

# РЕШЕНИЕ

№ 3085

гр. София, 08.06.2012 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ-ГРАД, Второ отделение 26 състав, в публично заседание на 16.05.2012 г. в следния състав:**

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: Мирослава Керимова**

при участието на секретаря Мая Георгиева, като разгледа дело номер **823** по описа за **2011** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл. 145 и следв. от АПК.

Образувано е по жалба на Т. Z. М. О. S. А. (Т.) Полша чрез адв. И. П., САК, срещу решение № 369 от 15.10.10 г. на Председателя на Патентно ведомство, в частта в която се отхвърля искането за отменяне регистрацията на марка рег. № 44881 Н. на основание чл. 25, ал. 1 във връзка с чл. 19 ЗМГО (поради неизползване) за всички стоки от клас 33 и част от стоките и услугите от класове 16, 21, 32 и 35. Изрично в писмените бележки на адв. П. се сочи, че не се оспорва използването на процесията марка за ресторантьорство, а използването ѝ по смисъла на закона за всичките (много на брой и различни по вид) стоки и услуги, включени в обобщените групи (категории): •Хартия, картон и стоки от тези материали, които не са включени в други класове, печатни произведения (клас 16); . Домакински или кухненски прибори и съдове (които не са от благородни метали или с такова покритие), стъклария, порцеланови и керамични изделия, които не са включени в други класове (клас 21); .Безалкохолни напитки, плодови напитки и сокове, сиропи и други препарати за приготвяне на тези напитки (клас 32); •Алкохолни напитки (с изключение на бира) (клас 33); Реклама (клас 35). Претендира се незаконосъобразност на всички основания по АПК, като се твърдят и съществени нарушения на материалния закон, административнопроизводствените правила и несъответствие с целта на закона. Съдът ще посочи конкретните съображения за незаконосъобразност на всяко от твърдяните основания в контекста на изложението подолу предвид обема на становищата, както и за да не се допусне повтаряне на възражения и мотиви. Претендират се разноски по делото.

Ответникът по оспорването, Председател на Патентно ведомство, чрез юрк. М. оспорва жалбата. Излага подробни съображения за неоснователност на оспорването в писмени бележки. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

Заинтересованата страна, "R." L., 33418 F., 4521 B. 211, P. V. G., САЩ чрез адв. П. и адв. Л. оспорват жалбата. Излагат подробни съображения за незаконосъобразност в писмени бележки по делото, които съдът ще изпише и коментира в изложението подолу предвид техния значителен обем. Претендират разноски по делото.

СПП, уведомена с писмо, не прави искане за конституиране като страна в производството по делото и не изпраща представител.

АССГ, в настоящия състав, при извършена служебна проверка за допустимост на оспорването, приема същото за допустимо като подадено в срок, от активно процесуално легитимирана страна, срещу акт, който подлежи на оспорване – в сочената част – пред настоящия съд и съдебен състав.

Предмет на оспорване в настоящото производство е решение № 369 от 15.10.10 г. на Председателя на Патентно ведомство, в частта в която се отхвърля искането за отменяне регистрацията на марка рег. № 44881 Н. на основание чл. 25, ал. 1 във връзка с чл. 19 ЗМГО (поради неизползване) за всички стоки от клас 33 и част от стоките и услугите от класове 16, 21, 32 и 35. Оспореното решение е с правна квалификация чл. 46 ал. 4, 5 и 6 от ЗМГО във вр. с чл.25 ал.1 т. 1 и чл. 19 ал.1 от същия закон. Съгласно разпоредбата на чл. 50 ал.1 от ЗМГО, решенията по чл. 46 от ЗМГО могат да се обжалват пред Административния съд - [населено място] в тримесечен срок от съобщаването. На л. 89 по делото е приложено заверено копие от протокол, от който е видно, че адв. П., като представител на жалбоподателя, е уведомена за оспорваното решение на 25.10.2010г. Жалбата срещу решението в оспорената част е подадена на 25.01.2011г в тримесечния преклузивен срок за оспорване по чл. 50 ал.1 от ЗМГО. Съгласно разпоредбата на чл. 25 ал.1 от ЗМГО, регистрацията на марка се отменя по искане на всяко лице. Жалбоподателят е входирал искане в Патентно ведомство за отменяне регистрацията на марка рег. № 44881 Н. на основание чл. 25, ал. 1 във връзка с чл. 19 ЗМГО (поради неизползване) за всички стоки от клас 33 и стоките и услугите от класове 16, 21, 32 и 35. Същият има правен интерес да оспорва пред АССГ решението на Председателя на ПВ, в частта в която искането е отхвърлено.

След анализ на приложените към административната преписка и събраните в съдебно производство доказателства, АССГ в настоящия състав приема следното от фактическа и правна страна:

Производството пред Патентното ведомство е образувано по постъпило на 10.06.2008 г. искане за отменяне на регистрацията на марка с рег.№ 44881, Н. комбинирана. Искането е подадено на основание чл.25, ал.1, т.1 във връзка с чл.19, ал.1 от Закона за марките и географските означения (ЗМГО). Според молителя, след извършено от него проучване се е установило, че през последните пет последователни години, притежателят на процесната марка не я е използвал за стоките и услугите, за които е регистрирана. Предвид това, молителят иска регистрацията на атакуваната марка да бъде отменена /заявление на л. 175 по делото/.

Със заповед № 477/25.06.2008г Председателят на Патентно ведомство определя комисия в състав по заповедта – л. 174 по делото, която да разгледа искането и да вземе становище по него.

Съгласно чл.46, ал.1 от ЗМГО искането за отменяне е изпратено на притежателя на атакуваната марка, като му е предоставен законоустановения тримесечен срок за

възражение и ангажиране на доказателства за използване на марката .

В рамките на горецитирания срок, маркопритежателят е възразил срещу искането. Във възражението се посочва, че той притежава мажоритарен дял във фирма Х. АД, която е собственик на верига ресторанти, носещи същото наименование. Съгласно представените данни, първото заведение от веригата е открито през 1994 г. в [населено място]. Към настоящия момент, маркопритежателят твърди, че неговите ресторанти се посещават от близо 300 000 клиенти месечно за периода 2004 - 2007 г. Отбелязва, че са проведени редица рекламни кампании, свързани с публичното представяне на процесната марка. Също така, посочва, че е подал искане за определяне на марката като общоизвестна и ползваща се с известност на територията на Р. Б.. Във връзка с това е поискал спиране на настоящото производство пред административния орган до влизане в сила на решението за определяне на процесната марка като общоизвестна и ползваща се с известност. С решение № 24/21.01.2009 г./л.158 по делото/ на Председателя на Патентното ведомство искането му за спиране на производството е отхвърлено. Преценено е, че изходът от производството по чл.50б от ЗМГО не рефлектира върху задължението за използване на марката, т.е. това производство не се явява преюдициално по отношение на производството по отменяне.

В следствие на гореизложеното, на маркопритежателя повторно е указано, че има възможност да представи възражение и доказателства, свързани с реалното използване на процесната марка за стоките и услугите, за които е регистрирана.

В депозираното в Патентното ведомство възражение освен първоначално представената информация, маркопритежателят допълнително посочва, че по повод използването на процесната марка за стоки от клас 16 на МКСУ е приложил доказателства - фактури за отпечатване на менюта, салфетки и други книжни материали, означени с неговата марка. Твърди, че процесната марка се използва и за означаването на списанията Н. life и Н. news, които се издават в тираж 1000 броя. Счита, че приложените към възражението менюта са доказателство за използването на атакуваната марка за стоки от класове 32 и 33 на МКСУ (минерални и газирани води, вина, ракии, водка и други). Според него, те са показателни и за поставянето на процесната марка върху различни кухненски прибори, чаши и чинии. Твърди, че марката се представя публично посредством реклама и организиране на различни спонсорски прояви. Отбелязва, че с марката се означават и търговските книжа на фирмата — бланки, фактури, договори. Маркопритежателят твърди, че гореизложеното е доказателство за активното налагане на процесната марка на българския пазар. Предвид това, посочва, че искането за отменяне на регистрацията на марката трябва да бъде отхвърлено и в подкрепа на твърденията си представя писмени доказателства както следва: Приложение № 1: Копия на фактури за периода 2007 - 2008 г. относно рекламни материали - 97 броя; копие на публикация в списание Н., бр. 1/06.2008 г. - 1 брой; справка за доставени пакетчета захар, означени с марка Н. за периода 2004 - 2008 г. - 1 брой; справка за доставени салфетки, означени с марка Н. за периода 2004 - 2008 г. - 1 брой; справка за доставени торбички, означени с марка Н. за периода 2005 - 2008 г. - 1 брой; фактури за периода 2007 - 2008 г. - 5 броя; Приложение № 2: Менюта за периода 2002 г. и 2007 - 2008 г. - 12 броя; Приложение № 3: Покана, поздравителни картички, меню, диплянки, хартиени салфетки, карта на [населено място], пакетчета захар, поставки за чаши, ученическа програма и хартиена торбичка, означени с марка Н. - общо 25 броя; Приложение № 4: Списания Н. news за периода 2007 - 2008 г. - 4 броя; вестници Н. L. за периода 2006 - 2008 г. - 9 броя; Приложение № 5: Копия на

договори за реклама за периода 2006 - 2008 г.; копие на медиаплан за марка Н. за периода 2005 - 2006 г. - общо 7 броя.

На основание чл.46, ал. 2 от ЗМГО копие от възражението на маркопритежателя е изпратено на молителя за становище, за което му е предоставен законоустановения едномесечен срок.

В представеното становище молителят коментира приложените към възражението доказателства, като изтъква, че в тях не се съдържат данни за реалното използване на процесната марка в търговската дейност на маркопритежателя за стоките, за които е регистрирана. Счита, че използването на материали от различно естество с цел реклама на предлаганите стоки и услуги не представлява използване на марката за съответния вид рекламни стоки. Според него липсват доказателства, че маркопритежателят е произвеждал, продавал, съхранявал на склад с цел продажба, внасял или изнасял стоки от класове 16, 21, 32 и 33 или предлагал услуги от клас 35, означени с неговата марка. Твърди, че не са представени доказателства, според които маркопритежателят да е давал съгласие (лицензионен договор) на друго лице за използване на процесната марка за означаване на стоките и услугите от цитираните класове. Според молителя, сами по себе си доказателствата нямат връзка нито със стоките, за които е регистрирана процесната марка, нито с нейния притежател. Също така, счита, че нямат достоверна дата. Определя като неприемливи твърденията на маркопритежателя, че е мажоритарен собственик на Х. АД. Отбелязва, че дори това да е така, то не е достатъчно условие, за да се приеме, че съгласието за ползване на правата му от Х. АД е дадено по презумпция, т.е. твърди, че използването на атакуваната марка от Х. АД и Х. Лейди ООД не може да се счита като използване от маркопритежателя.

Предвид изложеното, в становището, молителят поддържа искането за отменяне на процесната марка.

На основание чл.46, ал. 3 от ЗМГО копие от становището па молителя е изпратено на маркопритежателя.

В рамките на законоустановения едномесечен срок, маркопритежателят изразява несъгласие с направените от молителя коментари на приложените към възражението доказателства за използване на процесната марка. Той твърди, че използвал процесната марка за означаване на стоките и услугите, за които е регистрирана и че това използване се извършва от него. Счита, че използването на процесната марка чрез поставянето ѝ върху конкретни стоки и тяхното предлагане в ресторантите от веригата „Х.“ представлява публично използване на процесната марка. Допълнително прилага доказателства — договор за франчайзинг, който според него е показателен за неправилността на твърдението на молителя, че използването на процесната марка от страна на Х. ООД и Х. Лейди ООД не доказва наличието на използване от притежателя на марката. Счита, че изложените в становището на молителя твърдения са неоснователни и моли искането да бъде отхвърлено, като в подкрепа на твърденията си представя допълнително писмени доказателства както следва: Копие на договор за ползване на търговска марка от 03.01.2000 г.; копие на договор за франчайзинг от 01.01.2001 г.; изследване „Ресторанти Н., изследване на изхода на ресторанта“, месец октомври 2005 г., проведено от Т. bbss; изследване от Р. marketing research agency; копие на декларация от Х. ЕАД; извлечения от търговския регистър - общо 6 броя; превод на договор за продажба на 1 500 (хиляда и петстотин) акции от капитала на фирма Х., [населено място] от 07.03.2008 г.; Хартиена торба и чаша, означени с марка Н. - 2 броя.

На основание чл.46, ал.3 от ЗМГО на молителя е изпратено становището на притежателя на процесната марка, както и придружаващите го доказателства.

В срок от един месец, молителят е изразил становище по представените от маркопритежателя допълнителни доказателства. Счита, че ЗМГО не предвижда възможност за внасяне на допълнителни доказателства извън рамките на предвидения за това срок, освен ако тези доказателства не са нововъзникнали. Твърди, че новопредставените доказателства не позволяват да се установи, че притежателят на процесната марка я е използвал за стоките и услугите, за които е регистрирана. Посочва, че лицензионният договор и договорът за франчайзинг са неотнормирани към спора, тъй като към датата на сключването им, марката не е била нито заявена, нито регистрирана. Счита за неприемливо и приложеното проучване на общественото мнение. Според молителя то доказва използването на марката за услугите ресторантьорство, но не и за стоките и услугите от класове 16, 21, 32, 33 и 35. Не приема и декларацията на Х. ЕАД и договорът за продажба на акции, които определя като „негодни доказателствени средства за установяване на сочените в тях обстоятелства. Твърди, че веществените доказателства са рекламни материали за извършване на ресторантьорска дейност, поради което също са неотнормирани към спора. В заключение счита, че регистрацията на марката трябва да бъде отменена.

След събиране на доказателства и процедура по размяна на книжа, определената от ответника комисия в състав е приела становище – на л. 101 по делото, като решението е подписано от всички членове на комисията, което становище е предложено на вниманието на административния орган, който се произнася с оспорваното решение на л. 92 по делото.

При извършена служебна проверка и като взе предвид възраженията в жалбата, съдът приема, че оспорваното решение е издадено във валидна писмена форма от компетентен административен орган, поради което не се явява нищожен административен акт. Чл. 46 ал.6 от ЗМГО определя като компетентен административен орган да се произнесе по исканията за отмяна на регистрирана марка Председателят на Патентното ведомство. Същият е постановил валиден акт – решение, изведен през деловодната система на администрацията при органа, подписан от издалия го административен орган.

При извършена проверка за спазване на процедурата по издаване на оспорваното решение, АССГ приема, че същата е спазена, като не са допуснати твърдяните в оспорването съществени процесуални нарушения:

На първо място съдът констатира, че административният орган правилно е идентифицирал страните в производството: Т. Z. М. О. S. A., ul.Z. 2/26, 87-1000, Т., Полша - молител по искане вх. № 70-00-8359/10.06.2008 г. за отменяне на регистрацията на марка с рег. № 44881 Н., представляван от местен представител по индустриална собственост и R. L., F., P. B. G., 33410, 11380 P. F. R., S. 221 E, САЩ - притежател на марка с рег. № 44881, представляван от местен представител по индустриална собственост.

Административното производство се е развило въз основа на допустимо искане, като административният орган в оспорвания акт е посочил и основания за допустимост на искането: - молителят е заплатил дължимата държавна такса, по чл.4, ал.1, т.10, б) от Тарифата за таксите, които се събират от Патентното ведомство на Р. Б. - от датата на регистрацията (23.05.2003 г.) до датата на подаване на искането (10.06.2008 г.) са изминали пет години, с което е спазен срокът, предвиден в чл.25, ал.1 т. 1 от ЗМГО.

Съдът погоре посочи, че съгласно разпоредбата на чл. 25 ал.1 от ЗМГО , отмяна на регистрация на марка може да иска всяко лице.

Съдът приема, че административният орган е спазил процедурата по размяна на книжа между страните, като е дал възможност в законово определените срокове за ангажиране на доказателства от притежателя на марката за реалното ѝ използване. По направеното възражение за допуснато съществено процесуално нарушение на чл. 46 ал.1 от ЗМГО в частта относно дадения срок за възражение, който според жалбоподателя е преклузивен и не може да се дава допълнителна възможност на притежателя на марката за ангажиране на доказателства за използване на марката, като представените след този срок доказателства не следва да се ценят в производството, от притежателя на марката в тази насока е постъпило възражение, като същият приема, че предвиденият в ЗМГО срок за депозиране на възражение и доказателства не е преклузивен, а инструктивен. Според същия, съдът, както и административният орган при постановяване на решението си следва да вземе предвид всички събрани в производството по издаване/оспорване на акта доказателства. Твърди, че в този смисъл е без значение дали тези доказателства са били представени от съответната страна след изтичането на определения за представянето им срок - те са станали известни на административния орган преди постановяването на неговото решение и следва да бъдат взети предвид. Съдът споделя становището на заинтересованата страна в тази насока. Производството по АПК не предвижда преклузивни срокове за събиране на доказателства. Последните са от значение за установяване на фактичката обстановка по случая и следва да бъде взети предвид, дори и представени извън дадения от органа/специалния закон срок за представянето им, ако са относими, допустими и необходими за установяване на фактичката обстановка.

На следващо място, се претендират от жалбоподателя в хода на производството по издаване на оспорваното решение, допуснати съществени процесуални нарушения, свързани с непълно обсъждане на представените по делото доказателства, необсъждане на всички направени възражения, немотивиране на отказа, необсъждане на цитирана практика на националните съдилища и на ЕС. Твърди се, че административният орган е възприел за действителен договора от 07.03.08 г. за продажба на 1500 акции с право на глас от капитала на [фирма] (лист 183-185), въз основа на което е направил погрешен извод, че маркопритежателят е притежавал мажоритарен пакет акции с право на глас, респ. е имал контрол върху дружеството (лист 183-185). Твърди се, че този договор, както и представената от маркопритежателя в тази връзка декларация (лист 189), са документи с невярно съдържание, а договорът е и нищожен. тъй като има невъзможен предмет - към датата на подписването му, (а и преди това), в капитала на [фирма] е имало само 1040 акции с право на глас, видно от справка в Търговския регистър (лист 193-194). От заинтересованата страна в тази насока се прави възражение, че американската компания R. L. е мажоритарен собственик на [фирма], видно от представените по делото доказателства. Съдът по направеното възражение приема, че договорът е приет като доказателство по делото както от административния орган, така и като част от административната преписка и жалбоподателят не е направил оспорване на същия по смисъла на чл. 193 от ГПК във вр. с чл. 144 от АПК. От друга страна, съдът като цени доказателствата в тяхната съвкупност, приема, че видно от решение № 81-ОМ от 10.11.2009г на Председател на Патентното ведомство, с което комбинирана марка рег. № 44881 е призната за общоизвестна на територията на РБългария към 01.06.2008г за услугата от клас № 43 на

МКСУ „ресторантьорство” , е установен и вписан същият факт – касаещ мажоритарният дял на американската компания от фирма [фирма]. Искането по това решение е от 23.12.2008г. Според съда обаче обсъждането на въпроса какъв е дела на американската компания в регистрираното АД е неотнoсим към настоящото производство. Предмет на настоящото производство не са отношенията между тези фирми свързани с изкупуване на акции и формиране на мажоритарен дял. Предмет на производството е използването на марката в дадени класове, посочени в обжалваното решение и спорът относно договора е отнoсим само доколкото засяга реалното използване на марката чрез друга фирма, която не е регистрирала марката. Същият ще бъде коментирани от съда подолу при обсъждане на въпроса за реалното използване на марката.

Според жалбоподателя, погрешно е възприет и Договорът за ползване на търговска марка от 03.01.2000 г. между R. L. и J. AG (лист 177-179), като такъв, отнасящ се до процесната марка. Твърди се, че ако се съобрази този договор (по-конкретно датата и текста на т. V от него, в която R. L. „потвърждава, че притежава защитената от закона търговска марка ”), с Договора за франчайзинг от 01.01.2001 г. между J. AG и [фирма] (лист 198-216), наличието на две други сходни марки на R. L., регистрирани през 1994 г. (лист 302-305) и фактът, че първото заведение от веригата H. V. & G. е открито през 1994г. (лист 92), може да се направи категоричен извод, че въпросният договор се отнася до по-ранните сходни комбинирани марки рег.№24070 H. за стоки от класове 29, 30 и 31 и рег. № 3464Y H. за услуги от класове 39, 40 и 42, (в т.ч. и ресторантьорство), които са обект на отделно право. Жалбоподателят твърди, че двете марки имат идентичен графичен дизайн и вероятно затова в предмета на договора е посочено общо „Търговска марка H.”. Сочи се, че няма логично основание да се приеме, че предмет на договор за прехвърляне право на защитена от закона марка ще бъде не действателна към момента регистрирана марка, а сходна на нея друга марка, която по това време не е нито регистрирана, нито дори заявена - процесната марка е заявена две години по-късно. В тази насока ответникът заявява в оспорвания акт, че договор за ползване на марка от 03.01.2000 г. и договор за франчайзинг от 01.01.2001 г. ще се ценят като доказателства по делото, предвид факта, че цитираните доказателства и най-вече договорите за ползване на марка и франчайзинг, се явяват предпоставка за използването на процесната марка на територията на Р. Б. в рамките на релевантния петгодишен период. Според жалбоподателя, административният орган погрешно е възприел и Договорът за франчайзинг от 01.01.2001 г. между J. AG и [фирма] (лист 198-216), като такъв, предоставящ право за използване на процесната марка за процесните стоки и във всякакви варианти. Твърди се, че този договор се отнася само до ресторантьорски услуги, които [фирма] е длъжно да извършва под марка рег. № 3464Y/1994 „H.”, за която франчайзодателят J. AG е получил права от R. L. при стриктно спазване на дизайна, предоставен от франчайзодателя (чл.1). Твърди се, че в чл. 24 от договора изрично е записано, че франчайзополучателят не може да ползва графично изображение, което визуално е еднакво или напомня марката по цветове и шрифт, дори да е с различен текст, както и ползването на същия текст с друго графично изображение. Заинтересованата страна, взема становище, че административният орган е обсъдил всички представени доказателства, макар и да се е задоволил да ги коментира „на групи”. Това, според заинтересованата страна, е лесно обяснимо, предвид значителния обем на доказателствата . При обсъждане на въпроса за ползване на марката със знанието на притежателя ѝ, заинтересованата страна обсъжда и въпроса

за процесните, описани погоре договори, като приема, че още в административната фаза на производството са представени договори между маркопритежателя R. L. и J. AG (за използване на марката H. за страните от Б. регион) и между J. AG и X. ЕООД (за франчайзинг, включващ клаузи за използването на марката H., включително поставянето ѝ на фасадата на ресторантите и на продуктите, които ще бъдат под негов контрол -вж. стр. 5 от обжалваното решение). Твърди се, че именно въз основа на тези договори [фирма] е използвало марката, като това използване очевидно е било под контрола на "R." L. и в този смисъл с негово съгласие. Твърди се, че аргументите на жалбоподателя, че договорите са неотнормирани към случая, доколкото са сключени преди датата на заявяване на процесната марка, са неоснователни, тъй като видно от текста на самите договори, те не визират конкретна регистрация на марката H., а бранда като такъв. Освен това се посочва, че "R." L. притежава регистрирани търговски марки H. в Б. още от 1994г., които са очевидно сходни на процесната. През 2001г. то е решило да направи промени в дизайна на марките, в резултат на което е заявен и регистриран процесния знак, който се използва по силата на вече сключените договори. Настоящият състав на АССГ приема, че всички посочени погоре договори следва да бъдат обсъждани и разглеждани като доказателства само доколкото могат или не да мотивират използване на марката рег. № 4481 от друго лице, което да се приеме като използване на марката от самото лице, което я е регистрирало – нейният притежател. Според АССГ в настоящия състав, административният орган не е допуснал съществени процесуални нарушения при обсъждане и приемане като доказателства на процесните посочени погоре договори. Право и задължение на административния орган е да приема всички представени от страните доказателства, като същият е длъжен в акта си да мотивира на кои от тях стъпва, за да формира фактическа обстановка и кои изключва, съответно на какво основание. Ответникът в акта си е мотивирал относимостта и допустимостта на доказателствата, които се обсъждат погоре. Съдът, както посочи, приема, че същите са относими само доколкото от тях може или не да се обоснове използване на марката с посочения рег. № 4481. В действителност договорите са с дата преди регистриране на процесната оспорена марка. Въпреки това, съдът приема, че от съвкупната преценка на доказателствата по делото се установява, че може да се говори за правна връзка между "R." L. и [фирма], която да обоснове използване на марката от [фирма] със съгласие на американската компания, дори и същите договори да не касаят процесната марка. От една страна, позицията на американската компания в настоящото производство е в тази насока – а именно за даване на съгласие на X. АД да използва марката. Американската компания чрез представителя си заявява, че [фирма] е ползвала марката с нейно съгласие. На следващо място, според съда защитата по чл. 22 ал.1 от ЗМГО, според която притежателят на право върху марка може да разреши използването ѝ за всички или за част от стоките или услугите, за които е регистрирана, и за част или за цялата територия на Р. Б. с лицензионен договор в писмена форма, представлява форма на защита за притежателят на марката, която не се изисква в случая. При противопоставяне на становища, възражение от страна на притежателя на марката, че трето лице я ползва без разрешение, в тежест на третото лице е да докаже, че има разрешение от притежателя на марката в определената от закона форма. Конкретната хипотеза обаче е различна. На първо място чл. 19 ал.3 от ЗМГО не говори за разрешение, а за съгласие за ползване на марката. Форма се изисква при даване на разрешение, а не при даване на съгласие. В случая се касае за изрично заявление от

самия притежател на марката, че трето лице я ползва с негово съгласие, за установяване на който факт според съда са достатъчни събраните по делото доказателства. За доказване на това съгласие законът не изисква нарочна писмена форма. Дори и да се приеме, предвид датата на сключване на договорите, че същите касаят друга регистрирана марка Н., както и че висиящността им /на договорите/ не означава автоматично приложение за нова регистрирана марка Н. от същия притежател, то според съда от доказателствата по делото по безспорен начин се установява, че "R." L. и [фирма], което се претендира да е използвало марката в процесния период са свързани лица по смисъла на Търговския закон. Съществуването на правна връзка между тях е публична информация. Липсва противопоставяне на факта от самата американска компания, че R." L. е знаела за използване на марката „Н." от страна на [фирма], дори напротив, в производството се излага обратната позиция. Съдът споделя изложеното от заинтересованата страна в насока – л. 133 по делото, че законът не поставя изискване за формата на съгласие по чл. 19 ал. 3 от ЗМГО. Липсва пречка да се приеме, че използването на марката рег. № 44881 за сочените в оспорването класове е ставало във връзка с цялостната дейност на франчайзополучателя [фирма] по организиране и стопанисване на веригата ресторанти Н. В. & G., със съгласието на притежателя на марката R." L..

Според жалбоподателя, погрешно са възприети и рекламните договори (Приложение 5, намиращо се в кутията с доказателства) като такива, отнасящи се до процесната марка и процесните стоки (лист 98, последен абзац). Твърди, че съдържанието на тези договори не позволява да се направи категоричен извод в тази насока. Сочи се, че договорът от 01.11.06 г. с Триада К. ЕООД не е за реклама, а договорите с [фирма] и [фирма] имат за предмет бартерна реклама на марка X., респ. изработване на неоновото лого „X.". а договорът със [фирма] е за създаване на песен и съответстващ на нея видеоспот с присъствие на X. лого в клипа. Твърди се, че предвид ноторния факт, че рекламодателят [фирма] предлага ресторантьорски услуги, няма основание да се презюмира, че тези договори не са за извършваните ресторантьорски услуги под някоя от регистрираните за тях марки - рег. № 44665 Н. или рег. № 3464У Н., а за реклама на процесните стоки и услуги под процесната марка. По направеното възражение, административният орган приема, че към възражението срещу искането за отменяне, маркопритежателят е приложил и писмени доказателства — договори за реклама и проучвания на общественото мнение (2005 - 2008 г.). Според административния орган, представените доказателства са показателни за използването на процесната марка чрез публичното ѝ представяне за услуги в областта на ресторантьорството. Предвид спецификата на стоките от класове 16, 21, 32 и 33 на МКСУ, един от възможните начини за тяхната пазарна реализация е именно чрез предлагането им в рамките на обекти от областта на общественото хранене. Според ответника, в този смисъл, доказателствата — рекламни договори биха могли да се отнесат към цитираните стоки дотолкова, доколкото при цялостното провеждане на една рекламна кампания стоките от класове 16, 21, 32 и 33 на МКСУ или са неизменна част от нея (под формата на рекламни материали) или самите те са обект на реклама. Твърди се, че същата аналогия, би могла да се направи и по отношение на изследванията на общественото мнение, които визират честота на посещаване на заведенията от веригата ресторанти „X.". Съгласно данните от проучването на P. marketing research agency, това са 78.2% от изследваната съвкупност, което предполага както висока познатост на процесната марка относно услугите в областта на

ресторантьорството, така и известност на предлаганите в рамките на съответните заведения стоки, включително и на тези означени с атакуваната марка. Съдът частично споделя становището на административния орган, като според АССГ това по никакъв начин не се отразява върху законосъобразността на оспорвания акт. В действителност в Приложение № 5 са представени цитираните погоре договори. Според съда, те касаят /в частта, в която се касае за реклама на марката „Х.“/ реклама на марката Х., като липсва посочване да се рекламират веригата заведения, а марката, като такава.

Подолу съдът ще развие приетото от него становище, че в случая се касае за приложение на марка Н. рег. № 4481, която дори и да е регистрирана както за клас ресторантьорство, така и за класове с № 16,21,32,33 и 35 в частта, в която се оспорва в административния акт, се касае за цялостна дейност на фирмата франчайзополучател, като използване на марката Н. в клас ресторантьорство е свързано с използване на марката Н. в посочените класове в оспорваната част във връзка с дейността на заведенията „Н. В. & G.“. В частта за рекламата, съдът приема, че дори и да се изключат процесните договори за реклама, под марката Н. е извършвана реклама на стоки, за която дори и да не са представени договори за реклама, последните касаят единствено търговските отношения между страните, но не и самото рекламиране като факт, от който се интересува настоящото производство. В тази насока споделя становището на заинтересованата страна, че от представените периодични списания, както и менюта /относими към производството/ е видно, че в тях присъстват рекламни карета на различни търговци. В действителност, извършването на реклама е свързано с основната дейност на Х. АД – ресторантьорство, но това не променя факта, че под марката Н. се извършват рекламни услуги, като по този начин се реализира марката в клас реклами.

Според жалбоподателя, погрешно е възприето меню „Добро утро“, меню № 2 (с камината) и коктейлното меню (датирани от св. К. Б. съответно към 2001 г., 2002 и 2003 г. - лист 475, долната половина), като такива, означени с процесната марка. Твърди се, че сравнителният анализ между процесната марка и комбинирана марка рег. № 3464У Н. установява, че те са сходни - имат обща концепция, смисъл и звучене, но различен дизайн - при първата графичните елементи са светли на тъмен фон (лист 304), а при процесната обратното - тъмни на светъл фон. Според жалбоподателя, тези различия обуславят различния отличителен характер на марките - правят ги отделни марки. Според жалбоподателя, поставеният върху горните менюта знак (светла графика на тъмен фон) установява категорично, че те са означени с комбинирана марка рег. № 3464У Н., която е сходна на процесната, но е друга марка, обект на отделно право на същия маркопритежател (действаща към момента на използването ѝ, за разлика от процесната марка). Надписът В. &G. под знака не променял този извод, тъй като той е описателен по отношение предлаганите чрез менютата ресторантьорски услуги, за които марка № 3464У Н. е регистрирана. Дори и посочените погоре менюта да се изключат от доказателствата по делото, тъй като касаят друг период, преди процесния, то от една страна, административният орган е посочил, защо кредитира доказателства извън процесния период, а от друга, не се променя установената по делото фактическа обстановка. Съдът ще обоснове подолу защо приема, че излагането върху менюта и прочие на хартиен носител на марката във варианти има характер на използване на марката във вид, който не се различава съществено от вида, в който марката е регистрирана.

Според оспорващия, косвено доказателство за повърхностно отношение към

доказателствата е и фактът, че административният орган не е забелязъл, че голяма част (не всички) от представените 97 бр. фактури са в два или три екземпляра, видно от представения от жалбоподателя списък (лист 414 - 415). Същото обстоятелство не се отразява върху установената фактическа обстановка.

Според оспорващия, административният орган не е обсъдил обстойно, пълно и всеотстранно представените по преписката доказателства, твърдения и доводи на страните и не се е мотивирал кои и защо счита за относими и по отношение на кои от многото стоки и услуги, за които се иска отмяна. Твърди се, че не са обсъдени отличителните характеристики на съществуващите четири сходни марки Н./Х. на същия маркопритежател и не е обосновано защо е прието, че представените доказателства са означени именно с процесната марка, а не с някоя от другите сходни марки. Сочи се, че не е обсъден и фактът, че по делото няма нито една фактура за реализирана стока или услуга (всички представени фактури са за закупени консумативи или рекламни материали). Според жалбоподателя, прави впечатление, че в раздел III. Преценка за основателност на искането са изложени твърденията на маркопритежателя по отношение използването на марката за клас 16, 21, 32 и 33, без да бъдат коментирани. Не ставало ясно дали административният орган споделя твърденията на R. L., че „процесната марка се налага на българския пазар чрез провеждане на активна рекламна дейност“, и ако счита, че това е така, дали то се отнася за всички процеси стоки и услуги или само за някои, (лист 98, абзац втори). В тази насока, заинтересованата страна излага становище за неоснователност на твърденията на жалбоподателя за немотивираност на решението и необсъждане или непълно обсъждане на представените в производството доказателства. Твърди се, че видно от пространните мотиви на обжалваното решение, административният орган изрично е очертал процесния период - 10.06.2003г. - 10.06.2008г. Изрично е посочено и кои от представените доказателства не попадат в процесния период, както и подробна аргументация защо доказателствата, които са датирани преди този период следва да се вземат предвид (вж. стр. 6, абзац 3 и 4 от решението). Според заинтересованата страна, обсъдени са и всички представени доказателства, макар и административният орган да се е задоволил да ги коментира „на групи“, което се обяснява със значителния им обем. По отношение на становището, че административният орган не е обсъдил и не е взел предвид практика на ОНІМ и Съда на Европейския съюз, заинтересованата страна посочва, че административният орган е длъжен да обсъжда и взема предвид само и единствено фактите от значение за случая, а не административна и съдебна практика (с изключение на решенията на Съда на Европейския съюз по преюдициални запитвания), която предвид своята казуистичност по никакъв начин не го обвързва. Сочи се, че такова задължение органът няма съгласно нито една действаща на територия на страната ни норма. АССГ споделя този извод на заинтересованата страна. Обемът на доказателства и възражения дава възможност на административния орган да групира същите, като ги обсъди на групи. Органът няма задължение да отговаря на всяко възражение на страните, а има задължение на установи фактическа обстановка и да направи правни изводи въз основа на същата. По отношение на въпросите за използване на марката в различните ѝ варианти, съдът е допуснат съдебно-маркова експертиза. Съдебно-счетоводна експертиза е допусната за установяване използване на марката в клас 32 и 33.

При извършена служебна проверка и предвид направените от страните възражения за допуснати съществени процесуални нарушения, съдът приема, че административният

орган не е допуснал такива. Процедурата по искане за отмяна регистрацията на марка е проведена в съответствие със законовите разпоредби. Постановеният акт е мотивиран, установена е фактическа обстановка, базирана на доказателства, като са направени изводи от правна страна. В действителност, липсва детайлен анализ на всяко от доказателствата, но липсата на същия не води до установяване на друга фактическа обстановка, тъй като в съдебна фаза на производството се събраха допълнително доказателства – експертизи, разпит на свидетел, които допълват изводите за установените факти; като съдът има възможност чрез допълнителен анализ на доказателствата да обоснове относимост или неотносимост на част от тях, като направи извод дали изключване на част от доказателствата би довело до промяна на фактите и правните изводи, въз основа на тях. Въз основа на нормативните разпоредби, съдебната практиката, правната доктрина и практиката на ЕС, АССГ приема, че българското законодателство в областта на търговските марки е в голяма степен хармонизирано с това на Европейския съюз, включително и въз основа на Директива 2008/95/ЕО за сближаване на законодателствата на държавите-членки относно марките. Съгласно същата директива, държавите-членки също следва да останат свободни да установят разпоредби във връзка с производствата по регистрация, отмяна и недействителност на марките, придобити чрез регистрация. Те например могат да определят формата на производствата за регистрация и за недействителност на марка, да вземат решение дали в производството за регистрация или в производството за недействителност, или и в двете производства може да се прави позоваване на по-ранни права, и ако разрешат позоваване на по-ранни права в производството за регистрация, да предвидят производство за противопоставяне или производство за служебна експертиза, или и двете. Държавите-членки следва да останат свободни да определят последиците от отмяната или недействителността на марките. Чл. 12 от същата директива предвижда основания за отмяна на марката, като в т.1 се сочи, че марката може да бъде отменена, ако през непрекъснат период от пет години тя не е била реално използвана в държавата-членка във връзка със стоките или услугите, за които е регистрирана, и не съществуват основателни причини за неизползването. Въпреки това никое лице не може да претендира, че правата на притежателя върху марката следва да бъдат отменени, ако през интервала между изтичането на този период и подаването на искането за отмяна, реалното използване на марката е започнато или възобновено. Започването или възобновяване на използването в трите месеца предхождащи подаването на искането за отмяна и най-рано при изтичането на непрекъснат период на неизползване от пет години, не се взема предвид, когато подготовката за започването или възобновяването е извършена, след като притежателят е узнал, че може да бъде подадено искане за отмяна. 2. Без да се засяга параграф 1, марката подлежи на отмяна когато след датата, на която е регистрирана: а) вследствие на действията или бездействието на притежателя, марката се е превърнала в обичайно търговско наименование на стока или услуга, за които е регистрирана; б) вследствие на използването ѝ от притежателя на марката или с негово съгласие за стоките или услугите за които е регистрирана, тя може да въведе обществото в заблуждение, по-специално по отношение на естеството, качеството или географския произход на тези стоки или услуги. Видно от чл. 13 „Основания за отказ, отмяна или недействителност по отношение на някои от стоките или услугите” - Когато съществуват основания за отказ на регистрация или за отмяна или недействителност на марка само по отношение на някои от стоките или услугите, за които марката е заявена

или регистрирана, отказът на регистрацията, отмяната или недействителността засягат само тези стоки или услуги. Съгласно чл. 10 от Директивата, „Използване на марките” - 1. Когато в срок от пет години от датата на приключване на производството за регистрацията притежателят не е започнал реално да използва марката в държавата-членка във връзка със стоките или услугите, за които тя е регистрирана, или ако използването ѝ е било преустановено за непрекъснат период от пет години, към марката се прилагат санкциите, предвидени в настоящата директива, освен ако съществува основателна причина за неизползването. Използване по смисъла на първата алинея е и: а) използването на марката във вид, различен по отношение на елементи, които не променят отличителния характер на марката в сравнение с вида, в който тя е регистрирана; б) поставянето на марката върху стоки или тяхната опаковка в съответната държава-членка единствено с цел износ. 2. Използването на марката със съгласието на притежателя или от всяко лице, което има право да използва колективна, гаранционна или сертификатна марка, се счита за използване от притежателя. 3. По отношение на марките, регистрирани преди датата на влизане в сила в съответната държава-членка на разпоредбите за въвеждане на Директива 89/104/ЕИО: а) ако разпоредбата, която е в сила преди тази дата, предвижда санкции за неизползването на марката през определен непрекъснат период, петгодишният срок по параграф 1, първа алинея се счита за започнал да тече от същия момент, както всеки период на неизползване, който вече тече към тази дата; б) ако преди тази дата не съществува разпоредба за неизползване, петгодишните срокове по параграф 1, първа алинея започват да текат най-рано от тази дата.

ЗМГО е обнародван, ДВ, [бр. 81](#) от 14.09.1999 г., в сила от 15.12.1999г. Чл. 25 от същия закон предвижда процедура по отмяна на регистрацията на марка по искане на всяко лице, като съгласно ал.1 т.1 от същия текст едно от основанията за отмяна е: - ако марката не е била използвана съгласно чл. 19 от същия закон. Съгласно чл. 19 от ЗМГО, когато в срок пет години от датата на регистрацията притежателят не е започнал реално да използва марката на територията на Р. Б. във връзка със стоките или услугите, за които е регистрирана, или използването е било преустановено за непрекъснат период от пет години, регистрацията може да бъде отменена, ако не съществува основателна причина за неизползването. Чл. 25 ал.2 от ЗМГО дава определение на понятието ползване, като препраща и към текста на чл. 13 ал.2 от ЗМГО. За реално ползване на марката се приема: 1. поставянето на знака върху стоките или върху техните опаковки; 2. предлагането на стоките с този знак за продажба или пускането им на пазара, или съхраняването им с тези цели, както и предлагането или предоставянето на услуги с този знак; 3. вносът или износът на стоките с този знак; 4. използването на знака в търговски книжа и в реклами, както и: 1. използването на марката от притежателя ѝ във вид, който не се различава съществено от вида, в който марката е била регистрирана; 2. поставянето на марката върху стоките или върху тяхната опаковка в Р. Б., независимо от това че са предназначени само за износ. Съгласно чл. 19 ал.3 от ЗМГО, използването на марката със съгласието на притежателя се счита за използване от самия него.

При съпоставка с тестовите на директивата, съдът приема, че националното законодателство е приведено в съответствие със същите. Директивата дава възможност националният законодател да установи разпоредби във връзка с отмяната на марката.

От събраните по делото доказателства се установява по безспорен начин, че американската компания R. L. е регистрирала търговски марки X. в различни класове,

като марките са безспорно сходни по дизайн : В производството по делото са представени доказателства за марка **Н. с рег. № 00024070 регистрирана на 29.06.1994г**, тип комбинирана, като Н. е изписано с латински букви със специфичен шрифт със светли букви, а около словния елемент има елипса – марката е регистрирана в класове – 29,30,31. **Марка рег. № 00003464 Y** в класове 39, 40 и 42 е регистрирана на 28.07.1994г, като тип комбинирана, като Н. е изписано с латински буква със специфичен шрифт със светли букви, а около словния елемент има елипса. Регистрирана е и **марка рег. № 44665 тип комбинирана**, като Х. е изписано с букви на кирилица – последната е отменена за класове 16, 21,29, 30 , 31 32, 33, 35, 39 и 40 с решение № 382/20.10.2010г, като председателят на Патентното ведомство е приел, че дори и при сравнение двете марки – 44881 и 44665 да се различават единствено в начина на изписване на техния словен елемент, съответно – на латиница и кирилица, двете марки са обект на отделно производство по регистрацията и всяка от тях следва да се използва според разпоредбата на чл. 19 от ЗМГО. **Процесната марка с рег. № 00044881 е регистрирана на 23.05.2003г** като комбинирана за класовете 16, 21, 32 ,33 и 35, като Н. е изписано с латински буква със специфичен шрифт с тъмни букви, а около словния елемент има елипса. Характерно и специфично за тази марка е обаче и „сянката”, която тези букви хвърлят, и която липсва с предходните посочени погоре марки. Определено всички тези марки са със сходен графичен дизайн .

За да се прецени относимостта на представените доказателства, съдът приема, че следва на първо място да се вземе предвид дали те са означени с процесната марка рег. № 44881, така както същата е регистрирана или във вид, който не се различава съществено от вида , в който е регистрирана. Останалите марки , дори и при сходство са предмет на друга регистрацията и следва да се прилагат съгласно чл. 19 от ЗМГО.

При извършена преценка в тази насока съдът приема следното: Част от менютата са с надпис 2002г, като същите следва да се изключат от доказателства по делото. Периодът на установяване е от датата на регистриране на марката до датата на подаване на молбата за отмяна: 23.05.2003г – 10.06.2008г. След като марката е регистрирана 2003г, недопустимо е да се доказва използването ѝ с доказателства създадени през 2002г.или на друга дата преди 2003г. Същата /2002г/ е година извън процесния период и създадените към тази година доказателства са неотносими към производството по делото. Според разпитания по делото свидетел, коктейлното меню е от 2001 – 2002г, но свидетелят твърди , че е ползвано до 2004г , поради което може да се ползва като доказателство по делото. Според същия свидетел, меню с № 1 е от 2004г, поради което попада в процесния период, а меню – червено със спирала – е от 2006 – 2007г , поради което попада в процесния период; меню с цвят на корицата – жълто и червено е от 2004г и също попада в процесния период; меню под № 2 е за 2003г и се включва в процесния период.; менюто с множество снимки и спирала е от 2009 г и следва да се изключи като доказателство извън процесния период ; менюто с надпис лято 2008 е за относимия период ; менюто – Добро утро с петлето, според свидетеля е за 2001г и е извън периода на установяване, поради което не следва да се цени като доказателство за процесния период; менюто с отбелязване 2007г касае период относим към процесния. Върху корицата на тези менюта има поставена марката Н. със специфичен шрифт и латински букви, всички със сянка и елипса около словната част. Различията са в това, че върху меню № 2 са бели букви върху червен фон; меню червено и жълто – в левия горен ъгъл има изписан глагола be с малки букви; върху менюто от 2007г марката е в рамка с бели букви, като под нея е изписано В. & G.; менюто от 2008г

надписът е червен с глагола be; върху червеното меню надписът е червен върху червен фон с глагола be; върху меню с № 1 надписът е червен , като под Н. е В. & G.. На първо място тези доказателства се представят, за да се обоснове използване на марката рег. № 44881 в клас 16 – хартия, картон и стоки от тези материали, които не са включени в други класове, печатни произведения. Спорът е дали изписването на марката на първо място касае процесната мярка или друга такава – рег № 3464У, регистрирана за клас № 42 – ресторантски услуги /хранене/; на следващо място е въпросът, дори и да се касае за същата марка – 44881 дали с изписването ѝ върху менюто на ресторантите Х. може ли да се обоснове извод за използване на марката в клас 16 – хартия и пр. , като се твърди, че се касае за използване на логото на ресторанта върху менюто каквото било фактическото положение в повечето ресторанти, а не за използване на марката Н. рег. № 44881 в клас 16 – хартия, картон и прочие. ...На първо място – относно въпроса за приложение на точно тази марка – Съдът на л. 304 и 306 по делото разполага с доказателства – справка за марка, в която е и изображението на марката съответно с рег. № 3464У и рег. № 44881. При извършено служебно констатиране, съдът приема, че върху относимите менюта е използван знака на марка рег. № 44881, дори и на част от тях буквите да са в бяло, други в червено, в левия ъгъл да е изписан глагола be и под елипсата В. & G.. Марка рег. № 44881 е регистрирана и в клас 43 – ресторантьорство и в класовете, предмет на настоящото производство. Знакът е един и същ за тази марка и за регистрацията в клас 43 и за регистрацията в клас 16 и пр.. Съдът в тази част базира решението на допусната по делото експертиза, която приема, че модификациите, направени в знаци 1,2,3 / по експертизата/ не променят отличителния характер на знака на марката – тези знаци не се отличават съществено от вида, в който процесната марка е регистрирана. Съдът не споделя възраженията на жалбоподателя, че се касае за използване на марка рег № 3464У. Дори и буквите върху част от знаците да са бели, това не означава приложение на тази марка, тъй като знакът на марката е различен – предвид липсата на сянка и различен начин на изписване на Н. – с различен шрифт. А що се отнася до възражението, че изписване на знака върху менютата означава поставяне на логото на ресторантите върху менютата, съдът приема следното: След като една марка е регистрирана и в клас ресторантьорство и в клас хартия, картон и прочие, липсва пречка при условие, че се касае за едно и също лице притежател на марката, марката регистрирана в клас хартия и картон да се използва **във връзка с дейността на фирмата в областта на ресторантьорството.** Става въпрос за комплексна дейност и използване на марката в различни посоки и по отношение на различни стоки и услуги. [фирма] закупува картон и прочие, изработват се менюта, върху които се поставя марка рег. № 44881, които се предлагат в ресторантите на Х. АП. Според съда в случая може да се приеме и използване на марката в клас ресторантьорство и в клас 16, предвид дейността на фирмата, както и предвид факта, че използване по смисъла на ЗМГО е и поставяне на знака върху стоките или техните опаковки. Според жалбоподателя в случая липсва „стока“ по смисъла на думата в тълковния речник, като наличието на стока обосновавало продажба на същата. Съдът споделя становището на заинтересованата страна – менюто само по себе си е произведение от картон/хартия, върху което има знака на марката рег. № 44881. Това меню е в публичното пространство и се употребява от широк кръг хора, които посещават ресторантите Х.. Ето защо съдът приема, че е достатъчно продуктът да е в публичното пространство и да присъства на пазара на услуги и стоки. Същият се използва в ресторантите Х., без да е необходимо самият той да е предмет на продажба

от Х. АД.

По отношение на останалите доказателства в тази насока, картонени папки, програми, картички, карти в Приложение № 3, съдът приема, че същите отново осъществяват използването на марката рег. № 44881 и в клас ресторантьорство и в клас 16 – хартия и картон... Самите изделия носят знака на марката, това че се разпространяват в ресторантите Н. и то безвъзмездно не може да обоснове извод, че не се използва марката в клас 16. Дори и подложките, салфетките и прочие да са консумативи за ресторантите и за тях да се определят нормативно признати разходи, те са стока, която са ползва в ресторанта и която носи знака на марката Н. в клас хартия, доколкото са произведени от хартия/картон и пр, върху която е марката и са в публичното пространство. Доколко с картичките и картите се осъществява едновременно с това и реклама на ресторантите Н. е неотносим въпрос към използването на марката в посочения клас. Ако една марка е регистрирана и в клас ресторантьорство и в клас хартия няма пречка чрез поставяне на знака на марката върху салфетки, подложки и прочие, които се употребяват в ресторантите Н. да се постига рекламиране на марката за услугата в клас ресторантьорство, тоест рекламиране на ресторантите Н. – законът не забранява подобно комбинирание. От страна на заинтересованото лице се поставя възражение, че тези продукти се разпространяват единствено в заведенията Н., поради което се отрича рекламирането, като се твърди, че рекламата е извън ресторанта и принуждава клиента да го посети, веднъж посетил го – той ползва услугите на фирмата, както в областта на ресторантьорството, така и в областта на рекламата и прочие... доколкото ползва продукти от хартия с марка Н., подложки с марка Н., менюта Н. с реклами на други продукти.

От казаното погоре съдът обосновава извод за законосъобразност и правилност на извода на административния орган, че от доказателствата по делото се обосновава приложението/използването на марката с рег. № 44881 в клас 16 за посочените в решението стоки – хартия, картон и стоки от тези материали, които не са включени в други класове. В случая следва да се посочи, че от този клас са изключени определени стоки в частта, в която е отменена регистрацията за тази марка и те не са предмет на настоящото производство. Съгласно чл. 13 от Директива 2008/35: Когато съществуват основания за отказ на регистрация или за отмяна или недействителност на марка само по отношение на някои от стоките или услугите, за които марката е заявена или регистрирана, отказът на регистрация, отмяната или недействителността засягат само тези стоки или услуги. Тъй като по отношение на клас 16 в частта относно книги, фотографии и прочие решението не е оспорвано, съдът не следва да се произнася в тази част. По отношение на печатните произведения, включени в клас 16, за които марката не е отменена, съдът приема, че и в тази част правилно е прието ползване на марката. В приложение № 4 са представени списания Н. относими към релевиращия период, които носят марката Н. с рег. № 44881. Съдът погоре изложи съображенията за незначителни различия, които не променят извода за приложение на същата марка. В тази насока се позовава на приетата маркова експертиза. Знакът върху печатните произведения е определен от в.л. като такъв с № 3, като вещото лице изрично заявява, че модификациите в знак № 3 не променят отличителния характер на знака на марката. По отношение на възражението дали същите печатни произведения се разпространяват само и единствено в ресторантите Н., същото е ирелевантно. Безспорно по делото се установява, че се касае за печатно произведение, същото носи знака на марката с рег. № 44881 в модифициран вид, който не се различава съществено

от регистрираната марка и може да се приеме като използване на марката в клас 16 – печатни произведения.

Възраженията и съображенията на страните по всеки един от въпросите са обстоятелствени и многобройни и не дават възможност на съда да ги изпише, като отговори на всяко от тях в настоящия съдебен акт. Съдът обаче подробно е изчел всички съображения и възражения, запознал се е с доказателствата по делото и приема за законосъобразен извода на административния орган, че от представените по делото относими доказателства по безспорен начин се установява използването на марката в клас 16 за посочените в решението стоки.

Що се касае за клас 21 в частта – домакински и кухненски прибори и съдове, стъклария, порцеланове и керамични изделия, които не са включени в други класове, съдът приема следното: На първо място, по делото е разпитан свидетел, който установява, че прибори за хранене, вилници, лъжици, малки лъжички, лъжички за кафе, десерти, чай са направени с логото Н. Чиниите са от зимата на 2005г. Приборите 2006г. Съдът при проверка на приетите като доказателство менюта констатира, че в 4 от менютата – 2006, 2007 и 2008г снимките на чиниите, в които е поставена храната, носят знака на марката рег. № 44881. По отношение на модификациите на знака, съдът отново се базира на експертизата. Що се касае до възраженията, че същите – чинии, чаши, вилници и прочие са инвентар и не следва да се приемат като стоки, съдът приема, че в случая са приложими същите мотиви като изложението погоре за салфетките и подложките. Дали една стока се ползва в ресторанта като инвентар или като консуматив не променя характера ѝ на стока, която се ползва в ресторантите Н. и която носи марката с рег. № 44881 с модификации, които не я променят съществено. Стоката се употребява на пазара, а по смисъла на чл. 13 ал.2 т.1 от ЗМГО, използването е и поставянето на знака върху стоката, която определено присъства на пазара чрез употребата ѝ в ресторантите Н.

По отношение на клас 32 и 33 – безалкохолни напитки, плодови напитки и сокове, сиропи и други препарати за приготвянето на тези напитки, както и алкохолни напитки без бира, съдът приема, следното: По делото е допусната експертиза, която въз основа на счетоводни документи е установила продажба на коктейли, фрешове, шейкове в ресторанти Х. Представено по делото е и коктейлно меню. Тъй като в.л. не е открило пакитирани такива, приема, че липсват такива с опаковка, върху която да е знакът Н. Според в.л. артикули като плодове сокове – прясно изцедени, шейкове, коктейли, фрешове в ресторантите Н. се приготвят по специални стандарти, включващи рецепти, технологии, оформление и начин на поднасяне, които са описани в нотариално заверен Наръчник за работата в [фирма], който е обект на интелектуална собственост. Според жалбоподателя, същият е неотносим като доказателство в производството по делото. Според съда доказва, че в ресторантите Х. се приготвят фрешове, коктейли, плодови сокове и шейкове по специален стандарт. В.л. е посочило, че с тези стандарти се цели формиране на особен вкус, който е характерен за обектите на Н. При справка в приетите като доказателства менюта, съдът констатира, че в менюта с поставена на заглавната страница марка рег. № 4481 се излагат като продавани в ресторантите Н. фрешове /от прясно изцедени плодове/, шейкове, повечето от които обаче не носят в менюто наименованието или знакът на марката Н. с процесния рег. №. Според жалбоподателя, поставянето на фреша или сока в менюто на ресторантите Н. не означава използване на марката в този клас за тази стока. Съдът не споделя този извод на жалбоподателя. В.л. по допуснатата счетоводна експертиза

заявява, че в ресторантите Н. се използва наръчник за приготвяне на същите, обект на интелектуална собственост. При условие, че фрешове, пловоди сокове, коктейли и шейкове в ресторантите Х. се приготвят по специална технология, целяща оформяне на специфичен вкус Н. за обектите Н. и тези продукти са посочени като продавани в менютата на Н. върху които е знакът на марката Н. с посочения рег. №, регистрирана и за класове 32 и 33, съдът няма основание да не приеме използване на марката в тези класове. Дори и в счетоводните документи да не е посочен точно коктейла Н. с марката, то посещаемостта на ресторантите е дотоклокова голяма, че може да обоснове извод за използване в количество, което да определи реалното използване на марката в този клас. В случая продажбата е и сезонно определена. Поднасянето на прясно изцеден сок по технология използвана само в ресторантите Н. в чаша със знак Н. /рег. № 4481/ също може да обоснова извод за използване на марката в тези класове.

В частта относно клас № 35 – реклама – съдът приема следното: От представените по делото договори за реклама не може да се обоснове извод, че под марката Н. с рег. № 44881 се извършва реклама. От приетите като доказателства по делото менюта се установява, че под марката Н. с рег. № 4481 в същите менюта са публикувани реклами на различни продукти. Съдът приема изложеното от заинтересованата страна, че в случая не се касае за списъка с предлаганите артикули, а за рекламно каре или рекламна страница. Съдът не приема възраженията на жалбоподателя, че се касае за реклама във връзка с ресторантьорството. Както погоре съдът посочи няма пречка с една марка, която е регистрирана в различни класове да се постигат цели и на рекламиране на продукти в ресторанта и на реклама осъществявана под знака на марката Н. в клас 35. Съдът не споделя възражението в жалбата, че липсата на фактури и договори за реклама под марката в този клас означава липса на извършена реклама под марката с този клас. Както посочва заинтересованата страна, отношенията между фирмите по повод осъществяване на рекламната дейност е ирелевантен въпрос към настоящото производство. От значение е факта на осъществяване на реклама, който се установява по безспорен начин.

Предвид гореизложеното, съдът приема, че по делото се доказва реалното използване на марка Н. с рег. № 44881 в класове по оспорваното решение за тези стоки и услуги на територията на РБългария за процесния период от пет години, поради което и решението на административния орган е законосъобразно при правилно приложение на материалния закон. Налице е всеки един от елементите на фактическия състав, обосноваващ реалното ползване на марката в посочените класове и за посочените по решението стоки /а не за целия клас, както твърди жалбоподателя/ .

Съдът споделя становището на заинтересованата страна, че при марките всеки един случай следва да бъде разглеждан самостоятелно и при съобразяване с всички релевантни обстоятелства. Общеизвестната марка „Х.“ за клас ресторантьорство според съда в случая е реално използвана и в класовете и за стоките по оспорваното решение в обжалваната част.

Като взе предвид елементите на фактическия състав на чл. 19 от ЗМГО, съдът приема, че по делото се доказва: - използването на марката да е извършено със съгласието на притежателя на правото във връзка със стоките/услугите, за които марката е регистрирана в посочените по решението, предмет на контрол класове и стоки/ ; - използването е започнало в срок от пет години от датата на регистрацията.; - използването да е „реално“ на територията на Р. Б. по смисъла на чл.19, ал.2 във вр. с чл. 13 ал.2 т.1 и т. 4 предл. 2-ро от ЗМГО.

Предвид гореизложеното, съдът приема, че законосъобразно Председателят на Патентното ведомство е отхвърлил като неоснователна жалбата с искане за отменяне регистрацията на марка с рег. № 44881 Н., комбинирана с притежател R. L., САЩ за стоките: клас 16 - хартия, картон и стоки от тези материали, които не са включени в други класове, печатни произведения; клас 21 - домакински или кухненски прибори и съдове (които не са от благородни метали или с такова покритие), стъклария, порцеланови и керамични изделия, които не са включени в други класове; клас 32 - безалкохолни напитки, плодови напитки и сокове, сиропи и други препарати за приготвяне на тези напитки; клас 33 — алкохолни напитки (с изключение на бира); клас 35 - реклама.

Съдът не споделя възражението на адв. П., че в случая не се касае за реално използване на марката. Съдът приема, че марката е използвана реално именно с нейната основна цел да разграничи произхода на стоките и услугите под марката Н. от останалите; същата е използвана в търговията, като реалното ѝ приложение е в ресторантьорството, но използването на марката в класове 16, 21, 32, 33 и 35 за сочените в решението стоки дори и да е във връзка с осъществяване на основната дейност на фирма Х. АД, подпомага нейното извършване именно в търговията с услуги, като при продажбата на стоки в ресторантите Х. се използват чаши и чинии, подложки и салфетки Н. ; рекламира се под марката Н. . Стоките и услугите са на пазара и до тях имат достъп неограничен брой клиенти, което говори за реално приложение - публично, което е очевидно за потребителя. Отношенията на пазара не се уреждат само и единствено с договор за продажба. От друга страна облигационните и търговски отношения са извън предмета на настоящото производство. Според съда не може да се отрече, както заявява жалбоподателя , че използването на консумативи (салфетки за хранене, подложки за маса, подложки за бира,) и инвентар (чинии, чаши, лъжички за хранене, трайни менюта) в заведение за хранене, е реално използване на марката за самите консумативи и инвентара, а не използване на марката за реклама на предлаганите ресторантьорски услуги. Дори и да се постига ефектът на реклама, това не води до механичното отричане на използването на марката за посочените класове и стоки. Ресторантите Х. могат да ползват консумативи и инвентар с друга марка, но те ползват такива с марката Х.. Както самият жалбоподателя е посочил в цитираните от него източници, броят на използваните продукти не е константна величина, за да се приеме реално използване на марката. Ето защо не може да се говори , че са продадени само 2430 бр Х. коктейла, затова липсва реално използване на марката. Достатъчният обем се преценява с оглед цялата фактическа обстановка и според съда обосновава реално ползване на марката за посочените стоки в изброените класове. Според съда създаването на коктейл хепи с използване на алкохол, прави самият коктейл алкохолен, поради което същият не може да се отнесе към клас безалкохолни, а алкохолни напитки.

Предвид гореизложеното, съдът приема, че жалбата следва да бъде отхвърлена като неоснователна. Изложените възражения в жалбата, които ненужно теоритизират материята касаещи категории стоки и възприемането им от потребителя са обсъдени в приложената и приета по делото маркова експертиза. Съдът приема, че не следва да ги излага подробно в решението си. Административният орган правилно, предвид заключението е представил стоките по класове, за които е регистрирана и реално ползвана марката.

Предвид изхода на делото, на ответника се дължат разноски в размер на 150лв юрисконсултско възнаграждение. По отношение на разноските за заинтересованата

страна- претендира се внесен депозит за в.л. в размер на 450лв и адвокатско възнаграждение в размер на 3000лв . Представен е договор за правна защита и съдействие между заинтересованата страна и адвокатско дружество „П. и С.“ с уговорено възнаграждение от 3000лв. Представени са доказателства за внасяне на сумата. Съдът отхвърля възражението за прекомерност на адвокатското възнаграждение. Фактическата и правна сложност на делото не дава основание за намаляване на този размер. На следващо място – съдът приема, че се касае за значим материален интерес. В действителност от адв. П. не е направено искане за експертиза за оценка на марката. При материален интерес, адвокатът има право да уговори възнаграждение спрямо интереса, както и съобразно сложността на производството. Воден от горното АССГ в настоящия състав

### РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ ЖАЛБА НА Т. Z. M. O. S. A. (Т.) Полша чрез адв. И. П., САК, срещу решение № 369 от 15.10.10 г. на Председателя на Патентно ведомство, в частта му, в която се отхвърля искането за отменяне регистрацията на марка рег. № 44881 Н. на основание чл. 25, ал. 1 във връзка с чл. 19 ЗМГО (поради неизползване) за ПОСОЧЕНИ В РЕШЕНИЕТО стоки от клас 33 и ПОСОЧЕНИ В РЕШЕНИЕТО стоки и услуги от класове 16, 21, 32 и 35.

ОСЪЖДА Т. Z. M. O. S. A. (Т.) Полша ДА ЗАПЛАТИ НА Патентно ведомство разноски по делото в размер на 150лв./сто и петдесет лева/, представляващи юрисконсултско възнаграждение.

ОСЪЖДА Т. Z. M. O. S. A. (Т.) Полша ДА ЗАПЛАТИ НА R. L. – Ф. САЩ разноски по делото в размер на 3450лв.

Решението подлежи на оспорване пред ВАС на РБългария в 14 дневен срок от съобщението до страните за постановяването му.

Препис от решението да се изпрати на страните по делото.

АДМИНИСТРАТИВЕН

СЪДИЯ:

.....