

РЕШЕНИЕ

№ 7929

гр. София, 21.12.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Второ отделение 29 състав,
в публично заседание на 21.11.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Полина Величкова

при участието на секретаря Кристина Българиева, като разгледа дело номер **3217** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 126 от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/ във вр. с чл. 84 от Закона за марките и географските означения /ЗМГО/.

Образувано е по жалба, депозирана от "Победа" АД, чрез М. В. Ч., представляващ изпълнителния директор "ЗИТ" АД, срещу Решение № РС-18-1 от 31. 01. 2022 г. на Председателя на Патентното ведомство в ЧАСТТА, с която е оставена без уважение жалбата на "Победа" АД с вх. № ВГ/Н/2015/138638-/20//10. 11. 2020 г. срещу решение по опозиция срещу регистрацията на марка с вх. № 138638 "ZAKUSKA", словна, за изброените в решението заявени стоки от клас 30 на МКСУ и заявени услуги от клас 35 на МКСУ.

В жалбата са изложени подробни съображения за незаконосъобразност на решението, като се иска неговата отмяна, както и връщане на делото на административния орган с указания за регистрация на марката.

В съдебното заседание оспорващото дружество се представлява от адв. Г., която поддържа жалбата и моли същата да бъде уважена.

Ответникът – Председателят на Патентното ведомство, се представлява от юрк. К., която намира жалбата за неоснователна и моли да бъде отхвърлена.

Заинтересованата страна – А. Ш. чрез своя процесуален представител адв. Г. оспорва основателността на жалбата.

Административен съд - София град, след като обсъди и извърши преценка на представените по делото доказателства, намира следното:

Жалбата е процесуално допустима като подадена от надлежна страна, срещу подлежащ на обжалване индивидуален административен акт и в законоустановения двумесечен срок по чл. 84, ал. 1 от ЗМГО. Разгледана по същество, същата е неоснователна, поради следните съображения:

„Победа“ АД е заявител на марка с вх. № 168638 „ZAKUSKA“, словна, за следните стоки и услуги от класове 16, 30 и 35 на МКСУ.

На 14. 05. 2018 г. от името на А. А. Ш. е постъпила опозиция срещу регистрацията на марката, като основание на опозицията е разпоредбата на чл. 38б във вр. с чл. 12, ал. 1, т. 2 от ЗМГО. Противопоставени са по-ранни регистрации на марки, както следва: ТМ с рег. № 82790 „ЗАХРУСКА“, словна; ТМ с рег. № 87737 „ЗАХРУСКА“, комбинирана и ТМ с рег. № 87738 „ЗАХРУСКА“, комбинирана - всички марки регистрирани за стоки от класове 29 и 30 и услуги от класове 35 и 39/.

С решение от 03. 09. 2020 на основание чл. 57, ал. 9, т. 2 от ЗМГО опозицията е уважена за всички стоки от клас 30 и всички услуги от клас 35 на МКСУ, а по отношение на стоките от клас 16 на МКСУ подадената опозиция е оставена без уважение. Съставът по опозиции е приел, че процесната марка „ZAKUSKA“ със своето значение пресъздава съществени особености от смисловото послание на по-ранните марки, като по този начин може да доведе до връзка в съзнанието на потребителите относно идентификацията на търговски произход, както и до свързване между процесната марка и по-ранните марки. Поради това е направен извод, че е налице вероятност от объркване на потребителите по смисъла на чл. 12, ал. 1, т. 2 от ЗМГО.

С Решение № РС-18-1 от 31. 01. 2022 г. на Председателя на Патентното ведомство е прието, че жалбата е частично основателна, поради което е отменено решението от 03. 09. 2020 г. на състав по опозиции в частта, с която регистрацията на марка с вх. № 138638 „ZAKUSKA“, словна е отказана за стоките „материали за пълнене на кренвири“ от клас 30 на МКСУ и е върната заявката за продължаване на производството по нея. В останалата част жалбата е оставена без уважение.

При сравнението между заявената и противопоставените марки е направен извод, че между знаците е налице визуално сходство от ниска степен, фонетично сходство над средната степен и че съществува смислово сходство между марките. Прието е, че съществува вероятност от объркване на потребителите, тъй като е налице сходство на марките в степен около и над средната, комбинирано с наличието на идентични стоки и услуги на противопоставените марки.

В хода на производството са назначени и изготвени първоначална съдебно-маркова експертиза и повторна такава, която е отговорила и на поставени допълнителни задачи.

В първоначалната съдебно-маркова експертиза, изготвена от вещото лице Д., е посочено, че между заявената марка и по-ранните марки е налице визуално сходство в ниска степен, фонетично сходство във висока степен /съвпадение на две от общо три срички, като несъвпадащата сричка „КУС“ е много близка по звучене до „ХРУС“, същевременно ритъмът и общата интонация съвпадат/. Направен е извод, че съществува смислово сходство между марките /предвид възприемането на „закуска“ като първо хранене сутрин или междинно хранене между основните хранения/, като

думата „захруска“ се свързва с дъвчене на хрупкави неща, като по този начин се създава асоциация за консумация на храна, по-скоро като нещо за похапване. Вещото лице е посочило още, че марките на опонента „ЗАХРУСКА“ се ползват с присъща отличителност, дължаща се на словния елемент „захруска“ в тях, както и на стилизираното оформление на комбинираните мари и изпълнението им в цялост. Обяснило е също, че приложените доказателства за използването на марката „ZAKUSKA“ доказват нейното използване само за стоката „бисквити“, а марката е заявена за всички стоки от клас 30 и услуги от клас 35.

По делото е изготвено и заключение от вещото лице И., което е посочило, че заявената и противопоставените марки са сходни в ниска степен, поради липса на визуално сходство, ниска степен на фонетично сходство и липса на смислово сходство между марките. Обосновал се, че двете комбинирани марки „ЗАХРУСКА“ притежават общ доминиращ елемент, но процесната марка и трите по-ранни марки нямат общ доминиращ елемент. Направил е извод за идентичност и сходство на сравняваните стоки от клас 30 и услугите от клас 35 на заявената и по-ранните марки. Посочено е още, че степента на известност на заявената марка в съответната част от обществото, която обхваща действителните или потенциалните потребители на стоките или услугите, лицата, заети в съответната разпространителска мрежа и деловите кръгове, ангажирани с дадените стои и услуги, е висока.

Вещото лице е обосновало извод, че съществува голяма вероятност потребителите да свържат стоките под марки „ЗАХРУСКА“ със стоките под марка „Хрус-хрус“, като произхождащи от един и същ потребител. Отражено е, че трите марки на заинтересованата страна са с намалена отличителност за част от стоките от клас 30 на МКСУ, поради вида на самите марки, които семантично най-често се възприемат като нещо за хрускане. Посочено е също, че наличието на по-ранната марка „ЗАХРУСКА“, комбинирана, рег. № 78720, под която се произвежда и разпространява десертът десертът „Данонино“ на Д., се отразява негативно на степента на отличителност на марките на опонента. Направен е извод, че марка „ZAKUSKA“ на „Победа“ АД е с повишена отличителност по отношение на стоките „бисквити“ от клас 30, като естествено е придобитата отличителност на влияе на възможността потребителите да свържат дадени стоки под процесната марка именно и само с техния производител „Победа“ АД, а не с друг производител.

При постановяване на своя акт съдът изцяло се довери на заключението на съдебно-марковата експертиза на вещото лице Д., тъй като е изготвен от компетентно вещо лице и отговаря в пълнота на поставените задачи.

Съдът не се довери на извършения анализ за визуално, фонетично и смислово сходство знаците в допуснатата повторна съдебно-маркова експертиза, тъй като същото е неправилно и необосновано. В тази връзка при преценка за фонетично сходство вещото лице сочи, че процесната марка се състои от 7 звука, а по-ранните марки от 8. Отбелязва още, че сравняваните знаци споделят 6 идентични звука. За единствена разлика се сочат звуците „К“ в процесната марка и „ХР“ при по-ранните марки, които са позиционирани в средата на съответните словни елементи „ЗАКУСКА“ и „ЗАХРУСКА“. Въпреки това, вещото лице И. твърди, че фонетичното сходство между марките е в ниска степен, като изцяло игнорира обстоятелството, че предвид броя и позицията им в състава на сравняваните знаци, всъщност различните звуци лесно могат да бъдат пренебрегнати. Неясни остават и съображенията на вещото лице относно извода за липса на семантично сходство между сравняваните знаци. Вещото

лице сочи, че думата „ЗАХРУСКА“ се асоциира с нещо за хрускане. По отношение на словния елемент „ZAKUSKA“ /транслитерация на съществителното „зауска“/ пък са изброени няколко значения, сред които: „храна, която се яде сутрин или между основните хранения“ и „малко ядене, хапване между основните хранения за подкрепяне“. Въпреки очевидната сходна концепция на сравняваните марки, а именно асоциацията за консумация на храна, било то за основно хранене или не, вещото лице напълно игнорира значението на словните елементи и без аргументи прави неправилно заключение за липса на смислово сходство.

На следващо място неправилни са изводите на вещото лице и по отношение на отличителните елементи в състава на по-ранните комбинирани марки „ЗАХРУСКА“. В повторната експертиза се сочи, че елементът „ХРУС“ е отличителен елемент при противопоставените марки. Обстоятелството, че при по-ранните комбинирани марки „ЗАХРУСКА“ в средната част словният елемент „ХРУС“ е изобразен със стилизиран шрифт, който е с по-голям размер, не води до извод, че отличителността на целия знак се носи единствено от тази част на думата. Всяка от противопоставените марки се състои от един словен елемент и в конкретния случай отличителността на по-ранните марки се носи от словния елемент „ЗАХРУСКА“.

Поради това, съдът не се довери на заключението на вещото лице Иларинов в частта, в която е направен извод за липса на визуално, фонетично и смислово сходство между сравняваните марки.

При така установеното от фактическа страна, съдът намира от правна страна следното:

Жалбата срещу процесното решение е подадена в срока по чл. 84, ал. 1 от ЗМГО, от легитимирано лице, адресат на решението, с което се отхвърля жалбата му срещу решение на състав по опозиция.

Оспореният в настоящото производство акт е постановен на основание чл. 75, ал. 12 от ЗМГО във връзка с обжалвано решение на състав по опозиции. Решение № РС-18-1 от 31. 01. 2022 г. е издадено от компетентен орган - Председателят на Патентното ведомство. Същото е постановено в изискуемата писмена форма и съдържа всички реквизити по чл. 59, ал. 2 от АПК, като при постановяването му не са допуснати нарушения на административно-производствените правила, като съдът не констатира и пороци във формата на административния акт. Решението съдържа фактическите и правни изводи на органа, мотиви за достигнатия краен извод, които са проверими от съда, спазени са и останалите формални изисквания към съдържанието на индивидуалните административни актове.

Не са допуснати нарушения на административнопроцесуалните правила, които да бъдат определени като съществени и които да мотивират неговата отмяна. На всяка от страните в производството е даден достатъчен и законоустановен срок да вземе становище по исканията и възраженията на другата страна, а в тяхната съвкупност са обсъдени от административния орган в процесното решение.

Производството е образувано по искане за регистрация на марка с вх. № 168638 „ZAKUSKA“, словна, за стоки и услуги от класове 16, 30 и 35 на МКСУ, срещу което искане е подадена опозиция от страна на заинтересованата страна А. Ш., като притежател на следните марки: ТМ с рег. № 82790 „ЗАХРУСКА“, словна; ТМ с рег.

№ 87737 „ЗАХРУСКА“, комбинирана и ТМ с рег. № 87738 „ЗАХРУСКА“, комбинирана – всички регистрирани за стоки от класове 29 и 30 и услуги от класове 35 и 39/.

Производството по опозицията е съобщено на заявителя на марката, даден му е срок за становище, за искания и доказателства. След изтичане на съответните срокове и след изясняване на релевантните факти, производството по опозицията е приключило с постановяване на решение, което е съобщено на страните и „Победа“ АД е упражнило правото си на жалба, в резултат на която е проведено проучване и е постановено процесното решение.

Настоящият съдебен състав приема, че не са налице допуснати от органа съществени процесуални нарушения, обуславящи неговата отмяна на процесуално основание.

По отношение на съответствието на оспорвания акт с материалния закон, настоящият съдебен състав намира следното:

Член 52, ал. 1 от ЗМГО дава на притежателите на по-ранно право върху марка възможността да подадат на основание чл. 12, ал. 1, т. 2 от ЗМГО опозиция срещу регистрацията на знак, който е с по-късна дата на заявяване или приоритет. Разпоредбата на чл. 12, ал. 1, т. 2 от ЗМГО забранява регистрацията на марка, идентична или сходна на по-ранна марка, при наличие на идентичност или сходство между стоките и услугите на марките, когато съществува вероятност за объркване на потребителите, включително поради възможност за свързване с по-ранната марка. В този смисъл, за да се прецени приложима ли е разпоредбата на чл. 12, ал. 1, т. 2 от ЗМГО и съществува ли основание за уважаване на опозицията, е необходимо да се установи дали между заявената марка и по-ранните марки и стоките от клас 30 и услугите от клас 35, за които се отнасят марките, е налице идентичност или сходство, и има ли вероятност за объркване на потребителите, включваща възможност за свързване с по-ранната марка, т.е. опасност потребителите да повярват, че стоките и услугите произхождат от едно и също или икономически свързани лица.

Съгласно чл. 9, ал. 1 от ЗМГО марката е знак, който е способен да отличава стоките или услугите на едно лице от тези на други лица и може да бъде представен графично. Във второто изречение на чл. 9 е предвидено, че такива знаци могат да бъдат думи, включително имена на лица, букви, цифри, рисунки, фигури, формата на стоката или на нейната опаковка, комбинация от цветове, звукови знаци или всякакви комбинации от такива знаци. При преценката за сходство на стоките/услугите следва да бъдат взети предвид всички относими фактори като тяхното естество, предназначение, начин/метод на употреба, дали са взаимно допълващи се или в конкуренция едни с други, техните потребители и обичайният им произход. Най-общо, стоките/услугите могат да бъдат определени като сходни, когато притежават общи характеристики. Наличието на някой общ елемент може да създаде еднакво визуално и смислово впечатление, и поради неговата идентичност или сходство с марката и идентичността на стоките или услугите на марката и знака, съществува вероятност за объркване на потребителите, която включва възможност за свързване на знака с марката. Сходството между знаците следва да се преценява не само по себе си, а от гледна точка на вероятност за объркване на потребителите. Сравнението между знаците включва преценка за наличие на фонетично, визуално и смислово сходство, като общата преценка трябва да се основава на цялостното впечатление, което те създават.

Тъй като масовият потребител поначало не прави педантично сравнение между марките, за да се прецени рискът за объркване между тях, е важно да се прецени сходството, а не различието между марките, защото именно приликата остава в паметта и се възстановява във въображението на потребителя. Видно от изложената по-горе фактическа обстановка е, че „Победа“ АД е заявило за регистрация марка с вх. № 168638 „ZAKUSKA“, словна, за стоки и услуги от класове 16, 30 и 35 на МКСУ.

Заинтересованата страна А. Ш. притежава следните марки: ТМ с рег. № 82790 „ЗАХРУСКА“, словна; ТМ с рег. № 87737 „ЗАХРУСКА“, комбинирана и ТМ с рег. № 87738 „ЗАХРУСКА“, комбинирана – всички регистрирани за стоки от класове 29 и 30 и услуги от класове 35 и 39/.

В конкретния случай настоящият съдебен състав приема, че е налице визуално и фонетично сходство между заявената за регистрация и по-ранните марки. При сравнението на словната марка „ZAKUSKA“ от една страна и противопоставените марки „ЗАХРУСКА“ - от друга страна, за да се прецени рискът за объркване между тях, следва да се анализира сходството, а не различието между марките, като се отдели внимание на доминиращите и отличителни елементи. Доминиращ елемент е този, който благодарение на графичното си представяне, обуславя общото впечатление, което марката оставя у потребителя. Това са местоположение, мащаб, размери и/или използвани цветове. Следователно, за да се приеме като доминиращ, следва да е визуално и ясно отличим от останалите елементи, като именно той привлича вниманието на потребителите. Отличителен е този елемент от състава на марката, който в най-голяма степен служи за осъществяване на основната функция на марката - да отличава стоките или услугите на една лице, от тези на други лица.

По отношение на словната марка, обект на опозицията, същата се състои от един единствен и то словен елемент „ZAKUSKA“, поради което липсва отличителен и доминиращ елемент.

По-ранните марки „ЗАХРУСКА“ споделят общ словен елемент „ЗАХРУСКА“, като общият споделят елемент в комбинираните по-ранни марки е отличителният елемент „ЗАХРУСКА“, който изцяло съвпада със словната по-ранна марка.

В конкретния случай между заявената и противопоставените марки съществува визуално сходство в ниска степен, но същевременно има фонетично сходство във висока степен, тъй като е налице съвпадение на две от общо три срички, като втората, несъвпадаща сричка, е много близка по звучене - „КУС“ срещу „ХРУС“. Съдът изцяло споделя извода на вещото лице Д., че е налице смислово сходство между заявената и по-ранните марки, тъй като двете думи създават сходна семантика в съзнанието на потребителите, асоциативно свързана с консумация на храна и то не като основно хранене, а по-скоро като нещо за похапване.

Съдът приема, че е налице идентичност и сходство на сравняваните стоки от клас 30 и услуги от клас 35 на заявената марка и на марките на опонента.

Съществува и вероятност от объркване на средния потребител относно процесните стоки. Основният въпрос, който поставя чл. 12, ал. 1, т. 2 от ЗМГО, е дали сходството между сравняваните марки е такова, че би създадо вероятност за объркване на потребителите, която включва възможност за свързване на процесната марка с по-ранните противопоставени марки. При наличието на вероятност от объркване и при подадена опозиция, марката не

следва да се регистрира. Средният потребител, дори когато е добре информиран и умерено наблюдателен, не винаги подхожда с еднакво внимание към отделните видове стоки. Съгласно практиката на EUIPO /преди OHIM/ трябва да се има предвид, че степента на внимание на средния потребител е склонна да варира, в зависимост от въпросната категория стоки или услуги. Колкото по-голяма е степента на внимание, толкова по-малка е степента от объркване. По-високата степен на внимание обикновено се свързва с три вида покупки: скъпи, не толкова чести или рискови покупки. При избора си той няма възможност да сравнява директно противопоставимите марки, както се прави това в настоящото производство, а трябва да разчита на изображението и на общото впечатление, запазило се в паметта му. В случая не се касае нито за толкова скъпи, нито за редки покупки, нито пък за рискови такива. Обичайно степента на внимание на потребителите на хранителни стоки от клас 30, както и на услуги от клас 35 може да се определи като ниска. При наличие на констатираната ниска степен на визуално сходство, висока степен на фонетично, както и на смислово сходство на марките, при установената идентичност и сходство на стоките и услугите и предвид ниското ниво на внимание на потребителите, може да се направи извод за наличие на вероятност от объркване и/или асоцииране, както и на създаване на погрешна представа, че стоките и услугите произлизат от едно и също лице или от икономически свързани лица. Съгласно европейската практика по въпроса вероятността потребителят да повярва, че стоките произхождат от същото или от икономически свързани лица, представлява вероятност от объркване. Въз основа на това, съдът приема, че в конкретния случай за потребителите съществува вероятност от объркване.

Анализът на по-ранните марки позволява да се приеме наличие на средна към висока степен на присъща отличителност, тъй като се касае за марки със словен елемент с фантазийно-асоциативен характер, което повишава присъщата им отличителност над средната.

Правилно административният орган е приел, че в конкретния случай лицето, подало опозицията, няма задължение да доказва реално използване на марките "ЗАХРУСКА", тъй като от датата на регистрация на противопоставените марки до датата на заявяване на процесната марка са минали по-малко от 5 години.

Съгласно приложимия материален закон, в опозиционното производство относима е само степента на отличителност на по-ранните марки, но не и на заявената такава. Поради това неприложими към предмета на спора са твърденията и представените доказателства за придобита отличителност на заявената марка. Макар с Решение № 54-ОМ/ 06. 08. 2010 г. да е определена марката „ЗАКУСКА/ZAKUSKA" с притежател "Победа" АД като ползваща се с известност на територията на Република България за стоки от клас 30 на МКСУ "бисквити" към 01. 01. 2002 г., същото не следва да се съобразява в настоящото производство, тъй като статутът на марката, ползваща се с известност, има действие за срок от 5 години, предвид чл. 2, ал. 2 от Наредбата за реда и начина за определяне в Патентното ведомство на марка като общоизвестна марка, и марка, ползваща се с известност на територията на Република България /отм/. Статутът на общоизвестност на марката е

изтекъл на 30. 09. 2019 г. и не е бил продължаван за нов период. Отделно от това, съгласно разпоредбата на чл. 12, ал. 2, т. 9 от ЗМГО в производство по опозиция общоизвестност може да се претендира само по отношение на по-ранните, но не и на оспорваната марка. Освен посоченото, приложеното решение се отнася единствено за стоката „бисквити“ от клас 30 и няма правно значение по отношение на останалите стоки и услуги от процесния списък.

Представените доказателства относно използване на означението „захруска“ от Д. са неотнормими към предмета на спора, тъй като касаят единствено млечни продукти от клас 29, за които заявената марка не търси закрила. Неотнормимо е и твърдението за използването на марки „Хрус-хрус“, тъй като се посочените марки касаят трети за настоящото производство лица. Освен това възможността потребителите да свържат марките „ЗАХРУСКА“ с производителя на „Хрус-хрус“ не изключва по никакъв начин вероятността потребителите да приемат, че марката „ZAKUSKA“ и опозиционните марки на заинтересованата страна Ш. произхождат от един и същи потребител.

Горните съображения мотивират съда да приеме, че Решение № РС-18-1 от 31. 01. 2022 г. на Председателя на Патентното ведомство в ЧАСТТА, с която е оставена без уважение жалбата на "Победа" АД с вх. № ВГ/Н/2015/138638-/20//10. 11. 2020 г. срещу решение по опозиция срещу регистрацията на марка с вх. № 138638 "ZAKUSKA", словна, за изброените в решението заявени стоки от клас 30 на МКСУ и заявени услуги от клас 35 на МКСУ е законосъобразно, поради което жалбата срещу същото следва да бъде отхвърлена като неоснователна.

При този изход на спора в полза на ответния административен орган следва да се присъди юрисконсултско възнаграждение в размер на 150 /сто и петдесет/ лева, съобразно чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ, като при определяне на размера на възнаграждението съдът съобрази фактичката и правна сложност на делото, както и броя на проведените съдебни заседания.

Предвид това и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК Административен съд – София град, Второ отделение, 29-ти състав

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на „Победа“ АД срещу Решение № РС-18-1 от 31. 01. 2022 г. на Председателя на Патентното ведомство в ЧАСТТА, с която е оставена без уважение жалбата на „Победа“ АД с вх. № ВГ/Н/2015/138638-/20//10. 11. 2020 г. срещу решение по опозиция срещу регистрацията на марка с вх. № 138638 „ZAKUSKA“, словна, за изброените в решението заявени стоки от клас 30 на МКСУ и заявени услуги от клас 35 на МКСУ.

ОСЪЖДА „Победа“ АД да заплати на Патентното ведомство направените по делото разходи за юрисконсултско възнаграждение в размер на 150 /сто и петдесет/ лева.

Решението може да се обжалва с касационна жалба пред Върховния административен съд в 14-дневен срок от съобщаването му на страните.

СЪДИЯ: