

РЕШЕНИЕ

№ 5934

гр. София, 17.10.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Второ отделение 32 състав,
в открито заседание на 16.09.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Красимира Милачкова

при участието на секретаря Спасина Иванова, като разгледа дело номер **5650** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.84, ал.1 от Закона за марките и географските означения (ЗМГО) във вр. с чл.145-178 от Административнопроцесуалния кодекс (АПК).

Образувано е по жалба на „Д. корпорейшън“ (G. corporation), САЩ, против решение № РС-67-(1)/13.05.2022г. на председателя на Патентно ведомство (ПВ), в частта, с която е отменено решение от 30.03.2021г. по опозиция вх. № 70116228/08.04.2019г. срещу регистрацията на марка вх. № 152671 „F.“, словна, в частта за стоките „ветеринарни препарати; диетични храни и вещества за медицински или ветеринарни цели, бебешки храни; диетични добавки за хора и животни“ от клас 5 на Международната класификация на стоките и услугите, и е върната преписката за повторно разглеждане. Ответникът в писмено становище излага доводи за неоснователност на жалбата. Заинтересованата страна (ЗС) „Вивафарма салюшънс“ ООД чрез процесуалните си представители изразява становище за недопустимост на жалбата, а по съществуващото ѝ я намира неоснователна.

След като обсъди доводите на страните и приетите по делото доказателства, съдът в настоящия състав приема следното от фактическа и правна страна.

Жалбата е допустима, като подадена в законоустановения за това срок от лице, което има правен интерес от оспорването. Разгледана по същество, тя е неоснователна.

Производството по издаване на оспорения акт е образувано с жалба вх. № VG/N/2018/152671-[13]/31.05.2021 г. на ПВ, подадена от ЗС срещу решение от 30.03.2021 г. на състав по опозиция срещу заявка за регистрация на марка с вх. №

152671 - „F.“, словна. Поискана е отмяна на решение от 30.03.2021 г. по опозиция с вх. № 70116228/08.09.2018 г. на ПВ, с което регистрацията на марката е отказана.

Дружеството – жалбоподател в настоящето производство и опонент в производството пред ПВ представило отговор с вх. № ВГ/Н/2018/152671-[17]/01.07.2021г., в който са изложени подробни съображения по жалбата, с които са оспорени изцяло твърденията на жалбоподателя.

От фактическа страна издателят на процесното решение приел, че „Вивафарма салюшънс“ ООД е заявител на процесната марка с вх. № 152671 - F., словна. „G. corporation“ е опонент, който съгл. чл. 38б, ал. 1, т. 1 от ЗМГО (отм.), съответстващ на чл. 52, ал. 1, т. 1 от ЗМГО - нов (обн. в ДВ бр. 98/13.12.2019 г., в сила от 17 декември 2019 г.) е подал опозиция с вх. № 70116228/08.04.2019 г. срещу регистрацията на посочената марка, на основание чл. 12, ал. 1, т. 2 от ЗМГО и с нея се атакуват всички стоки, за които е заявена марката. Като по-ранно право, на база на което подава опозицията, опонентът сочи своя национална марка с рег. № 43256 – F., словна, регистрирана за стоки от клас 5 на Международната класификация на стоките и услугите (МКСУ). Предвид правното основание и правото върху марка, което противопоставя, излага съображения за наличието на висока степен на идентичност и сходство между стоките от клас 5 на МКСУ и висока степен на визуално и фонетично сходство на знаците, при което формира извод за наличието на вероятност от пряко объркване на потребителите. Марката, по отношение на която е подадена опозиция и е постановено оспорваното опозиционно решение, е с вх. № 152671 – F., словна. Заявена е за регистрация на 31.10.2018 г. (л.393-394 от делото) за стоките „фармацевтични, медицински и ветеринарни препарати; диетични храни и вещества за медицински или ветеринарни цели, бебешки храни; диетични добавки за хора и животни“ от клас 5 на МКСУ. С опозицията подателят ѝ противопоставя правото си върху национална марка с рег. № 43256 - F., словна, заявена на 17.05.2001 г. и регистрирана на 11.11.2002 г. за стоките „фармацевтични препарати и субстанции; фармацевтични препарати за лечение на болестта на Ф.“ от клас 5 на МКСУ. Марката е със срок на закрила до 17.05.2031 г. С оспорваното решение от 30.03.2021 г. регистрацията на процесната марка с вх. № 152671 - F., словна е отказана в цялост. Отказът е мотивиран със съображения, че опонентът е доказал реално използване на по-ранната марка за стоките от клас 5 на МКСУ „фармацевтични препарати“, доколкото медикаментът, за който е доказано реално използване „фармацевтичен препарат за лечение на болестта на Ф.“ може да бъде класифициран в цитираната обобщаваща категория; между стоките на марките в конфликт е налице идентичност и сходство; прието е, че е налице висока степен на визуално и фонетично сходство, както и, че по-ранната марка притежава ниска степен на присъща отличителност; че степента на внимание на релевантните потребители се приема за повишена, предвид това, че стоките от клас 5 са свързани предимно с продукти, имащи пряко отношение към тяхното здраве. Прието е също, че е налице вероятност за объркване на потребителите, включваща възможност за свързване с по-ранната марка. С оглед на изложеното съставът е сметнал, че кумулативният фактически състав на чл. 12, ал. 1, т. 2 от ЗМГО е изпълнен, съответно е приел, че опозицията срещу регистрацията на процесната марка е основателна, в резултат на което е постановил обжалваното решение за пълен отказ.

Издателят на оспорения акт приел, че жалбата срещу така постановеното решение е частично основателна. В тази връзка изложил мотиви, че чл.12, ал. 1, т. 2 от ЗМГО

забранява регистрацията на марка, идентична или сходна на по-ранна марка, ако стоките или услугите на марките са идентични или сходни, когато има вероятност за объркване на потребителите, включваща възможност за свързване с по-ранната марка, т. е. опасност потребителите да повярват, че стоките или услугите са с общ търговски произход. От цитираната разпоредба следва, че относителното основание за отказ включва изпълнението на следните кумулативно изискуеми предпоставки: по-ранно право върху марка; идентичност или сходство на стоките и услугите; идентичност или сходство между атакуваната и по-ранната марка; вероятност за объркване на потребителите. Сравнението между датата на заявяване на атакуваната марка - 31.10.2018 г. и датата на заявяване на противопоставената - 17.05.2001 г., показва, че в полза на опонента е налице по-ранно право върху марка.

Посочва се в мотивите на процесното решение, че съгласно чл. 38г, ал. 6 от ЗМГО (отм.), приложима към момента на провеждане на производството пред опозиционния състав, при отправено от страна на заявителя искане, подателят на опозицията трябва да представи доказателства за реално използване на противопоставената по-ранна марка. В случай, че не представи такива, се взема решение за отхвърляне на опозицията като неоснователна. Условие, за да бъде разгледано такова искане и за опонента да се пороуди задължение да докаже реално използване на противопоставеното от него право, е искането да е направено при първата предоставена на заявителя възможност за отговор по подадената опозиция, съгласно чл. 38г, ал. 7 от ЗМГО (отм.). Наред с това, необходимо е противопоставената по-ранна марка да е регистрирана поне 5 години преди датата на подаване на опозицията - чл. 38г, ал. 6 от ЗМГО (отм.). Възможността да бъде поискано доказване на реално използване на противопоставената марка е запазена и в действащия към настоящия момент ЗМГО. Съгласно чл. 58, ал. 1 от закона, по искане на заявителя на марката - обект на опозиция, лицето, подало опозицията, представя доказателства за реално използване на по-ранната, противопоставена марка във връзка със стоките или услугите, за които е регистрирана, и на които се основава опозицията през петте години, предхождащи датата на подаване или датата на приоритета на заявката за регистрация на марка - обект на опозиция, или доказателства, че съществуват основателни причини за неизползването ѝ, при условие че по-ранната марка е регистрирана поне 5 години преди датата на заявяване или датата на приоритета на атакуваната марка. Видно от текста на чл. 38г, ал. 6 от ЗМГО (отм.) и чл. 58, ал. 1 от ЗМГО и двете разпоредби разписват изискването за доказване на реално използване като между тях е налице разлика единствено по отношение на условията за допускане и изчисляване на срока за доказване на реално използване на противопоставената марка. Така по отменения закон е предвидено, че между датата на регистрация на противопоставената марка и датата на подаване на опозицията трябва да са минали поне 5 години, а по сега действащия ЗМГО се изисква петте години да са минали от датата на регистрация на по-ранната марка до датата на заявяване на марката, обект на опозицията. В случая заявката за регистрация на процесната марка с вх. № 152671-Ф. е подадена на 31.10.2018 г., а опозицията срещу регистрацията на марката е постъпила на 08.04.2019 г.

Във връзка с противопоставената с опозицията марка, искането за доказване на реално използване е отправено на 20.09.2019 г., при първата предоставена на заявителя възможност да представи отговор по подадената опозиция. Предвид приложението на отменения ЗМГО към този момент, условието за доказване на реално използване е

било налице по отношение на по-ранната марка, тъй като от датата на регистрацията ѝ - 11.11.2002 г. до датата на подаване на опозицията - 08.04.2019 г. са изминали повече от 5 години.

Издателят на оспорения акт взел предвид, че условието за допускане и преценка на искането за доказване на реално използване е изпълнено и от гледна точка и на действащия понастоящем ЗМГО, който в чл. 58, ал. 1 предвижда, че релевантният 5-годишен период е петте години, предхождащи датата на заявяване на атакуваната марка. Предвид горното трябва да се отбележи, че съгласно § 5, ал. 1 от Преходните и заключителни разпоредби (ПЗР) на ЗМГО законът се прилага за заявките за регистрация на марки и географски означения, по които до влизането му в сила няма влязло в сила решение. Законодателят не е предвидил изключения от приложението на новия закон във връзка със заварени производства, нито е предвидил хипотези, при които да намери приложение отмененият ЗМГО. Ето защо, доколкото по опозицията срещу заявката за регистрация на процесната марка с вх. № 152671 няма влязло в сила решение, то в настоящото производство приложими са разпоредбите на сега действащия ЗМГО, в това число и предвиденото в чл. 58, ал. 1 от ЗМГО условие за доказване на реално използване на противопоставената по-ранна марка. В случая релевантният период за преценка на реално използване е: 31.10.2013 г. - 31.10.2018 г. Преценката за реално използване се подчинява на принципа, че използването на марката трябва да бъде осъществявано на територията, за която марката е регистрирана. Следователно, когато по-ранната марка е национална марка, използването трябва да бъде осъществено на територията на Република България съгласно чл. 21, ал. 1 от ЗМГО, предвиждаща, че когато в срок от пет години от датата на регистрацията на марката, нейният притежател не е започнал реално да я използва на територията на Република България във връзка със стоките и/ или услугите ѝ, или използването е преустановено за непрекъснат период от пет години, регистрацията може да бъде отменена, освен ако не съществува основателна причина за неизползването. Съгласно чл. 21, ал. 4 от ЗМГО, ако използването е осъществено от трето лице със съгласието на притежателя на марката, то се счита за извършено от самия него. По смисъла на чл. 21 от ЗМГО, за реално използване на марката се счита използването ѝ съгласно чл. 13, ал. 2 от ЗМГО в търговската дейност, а именно: поставянето на знака върху стоките или върху техните опаковки; предлагането на стоките с този знак за продажба или пускането им на пазара, съхраняването или държането им е тези цели, както и предлагането или предоставянето на услуги с този знак; вносът или износът на стоките с този знак; използването на знака в търговските книжа и реклами. За реално използване се счита и използването на марката от притежателя ѝ във вид, който не се различава съществено от вида, в който е регистрирана. Реално е действителното използване на марката. Използването на марката трябва да съответства на нейната функция - да служи като гаранция за произхода на стоките или услугите, за които е регистрирана, позволявайки на потребителите да ги разграничат от конкурентните предложения на пазара. Следователно, освен изброените вече проявления на използване на марката, под реално използване трябва да се разбира преди всичко използването, което е способно да оправдае основното ѝ предназначение да отличава стоките или услугите. Ето защо, то не може да бъде символично и да е насочено само към запазване на предоставеното с регистрацията право. Обратно, необходимо е марката действително да е присъствала на пазара и да е създавала определена представа у потребителите за връзката ѝ с

конкретна продуктова категория. Това означава, че за да е реално, използването трябва да е в степен, която да е обоснована за съответния икономически сектор като достатъчна за заемането и задържането на пазарни позиции. Други фактори, които се преценяват във връзка с наличието на реално използване са: естеството на стоките или услугите, характеристиките на пазара, териториалния обхват и честотата на използване на марката. Доказателствата за използване трябва да съдържат данни относно мястото, времето, степента и естеството на използване на марката за съответните стоки и услуги, като тези обстоятелства са кумулативни. Преценката на доказателствата е обща, като всички обстоятелства по конкретния случай се взимат предвид, а всички представени материали се оценяват във връзка едни с други.

При преценката на доказателствата издателят на оспорения акт взел предвид, че в АПК липсва преклузия по събиране на доказателства, представени от страните и разгледал всички представени доказателства, както в хода на производството по опозиция, така и в настоящото производство. От разпечатка на листовка за пациента в опаковката на лекарствения продукт F., която е одобрена от Изпълнителната агенция по лекарствата (ИАЛ) на 08.02.2005 г., много преди релевантния период, и втора актуализирана разпечатка, в края на която, от записаното в точки 9 и 10, административният орган установил, че датата на първото разрешение за употреба на лекарствения продукт е 20.06.2002 г., а датата, на която е извършена актуализацията на текста на листовката е 20 август 2018 г., 09.45, в рамките на изследвания период. Въпреки че датата на първото разрешение за употреба на лекарствения продукт не попада в рамките на релевантния период, от нея е видно, че той е присъствал на пазара много преди периода на доказване. Освен това, от представените разпечатки е видно, че се отнасят до лекарствен продукт с търговско име Ф./ F., представляващ 35 mg прах за концентрат на инфузионен разтвор. Препаратът е предназначен да се прилага за продължителна ензимна терапия при пациенти с потвърдена диагноза на болест на Ф.. Като притежател на разрешението за употреба и производството на лекарството са посочени дружествата G. E. B.V., G. 10, NL-1411 DD N., X. и G. L., 37 H. R., H., S. CB9 8PU, Великобритания.

Издателят на оспорения акт обсъдил и представената разпечатка от уебсайта zdravenportal.bg, която не е датирана, тъй като върху документа присъства датата на разпечатването ѝ - 17.02.2019 г. Въпреки това обаче, разпечатката съдържа данни за лекарствения продукт под марка Ф./ F. и илюстрира начина на използване на марката, тъй като е представено изображение на опаковката на продукта, което напълно съответства на този, описан в листовката по-горе. Освен това, на опаковката е изписано G., а в текста на разпечатката G. е сочен за вносител и производител на лекарствения продукт. Разгледани в тяхната взаимовръзка, от горните доказателства може да се направи извод за наличие на връзка между марката G., съдържаща се върху опаковката на медикамента с дружествата вносител и производител, както и със самия притежател на марката - дружеството G. C., САЩ.

Обсъдени са и доказателствата за изпълнение на задължението за реално използване на по-ранната марка, представени от притежателя - общо 5 броя фактури, издадени от S. A., У. и „Санofi България“ ЕООД. Само една фактура, от 08.01.2019 г., попада извън релевантния период. Останалите 4 са издадени в периода 20.01.2015 г. - 07.09.2018 г., по един брой за всяка от годините 2015, 2016, 2017 и 2018 г. Фактурите доказват продажби на лекарствен продукт с марка F., 35 mg, осъществявани от дружествата S. A., У. и „Санofi България“ ЕООД към българското дружество

„Маримпекс-7“ ЕООД и се отнасят за количества от 202 бр. на обща стойност 794,666.54 евро. От фактурите е видно, че те съдържат десетразряден номер и дата на издаване, дата на доставка, номер на доставка, номер по ЗДДС на доставчика и получателя, посочено е името на продукта, номер на партидата, съответното количество, датата на производство, срока на годност, произхода на продукта - САЩ и неговата цена. Що се отнася до оплакването от страна на жалбоподателя, следва да се отбележи, че съгласно Закона за счетоводството при издаването на фактури има реквизити, които могат да бъдат добавени, но не са задължителни. Такива са начинът и срокът на плащане, имената на лицето предало и получило стоката/ услугата, мястото на предаването на стоката/ услугата, печатът и подписа на съставителя, именно по повод, на които е оплакването в жалбата. Тези реквизити могат да бъдат включени с цел по-добра отчетност или доказване на обстоятелства, но нямат задължителен характер. Ето защо, представените фактури са годно доказателство. За да се счита за реално, използването на марката не е нужно винаги да бъде съществено в количествено отношение, тъй като това зависи от особеностите на засегнатите стоки или услуги на съответния пазар. Опонентът е представил лист с обобщени данни от фактури - номера, дати, клиенти и т. н., за която твърди, че са разпечатка от счетоводната база данни на корпоративната група S., установяваща всички продажби на фармацевтичния продукт с марка F. в полза на „Маримпекс - 7“ ЕООД в периода от последното тримесечие на 2017 г. до последното тримесечие на 2019 г., с изчерпателен опис на фактурите, осчетоводяващи тези продажби. Разгледано във взаимна връзка с горните доказателства и най-вече с представените по-горе фактури, следва да се отбележи, че описът е заверен собственоръчно от М. Б., в качеството ѝ на главен финансов директор за Ю. Централна Европа на корпоративна група S. и управител в българското дружество „Санofi България“ ЕООД, видно от вписването в Търговския регистър. Данните от горесцитирания документ кореспондират с фактурата от 2018 г., което потвърждава нейната истинност. Отделно от това, от представените фактури и опис, е видно че единичната доставна цена на опаковка от медикамент с марка F. надвишава 5000 лв., което предвид предназначението на продукта, а именно лечението на пациенти, диагностицирани с рядката болест на Ф., обяснява малкото на брой фактури и продадените количества.

Обсъдена е в процесното решение и представената от притежателя на по-ранната марка брошура, която дава подробна информация за болестта на Ф. и средствата за нейното лечение, датирана от ноември 2017 г. Според маркопритежателя, брошурата е част от кампания на корпоративна група S. за повишаване осведомеността относно болестта на Ф.. Представеният материал подробно онагледява същността на заболяването, епидемиологията и онаследяването му, посочва последиците и прогресирането му. Изследва симптомите, засяга ранното диагностициране и аномалиите, които предизвиква. Следва да се отбележи, че брошурата е в обем от 36 страници, представена на български език, от което може да бъде направен извод, че е предназначена за българските потребители. Предвид факта, че е изключително детайлна и изчерпателна по отношение на тематиката, която засяга може да бъде прието, че е предназначена за публика със специализирани медицински познания, както и за пациенти, страдащи от рядката болест на Ф.. На страница 30 от брошурата се разяснява, че основното лечение при пациентите с болест на Ф. е ензимозаместващо лечение (ЕЗЛ) в доза 1мг/кг от агалсидаза бета (F.). На страница 32 е посочена информация, че агалсидаза бета (F.) е единствената терапия, одобрена от

Агенцията за контрол на храните и лекарствата (F.). Тази информация е извлечена от статията „Резултати след десегодишна ензимозаместваща терапия с агалсидаза бета при пациенти с болестта на Ф.“, в която е поместена информация за терапевтичните свойства на лекарствения продукт F.. Статията е публикувана в издание на списание „J. of M. G.“ от 2015 г.

Посочва се в мотивите на оспорения акт и, че сред представените доказателства фигурира програмата на X. Национален конгрес по педиатрия с международно участие, проведен от 27-30 септември 2018 г. в хотел Р. 4, Б.. В „Паралелна програма фирмени презентации и симпозиуми“ - 28-29.09.2018 г. са посочени няколко лекции озаглавени: „Лизозомни болести на натрупването - болест на Г. и болест на Ф.“ с модератор проф. Р. Т.; „Болест на Ф. - диагностично предизвикателство в детска възраст“, д-р А. К.; „Лечение при болест на Ф. - повече от 10 години опит с Ф. в България“, д-р М. П. М. и „Болест на Ф. през погледа на пациента“. Срещу изброените лекции, част от програмата на Националния конгрес по педиатрия, са поставени знаците S. G., от което може да бъде направен извод, че лекциите се осъществяват с тяхна помощ и подкрепа. Ако се съди от заглавието на една от посочените в програмата лекции „Лечение при болест на Ф. - повече от 10 години опит с Ф. в България“, д-р М. П. М. може да се направи заключение, че лекарственият продукт не е нов и непознат в България, а напротив, използван повече от 10 години за лечението на пациенти, които страдат от рядката болест на Ф.. Предвид изложеното, от преценката на представените доказателства поотделно и във взаимна свързаност следва, че по-ранната марка F., словна е използвана реално в релевантния петгодишен период във връзка със стоките „фармацевтични препарати за лечение на болестта на Ф.“ от клас 5 на МКСУ, за които е регистрирана. Използването на марката на територията на Република България е осъществено от купувача „Маримпекс-7“ ЕООД, чрез дистрибуторите S. A., У. и „Санofi България“ ЕООД, със съгласието на нейния притежател. Сочената от страна на жалбоподателя липса на доказателства за връзка между маркопритежателя и дружествата свързани с продажбата и дистрибуцията на лекарството са обстоятелства, които не могат да опровергаят направения по-горе извод за използване на по-ранната марка, формиран на базата на представените от притежателя доказателства. В тази връзка административният орган взел предвид, че съгласно практиката на Съда на Европейския съюз (СЕС), обстоятелството, че притежателят на правото върху марката е представил доказателства за нейното използване от трето лице е достатъчно, за да се направи предположение, че това използване се е извършвало с негово съгласие. В своята практика СЕС възприема широко тълкуване на понятието „съгласие“, а именно, съгласието не се подчинява на изисквания за писмена форма, нито е задължително да е под формата на лицензия. Отделно от горното, съгласно данни от У., G. е американска биотехнологична компания, която от придобиването ѝ през 2011 г. е изцяло притежавано дъщерно дружество на S.. Във връзка с вида, в който е използвана марката, несъмнено може да се заключи, че по-ранната марка е използвана във вид, който не се различава съществено от вида, в който е регистрирана. Предвид словния ѝ характер, за това използване се съди от начина на изписването ѝ върху опаковката на лекарствения продукт и начина на изписване във фактурите, както и във всички останали доказателства. Лекарството, за което са налице данни за реално използване на територията на България, по своето естество и предназначение представлява фармацевтичен препарат, предназначен за лечение на болестта на Ф..

Предвид обхвата на регистрация на по-ранната марка следва да се приеме, че стоката, за която се установи реално пазарно присъствие, е „фармацевтични препарати за лечение на болестта на Ф.“ от клас 5 на МКСУ.

При анализа на стоките издателят на оспорения акт взел предвид, че стоките, срещу които е подадена опозицията, са „фармацевтични, медицински, и ветеринарни препарати; диетични храни и вещества за медицински и ветеринарни цели, бебешки храни; диетични добавки за хора и животни “ също от клас 5 на МКСУ. При сравнението на стоките на по-ранната марка „фармацевтични препарати за лечение на болестта на Ф.“ и стоките на атакуваната марка „фармацевтични, медицински, и ветеринарни препарати“ се установява идентичност за част от тях. Това е така, тъй като стоките „фармацевтични и медицински препарати“ на оспорваната марка, представляващи широка категория стоки включват по-специфичните стоки на по-ранната марка „фармацевтични препарати за лечение на болестта на Ф.“. От тук може да бъде направен извод за идентичност на сравняваните стоки. По отношение на термина „ветеринарни препарати“ на атакуваната марка и стоките на по-ранната марка липсва сходство. Стоките на атакуваната марка представляват ветеринарни препарати, използвани за лечение на животни, докато тези на по-ранната марка представляват фармацевтични препарати, предназначени за лечение на пациенти, страдащи от изключително рядката болест на Ф.. Въпреки че стоките в конфликт съвпадат по своето естество, те имат различно предназначение. Освен това имат различни канали за разпространение и различен потребителски кръг. Оттук може да бъде обоснован извод за липсата сходство между сравняваните стоки. Стоките „диетични храни и вещества за медицински и ветеринарни цели, бебешки храни“ на процесната марка не са сходни на стоките „фармацевтични препарати за лечение на болестта на Ф.“ на по-ранната марка. Стоките на атакуваната марка, най-общо могат да бъдат определени като продукти за грижа за здравето на хора и животни, както и хранителни продукти, които се приготвят за специфични хранителни потребности на бебета и малки деца с медицински проблеми, като болести на храносмилателния тракт, различни видове алергии и т. н. Стоките на по-ранната марка имат конкретно предназначение за лечение на рядко срещаната болест на Ф.. Сравняваните стоки не съвпадат по предназначение и потребителски кръг, нито са допълващи или в конкуренция по между си. Освен това имат различни канали за разпространение. Ето защо може да бъде направен извод, че сравняваните стоки не са сходни по между си. Стоките „диетични добавки за хора и животни“ на процесната марка не са сходни на стоките „фармацевтични препарати за лечение на болестта на Ф.“ на по-ранната марка, предвид различното си естество, предназначение, начин на пазарна реализация и потребителски кръг. С оглед на това, може да бъде направен извод за наличие на идентичност само по отношение на стоките по-ранната марка „фармацевтични препарати за лечение на болестта на Ф.“ и стоките на атакуваната марка „фармацевтични и медицински препарати“, а по отношение на останалите стоки на марките в конфликт не е налице сходство.

При преценката относно идентичност или сходство между марките административният орган приел, че по-ранната марка е словна и е представена от словния елемент F., изписан с главни букви на латиница. Атакуваната марка също е словна и е представена от словния елемент „F.“, изписан с първа главна и следващи малки букви на латиница. Предвид вида на сравняваните марки не могат да се определят доминиращи елементи, тъй като същите са словни. Що се отнася до

отличителността на знаците, следва да се отбележи, че тя се определя от словните елементи F. за по-ранната марка и „F.“ за атакуваната. При визуалното сравнение на марките преценката е, че между тях е налице висока степен на сходство. То се дължи на еднакъв брой букви и звуци - 9 (девет) както при по-ранната, така и при атакуваната марка. Сравняваните знаци се изписват на латиница и съвпадат в общо 7 от девет на брой букви. Двете различни букви, не могат да променят извода за висока степен на визуално сходство между сравняваните знаци. По отношение на фонетичния анализ следва да се каже, че по-ранната марка ще се произнесе като „Ф.“, а противопоставената като „Ф.“. Съвпадението в звученето на седем от общо деветте звука на знаците, води до извод за фонетично сходство във висока степен между марките в конфликт, като отликите, породени от двата различни звука не влияят отрицателно върху този извод. То се определя и допълва от еднакъв дължина на думите, от съвпадащите първи звуци „- Ф“- в началото, „Б-Р“ - в средата и „З-И-М“ в края. Тези съвпадения определят и еднакъв ритъм на произнасяне и много сходно звучене. Изложеното, дава основание да се приеме, че между знаците е налице фонетично сходство от висока степен. По отношение на семантиката може да се каже, че елементите, от които се състоят сравняваните знаци F./F. не притежават речниково значение, поради което директно смислово сравнение между знаците не може да бъде извършено. Дори да бъде извършено разделяне на словните елементи на марките на две части F. и Z./ F. и Z., общото окончание Z. би се възприело като окончание, характерно за някои лекарствени продукти. От друга страна, във връзка с наведените твърдения относно значението на думата F. на произхождаща от „болестта на Ф.“ и F. като производно на „фибри“ следва да се отбележи, че дори описаните думи да бъдат възприети именно по този начин, това няма да доведе до съществено различие между марките с оглед на това те да могат да бъдат ясно разграничени от потребителите.

Относно вероятността за объркване на потребителите издателят на оспорения акт взел предвид, че тя се преценява общо въз основа на всички относими по конкретния случай фактори. При вероятността за объркване определяща роля играе впечатлението, което марките създават у потребителите. Отчита се принципът, че те възприемат марката в нейната цялост, а не като я разделят на отделните ѝ компоненти. Взима се предвид и фактът, че нивото на внимание на потребителите е в пряка зависимост от категорията на стоките или услугите, за които се отнасят сравняваните марки. Преценката на вероятността за объркване трябва да се извърши от позицията на предполагаемите очаквания на средния потребител, който е добре информиран, достатъчно наблюдателен и съобразителен при вземане на решение за покупка. В случая част от стоките от клас 5 на процесната марка са идентични на тези от същия клас на по-ранната марка. Анализът на знаците показва, че между тях е налице висока степен на визуално и фонетично сходство и липса на смислово сходство. Двете различни букви в състава на сравняваните знаци внасят известна отлика, която обаче няма способността да ги разграничи до степен, за да се приеме, че между тях липсва сходство при възприемането им в цялост. Поради сходството на знаците и идентичността на част от техните стоки може да се направи извод, че съществува вероятност за объркване на потребителите, с възможност за свързване на атакуваната с по-ранната марка. Поради изпълнението на кумулативно изискуемите елементи на фактическия състав на чл. 12, ал. 1, т. 2 от ЗМГО за част от стоките в конфликт, жалбата срещу решение от 30.03.2021 г., с което опозиция с вх. № 70116228/08.04.2019 г. срещу регистрацията на марка с рег. № 152671 - „F.“, словна е

приета за основателна, следва да се остави без уважение и постановеният отказ да се потвърди за стоките „фармацевтични и медицински препарати“. По отношение на останалите стоки „ветеринарни препарати; диетични храни и вещества за медицински или ветеринарни цели, бебешки храни; диетични добавки за хора и животни“ от клас 5 на МКСУ жалбата следва да се приеме за основателна, като обжалваното решение от 30.03.2021 г. следва да бъде отменено, а преписката да бъде върната за повторно разглеждане.

По изложените съображения и на основание чл. 75, ал. 12 от ЗМГО, с процесното решение председателят на ПВ оставил без уважение жалбата срещу решение от 30.03.2021 г. в частта, с която е постановен отказ за регистрация на марката за стоките „фармацевтични и медицински препарати“ от клас 5 на МКСУ, отменил същото решение по опозиция с вх. № 70116228/08.04.2019 г. срещу регистрацията на марка с вх. № 152671 — „F.“, словна в частта за стоките „ветеринарни препарати; диетични храни и вещества за медицински или ветеринарни цели, бебешки храни; диетични добавки за хора и животни“ от клас 5 на МКСУ, и върнал преписката за повторно разглеждане в тази част.

В производството пред съда не бяха представени доказателства за съществуването на обстоятелства, годни да обосноват извод, различен от формирания от административния орган. Последният подробно е обсъдил доводите на страните, и изцяло в съответствие с приложимата нормативна уредба. В допълнение следва да се отбележи, че разликата в цените на продуктите, означени с всяка от сравняваните марки, е значима в степен, която и сама по себе си изключва възможността за объркване на потребителите, независимо от кръга и естеството на последните. Това е така и в случай, че хипотетично се приеме, че хранителната добавка би могла да бъде приемана в допълнение към лекарствения продукт, доводи в каквато насока излага жалбоподателят.

Предвид изложеното и като прецени изцяло законосъобразността на оспорения акт на основание чл.168, ал.1 АПК, съдът в настоящия състав приема, че решението е издадено от компетентен орган в установената форма; при това не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила и то е в съответствие с материалноправните разпоредби и целта на закона. С оглед изхода на спора разносните остават за жалбоподателя така, както са направени и на основание чл.143, ал.3 АПК следва да бъде уважено искането на ответника за възнаграждение за юрисконсулт. Последното съдът определя на 100 (сто) лева съобразно чл.24 от Наредбата за заплащането на правната помощ. На основание чл.143, ал.4 АПК следва да бъде уважено и искането на ЗС «Вивафарма салюшънс» ООД за възстановяване на разносните, които са в общ на размер на 1200 лв., видно от представените фактура и платежно нареждане.

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

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на „Д. корпорейшън“ (G. corporation), САЩ, представлявана от адв. Е. Б. Б. - М., против решение № РС-67-(1)/13.05.2022г. на председателя на Патентно ведомство в частта, с която е отменено решение от 30.03.2021г. по опозиция вх. № 70116228/08.04.2019г. срещу регистрацията на марка вх. № 152671 „F.“, словна, в частта за стоките „ветеринарни препарати; диетични храни и вещества за

медицински или ветеринарни цели, бебешки храни; диетични добавки за хора и животни“ от клас 5 на Международната класификация на стоките и услугите, и е върната преписката за повторно разглеждане.

ОСЪЖДА „Д. корпорейшън“ (G. corporation), САЩ, представлявана от адв. Е. Б. Б. - М., да заплати на Патентно ведомство сумата 100 /сто/ лева - юрисконсултско възнаграждение.

ОСЪЖДА „Д. корпорейшън“ (G. corporation), САЩ, представлявана от адв. Е. Б. Б. - М., да заплати на „Вивафарма салюшънс“ ООД, с ЕИК[ЕИК], сумата 1200 /хиляда и двеста/ лева – адвокатско възнаграждение.

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

Съдия: