

**ЗАКЛЮЧЕНИЕ**  
**по результатам рассмотрения  возражения  заявления**

Коллегия в порядке, установленном пунктом 3 статьи 1248 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - Кодекс) и Правилами подачи возражений и заявлений и их рассмотрения в Палате по патентным спорам, утвержденными приказом Роспатента от 22.04.2003 № 56, зарегистрированным в Министерстве юстиции Российской Федерации 08.05.2003 № 4520, рассмотрела возражение от 15.10.2014, поданное Обществом с ограниченной ответственностью «Холдинговая компания «Бизнесинвестгрупп», г. Уфа (далее – заявитель), на решение Федеральной службы по интеллектуальной собственности об отказе в государственной регистрации товарного знака по заявке № 2012738332 (далее – решение Роспатента), при этом установила следующее.

Предоставление правовой охраны заявленному обозначению в качестве товарного знака с приоритетом от 02.11.2012 по указанной заявке испрашивалось на имя заявителя в отношении товаров 32 класса МКТУ «пиво; минеральные и газированные воды и прочие безалкогольные напитки; фруктовые напитки и фруктовые соки; сиропы и прочие составы для изготовления напитков».

Согласно материалам заявки на регистрацию в качестве товарного знака заявлено словесное обозначение «ЖИВОЙ ВКУС», выполненное на русском языке стандартным шрифтом прописными буквами.

Решение Роспатента от 17.07.2014 об отказе в государственной регистрации товарного знака по заявке № 2012738332 было принято на основании заключения по результатам экспертизы, согласно которому установлено следующее:

- заявленное обозначение не соответствует требованиям пункта 1 статьи 1483 Кодекса, поскольку не обладает различительной способностью, носит описательный характер;
- указанный довод мотивирован тем, что с учетом семантики словесных элементов «ЖИВОЙ» - подлинный, самый настоящий, органический, полученный после

первичного приготовления; а также «ВКУС» - одно из внешних чувств человека и животных, органом которого служит слизистая оболочка языка и полости рта, ощущение на языке, во рту или свойство пищи и т.д. (см. Интернет-словари: <http://tolkslovar.ru>; <http://ozhegov.info/slovar/>; Малый словарь алкогольных напитков, Москва, изд. «Вече», 2002, стр. № 218), заявленное обозначение «ЖИВОЙ ВКУС» способно создавать у потребителя определенное представление о свойствах заявленных товаров 32 класса МКТУ;

- согласно данным сети Интернет (<http://yandex.com>) заявленное обозначение «ЖИВОЙ ВКУС» используется разными производителями в качестве указания на то, что продукт (напиток) является натуральным и создан по технологиям с использованием натуральных ингредиентов;

- поскольку вкус определяется составом напитка, то при маркировке товаров 32 класса МКТУ заявленным обозначением потребитель его будет воспринимать в качестве указания на свойства и состав напитка, который является живым, в его состав входят только натуральные ингредиенты, полезные микроорганизмы (живые), положительно влияющие на состояние организма в целом;

- экспертизой выявлены товарные знаки со словесным элементом «ЖИВОЙ ВКУС», признанным неохраняемым (свидетельства №№ 320794, 335619) в отношении однородных товаров 32 класса МКТУ;

- представленные заявителем аргументы не подтверждают приобретение заявленным обозначением различительной способности на территории Российской Федерации в отношении заявленных товаров.

В Федеральную службу по интеллектуальной собственности поступило возражение от 15.10.2014, в котором заявитель выразил несогласие с решением Роспатента от 17.07.2014.

Доводы возражения сводятся к следующему:

- элемент «ЖИВОЙ» заявленного обозначения обладает многозначным значением, а значение «подлинный, самый настоящий» употребляется в общедоступных словарях в случае «изобразить живых людей, живой пример героизма»;

- в значениях «подлинный вкус», «самый настоящий вкус», «органический вкус» семантика заявленного обозначения не очевидна;
- согласно пункту 2.2. «Методических рекомендаций по отдельным вопросам экспертизы заявленных обозначений» (утв. Приказом Роспатента от 23.03.2001 № 39) [далее - Рекомендации] следует различать обозначения описательные и обозначения, вызывающие в сознании потребителя представление о производимых товарах через ассоциации;
- рассуждения экспертизы о семантике заявленного обозначения «живой вкус – вкус живого напитка» подтверждают фантазийный характер заявленного обозначения;
- семантика заявленного обозначения «ЖИВОЙ ВКУС» не воспринимается напрямую, так как вкус живым не бывает;
- заявленное обозначение не воспринимается рядовым потребителем как элемент, прямо описывающий вид, характеристики товара, сведения об изготовителе;
- существует ряд товарных знаков, в которых словесный элемент «ЖИВОЙ» состоит в охране: например, «ЖИВАЯ ВОДА» (свидетельство № 387997, приоритет от 21.04.2008); «ЖИВОЙ КОФЕ» (свидетельство № 343370, приоритет от 26.06.2006); «ЖИВЫЕ ВИТАМИНЫ» (свидетельство № 264357, приоритет от 23.08.2002) и другие;
- относительно указанных экспертизой товарных знаков с неохраняемым словесным элементом «ЖИВОЙ ВКУС» (свидетельства №№ 320794, 335619) заявитель отмечает, что элементы признаются неохраняемыми по заявлению соответствующего заявителя, а Роспатент может лишь предложить заявителю указать какой-либо элемент обозначения в качестве неохраняемого;
- регистрация заявленного обозначения в качестве товарного знака не затронет прав правообладателей указанных экспертизой знаков с неохраняемым словесным элементом «ЖИВОЙ ВКУС» (свидетельства №№ 320794, 335619).

На основании изложенного в возражении содержится просьба об отмене решения Роспатента и регистрации заявленного обозначения в качестве товарного знака в отношении всего заявленного перечня товаров 32 класса МКТУ.

На заседании коллегии, состоявшемся 23.03.2015, коллегией были выдвинуты дополнительные основания, препятствующие регистрации заявленного обозначения в качестве товарного знака, предусмотренные пунктом 3 (1) статьи 1483 Кодекса. А именно, заявленное обозначение способно ввести потребителя в заблуждение относительно части заявленных товаров (за исключением «пиво»), поскольку оно в сознании потребителя будет ассоциироваться с особым свойством пива, но не с безалкогольной продукцией и составами для их изготовления. См. данные сети Интернет: <http://yandex.ru>; <http://kosouhoff.ru>; <http://bvf.ru>, <http://www.pro-pitanie.ru>; <http://www.praga-praha.ru>; <http://www.heinekenrussia.ru>; <http://www.bier-konig.ru>; <https://ru.wikipedia.org/wiki/>; <http://www.beercult.ru/>.

Заявитель, ознакомившись с дополнительными основаниями, представил пояснения, поступившие в ведомство 23.06.2015, доводы которых сведены к следующему:

- заявленное обозначение никоим образом не ассоциируется с пивом, а его использование на безалкогольных напитках будет создавать у потребителя различные фантазийные ассоциации;
- ссылки на различные сайты не опровергают охраноспособность заявленного обозначения «ЖИВОЙ ВКУС»;
- часть сайтов содержит информацию о магазинах, либо отсутствует информация, свидетельствующая об устойчивых ассоциациях с пивом;
- слово «ЖИВОЕ» является характеристикой таких товаров, как: пиво, квас, йогурт, кефир и т.д., то есть тех продуктов питания, в которых содержатся живые бактерии, с помощью которых производится конкретный продукт, а наличие живых микроорганизмов ведет к тому, что продукт продолжает дображивать, то есть является живым;
- живой продукт не имеет живого вкуса, живого запаха и других живых характеристик.

Заявитель, уведомленный надлежащим образом, на заседаниях коллегии, состоявшихся 23.03.2015 и 23.06.2015, отсутствовал.

Изучив материалы дела, коллегия считает доводы возражения неубедительными.

С учетом даты (02.11.2012) поступления заявки № 2012738332 правовая база для оценки охраноспособности заявленного обозначения в качестве товарного знака включает в себя упомянутый выше Кодекс и Правила составления, подачи и рассмотрения заявки на регистрацию товарного знака и знака обслуживания, утвержденные приказом Роспатента № 32 от 05.03.2003, зарегистрированным Министерством юстиции Российской Федерации 25.03.2003 за № 4322, вступившие в силу 10.05.2003 (далее - Правила).

В соответствии с пунктом 1 статьи 1483 Кодекса не допускается государственная регистрация в качестве товарных знаков обозначений, не обладающих различительной способностью или состоящих только из элементов, характеризующих товары, в том числе указывающих на их вид, качество, количество, свойство, назначение, ценность, а также на время, место и способ их производства или сбыта.

Указанные элементы могут быть включены в товарный знак как неохраняемые элементы, если они не занимают в нем доминирующего положения.

Положения настоящего пункта не применяются в отношении обозначений, которые приобрели различительную способность в результате их использования.

Согласно пункту 2.3.1 Правил к обозначениям, не обладающим различительной способностью, могут относиться, в частности, общепринятые наименования, представляющие собой, как правило, простые указания товаров, заявляемые для обозначения этих товаров: общепринятые сокращенные наименования организаций, предприятий, отраслей и их аббревиатуры.

Согласно подпункту 2.3.2.3 Правил к обозначениям, характеризующим товары, в том числе указывающим на их вид, качество, количество, свойство, назначение, ценность, а также время, место, способ производства или сбыт, относятся, в частности, простые наименования товаров; обозначения категории качества товаров; указание свойств товаров (в том числе носящие хвалебный характер); указания материала или состава сырья; указания веса, объема, цены

товаров; даты производства товаров; данные по истории создания производства; видовые наименования предприятий; адреса изготовителей товаров и посреднических фирм; обозначения, состоящие частично или полностью из географических названий, которые могут быть восприняты как указания на место нахождения изготовителя товара.

Согласно подпункту 2.3.2.4 Правил элементы, указанные в подпунктах 2.3.2.1, 2.3.2.2, 2.3.2.3 и 2.3.2.4 Правил, могут быть включены как неохраняемые элементы в товарный знак, если они не занимают в нем доминирующего положения.

Положения, предусмотренные в подпунктах 2.3.2.1, 2.3.2.2, 2.3.2.3 и 2.3.2.4 Правил, не применяются в отношении обозначений, которые приобрели различительную способность в результате их использования для конкретных товаров.

Доказательства приобретения обозначением различительной способности представляются заявителем. К таким доказательствам, в частности, относятся сведения о длительности использования обозначения, об интенсивности его использования и т.д.

Заявленное на регистрацию в качестве товарного знака словесное обозначение «ЖИВОЙ ВКУС» выполнено в одну строку заглавными буквами русского алфавита стандартным шрифтом. Регистрация заявленного обозначения испрашивается в отношении товаров 32 класса МКТУ «пиво; минеральные и газированные воды и прочие безалкогольные напитки; фруктовые напитки и фруктовые соки; сиропы и прочие составы для изготовления напитков».

Анализ соответствия заявленного обозначения требованиям пункта 1 статьи 1483 Кодекса показал следующее.

Заявленное обозначение представляет собой грамматически связанную конструкцию – словосочетание «ЖИВОЙ ВКУС».

Согласно словарно-справочным источникам (<http://что-означает.рф/>, Яндекс. Словари, <http://enc-dic.com/efremova/ZHivoj-24060.html>), которые являются общедоступными, слово «ЖИВОЙ» имеет следующее лексическое значение: подлинный, самый настоящий, принадлежащий к животному или растительному

миру, органический, такой, который живет, одушевленный; полный жизненной энергии; перен. – живительный, оживляющий. В этих же источниках указано следующее лексическое значение элемента «ВКУС»: одно из внешних чувств человека и животных, органом которого служит слизистая оболочка языка и полости рта, ощущение на языке, во рту или свойство пищи, являющееся источником этого ощущения.

Словесный элемент «ВКУС» является существительным, а словесный элемент «ЖИВОЙ» прилагательным в заявленном обозначении. При этом следует учитывать, что значение словосочетания определяется совокупностью значений составляющих его слов. В данном случае словосочетание «ЖИВОЙ ВКУС» характеризуется интонационной и смысловой законченностью, дающей качественно иной уровень смыслового восприятия, отличный от смыслового восприятия отдельных входящих в него слов, в силу чего его следует рассматривать в целом.

Так, при восприятии словосочетания «ЖИВОЙ ВКУС», предназначенного для маркировки товаров 32 класса МКТУ, у среднего потребителя возникают вполне однозначные ассоциации о «живом» вкусе продукции: напитков и соков, в которых сохранены максимум полезных свойств свежих фруктов и количество питательных веществ; пива без пастеризации и фильтрации; вода свежая и природная, взятая из колодца или родника.

Следовательно, заявленные товары 32 класса МКТУ, предлагаемые к продаже потребителям, имеющие маркировку «ЖИВОЙ ВКУС», информируют потребителей о том, что данный продукт является свежим и натуральным (природным, органическим), либо что в отношении этого товара производителем осуществлено минимальное количество технологической обработки.

Следует отметить, что предложение к продаже напитков, характеризующихся натуральными свойствами и вкусом, близкими к свойствам и вкусу исходных, необработанных продуктов, является в настоящее время активно используемым многими производителями маркетинговым приемом, что подтверждается сведениями с различных сайтов сети Интернет.

Так, в соответствии с данными сети Интернет: <http://yandex.ru>; <http://kosouhoff.ru>; <http://bvf.ru>, <http://www.pro-pitanie.ru>; <http://www.praga-praha.ru>; <http://www.heinekenrussia.ru>; <http://www.bier-konig.ru>; <https://ru.wikipedia.org/wiki/>; <http://www.beercult.ru/>; <http://www.wh-lady.ru/archive/>; <http://otzovik.com/>; <http://www.rospms.ru>), в том числе размещенными до даты подачи рассматриваемой заявки, в отношении такого напитка, как «пиво», а также безалкогольных напитков характерно использование словосочетания «ЖИВОЙ ВКУС». В данных источниках упоминается о характеристиках напитков: о живом и натуральном вкусе сортов живого пива «Косоухов»; живой вкус пива в магазине «Пивной Заряд»; добро пожаловать за живым вкусом пива; популярный напиток среди истинных ценителей живого вкуса торговой марки пива «Новоросс»; сорт пива «Nepasterizovane G», который отличается ярким и живым вкусом; пиво «Три медведя» - новый сорт нефильтрованного пива придется по душе потребителям, ценящим живой вкус натурального пива; пивные рестораны «Bier Konig»: помимо любившихся и всемирно известных сортов пива из Германии, Чехии, Ирландии и Бельгии в меню есть уникальные сорта, которые варятся специально по заказу в одной из частных пивоварен Санкт-Петербурга, при этом они не проходят стадии фильтрации и пастеризации и сохраняют натуральный живой вкус; живым квасом называют напиток, полученный в результате естественного брожения, это традиционный натуральный продукт, который положительно влияет на иммунную систему; бутилированную воду принято называть «живой», если она взята из естественного источника артезианской скважины или родника; газированный безалкогольный напиток - живые соки «Волшебное» - натурально, вкусно, безвредно; уникальная технология низкотемпературной щадящей пастеризации собственной разработки – «живой сок» позволяет сохранить истинный вкус, природные витамины и минералы в соках, напитках.

В силу своего смыслового содержания, а также в силу упоминания в указанных источниках определенного вкусового признака анализируемой продукции заявленное обозначение способно восприниматься потребителем как описательная характеристика, указывающая на свойства продукции.



Употребление словосочетания «ЖИВОЙ ВКУС» в отношении товаров 32 класса МКТУ в смысловом оттенке «подлинный натуральный живой вкус» ведет к тому, что иные смысловые образы у заявленного обозначения в отношении этой продукции не прослеживаются.

Таким образом, само по себе обозначение «ЖИВОЙ ВКУС» представляет описательную характеристику для товаров 32 класса МКТУ, поскольку однозначно, а не через ассоциации, воспринимается как указание на свойства заявленных товаров, обусловленные условиями, технологиями изготовления.

Никакие дополнительные рассуждения и домысливания, на которые указывает заявитель в возражении, при этом не требуются, поскольку никаких иных ассоциаций заявленное обозначение не вызывает.

Таким образом, в отношении товаров 32 класса МКТУ у коллегии есть основания полагать, что заявленное обозначение не соответствует требованиям пункта 1 статьи 1483 Кодекса.

Изложенный вывод соотносится также с практикой ведомства, подтверждаемой сведениями о товарных знаках по свидетельствам №№ 320794 и 335619, представляющих собой этикетки, правовая охрана которых не распространяется на словосочетание «ЖИВОЙ ВКУС» по основаниям, предусмотренным пунктом 1 статьи 1483 Кодекса.

Довод заявителя в части регистраций товарных знаков [«ЖИВАЯ ВОДА» (свидетельство № 387997, приоритет от 21.04.2008); «ЖИВОЙ КОФЕ» (свидетельство № 343370, приоритет от 26.06.2006); «ЖИВЫЕ ВИТАМИНЫ» (свидетельство № 264357, приоритет от 23.08.2002) и другие] признан коллегией неубедительным. Производство по каждой заявке ведется независимо, исходя из совокупности всех обстоятельств дела.

Довод заявителя, что элементы признаются неохраняемыми (свидетельства №№ 320794, 335619) по заявлению соответствующего заявителя, а Роспатент может лишь предложить заявителю указать какой-либо элемент обозначения в качестве неохраняемого, коллегия считает неубедительным. Согласно положению пункта 1 статьи 1497 Кодекса «экспертиза заявки на товарный знак проводится федеральным

органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Экспертиза заявки включает формальную экспертизу и экспертизу обозначения, заявленного в качестве товарного знака». Согласно положению пункта 1 статьи 1499 Кодекса, в частности, «в ходе проведения экспертизы проверяется соответствие заявленного обозначения требованиям статьи 1477 и пунктов 1-7 статьи 1483 настоящего Кодекса». Таким образом, экспертиза заявленного обозначения, в том числе признание или непризнание элементов неохраняемыми, относится к компетенции ведомства, а не является волеизъявлением конкретного заявителя.

Необходимо также отметить, что заявителем не представлено сведений, в частности, о длительности и интенсивности использования им заявленного обозначения, которые могли бы быть положены в основу выводов о приобретении заявленным обозначением различительной способности в отношении товаров заявителя.

В силу того, что заявленное обозначение представляет собой обозначение, подпадающее под положения пункта 1 статьи 1483 Кодекса, коллегия не находит оснований для отмены решения Роспатента от 17.07.2014.

Учитывая вышеизложенное, коллегия пришла к выводу о наличии оснований для принятия Роспатентом следующего решения:

**отказать в удовлетворении возражения от 15.10.2014, оставить в силе решение Роспатента от 17.07.2014.**