnom prípade nedáva možnosť posudzovať, akým spôsobom majiteľ ochrannej známky svoje označenie prezentuje.

V predmetnom prípade ani polovičná veľkosť písma slovného prvku „PycnoQuinon“ v porovnaní so slovnými prvkami „Bio-Tlak krvi“, resp. „Bio-Tlak krvi + draslík“ v názve v žiadnom prípade neznižuje dôkaznú silu dôkazov o používaní napadnutej ochrannej známky.

Majiteľ ďalej uviedol, že prvostupňový orgán nesprávne vyhodnotil dôkazové materiály (pokladničný doklad č. 03408/0085 z 8. júla 2014 za tovar označený ako Komisionálna a vysvetlenie k používaniu názvu „komisionálny predaj“ z lekárne Dr. Max, prevádzka Pribinova 8, Bratislava) v prílohách č. 4 a č. 2A. Nesúhlasil s tvrdením prvostupňového orgánu, že tieto dôkazy nie sú relevantné, lebo neobsahujú žiadnu zmienku o napadnutej ochrannej známke. Pokladničný blok bol vystavený pri kúpe produktu „Bio-Tlak Krvi, resp. Bio-Tlak Krvi + draslík PycnoQuinon + Potassium“ v lekární Dr. Max. Majiteľ ochrannej známky nemá žiadny vplyv na spôsob, akým predajca vedie jednotlivé položky vo svojom účtovníctve, príp. informačnom systéme platieb za tovar. Pokiaľ však reálne dochádzalo k predaju produktov balených v obaloch, na ktorých spotrebiteľia mohli napadnutú ochrannú známku vnímať (čo majiteľ predloženými dôkazovými materiálmi jednoznačne preukázal), ich účtovné alebo iné interné označenie v databázach súkromných subjektov je nepodstatné.

Majiteľ následne konštatoval, že pre udržanie práv z ochrannej známky je postačujúce aj „nepriame“ použitie ochrannej známky, ako napríklad použitie na reklamné účely v propagačných alebo inzertných materiáloch alebo používanie ochrannej známky v obchodnej korešpondencii. Poukázal na dôkaz v prílohe č. 4A, kde bol produkt nesúci napadnutú ochrannú známku propagovaný prostredníctvom reklamy v odborných periodikách. Odvolal sa aj na § 9 ods. 2 zákona č. 506/2009 Z. z. o ochranných známkach uvádzajúc, že za používanie ochrannej známky sa považuje aj „ponuka“, pričom dôkazový materiál v prílohe č. 5 predstavuje ponuku prostredníctvom slovenských internetových obchodov.

Podľa majiteľa sa prvostupňový orgán nevysporiadal ani s dôkazom nachádzajúcim sa v texte jeho vyjadrenia, a to s vyobrazením vnútorného balenia produktu, ktoré odkazuje výhradne na označenie „PycnoQuinon“. Majiteľ taktiež nesúhlasil so spôsobom vyhodnotenia dôkazov v prílohách č. 6, č. 8A a č. 9A prvostupňovým orgánom. Týmito dôkazmi je podľa majiteľa preukázané, že na trhu v Slovenskej republike boli v relevantnom období dostupné aj produkty „PycnoCardio“ nesúce napadnutú ochrannú známku, a to prostredníctvom rakúskych distribútorov majiteľa. Prvostupňový orgán však zhodnotil tieto dôkazy ako nedostatočné, keďže nepreukazovali, že daný výrobok bol dostupný na slovenskom trhu. Majiteľ v tejto súvislosti pripomenul, že podľa § 9 ods. 2 písm. c) zákona č. 506/2009 Z. z. o ochranných známkach sa za používanie ochrannej známky považuje aj dovoz, resp. vývoz označených tovarov. Dodal, že v zmysle § 9 ods. 3 písm. b) citovaného zákona je na udržanie práv z ochrannej známky dostatočné dokonca aj také použitie, ktoré predpokladá iba vývoz, bez toho, aby sa produkt priamo predával na území Slovenskej republiky.

Majiteľ nesúhlasil so stanoviskom prvostupňového orgánu, že síce preukázal existenciu výrobkov „Bio-Tlak Krvi PycnoQuinon“ (resp. verziu + draslík) na slovenskom trhu, avšak rozsah používania nebol dostatočný. V rámci odôvodnenia rozkladu doložil všetky faktúry preukazujúce predaj výživového doplnku „Bio-Tlak krvi PycnoQuinon“ nadnárodnou spoločnosťou Pharma Nord ApS slovenskej spoločnosti Medirel-Slovakia, s. r. o. Vysvetlil tiež spôsob fungovania predaja farmaceutických výrobkov, ktorý prebieha tak, že výrobca lieku, resp. výživového doplnku predáva väčšie množstvá veľkodistribútorom a títo následne dodávajú vo vlastnom mene nakúpené produkty lekárniam. Predložené faktúry podľa majiteľa jasne dokazujú používanie napadnutej ochrannej známky na území Slovenskej republiky, lebo presne určujú množstvá, čas a frekvenciu predaja, a teda reálnu dostupnosť predmetných výrobkov v relevantnom päťročnom období na slovenskom trhu, kedy došlo k predaju 11 927 balení produktu, ktorý nesie na obale označenie „Pycno“. Tento predaj predstavuje podľa majiteľa obrat na strane lekární okolo 200 000 EUR. S odvolaním sa na už citovanú judikatúru SDEÚ majiteľ poukázal na skutočnosť, že potrebný rozsah používania ochrannej známky nie je právne definovaný, ale posúdenie používania je potrebné vykonať s ohľadom na daný segment trhu. Vzhľadom na to, že ide o úzkoprofilový výživový doplnok, preukázaný objem predaja je pre potreby zachovania práv z napadnutej ochrannej známky postačujúci.

V súvislosti s požiadavkou prvostupňového orgánu, že používanie napadnutej ochrannej známky musí byť preukázané aj pre tovary v triedach 3 a 30 medzinárodného triedenia tovarov a služieb, pre ktoré je zapísaná, majiteľ konštatoval, že preukazovanie používania napadnutej ochrannej známky pre tieto tovary je nadbytočné, a to vzhľadom na veľkú variáciu kategorizácie produktov v rámci farmaceutického sektora. Uviedol, že „PycnoQuinon“ obsahuje produkt „Pycnogenol“, ktorý je proanthocyanidin a ktorý môže byť prísadou liekov, výživových doplnkov, ako aj kozmetických prípravkov, resp. olejov. Závisí len od vôle

majiteľa (resp. usúdenia jeho zmluvných partnerov), či svoje produkty bude ponúkať ako lieky, výživové doplnky, kozmetické prípravky alebo v rámci inej kategórie, pričom kategória, v ktorej sa produkt predáva, sa môže počas trvania predaja produktu meniť. Uvedené je podľa názoru majiteľa potrebné zohľadniť aj pri zápise ochranných známk.

Pokiaľ ide o závery prvostupňového orgánu v napadnutom rozhodnutí týkajúce sa preukázanej formy používania napadnutej ochrannej známky (preukázané bolo používanie napadnutej ochrannej známky len v rámci spojenia „PycnoQuinon“), majiteľ uviedol, že ak sú k ochrannej známke pridané generické prvky alebo prvky majúce popisný charakter, používanie v takejto forme je považované za riadne používanie ochrannej známky. Podľa majiteľa podmienka riadneho používania ochrannej známky môže byť splnená, aj keď sa zapísaná ochranná známka používa len ako časť inej ochrannej známky, alebo ak sa používa spolu s inou ochrannou známkou, a to aj keď kombinácia týchto dvoch ochranných známk je zapísaná ako samostatná ochranná známka. V tejto súvislosti poukázal na rozsudok SDEÚ vo veci C-12/12 „Levi Strauss“, z 18. apríla 2013, ods. 36 (ďalej „C-12/12 Levi Strauss“). V danom prípade bolo podľa majiteľa irelevantné, že novovzniknuté označenie bolo samé osebe spôsobilé byť zapísané ako ochranná známka a že spojením dvoch ochranných známk vzniklo označenie so samostatnou rozlišovacou spôsobilosťou. Majiteľ ďalej citoval rozsudok Všeobecného súdu v spojenej veci T-77/10 a T-78/10 „L112“ z 29. februára 2012, ods. 53 (ďalej „T-77/10 a T-78/10 L112“). Všeobecný súd v tejto veci považoval používanie staršej ochrannej známky „L.114“ vo forme „Lehning L114“ za riadne používanie ochrannej známky, pretože prídanie slova „Lehning“ nie je rozhodujúce a nemení rozlišovaciu spôsobilosť ochrannej známky „L.114“. Všeobecný súd odôvodnil svoje rozhodnutie tiež skutočnosťou, že prvok „Lehning“ bol znázornený separátne a menším písmom ako prvok „L114“.

V nadväznosti na uvedené majiteľ nesúhlasil s prvostupňovým orgánom, ktorý sa podľa neho priklonil k argumentácii navrhovateľa, a to že prvok „Quinon“ mení rozlišovaciu spôsobilosť napadnutej ochrannej známky kvôli zmene vizuálneho a fonetického vnemu. V tejto súvislosti majiteľ zdôraznil, že „quinon“, resp. „chinón“ je generické slovo, ktoré nie je schopné známkovo-právnej ochrany, keďže nie je možné monopolizovať názov chemickej zlúčeniny v prospech jedného používateľa. Vyjadril tiež názor, že nerozumie, prečo by mal spotrebiteľ predmetný produkt vnímať ako „Bio-tlak krvi s Pycnom“, a nie ako „Pycno produkt na tlak krvi“. Podľa majiteľa je to práve výraz „Pycno“, ktorý je na obale týchto výrobkov najviac fantazijný, a teda dištinkatívny, a nachádza sa aj na vnútornom obale samotných kapsúl, a preto práve tento prvok utkvie v pamäti spotrebiteľa. Relevantnou verejnosťou v prípade tohto produktu sú nielen spotrebiteľia, ale aj distribútori a lekárnici (majiteľ v tejto súvislosti poukázal na rozsudok SDEÚ vo veci C-371/02 „Bostongurka“ z 29. apríla 2004), ktorí budú zlúčeninu „chinón“ aj v jej cudzojazyčnom prevedení, „quinon“, vnímať genericky. Prvky „Pycno“ a „Quinon“ sú pritom vizuálne oddelené tým, že začiatkové písmeno v slove „Quinon“ je veľké, a preto je na prvý pohľad zrejmé, že ide o ďalšie, samostatné slovo. Podľa majiteľa ide o odlišnú situáciu ako v prípade posudzovanom v rozsudku Všeobecného súdu vo veci T-194/03 „Bainbridge“ z 23. februára 2006 (ďalej „T-194/03 Bainbridge“), v ktorom bolo posudzované používanie ochrannej známky „Bridge“. Táto bola v používanom označení oveľa menej výrazná, keďže bola uvedená ako časť slova bez akéhokoľvek vizuálneho oddelenia od časti „Bain“. Majiteľ taktiež odkázal na metodiku konania úradu, v zmysle ktorej prvú časť označenia vníma spotrebiteľ s väčšou pozornosťou, a preto si ju jasnejšie pamätá. Vzhľadom na uvedené začiatok označenia podstatne ovplyvňuje celkový dojem z označenia. Z metodiky Úradu Európskej únie pre duševné vlastníctvo (ďalej „EUIPO“) vyplýva, že použitie zapísanej ochrannej známky spolu s popisným alebo všeobecným termínom je považované za riadne používanie ochrannej známky, pričom podľa majiteľa sa prvostupňový orgán s týmto usmernením EUIPO nevysporiadal, a to napriek tomu, že naň majiteľ poukázal už vo svojom vyjadrení.

Čo sa týka dôkazov o nepoužívaní napadnutej ochrannej známky predložených navrhovateľom, tieto majiteľ považoval za nedostatočné. Predložená prvá strana výsledkov vyhľadávania internetového vyhľadávача Google pri zadaní kľúčového slova „pycno“, ktorá neobsahuje odkazy na produkty „Pycno“ vo vzťahu k územiu Slovenskej republiky, a výpis z databázy ADC číselníka podľa majiteľa nepreukazujú nepoužívanie napadnutej ochrannej známky na území Slovenskej republiky. Vyhľadávanie v internetovom vyhľadávачi Google je výhradne vecou zadávania termínov a ADC číselník je poplatnou databázou súkromnej spoločnosti PharmINFO, spol. s r. o.

Majiteľ v záverečnej časti odôvodnenia rozkladu upozornil na následky, ktoré by musel znášať v prípade zrušenia napadnutej ochrannej známky. Uviedol, že vlastní aj ďalšie ochranné známky, ktorých dominantná časť pozostáva z označenia „Pycno“, pričom najvýznamnejšia je ochranná známka, ako aj produkt, „Pycnogenol“. Zdôraznil, že v prípade zrušenia napadnutej ochrannej známky „Pycno“ a pri následnom

vstúpení iných označení obsahujúcich prvok „Pycno“ na príslušný trh (ako napr. vstup navrhovateľa na trh s označením „Natur Pykno“, kvôli ktorému medzi ním a majiteľom prebieha súdne konanie), dôjde k ohrozeniu funkcie tejto ochrannej známky, ktorou je garancia pôvodu výrobkov majiteľa a záruka ich kvality. Majiteľ v tejto súvislosti poukázal na ďalší dôkaz, ktorý predložil spolu s odôvodnením rozkladu, a to na list úradu z 19. februára 2014 týkajúci sa výsledku prieskumu zápisnej spôsobilosti označenia „Naturica – pyknogenol“, č. spisu POZ 2246-2008, v ktorom úrad uviedol, že „Pycnogenol“ je všeobecne známa ochranná známka s dobrým menom, ktorá má zabezpečený vysoký stupeň ochrany. Úrad v tejto súvislosti zároveň zdôraznil, že „*Podávateľ pripomienok* (v predmetnom konaní v postavení majiteľa napadnutej ochrannej známky) *preukázateľne dlhodobo dbá o udržiavanie dobrej povesti svojej ochrannej známky, na čo vynakladá nemalé finančné prostriedky.*“. Majiteľ spresnil, že produkt „PycnoQuinon“ (resp. verzia s draslíkom) obsahuje známy Pycnogenol, ako jednu z prísad, a výrobca (zmluvný partner majiteľa) ho pomenoval fantazijným slovom „Pycno“.

Na základe všetkých uvedených skutočností majiteľ požiadal, aby orgán rozhodujúci o rozklade zrušil napadnuté rozhodnutie v plnom rozsahu alebo aby ho zmenil tak, že konanie o návrhu na zrušenie napadnutej ochrannej známky zastaví.

Navrhovateľ vo vyjadrení o rozklade doručenom úradu 25. novembra 2015 súhlasil so záverom prvostupňového orgánu o naplnení podmienok na zrušenie napadnutej ochrannej známky podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona č. 506/2009 Z. z. o ochranných známkach.

Uviedol, že na obale výrobku, ktorého predaj preukazuje majiteľ, je prominentným spôsobom uvedené označenie „Bio-Tlak krviTM“, resp. „Bio-Tlak krviTM + draslík“, ktoré je vzhľadom na svoju veľkosť a umiestnenie na obale spotrebiteľmi vnímané ako názov výrobku, čím plní funkciu ochrannej známky identifikujúcej výrobok. Naproti tomu označenie „PycnoQuinon“ je na obale uvedené výrazne menším písmom spolu s označením „Potassium“ a z pohľadu spotrebiteľa sa tak javí ako označenie zložky výrobku, resp. účinnej látky. Navrhovateľ poukázal aj na skutočnosť, že na obale výrobkov „Bio-Tlak krviTM“, resp. „Bio-Tlak krviTM + draslík“ sa na viacerých miestach nachádza označenie „Pycnogenol“ s uvedením ® ako symbolu ochrannej známky. Na zadnej strane obalu sa tiež nachádza výslovná informácia, že Pycnogenol® je registrovaná obchodná známka, ktorú vlastní HORPHAG RESEARCH Ltd. Na obale sa však nenachádza žiadna informácia týkajúca sa ochrannej známky „PYCNO“. Navrhovateľ zdôraznil, že nespochybnuje použitie označenia „PycnoQuinon“ na obale výrobku, zastáva však názor, že používanie označenia „PycnoQuinon“ na obale predmetných výrobkov nie je možné považovať za používanie napadnutej ochrannej známky. Podľa navrhovateľa, priemerný slovenský spotrebiteľ nepozná význam výrazu „Quinon“, a preto ho nevníma ako opisné označenie pripojené k časti „Pycno“, ale označenie „PycnoQuinon“ vníma ako jednotné slovo bez konkrétneho významu.

Navrhovateľ vyjadril presvedčenie, že argumenty Všeobecného súdu v rozsudku vo veci T-194/03 Bainbridge sú aplikovateľné aj na tento prípad. Všeobecný súd uviedol, že striktný súlad medzi používanou podobou ochrannej známky a podobou, v ktorej bola zapísaná, nie je nutný, avšak ochranná známka sa môže odlišovať len v zanedbateľných prvkoch a používané označenie a zapísané označenie musia byť široko ekvivalentné. Podľa navrhovateľa označenia „PYCNO“ a „PycnoQuinon“ majú zásadne odlišný vzhľad a nemožno ich považovať za ekvivalentné. Spotrebiteľ nevníma časť „quinon“ ako opisnú a nemožno ju v označení považovať za zanedbateľný prvok. V prípade označenia „PycnoQuinon“ tiež nejde o používanie viacerých označení súčasne (ako napr. v prípade označenia „Lehning L114“), ale o používanie jedného označenia, ktoré je neprijateľnou „obmenou“ napadnutej ochrannej známky. Navrhovateľ nesúhlasil ani s názorom majiteľa, že výraz „Pycno“ je na celom obale najviac dištinkívny, a preto spotrebiteľom utkvie v pamäti. V tejto súvislosti uviedol, že na obaloch výrobkov, na blistroch a ani v obchodnej korešpondencii a reklamných materiáloch nie je napadnutá ochranná známka „PYCNO“ uvedená samostatne, vo forme, v akej je zapísaná. Spotrebiteľ tak nepozná samostatné označenie „PYCNO“ a vníma ho len ako časť označenia „PycnoQuinon“. Na obale výrobku jednoznačne dominuje názov výrobku „Bio-Tlak krviTM“, resp. „Bio-Tlak krviTM + draslík“.

Čo sa týka relevantnej verejnosti, podľa navrhovateľa sú ňou najmä koneční spotrebiteľia výrobku, keďže ide o výživový doplnok dostupný aj bez lekárskeho predpisu, ktorý navyše možno zakúpiť aj prostredníctvom internetu.

Navrhovateľ nesúhlasil s tým, že spotrebiteľia vnímajú predmetný produkt majiteľom uvedeným spôsobom, t. j. ako „Pycno produkt na tlak krvi“. Poukázal na skutočnosť, že pri zadaní výrazu „pycno“ do

internetového prehliadača sa nezobrazí žiadny odkaz týkajúci sa produktu „BIO TLAK KRVI™“. Rovnako pri zadaní výrazu „Pycno produkt“ sa nevyhľadajú odkazy na produkt „BIO TLAK KRVI™“, ale na produkt „Pycnogenol“.

Pokiaľ ide o argument majiteľa, že prvú časť označenia vníma spotrebiteľ s väčšou pozornosťou, a preto si ju jasnejšie pamätá, a teda začiatok označenia podstatne ovplyvňuje celkový dojem z označenia, pričom začiatok označenia sa v predmetnom prípade vizuálne aj foneticky zhoduje s napadnutou ochrannou známkou, navrhovateľ uviedol, že uvedený spôsob hodnotenia celkového dojmu možno aplikovať v prípade porovnávania neskoršieho označenia so skorším označením v rámci námietkového konania, resp. konania o návrhu na vyhlásenie ochrannej známky za neplatnú. Nemožno ho však aplikovať v rámci hodnotenia skutočného používania ochrannej známky vo forme, v akej je zapísaná.

Čo sa týka odkazu majiteľa na ochrannú známku „Pycnogenol®“, jej prípadné dobré meno nepreukazuje riadne používanie napadnutej ochrannej známky, pretože ide o odlišné označenie, rovnako ako v prípade označenia „PycnoQuinon“. Podľa navrhovateľa spotrebiteľ nemá žiadny dôvod, skúsenosť alebo motiváciu oddeľovať prvú časť „Pycno“ a vnímať ju samostatne.

Navrhovateľ vyjadril názor, že úrad v prvostupňovom rozhodnutí správne vyhodnotil, že majiteľ neunesol dôkazné bremeno a relevantným spôsobom nepreukázal, že napadnutá ochranná známka bola predmetom skutočného používania vo vzťahu k zapísaným tovarom v triedach 3, 5 a 30 medzinárodného triedenia tovarov a služieb. Keďže napadnuté rozhodnutie bolo podľa názoru navrhovateľa dôvodné, navrhol, aby orgán rozhodujúci o rozklade podaný rozklad zamietol a prvostupňové rozhodnutie v celom rozsahu potvrdil.

Rozhodnutie orgánu rozhodujúceho o rozklade sa opiera o nasledovné skutočnosti a dôvody:

Orgán rozhodujúci o rozklade príslušný na konanie v zmysle § 61 ods. 2 zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní (správny poriadok) v znení neskorších predpisov, s ohľadom na § 40 ods. 2 zákona č. 506/2009 Z. z. o ochranných známkach v znení neskorších predpisov (ďalej „zákon o ochranných známkach“) preskúmal napadnuté rozhodnutie v rozsahu uvedenom v podanom rozklade, ako aj zákonnosť vedeného správneho konania, ktoré mu predchádzalo, a posúdil dôvody uvádzané účastníkmi konania.

Podľa § 51 ods. 5 zákona o ochranných známkach na konanie pred úradom podľa tohto zákona sa vzťahuje všeobecný predpis o správnom konaní okrem § 19, § 28, § 29, § 30 ods. 1 písm. b) a d), § 32 až 34, § 39, § 49, § 50, § 59 ods. 1 a § 60.

Podľa § 52 ods. 3 zákona o ochranných známkach úrad rozhoduje na základe odôvodnenia podania a dôkazov, ktoré boli účastníkmi konania predložené.

Podľa § 40 ods. 1 zákona o ochranných známkach ak tento zákon neustanovuje inak, proti rozhodnutiu úradu možno podať rozklad v lehote 30 dní odo dňa doručenia rozhodnutia; včas podaný rozklad má odkladný účinok.

Podľa § 40 ods. 2 zákona o ochranných známkach pri rozhodovaní o rozklade je úrad viazaný jeho rozsahom; to neplatí a) vo veciach, v ktorých možno začať konanie z vlastného podnetu, b) vo veciach spoločných práv alebo povinností týkajúcich sa viacerých účastníkov na jednej strane.

Podľa § 47 ods. 4 zákona o ochranných známkach ak úrad neoznámi odmietnutie ochrany medzinárodnej ochrannej známky podľa medzinárodného dohovoru alebo ak je takéto odmietnutie vzaté späť, má zápis medzinárodnej ochrannej známky, v ktorom je vyznačená Slovenská republika, odo dňa uvedeného v odseku 1 ten istý účinok ako ochranná známka zapísaná v registri.

Podľa § 47 ods. 5 zákona o ochranných známkach na účely používania medzinárodnej ochrannej známky sa za dátum zápisu považuje dátum priznania ochrany medzinárodnej ochrannej známke pre územie Slovenskej republiky.

Podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o ochranných známkach úrad na návrh tretej osoby zruší ochrannú známku, ak na území Slovenskej republiky nebola skutočne používaná pre tovary alebo služby, pre ktoré je zapísaná počas nepretržitého obdobia najmenej piatich rokov; ak majiteľ ochrannej známky nepreukáže opak

alebo nemá na jej nepoužívanie oprávnené dôvody, platí, že ochranná známka sa na území Slovenskej republiky nepoužívala počas piatich po sebe idúcich rokov. Úrad ochrannú známku nezruší, ak sa ochranná známka medzi uplynutím tohto päťročného obdobia a podaním návrhu na jej zrušenie začala skutočne používať alebo sa jej používanie obnovilo; na používanie ochrannej známky, ktoré sa začalo alebo obnovilo v lehote troch mesiacov pred podaním návrhu na zrušenie ochrannej známky, pričom táto lehota začala plynúť až po uplynutí nepretržitého päťročného obdobia nepoužívania, sa však neprihliada, ak prípravy na toto používanie začali až potom, ako sa majiteľ ochrannej známky dozvedel, že môže byť podaný návrh na jej zrušenie.

Podľa § 34 ods. 5 zákona o ochranných známkach zrušenie ochrannej známky je účinné odo dňa podania návrhu na jej zrušenie.

Podľa § 9 ods. 1 zákona o ochranných známkach používaním ochrannej známky je používanie jej majiteľom v spojení s tovarmi alebo službami, pre ktoré je zapísaná.

Podľa § 9 ods. 3 písm. a) zákona o ochranných známkach za používanie ochrannej známky podľa odseku 1 sa považuje aj používanie ochrannej známky v podobe, ktorá sa od podoby, v ktorej bola ochranná známka zapísaná, odlišuje len v prvkoch nemeniacich jej rozlišovaciai spôsobilosť.

Podľa § 9 ods. 4 zákona o ochranných známkach používanie ochrannej známky so súhlasom majiteľa a používanie kolektívnej ochrannej známky (§ 43) osobou, ktorá má oprávnenie ju používať, sa považuje za používanie majiteľom.

Napadnutá medzinárodná ochranná známka č. 818652 „PYCNO“ s určením pre Slovenskú republiku majiteľa HOPHAG RESEARCH MANAGEMENT SA, Avenue Louis-Casaï 71, CH-1217 Meyrin, Švajčiarsko, bola do registra Medzinárodného úradu Svetovej organizácie duševného vlastníctva (ďalej „WIPO“) zapísaná 20. novembra 2003, s právom prednosti od 2. júna 2003, pre tovary „*industrial chemicals*“ (priemyselné chemikálie) v triede 1, „*cosmetics, soaps, perfumes, essential oils, hair lotions, dentifrices, plant extracts containing proanthocyanidines for cosmetic use*“ (kozmetické výrobky, mydlá, parfúmy, esenciálne oleje, vlasové vody, zubné pasty, rastlinné výťažky obsahujúce proantokyaniidíny na kozmetické použitie) v triede 3, „*pharmaceutical and dietetic products for medical use, food supplements for medical use, and substances for use in the formulation of these products, plant extracts containing proanthocyanidines for medical use*“ (farmaceutické a dietetické výrobky na lekárske použitie, potravinové doplnky na lekárske použitie a látky určené na použitie v zložení týchto výrobkov, rastlinné výťažky obsahujúce proantokyaniidíny na lekárske použitie) v triede 5 a „*food supplements for non-medical use, namely plant extracts containing proanthocyanidines*“ (potravinové doplnky nie na lekárske použitie, najmä rastlinné výťažky obsahujúce proantokyaniidíny) v triede 30 medzinárodného triedenia tovarov a služieb. Zoznam tovarov a služieb bol na žiadosť majiteľa zúžený s účinnosťou od 6. decembra 2013 o tovary v triede 1 medzinárodného triedenia tovarov a služieb.

Z podaného rozkladu vyplynulo, že majiteľ nesúhlasil so záverom prvostupňového orgánu o naplnení podmienok na zrušenie napadnutej ochrannej známky podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o ochranných známkach, ako ani s prvostupňovým orgánom vykonaným posúdením predložených dôkazov o jej používaní.

Základným predpokladom zachovania existencie ochrannej známky ako predmetu práva je jej používanie vo vzťahu k tovarom alebo službám, pre ktoré je zapísaná. Povinnosť skutočne používať ochrannú známku možno jednoznačne vyvodiť z funkcie samotnej ochrannej známky, ktorou je schopnosť odlíšiť tovary a služby jej majiteľa od tovarov a služieb iných osôb. Na to, aby ochranná známka plnila svoju funkciu, je potrebné, aby spotrebiteľ mal možnosť prísť do kontaktu s tovarmi a službami ňou označovanými v takom rozsahu, aby si vytvoril väzbu medzi ochrannou známkou a jej majiteľom a na tomto základe odlíšil tovary a služby majiteľa od tovarov a služieb iných subjektov na trhu. V prípade dôvodu na zrušenie ochrannej známky podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o ochranných známkach dôkazné bremeno nesie majiteľ ochrannej známky, ktorá má byť zrušená. V konaní pred úradom musí predložiť dôkazné prostriedky svedčiace o tom, že svoju ochrannú známku v rozhodnom období sám používal, resp. poskytol súhlas s jej používaním tretej osobe (v zmysle § 9 ods. 4 zákona o ochranných známkach sa používanie ochrannej známky treťou osobou so súhlasom majiteľa považuje za riadne používanie ochrannej známky majiteľom). V súvislosti s konkrétnou formou preukázania používania ochrannej známky možno konštatovať, že majiteľ jej používanie musí preukázať v súvislosti s tovarmi a službami, pre ktoré je zapísaná, a vo forme, v akej je zapísaná v registri ochranných známk, prípadne vo forme líšiacej sa len v nepodstatných detailoch.

Používanie ochrannej známky sa posudzuje v zmysle územného princípu a musí byť viazané k územiu Slovenskej republiky. Účelom predmetného zákonného ustanovenia je zamedziť hromadeniu takých ochranných známkov v registri, ktoré nie sú ich majiteľmi skutočne používané a môžu brániť iným podnikateľom, aby si dané nepoužívané označenia prihlásili k ochrane a používali ich na svojich výrobkoch a službách.

Orgán rozhodujúci o rozklade v súvislosti s požiadavkou na skutočné používanie ochrannej známky uvádza, že skutočné používanie nepredstavuje také používanie, ktoré je len symbolické a slúži len na zachovanie práv majiteľa ochrannej známky.

Návrh na zrušenie napadnutej ochrannej známky pre územie Slovenskej republiky bol podaný 15. mája 2014. Skutočné používanie napadnutej ochrannej známky je preto potrebné preskúmať v rozhodnom období od 15. mája 2009 do 15. mája 2014. Na akékoľvek dôkazové materiály o používaní napadnutej ochrannej známky, ktoré nespádajú do rozhodného obdobia a ani neosvedčujú skutočnosti z tohto obdobia, nie je možné v konaní o návrhu na zrušenie napadnutej ochrannej známky prihliadať.

Majiteľ v prvostupňovom konaní predložil na preukázanie skutočného používania napadnutej ochrannej známky nasledujúce dôkazové materiály (prílohy vyjadrenia majiteľa doručeného úradu 3. septembra 2014 sú označené ako prílohy č. 2 až 6, prílohy k vyjadreniu doručenému úradu 7. apríla 2015 ako prílohy č. 1A až č. 9A):

- výpis z medzinárodného registra WIPO napadnutej ochrannej známky (príloha č. 2),
- kópiu zo stránky www.adcc.sk s výrobkom „BIO-TLAK KRVI + DRASLÍK“ výrobcu Pharma Nord ApS (príloha č. 3),
- obal výrobku „Bio-Tlak krvi™ + draslík“ výrobcu Pharma Nord Denmark, č. šarže 1451506 a pokladničný doklad č. 03408/0085 z 8. júla 2014 za tovar označený ako KOMISIONALN (príloha č. 4),
- kópie zo stránok <http://eshop.pharmawell.cz> a <http://eshop.pharmawell.sk> s výrobkom „Bioaktivní Tlak Krve PycnoQuinon“ a kópiu zo stránky <http://www.pilulka24.sk> s výrobkom „Bio-Tlak Krvi PycnoQuinon“ (príloha č. 5),
- e-mailovú komunikáciu medzi konateľkou právneho zástupcu majiteľa a predajcom spoločnosti Biogena Naturprodukte GmbH & Co KG z 26. augusta 2014 (príloha č. 6),
- kópiu rozhodnutia úradu zn. POZ 6258-2008 II/16-2011 z 22. februára 2011 (príloha č. 1A),
- vysvetlenie k používaniu názvu „komisionálny predaj“ z lekárne Dr. Max, prevádzka Pribinova 8, Bratislava napísané na kópii pokladničného bloku č. 03408/0085 z 8. júla 2014 (príloha č. 2A),
- obal výrobku „Bio-Tlak krvi™ + draslík“ výrobcu Pharma Nord Denmark, č. šarže 1352730, s cenovkou, fotografie vnútorného balenia produktu s vyznačením expirácie (príloha č. 3A),
- fotokópiu z publikácie Lekárnické listy 10/2009 s reklamou na výrobok „Bio-Tlak krvi“ výrobcu Pharma Nord Denmark (príloha č. 4A),
- faktúru č. 173639 vystavenú spoločnosťou Pharma Nord ApS pre Medirel-Slovakia, s. r. o., Nové mesto nad Váhom, z 22. februára 2013, predmetom ktorej bol aj výrobok Bio-Pycnogenol – 160 ks a faktúru č. 20130502 vystavenú spoločnosťou Medirel-Slovakia, s. r. o. pre Med-Art, s. r. o., zo 7. januára 2014, predmetom ktorej bol okrem iného výrobok „Bio-Tlak krvi + draslík“ - 4ks (príloha č. 5A),
- emailovú komunikáciu medzi konateľkou právneho zástupcu majiteľa a p. M. zo spoločnosti PharmINFO, spol. s r. o. zo 16. a 17. marca 2015 (príloha č. 6A),
- kópie zo stránky <http://www.who.is> obsahujúce informácie o doménach pycno.com, pycno.net a pycno.biz (príloha č. 7A),
- obal produktu „PycnoCardio® Q10 Gold“ od spoločnosti Biogena Naturprodukte GmbH & Co KG spolu s príbalovým letákom produktu a faktúrou za produkt z 26. marca 2015 pre Zuzanu H., konateľku právneho zástupcu majiteľa, od danej spoločnosti (príloha č. 8A),
- e-mailovú komunikáciu medzi p. Zuzanou H. a predajcom spoločnosti Biogena Naturprodukte GmbH & Co KG zo 16. a 17. marca 2015 (príloha č. 9A).

K odôvodneniu rozkladu majiteľ predložil na preukázanie skutočného používania napadnutej ochrannej známky nasledujúce dôkazové materiály:

- grafické návrhy obalov produktov „Bio-Tlak krvi™ + draslík“ a „Bio-Tlak krvi™“ (príloha č. 1B),

- faktúry z rokov 2009 až 2014 od spoločnosti Pharma Nord ApS pre Medirel-Slovakia, s. r. o., v ktorých je uvedený produkt „Bio-Tlak krvi“ (príloha č. 2B),
- kópiu listu úradu obsahujúceho výsledok prieskumu zápisnej spôsobilosti označenia „Naturica-pyknoenol“, č. spisu POZ 2246-2008 (príloha č. 3B).

Orgán rozhodujúci o rozklade konštatuje, že prvostupňový orgán v napadnutom rozhodnutí podrobne opísal a zhodnotil dôkazy predložené počas prvostupňového konania. Na základe zhodnotenia dôkazov jednotlivo i vo vzájomnej súvislosti prvostupňový orgán dospel k záveru, že dôkazy predložené majiteľom síce preukázali existenciu výrobkov „Bio-Tlak krvi“ a „Bio-Tlak krvi + draslík“ na príslušnom trhu, avšak nemožno ich považovať za dostatočné na preukázanie skutočného používania napadnutej ochrannej známky z hľadiska preukázania rozsahu jej používania na území Slovenskej republiky. V podstate len jedna predložená faktúra preukázala dodanie a predaj 4 kusov výrobku „Bio-Tlak krvi + draslík“ na Slovensku, čo však nemožno považovať za dostatočné na preukázanie skutočného používania napadnutej ochrannej známky na území Slovenskej republiky z kvantitatívneho hľadiska, keďže také malé množstvo predaných, či dodaných produktov na území Slovenskej republiky neumožňuje konštatovať, že majiteľ sa takto označeným výrobkom pokúsil získať obchodné postavenie na trhu v dotknutom segmente výživových doplnkov.

Prvostupňový orgán ďalej uviedol, že predložené dôkazy nepreukazujú používanie napadnutej ochrannej známky ani z hľadiska formy jej používania. V tejto súvislosti vyjadril názor, že dôkazy svedčia o tom, že predmetné výrobky majú názov „Bio-Tlak krvi + draslík“, resp. „Bio-Tlak krvi“. Na týchto výrobkoch sa síce nachádza aj označenie „Pycno“, ale nie je na nich uvedené ako samostatné slovo, ale iba ako súčasť slova „PycnoQuinon“, resp. spojenia „PycnoQuinon + Potassium“, pričom tieto sú umiestnené v pozícii pod názvom výrobku a navyše zobrazené o polovicu menším písmom. Podľa záveru prvostupňového orgánu spotrebiteľ nebude vnímať označenie „PycnoQuinon“ ako názov výrobku, ale len ako označenie účinnej látky tohto výrobku. Prvostupňový orgán ďalej zdôraznil, že napadnutá ochranná známka je slovná, tvorená slovom „Pycno“, na predmetných výrobkoch sa však nachádza len v spojení so slovom „Quinon“. K argumentu majiteľa, že slovo „quinon“, v preklade „chinón“, je chemická zlúčenina, ktorá nie je spôsobilá ochrany a nemôže zmeniť rozlišovaciu spôsobilosť fantazijného slova „Pycno“, prvostupňový orgán uviedol, že pripojením slova „Quinon“ k slovu „Pycno“ vzniklo nové a odlišné slovo - rozdielnej dĺžky, teda vizuálne rozdielne, s iným významom, a aj napriek tomu, že pripojené slovo je druhové, nemožno ho považovať za zanedbateľné, keďže jeho pripojením vznikol výraz, ktorý už nepredstavuje zapísanú podobu. Navyše výraz „Quinon“ nebude mať podľa prvostupňového orgánu pre bežného slovenského spotrebiteľa bez vyššieho vzdelania v oblasti chémie jasný a zrozumiteľný význam.

Prvostupňový orgán taktiež poukázal na skutočnosť, že predložené dôkazy sa týkajú len jedného druhu výrobkov – výživového doplnku spadajúceho do rozsahu ochrany triedy 5, zatiaľ čo napadnutá ochranná známka je zapísaná pre širší rozsah - tovary v triedach 3, 5 a 30 medzinárodného triedenia tovarov a služieb.

Predtým, ako orgán rozhodujúci o rozklade pristúpi k vlastnému hodnoteniu dôkazových materiálov predložených v doterajšom priebehu konania, považuje za potrebné zaujať stanovisko k argumentu majiteľa, že prvostupňový orgán sa nevyjadril k dôkazom navrhovateľa a ich dôkaznej sile. Na tomto mieste orgán rozhodujúci o rozklade konštatuje, že predmetom skúmania v konaní o návrhu na zrušenie ochrannej známky podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o ochranných známkach nie sú dôkazy o nepožívaní ochrannej známky, voči ktorej podaný návrh smeruje, ale dôkazy predložené majiteľom ochrannej známky za účelom preukázania jej skutočného používania. Dôkazné bremeno v tomto konaní, ako už bolo vyššie uvedené, je na strane majiteľa ochrannej známky, voči ktorej návrh na zrušenie smeruje, ktorý musí preukázať skutočné používanie svojej ochrannej známky v relevantnom období, resp. existenciu oprávnených dôvodov pre jej nepoužívanie. Ak majiteľ ochrannej známky takéto dôkazy nepredloží, platí, že ochranná známka sa na území Slovenskej republiky nepoužívala počas piatich po sebe idúcich rokov, čo má za následok zrušenie tejto ochrannej známky. Z uvedeného dôvodu je v predmetnom prípade hodnotenie dôkazov navrhovateľa, ktoré tento predložil za účelom preukázania nepoužívania napadnutej ochrannej známky, irelevantné a nemôže mať vplyv na výsledok konania o návrhu na zrušenie napadnutej ochrannej známky, ibaže by tieto práve naopak poukazovali na používanie napadnutej ochrannej známky na relevantnom území v priebehu rozhodného obdobia, čo ale nie je prípad dôkazov predložených navrhovateľom v posudzovanom prípade.

Orgán rozhodujúci o rozklade v súvislosti so zhodnotením dôkazov predložených majiteľom tak v prvostupňovom konaní, ako aj v konaní o rozklade uvádza nasledovné.

V prílohe č. 2 bol predložený výpis z registra vedeného Medzinárodným úradom WIPO, ktorý len deklaruje medzinárodný zápis napadnutej ochrannej známky, pričom nemá žiadnu preukaznú hodnotu ohľadom jej používania. V prílohe č. 3 bol predložený výpis z webovej stránky www.adcc.sk (elektronická databáza farmaceutických a príbuzných produktov, ktorej prevádzkovateľom je spoločnosť PharmINFO, spol. s r. o.) s výrobkom „BIO-TLAK KRVI + DRASLÍK cps 30 ks + tbl 30 ks“ výrobcu Pharma Nord ApS, Dánsko, ktorého distribútorom je spoločnosť Medirel-Slovakia, s. r. o., pričom tento výpis bol vyhotovený 27. augusta 2014, t. j. mimo rozhodného obdobia. Týmto dôkazom majiteľ reagoval na tvrdenie navrhovateľa v návrhu na zrušenie napadnutej ochrannej známky o tom, že v tejto databáze sa žiadny výrobok označený napadnutou ochrannou známkou nenachádza, z čoho navrhovateľ vyvodil skutočnosť, že napadnutá ochranná známka sa nepoužíva. V prílohe č. 6A majiteľ predložil e-mailovú komunikáciu so zamestnancom spoločnosti PharmINFO, spol. s r. o., Petrom M., ktorý potvrdil, že „produkt „BIO-TLAK KRVI cps 1x30 ks“ výrobcu PHARMA NORD ApS (Dánsko) bol do ADCC zalistovaný dňa 25.9.2009 dodávateľom MEDIREL-SLOVAKIA, s. r. o. Tento produkt je v ADCC v stave „Neaktívny“ (dodávateľ si ho z portfólia odobral dňa 19.12.2013).“. Zároveň uviedol, že „okrem tohto produktu bol do ADCC dňa 21.5.2013 zalistovaný aj produkt „BIO-TLAK KRVI 1 DRASLÍK cps 30 ks + tbl 30 ks“. Tento produkt aktuálne figuruje v ADCC v stave „Pred deaktiváciou“ (dodávateľ si ho z portfólia odobral dňa 21.12.2014).“ Predmetná e-mailová komunikácia, i keď nespadá do relevantného časového rámca, osvedčuje skutočnosti viažuce sa k danému obdobiu a možno z nej odvodiť, že informácie o produktoch s uvedenými označeniami boli dostupné v relevantnom období v predmetnej elektronickej databáze.

V prílohách č. 4, č. 3A a č. 1B majiteľ predložil obaly výživových doplnkov, ako aj grafické návrhy obalov alebo fotografie obalov výživových doplnkov, na ktorých sa nachádzajú nápisy „Bio-Tlak krviTM + draslík“ a „PycnoQuinon + Potassium“, resp. „Bio-Tlak krviTM“ a „PycnoQuinon“. Na týchto dokladoch sú obaly viditeľné zo všetkých strán. Orgán rozhodujúci o rozklade v súlade s názorom prvostupňového orgánu uvádza, že obal predmetných výživových doplnkov obsahuje viacero slovných i obrazových prvkov, ktoré sú spotrebiteľom vnímané. Z obrazových prvkov je najdominantnejšie originálne stvárnenie srdca červenej farby, ktoré je zložené z rúrok a na ňom je umiestnený tlakomer. Obalu však v každom prípade dominuje slovné spojenie „Bio-Tlak krviTM + draslík“, resp. „Bio-Tlak krviTM“, keďže je zobrazené čiernym tučným písmom najväčších rozmerov, je umiestnené približne v strednej časti prednej strany obalu a po jeho bokoch, pričom je zrejmé, že práve pod týmto označením sa predmetné výživové doplnky aj predávali, keďže sú týmto slovným spojením označené aj v priložených faktúrach (príloha č. 5A a príloha č. 2B). Slovný prvok „PycnoQuinon“ obsahujúci napadnutú ochrannú známku je znázornený menším písmom a je umiestnený pod názvom „Bio-Tlak krviTM + draslík“, resp. „Bio-Tlak krviTM“, prípadne na zadnej strane obalu vedľa tohto názvu. Na prednej strane obalu je tiež identifikovaný výrobca Pharma Nord Denmark a malým písmom je vyznačená informácia, v ktorej je okrem iného uvedené, že ide o želatinové kapsuly obsahujúce koenzým Q10, Pycnogenol® a vitamín D. Na zadnej strane obalu je pod vymenovaním účinných látok vysvetlené, že „Pycnogenol®“ je registrovaná ochranná známka, ktorú vlastní Horphag Research Ltd. (čiže majiteľ), pričom táto účinná látka je chránená patentom číslo US 4.698.360. Na dvoch obaloch je uvedený dátum minimálnej trvanlivosti do 10/2015 a 5/2016, grafické návrhy obalu v prílohe č. 1B nie sú datované. Zvyčajná doba trvanlivosti výživových doplnkov je tri roky, tzn. že obaly v prílohách č. 4 a č. 3A spadajú do rozhodného obdobia.

V prílohe č. 4 je okrem obalu produktu doložený pokladničný doklad z 8. júla 2014 vystavený spoločnosťou EUOPHARMA, s. r. o., Košice, ktorý preukazuje predaj tovaru v ňom označeného ako „KOMISIONALN“ za cenu 20,10 EUR. Uvedený dôkaz sa zhoduje s dôkazom v prílohe č. 2A. Rovnako ako prvostupňový orgán, tak aj orgán rozhodujúci o rozklade považuje tento doklad za irelevantný, keďže nepreukazuje žiadny vzťah s tovarom, ktorý by bol označený napadnutou ochrannou známkou, a navyše je datovaný po rozhodnom období. Orgán rozhodujúci o rozklade akceptuje, že vedenie účtovníctva a informačných systémov platieb predajcov majiteľ nemôže nijako ovplyvniť, avšak uvedené nemení nič na skutočnosti, že z pokladničného dokladu v prílohe č. 4, resp. prílohe č. 2A nevyplýva žiadna nadväznosť na konkrétny výrobok, jeho označenie a identifikáciu majiteľa. V prílohe č. 5 majiteľ predložil výpisy z internetových stránok <http://eshop.pharmawell.cz>, <http://eshop.pharmawell.sk> a <http://www.pilulka24.sk>, ktoré obsahujú online ponuku produktov „Bioaktívny Tlak Krve PycnoQuinon cps. 30 kapslí“, resp. „Bio-Tlak Krvi PycnoQuinon“. Rovnako tieto doklady nemožno v preskúmanom prípade akceptovať, keďže sú datované 26. augusta 2014, čiže mimo rozhodného obdobia, pričom z nich nemožno zistiť, či táto ponuka bola aktuálna v rozhodnom období.

Dôkazy v prílohách č. 6, č. 8A a č. 9A navzájom súvisia, avšak ani tieto nemajú preukaznú hodnotu vo vzťahu k používaniu napadnutej ochrannej známky. Ide o e-mailovú komunikáciu medzi právnou

zástupkyňou majiteľa a zástupkyňou rakúskej spoločnosti BIOGENA Naturprodukte GmbH & Co KG ohľadom predaja produktu „PycnoCardio® Q10 Gold“ na Slovensku (prílohy č. 6 a č. 9A), pričom priložený je aj obal výrobku a faktúra vystavená spoločnosťou BIOGENA Naturprodukte GmbH & Co KG pre právnu zástupkyňu majiteľa za dodanie jedného balenia tohto produktu (príloha č. 8A). Majiteľ v súvislosti s týmito predloženými dokladmi uviedol, že takýmto spôsobom bolo a je možné dodávať uvedený produkt na Slovensko. Čo sa týka e-mailovej komunikácie, e-mailové správy sú datované 26. augusta 2014 a 16.-17. marca 2015, na faktúre je uvedený dátum 26. marca 2015 a na obale výrobku je dátum expirácie 5. január 2018. V e-mailovej komunikácii síce p. C. z firmy Biogena Naturprodukte GmbH & Co KG v Salzburgu uviedla, že produkt „PycnoCardio Gold“ bol uvedený na trh v decembri 2012, avšak absentujú akékoľvek dôkazy, ktoré by preukázali používanie spomínaného označenia vo vzťahu k spotrebiteľom na území Slovenskej republiky v relevantnom období. Majiteľ nedoložil dôkazy o tom, že v relevantnom období došlo k dodaniu tohto produktu spotrebiteľom na území Slovenskej republiky, ani doklady týkajúce sa propagácie predmetného produktu na tomto území, či aspoň o tom, že bol zaznamenaný prístup na webovú stránku, na ktorej bol produkt ponúkaný, z územia Slovenskej republiky. Dôkazy o dodaní jedného kusu výrobku právnej zástupkyňi majiteľa navyše nespádajúce do rozhodného obdobia nepreukazujú obchodovanie s daným produktom vo vzťahu k slovenskému územiu v relevantnom období.

V prílohe č. 1A majiteľ predložil kópiu rozhodnutia úradu zn. POZ 6258-2008 II/16-2011 z 22. februára 2011 s cieľom podporiť svoj argument, že rozlišujúcou časťou označenia „PycnoQuinon“ (nachádzajúceho sa na predložených obaloch výživových doplnkov) je časť „PYCNO“, pretože táto časť uvedeného označenia má fantazijný charakter. Z uvedeného rozhodnutia vyplýva, že úrad v konaní o námietkach podaných spoločnosťou HORPHAG RESEARCH MANAGEMENT S.A. (v posudzovanom prípade v postavení majiteľa) voči zápisu kombinovaného označenia „Natur-Pykn“, č. spisu POZ 6258-2008, do registra ochranných známok a založených okrem iného na medzinárodnej ochrannej známke č. 818652 „PYCNO“ (v posudzovanom prípade napadnutá ochranná známka) posúdil slovný prvok „PYCNO“ ako fantazijný. V súvislosti s uvedeným dôkazom možno dodať, že tvrdenie majiteľa, že slovo „PYCNO“ nemá konkrétny význam, tzn. že ide o fantazijné slovo, nebolo prvostupňovým orgánom spochybnené a orgán rozhodujúci o rozklade sa s týmto tiež stotožňuje.

V prílohe č. 4A majiteľ predložil výňatok z odborného-informačného časopisu Slovenskej lekárskej komory z októbra 2009 s názvom Lekárnické listy, v ktorom je uverejnená reklama na výživový doplnok „Bio-Tlak krvi™“, pričom ako dodávateľ tohto výrobku je uvedená spoločnosť Pharma Nord Slovensko, s. r. o. Ide o mesačník s nákladom viac ako 3000 kusov, ktorý je doručovaný na meno. Uvedené svedčí o aktivite vo vzťahu k propagácii predmetného výživového doplnku.

V prílohe č. 5A sa nachádzajú dve faktúry. Faktúra č. 173639 z 22. februára 2013 vystavená spoločnosťou Pharma Nord ApS pre distribútora Medirel-Slovakia, s. r. o. svedčí o predaji 160 ks produktu „Bio-Pycnogenol“ a faktúra č. 20130502 zo 7. januára 2014 vystavená spoločnosťou Medirel-Slovakia, s. r. o., pre Med-Art, s. r. o., sa okrem produktu „Bio-Pycnogenol“ (9 ks) vzťahuje na predaj produktu „Bio-Tlak krvi + draslík“ (4 ks). Uvedené dôkazy pochádzajú z rozhodného obdobia a možno ich akceptovať ako preukazujúce predaj daných výrobkov na území Slovenska, avšak možno súhlasiť s prvostupňovým orgánom, že z kvantitatívneho hľadiska nie sú postačujúce. Navyše, produkt s názvom „Bio-Pycnogenol“ nie je v iných dokladoch či argumentoch majiteľa spomínaný a nebol predložený žiaden dôkaz osvedčujúci reálne vyobrazenie obalu tohto produktu. Z podaní majiteľa teda nie je zrejмый úmysel majiteľa preukazovať používanie napadnutej ochrannej známky na tomto produkte.

Pokiaľ ide o prílohu č. 7A, táto obsahuje výpisy z internetovej stránky www.who.is, kde sú uverejnené údaje o vlastníctve domén pycno.com, pycno.net a pycno.biz. Tieto domény boli registrované v rozhodnom období pre majiteľa, avšak orgán rozhodujúci o rozklade rovnako ako prvostupňový orgán zastáva názor, že uvedené dôkazy nepreukazujú používanie napadnutej ochrannej známky, pretože nevypovedajú o skutočnom obsahu dotknutých stránok v relevantnom období, a teda ani o používaní napadnutej ochrannej známky vo vzťahu k tovarom. Rovnako nie je preukázaná návštevnosť uvedených internetových stránok spotrebiteľmi z územia Slovenskej republiky.

V prílohe č. 2B majiteľ predložil faktúry (56 ks) z rokov 2009 až 2014, pričom do rozhodného obdobia od 15. mája 2009 do 15. mája 2014 spadá 40 faktúr. Tieto faktúry boli vystavené spoločnosťou Pharma Nord ApS pre spoločnosť Medirel-Slovakia, s. r. o., distribútora výživových doplnkov na Slovensku. Faktúry preukazujú dodávku okrem iných produktov aj výživového doplnku „Bio-Tlak krvi 30ks“, resp. „Bio-Tlak krvi draslík 30+30ks“ väčšinou v stovkách kusov na jednu faktúru. Možno preto považovať za preukázané,

že výživové doplnky, ktorých obaly/grafické návrhy obalov boli predložené v prílohách č. 4, č. 3A a č. 1B, boli dodávané na Slovensko a následne distribuované v značných množstvách. Orgán rozhodujúci o rozklade v tejto súvislosti uvádza, že doložením týchto dôkazov – faktúr v konaní o rozklade majiteľ odstránil kvantitatívny nedostatok dôkazových materiálov predložených v prvostupňovom konaní, týkajúci sa nedostatočného rozsahu, v akom sa slovenský spotrebiteľia mali možnosť stretnúť s výživovými doplnkami „Bio-Tlak krviTM + draslík“, resp. „Bio-Tlak krviTM“ v relevantnom období, na ktorý poukázal prvostupňový orgán, a tak možno konštatovať, že tieto produkty boli na území Slovenskej republiky v rozhodnom období uvádzané na trh v dostatočnom množstve na to, aby získali svoj podiel na príslušnom trhu.

V prílohe č. 3B majiteľ predložil kópiu listu z 19. februára 2014, ktorým úrad oznámil spoločnosti Naturica, spol. s r. o. výsledok prieskumu zápisnej spôsobilosti prihláseného označenia „Naturica – pyknogenol“, č. spisu POZ 2246-2008, voči ktorému boli podané pripomienky zo strany majiteľa. Majiteľ ako podávateľ pripomienok v danom konaní uviedol, že prihláška ochrannej známky, č. spisu POZ 2246-2008 nebola podaná v dobrej viere, keďže je úspešným výrobcom produktu „PYCNOGENOL“ chráneného patentom a zároveň je majiteľom medzinárodnej ochrannej známky č. 569034 „PYCNOGENOL“, o čom mala spoločnosť Naturica, spol. s r. o. vedomosť. Majiteľ v tomto dôkaze poukázal na odsek, v ktorom úrad uviedol, že medzinárodná ochranná známka č. 569034 „PYCNOGENOL“ *„je všeobecne známa ochranná známka s dobrým menom, ktorá má zabezpečený vysoký stupeň ochrany a podávateľ pripomienok preukázateľne dlhodobo dbá o udržiavanie dobrej povesti svojej ochrannej známky a výrobkov v oblasti výživových doplnkov, ktoré sú ňou chránené, na čo vynakladá nemalé finančné prostriedky“*. Orgán rozhodujúci o rozklade k uvedenému dôkazu v prvom rade poznamenáva, že v danom konaní bola predmetom skúmania existencia zlej viery prihlasovateľa v čase podania uvedenej prihlášky ochrannej známky obsahujúcej slovo „pyknogenol“, zatiaľ čo v predmetnom konaní ide o posúdenie, či napadnutá ochranná známka bola alebo nebola predmetom skutočného používania vo vzťahu k zapísaným tovarom v relevantnom období. Navyše je potrebné zdôrazniť, že skutočnosť, že v uvedenom konaní bola ochranná známka „PYCNOGENOL“ posúdená ako ochranná známka s dobrým menom, nemôže bez ďalšieho odôvodňovať skutočné používanie napadnutej ochrannej známky v znení „PYCNO“, pretože ide o dve samostatné, navzájom odlišné ochranné známky. Majiteľ okrem poukazovania na vyšší stupeň ochrany jeho ochrannej známky „PYCNOGENOL“ a údajné dominantné postavenie slovného prvku „Pycno“ v tejto ochrannej známke (s čím sa však orgán rozhodujúci o rozklade nestotožňuje) v odôvodnení rozkladu bližšie nevysvetlil, na základe čoho by bolo možné dospieť k opačnému záveru. Tvrdenie majiteľa, že ochranné známky s dobrým menom požívajú vyšší stupeň ochrany, ktorého správnosť orgán rozhodujúci o rozklade v zásade nespochybňuje, nie je vo vzťahu k prejednávanej veci relevantné.

Zhodnotením predložených dôkazov jednotlivo, ako aj vo vzájomných súvislostiach, orgán rozhodujúci o rozklade dospel k nasledovným zisteniam. Doklady predložené majiteľom preukazujú výrobu výživových doplnkov „Bio-Tlak krviTM + draslík“ a „Bio-Tlak krviTM“ nadnárodnou spoločnosťou Pharma Nord ApS, ktorá je zmluvným partnerom majiteľa. Z predložených faktúr vyplýva, že uvedené výživové doplnky boli dodávané na Slovensko prostredníctvom spoločnosti Medirel-Slovakia, s. r. o., ktorá vystupovala ako distribútor predmetných výrobkov na území Slovenska. Vzhľadom na skutočnosť, že majiteľ v konaní o rozklade doplnil dôkazové materiály o faktúry, ktoré svedčia o kontinuálnej dodávke daných výživových doplnkov počas celého rozhodného obdobia od roku 2009 až do roku 2014 na Slovensko v dostatočnom množstve, orgán rozhodujúci o rozklade považuje za preukázané, že tieto výrobky získali podiel na trhu s výživovými doplnkami na slovenskom území, následkom čoho sa slovenský spotrebiteľ mal možnosť stretnúť s týmito výrobkami v relevantnom časovom období. Z predložených dokladov zároveň vyplynulo, že na obaloch týchto výrobkov sa okrem názvu výrobku „Bio-Tlak krviTM + draslík“ alebo „Bio-Tlak krviTM“ nachádzali aj označenia „PycnoQuinon + Potassium“, resp. „PycnoQuinon“, t. j. označenia zahŕňajúce napadnutú ochrannú známku.

Pre posúdenie skutočného používania napadnutej ochrannej známky je ďalej významnou skutočnosť, v akej forme bola napadnutá ochranná známka používaná na tovaroch, pre ktoré je zapísaná, ako aj povaha preukázaného používania s ohľadom na to, že ochranná známka musí byť používaná v súlade s jej funkciou. V súvislosti s formou používania orgán rozhodujúci o rozklade poukazuje na to, že Všeobecný súd v rozsudku T-194/03 Bainbridge, ods. 50, uviedol, že striktný súlad medzi používanou podobou ochrannej známky a podobou, v ktorej bola zapísaná, nie je nutný. Známk sa však môže odlišovať len v zanedbateľných prvkoch a používané označenie a zapísané označenie musia byť všeobecne ekvivalentné.

V preskúvanom prípade spojenie napadnutej ochrannej známky, čiže slovného prvku „Pycno“, s prvkom „Quinon“ na obaloch výrobkov navodzuje dojem odlišného označenia v porovnaní s napadnutou ochrannou

známkou, t. j. označenia, ktorým je „PycnoQuinon“. Pokiaľ ide o skutočnosť uvedenú majiteľom, že „Quinon“ je názov chemickej zlúčeniny „chinón“ v anglickom jazyku, orgán rozhodujúci o rozklade zastáva rovnaký názor ako prvostupňový orgán, a to že priemerný slovenský spotrebiteľ v danom prípade, u ktorého nemožno predpokladať vyššie vzdelanie v oblasti chémie, nepozná význam slova „Quinon“, pričom znalosť tohto anglického výrazu podľa názoru orgánu rozhodujúceho o rozklade nemožno automaticky predpokladať ani u osôb sprostredkujúcich spotrebiteľom kúpu uvedených výživových doplnkov. Znalosť odbornej terminológie v oblasti chémie v anglickom jazyku možno predpokladať predovšetkým u vedeckých pracovníkov, ktorí však v predmetnom prípade nepredstavujú relevantnú verejnosť. Vzhľadom na uvedené, spojenie „PycnoQuinon“ z pohľadu relevantnej verejnosti nepredstavuje napadnutú ochrannú známku, ku ktorej bol pridaný opisný, a teda nedištingtívny prvok „Quinon“, ale výraz „PycnoQuinon“ vníma ako jeden celok, čím sa mení rozlišovacia spôsobilosť samotného prvku „Pycno“, ktorým je tvorená napadnutá ochranná známka. Slovný prvok „Quinon“ pritom nemožno považovať ani za zanedbateľný prvok, keďže tento je z hľadiska počtu písmen dlhším slovom ako slovo „Pycno“. Priemerného spotrebiteľa z radov relevantnej verejnosti zaujme dané slovo a venuje mu pozornosť. S ohľadom na uvedené je dôvodné konštatovať, že pri spojení predmetných prvkov do jedného celku „PycnoQuinon“ spotrebiteľ vníma slovo „Quinon“ ako jeho neoddeliteľnú súčasť a podoba, v akej bola napadnutá ochranná známka používaná, nepredstavuje podobu odlišujúcu sa od zapísanej podoby len v prvkoch nemeniacich jej rozlišovaciu spôsobilosť. Nemenej významným faktom, na ktorý poukázal už aj prvostupňový orgán v napadnutom rozhodnutí, je ďalej tiež skutočnosť, že na prednej strane predložených obalov výživových doplnkov, ktoré obsahujú nápisy „Bio-Tlak krviTM + draslík“ alebo „Bio-Tlak krviTM“ a „PycnoQuinon + Potassium“ alebo „PycnoQuinon“ vystupujú do popredia práve prvky „Bio-Tlak krviTM + draslík“, resp. „Bio-Tlak krviTM“, a nie prvky „PycnoQuinon + Potassium“ alebo „PycnoQuinon“, ktoré sú napísané výrazne menším písmom pod názvom výrobku, resp. vedľa neho, najmä však spôsobom, akým sa obvykle pri podobných produktoch uvádzajú účinné látky. Priemerný spotrebiteľ pri kontakte s obalom predmetných výživových doplnkov preto s najväčšou pravdepodobnosťou vníma tieto výrazy ako označenie účinných látok, a nevníma ich, a teda ani žiadnu ich časť, ako ochrannú známku. Na faktúrach, vo výpise z ADC číselníka či časopise Lekárnické listy, predložených majiteľom sa na označenie predmetných výživových doplnkov používali tiež len označenia „Bio-Tlak krviTM + draslík“, resp. „Bio-Tlak krviTM“. Aj vzhľadom na uvedené nemožno považovať za preukázané, že napadnutá ochranná známka bola používaná v súlade s jej základnou funkciou, t. j. ako ochranná známka. Majiteľ predloženými dôkazmi vzhľadom na uvedené skutočnosti nepreukázal, že napadnutá ochranná známka bola relevantnou verejnosťou vnímaná ako údaj o pôvode tovarov.

Čo sa týka argumentu majiteľa, že podľa metodiky konania úradu prvú časť označenia vníma spotrebiteľ s väčšou pozornosťou, a preto si ju jasnejšie pamätá, a teda začiatok označenia podstatne ovplyvňuje celkový dojem z označenia, orgán rozhodujúci o rozklade uvádza, že uvedené nemá vplyv na posúdenie skutočného používania ochrannej známky v zmysle § 34 ods. 1 písm. a) zákona o ochranných známkach. Majiteľom uvedené pravidlo je aplikovateľné v konaniach, v ktorých je rozhodné porovnanie označení, resp. ochranných známk pri posudzovaní pravdepodobnosti ich zámény, nie však pri posudzovaní skutočného používania ochrannej známky. Pri posudzovaní skutočného používania ochrannej známky na účely § 34 ods. 1 písm. a) zákona o ochranných známkach nie je významné, koľká v poradí je ochranná známka v rámci označenia, ktorým sa preukazuje používanie tejto ochrannej známky; významné je posúdenie otázky, či prvky odlišujúce podobu, v akej bola ochranná známka používaná, od podoby, v akej je zapísaná, menia, resp. nemenia rozlišovaciu spôsobilosť tejto zapísanej ochrannej známky.

V súvislosti s poukazom majiteľa na judikatúru SDEÚ týkajúcu sa formy používania zapísanej ochrannej známky orgán rozhodujúci o rozklade uvádza, že prípady, na ktoré poukázal majiteľ, sa týkali odlišných skutkových okolností ako v preskúmanom prípade, resp. vyššie uvedené posúdenie nie je v rozpore s touto judikatúrou. Pokiaľ ide o rozsudok SDEÚ vo veci C-12/12 Levi Strauss, orgán rozhodujúci o rozklade upozorňuje na skutočnosť, že Súdny dvor v tomto rozsudku odpovedal na prejudiciálne otázky vnútroštátneho súdu, ktorými sa tento pýtal, či je podmienka riadneho používania ochrannej známky splnená, pokiaľ sa zapísaná ochranná známka, ktorá svoju rozlišovaciu spôsobilosť nadobudla v dôsledku používania inej kombinovanej ochrannej známky, pričom predstavuje jeden z jej prvkov, používa len prostredníctvom tejto inej kombinovanej ochrannej známky, alebo ak sa používa len spolu s inou ochrannou známkou a samotná kombinácia týchto dvoch ochranných známk je navyše zapísaná ako ochranná známka (v predmetnom prípade išlo o obrazovú ochrannú známku – červený obdĺžnikový štítok na zadnom vrecku nohavíc, ktorá bola používaná v kombinácii so slovným prvkom „LEVIS“). Súdny dvor konštatoval, že v takomto prípade podmienka riadneho používania ochrannej známky v zmysle článku 15 ods. 1 nariadenia Rady (ES) č. 40/94 z 20. decembra 1993 o ochrannej známke Spoločenstva môže byť splnená, avšak v tejto súvislosti tiež v ods. 35 citovaného rozsudku konštatoval, že zapísaná ochranná známka, ktorá sa používa len

ako súčasť kombinovanej ochrannnej známky alebo spolu s inou ochrannou známkou, musí byť na to, aby toto používanie zodpovedalo pojmu „riadne používanie“, naďalej vnímaná ako údaj o pôvode predmetného tovaru, t. j. aj v prípade, ktorého sa citovaný rozsudok týkal, bola táto skutočnosť uvedená ako rozhodujúca, aby bolo možné dospieť k záveru že ochranná známka bola skutočne používaná.

Obdobný záver vyplýva aj z rozsudku SDEÚ vo veci C-553/11 Rintisch, v ktorom Súdny dvor v rámci odpovede na prvú a tretiu prejudiciálnu otázku uviedol, že majiteľ zapísanej ochrannnej známky sa mohol na preukázanie jej používania v zmysle článok 10 ods. 2 písm. a) smernice 89/104 dovoľávať jej používania vo forme, ktorá sa líši od formy, v ktorej bola táto známka zapísaná, bez toho, aby rozdiely medzi týmito dvoma formami menili rozlišovaciu spôsobilosť tejto ochrannnej známky, a to napriek skutočnosti, že je táto odlišná forma sama osebe zapísaná ako ochranná známka. Z oboch citovaných rozsudkov SDEÚ vydaných v rámci prejudiciálnych konaní (C-12/12 a C-553/11) teda vyplýva, že rozhodujúcou otázkou pri posudzovaní skutočného používania zapísanej ochrannnej známky je, či podoba, v ktorej bola táto zapísaná ochranná známka používaná sa líši od podoby, v ktorej je zapísaná do registra, tak že mení (resp. nemení) rozlišovaciu spôsobilosť zapísanej ochrannnej známky.

Majiteľ ďalej poukázal na rozsudok Všeobecného súdu v spojenej veci T-77/10 a T-78/10 L112, ods. 53, avšak orgán rozhodujúci o rozklade zdôrazňuje, že prípad, o ktorom sa rozhodovalo v uvedenom rozsudku, nie je analogický k preskúmanému prípadu. V uvedenom prípade bolo v konaní o návrhu na vyhlásenie ochrannnej známky „L112“ za neplatnú preukazované používanie staršej ochrannnej známky „L.114“, pričom táto bola používaná spolu so slovným prvkom „Lehning“. Všeobecný súd akceptoval používanie tejto ochrannnej známky ako skutočné, čo bolo odôvodnené tým, že slovný prvok „Lehning“ (označujúci zároveň aj navrhovateľa Lehning entreprise) bol vyobrazený písmenami výrazne menších rozmerov a bol umiestnený spolu s logom výrobcu v dolnej časti balenia separátne od označenia „L114“. Všeobecný súd ďalej konštatoval, že chýbajúca bodka medzi písmenom L a číslom 114 predstavuje zanedbateľný rozdiel, ktorý nemení rozlišovaciu spôsobilosť registrovanej formy „L.114“.

Naopak skutočnosť, že pridanie ďalších slovných prvkov k zapísanej podobe ochrannnej známky ovplyvňuje jej rozlišovaciu spôsobilosť vyplýva napr. z rozhodnutia odvolacieho senátu EUIPO zn. R 89/2000-1 z 23. apríla 2001, v ktorom odvolací senát neakceptoval pridanie slovných prvkov „Birds Eye“ za slovom „Captain“ s odôvodnením, že „*nemožno usúdiť, že používanie výrazu CAPTAIN BIRDS EYE predstavuje používanie známky CAPTAIN v podobe, ktorá nemení rozlišovaciu spôsobilosť zapísanej známky, keďže tieto dve označenia majú zásadne odlišný vzhľad*“ (ods. 20). Rovnako v preskúmanom prípade možno konštatovať, že pridaním prvku „Quinon“ k napadnutej ochrannnej známke sa mení jej rozlišovacia spôsobilosť, keďže slová „PycnoQuinon“ a „PYCNO“ pôsobia podstatne odlišne.

Navyše ako už bolo uvedené je potrebné prihliadnuť aj na skutočnosť, že spotrebiteľ pravdepodobne vníma celé slovné spojenie „PycnoQuinon“, resp. „PycnoQuinon + Potassium“ vzhľadom na jeho umiestnenie za alebo pod názvom produktu a s ohľadom na veľkosť použitého písma ako údaje o účinných látkach, a nie ako ochrannú známku, keďže v prípade liekov a aj výživových doplnkov je spotrebiteľ zvyknutý, že pod obchodným názvom výrobku alebo vedľa neho je umiestnený názov účinnej látky, ktorý býva zobrazený písmenami menších rozmerov ako je samotný názov lieku, resp. výživového doplnku.

Majiteľ poukázal aj na vnútorné balenie výživového doplnku „Bio-Tlak krviTM“, na ktorom je vyobrazený opakujúci sa text s písmenami rovnakých rozmerov obsahujúci v každom prvom riadku slová „Pharma Nord“ a v každom druhom riadku slová „PycnoQuinon PycnoQuinone Bio-120/80 Bio-Bloeddruck“, čo majiteľ označil za prominentný spôsob zobrazenia a používania napadnutej ochrannnej známky. Orgán rozhodujúci o rozklade v danej súvislosti uvádza, že aj na tomto vnútornom obale bol slovný prvok „Pycno“ rovnako ako na vonkajšom obale zobrazený len v spojení so slovom „Quinon“, resp. „Quinone“, a nijakým spôsobom nevystupoval do popredia, aby si ho mohol spotrebiteľ všimnúť a zaznamenať ako ochrannú známku, pod ktorou sa produkt predáva a ktorú by spotrebiteľ na príslušnom trhu prednostne vnímal a orientoval sa podľa nej. Orgán rozhodujúci o rozklade taktiež zastáva názor, že označovanie vnútorného balenia výživového doplnku má z hľadiska preukázovania skutočného používania ochrannnej známky menšiu výpovednú hodnotu, keďže spotrebiteľ sa s ním oboznámi až po zakúpení konkrétneho produktu, čiže neorientuje sa na trhu podľa označenia na vnútornom balení výrobkov (rovnako sa s ním nestretáva v reklame, na internetových stránkach, či na faktúrach).

V súvislosti s preukazovaním používania napadnutej ochrannnej známky pre ostatné zapísané tovary v triedach 3 a 30 medzinárodného triedenia tovarov a služieb a argumentom majiteľa, že takéto

preukazovanie nie je dôležité vzhľadom na variáciu kategorizácie produktov v rámci farmaceutického sektora, orgán rozhodujúci o rozklade uvádza nasledovné. Zo znenia § 34 ods. 1 písm. a) zákona o ochranných známkach jednoznačne vyplýva, že majiteľ ochrannej známky je v konaní o návrhu na zrušenie ochrannej známky povinný preukázať používanie pre všetky kategórie tovarov, pre ktoré je daná ochranná známka zapísaná. Z predmetného ustanovenia nevyplývajú žiadne výnimky týkajúce sa budúceho možného používania ochrannej známky pre ďalšiu kategóriu tovarov alebo služieb. Okrem toho, v zmysle ustálenej judikatúry „...riadne používanie nemôže byť preukázané pravdepodobnosťami alebo domnienkami, ale musí byť založené na konkrétnych a objektívnych prvkoch, ktoré preukazujú skutočné a dostatočné používanie ochrannej známky na predmetnom trhu.“ (rozsudok Všeobecného súdu zo 7. júna 2005 vo veci T-303/03 Lidl Stiftung vs. EUIPO, ods. 38). V nadväznosti na uvedené možno uzavrieť, že poukazovanie majiteľa na možné budúce používanie napadnutej ochrannej známky vo vzťahu k tovarom, pre ktoré je táto zapísaná, nie je na účely preukazovania skutočného používania napadnutej ochrannej známky relevantné a takouto argumentáciou majiteľa nemožno prekonať absenciu dôkazov o skutočnom používaní napadnutej ochrannej známky pre tovary, pre ktoré je zapísaná.

Pokiaľ ide o upozornenie majiteľa na možné následky zrušenia napadnutej ochrannej známky vo vzťahu k iným ochranným známkam, ktorých je tiež majiteľom, orgán rozhodujúci o rozklade dodáva, že v preskúvanom prípade nemožno na tieto okolnosti prihliadať. V konaní o zrušení ochrannej známky z dôvodu jej nepoužívania je predmetom posúdenia len skutočnosť, či majiteľ preukázal dostatočnými dôkazmi skutočné používanie napadnutej ochrannej známky vo vzťahu k zapísaným tovarom alebo službám v rozhodnom období na území Slovenska. Možné dôsledky vyplývajúce zo zrušenia napadnutej ochrannej známky nemôžu byť zohľadnené a viesť k tomu, že ochranná známka nebude zrušená napriek tomu, že nebola predmetom skutočného používania v zmysle § 34 ods. 1 písm. a) zákona o ochranných známkach.

V nadväznosti na všetky uvedené skutočnosti orgán rozhodujúci o rozklade v zhode s prvostupňovým orgánom konštatuje, že preukázané používanie napadnutej ochrannej známky na obaloch výživového doplnku, ktoré vyplýva z majiteľom predložených dôkazových materiálov, nemožno charakterizovať ako skutočné používanie napadnutej ochrannej známky. Napadnutá ochranná známka bola v zmysle predložených dôkazov používaná s pridaním prvku, ktorý mení jej rozlišovaciu spôsobilosť a nebola používaná v súlade s jej základnou funkciou, ako údaj o pôvode tovarov. Z uvedeného vyplýva, že slovenskí spotrebiteľia pri kontakte s tovarmi predávanými pod označením „Bio-Tlak krviTM + draslík“ alebo „Bio-Tlak krviTM“, napriek tomu, že tieto niesli tiež označenie „PycnoQuinon + Potassium“, resp. „PycnoQuinon“ si nevytvárali väzbu medzi týmito tovarmi a napadnutou ochrannou známkou tvorenou výlučne slovným prvkom „PYCNO“, na základe ktorej by sa orientovali na trhu pri ďalšom výbere produktov majiteľa.

Z uvedených dôvodov orgán rozhodujúci o rozklade, rovnako ako prvostupňový orgán, zastáva názor, že majiteľ v predmetnom konaní neunesol dôkazné bremeno, keďže nepreukázal skutočné používanie napadnutej ochrannej známky pre tovary, pre ktoré bola táto zapísaná do registra. Prvostupňové rozhodnutie o zrušení napadnutej ochrannej známky z dôvodu naplnenia podmienok v zmysle § 34 ods. 1 písm. a) zákona o ochranných známkach je preto potrebné považovať za správne a vydané v súlade s platnými právnymi predpismi, a teda podaný rozklad je nutné zamietnuť ako nedôvodný.

V nadväznosti na všetky vyššie uvedené skutočnosti orgán rozhodujúci o rozklade po preskúmaní prvostupňového rozhodnutia a posúdení argumentov uvedených v podanom rozklade konštatuje, že v preskúvanom prípade neboli zistené také dôvody, pre ktoré by bolo potrebné napadnuté rozhodnutie zrušiť alebo zmeniť. Na tomto základe bolo rozhodnuté tak, ako je uvedené vo výrokovej časti tohto rozhodnutia.

Poučenie o opravnom prostriedku:

Toto rozhodnutie je konečné a podľa § 61 ods. 2 zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní v znení neskorších predpisov sa nemožno proti nemu odvolať. Rozhodnutie je možné preskúmať správnym súdom, ktorým je Krajský súd v Banskej Bystrici, na základe správnej žaloby podanej podľa § 177 a nasl. zákona č. 162/2015 Z. z. Správny súdny poriadok. Správny súd uznesením odmietne žalobu, ak žalobca nebol pri jej podaní zastúpený advokátom podľa § 49 ods. 1 zákona č. 162/2015 Z. z. Správny súdny poriadok.

JUDr. Richard Messinger
predseda
Úradu priemyselného vlastníctva
Slovenskej republiky

Rozhodnutie sa doručuje:

I.

Allen & Overy Bratislava, s. r. o., advokátska kancelária
Eurovea Central 1
Pribinova 4
811 09 Bratislava

II.

MAJLINGOVÁ & PARTNERS, s. r. o.
Budatínska 12
851 06 Bratislava