

# РЕШЕНИЕ

№ 179

гр. София, 10.01.2017 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Второ отделение 23 състав,**  
в публично заседание на 21.11.2016 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Антоанета Аргирова**

при участието на секретаря Теменужка Стоименова, като разгледа дело номер **3799** по описа за **2016** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е с правно основание чл.50, ал.1 от Закона за марките и географските означения /ЗМГО/ и е по реда на чл.145 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/.

1. С Решение №289/15.12.2015 г., издадено по заместване от името на председателя на Патентно ведомство е отменена регистрацията на марка с рег. № 56252 M'S., комбинирана, за всички стоки и услуги от класове 14, 18, 25 и 35 на МКСУ, за които е регистрирана, и е посочено, че отмяната има действие от 28.04.2009 г.

2. В срока по чл.50, ал.1 от ЗМГО и по реда на чл.152 АПК, решението е оспорено изцяло от [фирма], ЕИК:[ЕИК], със седалище и адрес на управление в [населено място] 4000, р-н Централен, [улица], представлявано от управителя М. З. Е..

3. Наведените основания за оспорване са за допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила и противоречие с материалния закон-чл.146, т.3 и т.4 от АПК. Тяхното осъществяване е аргументирано с твърдения и доводи, че административният орган /АО/ не е успял да достигне до правилен извод относно реалното използване на марката и погрешно е заключил, че не са представени „солидни и обективни доказателства за реално използване на процесната марка“. При преценката на доказателствата не е спазен основният принцип, че доказателственият материал следва да се разглежда в своята пълнота, цялост и единство като се отчитат връзките между различните доказателства. В резултат на това, част от съдържащата се в доказателствата релевантна информация не е била възприета или е била възприета погрешно от АО и голяма част от доказателствата

неоснователно са отхвърлени като неотнормирани. Така например, погрешно е прието, че представените договори на [фирма], [фирма] и [фирма] за наем на търговски обекти в търговски центрове /Г. Мол В., С. Център С. и Мол П./ могат да служат единствено като доказателство, че процесната марка е била използвана като наименование на търговските обекти, но не и като доказателство за използване за стоките и услугите, за които е регистрирана. Този извод е погрешен и противоречи на фактите, тъй като в договорите за наем изрично е посочено не само наименованието /марката/ на търговския обект, но и вида на стоките, които ще се предлагат в него, както и марката, с която са означени: „специализиран магазин за официална мъжка мода и съответните аксесоари, изключително от марката „M'S." в средния до високия ценови жанр под наименование на магазина „M'S.", „магазин за продажба на мъжки модни дрехи и аксесоари с марката „M'S., магазин за продажба на модни облекла с търговските марки US P. и M'S.". Молителят в административното производство- В. И. Д. не оспорвала факта, че [фирма], „Лукс Ф." О. и [фирма] са оперирали магазини за мъжки облекла и аксесоари в посочените молове във В., П. и С.. Обратното би било нелогично, като се имало предвид, че тя е лицето представлявало тези дружества и нейният подпис стои и под трите договора за наем, както и под договори за реклама, в които е посочен адресът на един от магазините. По преписката са събрани и други доказателства, които установяват, че представените договори за наем са изпълнявани, респ. че в посочените магазини е предлагана луксозна мъжка мода и аксесоари. По-конкретно, това се установява от съвместното разглеждане на договорите за наем /Дб, Д 13.1 и Д 17/ с декларациите на продавач-консултантите относно вида на стоките, предлагани в съответните магазини и начина на означаване на магазините, снимки и видеозаписи на магазините и стоките, предлагани в тях, дневните финансови отчети на търговски обект M'S. & US P. А., опериран от [фирма], Принципите за обслужване в магазините M'S., текста на чл.1, ал.1 и 3, чл. 7 и чл. 25 от договорите за реклама на [фирма] с [фирма] от 04.06.2012 и от 02.01.2013 г. текста на чл. 1 от договора за реклама на [фирма] в предаването „Н. говорят" , декларациите на Л. Н., рекламата на марка M'S. в сп. Максимум, под която са посочени адресите на магазините M'S.. Всички посочени доказателства за използване на марката сочат към един общ търговски източник - групата свързани дружества [фирма], [фирма], [фирма], „Е.; Е. и [фирма], които оперират луксозни магазини M'S., в които се предлагат мъжки облекла, обувки, колани, вратовръзки, игли за вратовръзки, ръкавели и други аксесоари с марка M'S., позиционирани в средния и висок ценови клас. В Оспорваното решение е прието погрешно, че представените Принципи за обслужване в магазините M'S. от януари 2009 г. са ирелевантни, тъй като не съдържали „информация относно времето, мястото, обема, интензивността или начина на използване на процесната марка" . Този погрешен извод също е последица от незадълбочено обсъждане на това доказателство в неговата пълнота и връзка с другите доказателства по преписката. При внимателен прочит на Принципите за обслужване в магазините M'S. се установява, че този документ съдържа информация за стоките, предлагани в магазините M'S. /облекло, колани, чанти, обувки, вратовръзки и аксесоари/, за тяхното естество /луксозна мъжка мода във високия ценови клас/, за потребителския сегмент /клиенти с високи изисквания и финансови възможности, в т.ч. и V. клиенти/, което прави това доказателство относимо. Тази информация се потвърждава от останалите документи /договори за наем, касови бонове, реклама, видеоклипове, снимки, декларации/ и от своя страна ги

допълва. Разгледано в контекста на изложените твърдения и останалите доказателства по преписката, този документ, установява, че марката M'S. е използвана от група свързани дружества под контрола /и със съгласието/ на тогавашния маркопритежател М. Е., които са оперирали верига фирмени магазини M'S., в които са предлагани стилни класически мъжки облекла, обувки, чанти, колани, вратовръзки, игли за вратовръзки, копчета за ръкавели и други аксесоари от мъжкия тоалет, означени с тази марка.

На следващо място, поради посочените нарушения при обсъждането и преценката на доказателствата, АО направил извод, че декларациите на служителите в магазините M'S. и снимките на магазините били единственото доказателство, свидетелстващо за продажба на стоки, обозначени с процесната марка и „не се подкрепят от останалите доказателства по производството“. Този извод е неверен и противоречи на фактите. Декларациите съдържат информация относно наименованията и адресите на магазините, извършваната в тях дейност, вида на предлаганите стоки и марките, под които се предлагат, която се потвърждава напълно от датирания договори за наем на търговските обекти, датирания договори за реклама с Б. Медия груп АД, датирания видеоклипове на магазини M'S., които показват означението на магазина, стоките в него и дори техните етикети, касовите бонове и дневните финансови отчети на [фирма], рекламите в списания, телевизия и интернет. Неоснователен бил и направеният АО извод, че декларациите не могли да бъдат кредитирани поради факта, че произхождат от служители на тогавашния маркопритежател М. Е., над които същият има власт в качеството си на работодател. В тази връзка се отбелязва, че молителят В. Д. представлява и управлява заедно и поотделно с тогавашния маркопритежател М. Е. две от дружествата, служители на които са предоставили информация чрез декларации. Предвид това, както и факта, че декларираните факти се подкрепят от всички останали доказателства по делото, няма основания за съмнения в тяхната достоверност. Или казано с други думи, по делото няма нито едно доказателство, което да опровергава посочената в декларациите информация. АО е възприел погрешно съдържанието на договора за реклама в периодично печатно издание и копие от публикувана реклама на марка M'S. в бр. 10 от 2010 г. на сп. Максимум, поради което е направил неправилен и необоснован извод, че това доказателство е неотнормимо към предмета на доказване. Изложените мотиви, че „в договора не е записано и определено какво точно ще се рекламира, поради което не може да се заключи, че именно процесната марка е предмет на рекламата" не намират опора във фактите. Видно от договора, в него са посочени ясно рекламираните марки /U.S. P. и M'S./, както и списанията, където ще се публикуват рекламите /Е. и Максимум/, по обичайния за това начин за този вид реклама. А., че не можело да се направи връзка между корицата на брой 10 от 2010 г. на списание „Максимум" и вътрешната страница с рекламата на M'S., е несъстоятелен, тъй като връзката им и верността на съдържанието е удостоверена от издателя [фирма] с подпис и печат на гърба на двете страници. На отделно основание, това доказателство е относимо и поради факта, че под рекламата са посочени имената и адресите на магазините M'S. в П., С. и В., където през 2010 г. са предлагани стоки с процесната марка. Това доказателство кореспондира напълно с всички други доказателства и на самостоятелно основание установява, че използването на процесната марка е осъществявано от група свързани компании под контрола на тогавашния маркопритежател М. Е., които са оперирали магазини за мъжка мода с марка M'S. в

различни големи градове в страната. Приложенията към жалбата разпечатки на страници от интернет, съдържащи датирани публикации за марката M'S. допринасят за изясняване на фактичката обстановка и на самостоятелно основание установяват реалното използване на марката през релевантния период чрез представянето ѝ на модни ревюта на престижни фестивали и конкурси. Освен това, разпечатката от модния портал fashion.bg установява, че марката е била налагана на пазара през периода „пролет-лято 2012 г.“ за стоките от клас 25 от [фирма], [фирма], [фирма] и [фирма] /адресите на посочените магазини съвпадат с адресите в договорите за наем на търговските обекти/. Една от страниците съдържа информация за самия портал fashion.bg и показва, че той е създаден през 1999 г. и към настоящия момент се е наложил като най-големият в Б. специализиран портал за мода, което обуславя извод, че рекламата на марката в него е достигнала до достатъчен брой релевантни потребители, за да се приеме, че е налице реално използване.

АО приел, че представените доказателства свидетелстват за реклама на процесната марка в новинарските емисии по Б. и предаванията „Н. говорят...“ и „Комиците“, излъчвани в каналите на "Б. М. Г.", но погрешно заключил, че липсват данни за продължителността и интензивността на рекламата, въпреки че в договорите с [фирма] е посочен срокът, т.е. те съдържат информация за продължителността на рекламата, и въпреки представените доказателства, че договорите са били изпълнявани /констативни протоколи на екрани от съответните предавания с финалните надписи от произволни дни в процесния период/. АО не е съобразил, че представените разпечатки от излъчвания на рекламата M'S. във финалните надписи в новинарските емисии на bTV и предаванията „Н. говорят...“ и „Комиците“ имат примерен, а не изчерпателен характер, тъй като целта им е да установят, че договорите за реклама са изпълнявани и да покажат вида, в който процесната марка е използвана /рекламирана/. Договорите установяват, че рекламата в новинарските емисии на bTV е излъчвана в продължение на година и половина в предаването „Н. говорят....“ - една година /q а в предаването „Комиците“ - година и три месеца. Това, само по себе си е достатъчно да обоснове извод за продължителна интензивна реклама, предвид ноторните факти, че централните и късни емисии новини се излъчват всеки ден в най-гледаните часови пояси с най-голяма зрителска аудитория, че каналите, по които са излъчвани рекламните надписи са на една от трите най-големи национални ефирни телевизии у нас, които са с безплатен и свободен достъп, а новините на bTV се водят от две двойки водещи на ротационен принцип, като Ю. К., чийто гардероб е с процесната марка, е един от двамата водещи-мъже. Ако АО беше обсъдил и взел предвид тези ноторни факти, щял да установи правилно фактичката обстановка и отгук-да достигне до правилен извод, че процесната марка е била реално използвана през релевантния период. Изпълнението на договорите за телевизионна реклама се установява на самостоятелно основание и от представените към жалбата писма от [фирма] изх. NN309, 310/ 16.03.2016 г. Към тях е приложен съответен сертификат за излъчените емисии/предавания за срока на действие на договорите за реклама, както и дискове със запис на финални надписи на някои от предаванията в периода /избрани на случаен принцип/. Рекламата в „Н. говорят“ е излъчвана във всяко предаване, което е веднъж седмично, тоест 42 излъчвания. Отделно още най-малко толкова повторения по същия или другите канали на [фирма]. Що се отнася до рекламата в емисиите „Новини“ видно от предоставените данни за периода на договора са излъчени 1134 емисии, /в 19ч. и в 22ч./. Това

означава, че половината от тези емисии са водени от Ю. К., респективно в тях е била рекламирана процесната марка. Неоснователни и противоречащи на фактите са изложените в оспорваното решение мотиви, че реклама с продължителност от 3-4 секунди във финални надписи била с незначителен рекламен ефект. Обстоятелството, че финалните надписи вървят върху самото предаване /последните кадри/ е фактор за увеличаване на аудиторията, която ги е видяла. Освен това рекламни съобщения във финалните надписи има само в новинарски емисии и предавания /с публицистичен, културен или развлекателен характер/ с известни водещи, които се излъчват регулярно и имат голяма и/или лоялна аудитория. Обективна преценка за ефективността на такава реклама /във финалните надписи на посочените предавания/ може да се направи от Приложената към жалбата Тарифа за реклама в bTV. АО неоснователно е отхвърлил като неотнормими част от представените доказателства /констативни протоколи с процесната марка/ за реклама на процесната марка в предаването „Комиците“ в релевантния период с мотива, че противоречали на декларацията на продуцента. Този извод не следва от правилата на формалната логика. Изричното изявление на продуцента на предаванията, че процесната марка е била рекламирана в даден период не означава, че не е имало предишен договор за реклама, какъвто е случаят. В оспорваното решение са направени неверни фактически изводи, че „от датата на създаването му - 11.06.2010 г. до настоящия момент домейнът m-suit.com е собственост на молителя - В. Д., което е довело и до погрешен извод относно използването на марката. Приложената разпечатка установява, че домейнът m-suit.com е собственост на [фирма], а В. Д. е лице за административен контакт. Последната, в качеството си на управител на предишния притежател на домейна / [фирма] или [фирма]/ го е пререгистрирала на името [фирма], в което е едноличен собственик и управител. Това се потвърждава и от приложената справка от търговския регистър за [фирма], която показва, че дружеството е регистрирано през 2014 г. и не е могло да бъде регистрант и собственик на домейна през 2010 г.

АО е приложил неправилно материалния закон, поради което е достигнал до погрешен извод, че процесната марка не е била използвана реално в търговската дейност. За да се направи правилна и обективна преценка на представените доказателства е необходимо да се обсъдят и съобразят естеството на стоките и услугите, за които са представени доказателства за използване, релевантния потребителски сегмент, ценовия клас на стоките/услугите, за които е демонстрирана употреба, както и обичайните правила за търговия в съответния продуктов пазар. Тези фактори не са отчетени в случая, което е довело до погрешни и необосновани изводи за неотнормимост на част от доказателствата, а оттук - и до неправилни изводи по предмета на производството. Не е логично да се очаква, че всяко доказателство може и трябва да съдържа едновременно всички необходими данни за доказване използването на марката - достоверна дата, рег. № или изображение на марката, снимка или описание на стоките, означени с марката, данни за интензивност, честота и количество на продадените стоки с тази марка и името на маркопритежателя и да се отхвърлят като неотнормими всички доказателства, които не съдържат пълния набор информация.

4.В о.с.з. жалбоподателят, чрез процесуалния си представител-адв.И. П., поддържа жалбата и моли за уважаването ѝ, както и за присъждането на направените за производството разноски, за които представя списък по чл.80 ГПК, вр.чл.144 АПК. При условията на евентуалност, ако съдът намери

жалбата за неоснователна, прави възражение за прекомерност на заплатеното от заинтересованата страна /ЗС/ адвокатско възнаграждение. В депозираниите по делото писмени бележки, аргументира основателността на жалбата, като поддържа доводите в жалбата, както и че от допълнително събраните в съдебното производство доказателства се потвърждавало, че ползвателите са оперирали верига фирмени магазини M'S., в които са предлагани мъжко облекло, обувки и аксесоари към мъжкия тоалет. По-конкретно, представени и приети са фактури за извършено плащане към [фирма] и [фирма] по договорите за наем /Д42 - листа 19-43 по делото/ и оригинален екземпляр на бр.8/2010 г. от сп. Максимум, където е публикувана рекламната процесна марка. Свидетелските показания на Е. М. и Т. Г. потвърждават съдържащата се в останалите доказателства информацията относно местоположението и начина на означаване на магазините „M'S." в С., П. и В., вида и означенията на предлаганите в тях стоки и начина на работа и отчетност в магазините. Дори само фактът, че в релевантния период е имало 4 фирмени магазини M'S. за мъжка мода в големи градове като С., П., В. и Х., е достатъчен, за да установи, че процесната марка M'S. е била реално използвана за стоките и услугите, за които е регистрирана. Информация за вида на стоките и услугите, както и начина, по който те са означени с процесната марка се съдържа в редица доказателства, представени, както в административната, така и в съдебната фаза. Допълнително в съдебната фаза са представени сертификати на [фирма] за излъчените емисии/предавания за срока на действие на договорите за реклама, както и дискове със запис на финални надписи на някои от предванията в периода /избрани на случаен принцип/. Рекламата в „Н. говорят" е излъчвана във всяко предаване, което е веднъж седмично, тоест 42 излъчвания. Отделно са излъчени още най-малко толкова повторения по същия или други канали на [фирма], Що се отнася до рекламната емисии „Новини" видно от предоставените данни за периода на договора са излъчени 1134 емисии, (в 19ч. и в 22ч.). Половината от тези емисии са водени от Ю. К.. В административното производство е представен договор за реклама в периодично печатно издание и копие от публикувана реклама на марка M'S. в сп. Максимум В договора са посочени ясно рекламираните марки /U.S. P. и M'S./, както и списанията, където ще се публикуват рекламите /Е. и Максимум/. В съдебната фаза издателят е представил оригинален екземпляр от въпросното издание /бр. 8 от 2010 г./, което установява, че марката е била използвана във вида, в който е регистрирана, като рекламната е свързана с процесните стоки и услуги. Посочените адреси на магазините, означени с процесната марка, съответстват на адресите на обектите, посочени в договорите за наем и представените страници от интернет, съдържащи датирани публикации за марката M'S..Приложената в делото разпечатка от <http://www.register.com/whois> установява, че към днешна дата домейнът m-suit.com е собственост на [фирма], а В. Д. е лице за административен контакт. Справката от търговския регистър за [фирма] показва, че дружеството е регистрирано през 2014 г. и следователно не е могло да бъде първоначален регистрант и собственик на домейна през 2010 г., какъвто погрешен извод е направен в обжалваното решение. Това се потвърждава и

от информацията, предоставена в хода на делото от [фирма]. Представеното от В. Д. социологическо проучване за „Разпознаваемостта на марката M'S. е недопустимо, неотнормимо и недоказващо неизползването на процесната марка, поради което не следва да се взема предвид при постановяване на решение по делото. С това проучване се цели да се установи отрицателен факт -неизползване на марка, което е недопустимо. То не съдържа обективна и релевантна информация, поради което е и неотнормимо. При извършването му не са взети предвид вида на стоките и услугите, за които е регистрирана и се използва процесната марка, както и ценовият сегмент, което е видно от погрешния избор на потребителски сегмент, сред който е направено проучването. На следващо място още от заглавието на проучването се вижда, че то изследва разпознаваемостта, /т.е известността/, а не използването на процесната марка - въпрос, който не е предмет на настоящия спор. Целта на законното изискване за използване на марката по чл. 19 ЗМГО е не да оценява търговският успех или да анализира икономическата стратегия на предприятието, нито да ограничи закрилата на марката само до широкомащабна търговска употреба на марката /решение от 08.07.2004 г. по Т-344/01 Н., параграф 32 и решение от 08.07.2004 Т-203/02, V., параграф 38/. Разгледано по същество социологическото проучване установява, че около 25% от релевантния кръг потребители /35 от общо около 140 мъже/ разпознават марката M'S. като марка за облекло и аксесоари. На практика то потвърждава тезата на жалбоподателя, че е налице реално използване на процесната марка.

Ответникът-председателят на ПВ се представлява от юриконсулт А., която оспорва жалбата и моли за отхвърлянето ѝ, като съображения за неоснователността на жалбата излага в депозираните по делото писмени бележки. Конкретно твърди, че означаването на стоките, предлагани в търговските обекти, със знак „M'S." не се установява и от приложените по делото финансови отчети и отчети от фискалната памет на касов апарат, разгледани сами по себе си. Видно от същите, в тях липсва посочване на конкретен знак, с който продадените стоки са означени. От друга страна, от събраните в хода на съдебното производство гласни доказателства се установило, че в релевантните търговски обекти са се предлагали стоки, означени, както с марка с рег. № 56252, така и с други марки. Предвид това обстоятелство обаче, нямало как да се определи обемът на продажбите, осъществени със стоки, конкретно означени с процесната марка, а оттам да се прецени и дали е налице реално използване на тази марка. Използване на марката по смисъла на чл. 19 от ЗМГО не се доказва и от представените снимки на търговски обекти, както и от декларациите, подписани от служители в тези обекти. Същите не носят информация за обема и интензивността на използването, поради което не следва да бъдат ценени в посока доказване степента на пазарната реализация на марката. Във връзка с доказателствата, чрез които маркопритежателят се стреми да докаже използване на марката чрез реклама, сочи, че в договора за реклама, сключен между [фирма] и „ЕЦЕ П. Б." не е посочено какво точно ще се рекламира -търговски обект, дружеството [фирма], видът на стоките, които ще се предлагат в търговския обект, или пък конкретна марка. С оглед на това, този договор следвало да

бъде изключен от преценката за реално използване на марката; по отношение договорите, сключени между [фирма] и [фирма], сочи, че действително предмет на същите е предоставянето на облекло, означено с марка „M'S." и насрещно задължение за поставяне на марката във финалните кадри от новинарските емисии на Б. за срока на договорите. Не можело обаче да се установи, нито конкретният брой на емисиите, в които Ю. К. е участвал, нито колко точно потребители са възприели тази реклама; въз основа на споразумение за взаимно сътрудничество, сключено между [фирма], [фирма] и [фирма] отново не можело да се проследи до колко зрители рекламата е достигнала, още повече, че марката е била видима едва за 3 секунди; в договора за публикуване на реклама в периодични издания, сключен между [фирма] и [фирма] по принцип липсвало посочване на обекта на рекламата. Действително по делото е представен бр. 8 от октомври 2010 г. на списание „Максимум", в който присъства процесната марка, но липсвали доказателства за обема на действително реализирани на пазара копия на списанието, поради което не може да се установи интензивността на осъществената реклама. Във връзка с представените писмени доказателства за използване на марката по смисъла на чл. 13, ал. 2, т. 4 от ЗМГО следвало да се отбележи и че от изготвеното по поръчка на заинтересованата страна социологическо проучване ставало ясно, че процесната марка всъщност е непозната за по-голямата част от българските потребители. От това обстоятелство може да се направи косвен извод, че марката не е ефикасно използвана на пазара във връзка със стоките и услугите, за които е регистрирана. Преценявайки всички доказателства по делото, както и вземайки предвид горните съображения, се констатира, че марката е използвана, но не е доказан какъвто и да е обем на това използване. Обемът и интензивността на използването на марката са съществени фактори при преценката по чл. 19 от ЗМГО, а предвид липсата на доказателства, установяващи именно тези фактори, няма как и да се обоснове извод за реално използване на марка с рег. № 56252. В заключение подчертава че за стоките от клас 14 и 18, както и за услугите от клас 35 на регистрираната марка, доказателства не са представяни. Претендира присъждането на юрисконсултско възнаграждение, а при условията на евентуалност, ако съдът намери жалбата за основателна, прави възражение за прекомерност на заплатеното от жалбоподателя възнаграждение.

5. Заинтересованата страна /ЗС/ В. И. Д., чрез процесуалния си представител-адв. А. С., оспорва основателността на жалбата и моли за отхвърлянето ѝ. В депозираните по делото писмени бележки излага, че от събраните по делото доказателства не се установява по безспорен начин, че: процесната марка е била използвана за всички стоки и услуги, за които е регистрирана; процесната марка е осъществила отличителната си функция по отношение на регистрираните стоки, за които е използвана, тоест че използването е било с реален характер. Тези твърдения са аргументирани със следните групи съображения: 1. Относно вида стоки и услуги, за които е използвана процесната марка съгласно чл. 13, ал. 2 ЗМГО: В подаденото възражение вх. № 1291007/14.08.2014 г. срещу искането за отменяне на регистрацията на марката, притежателят ѝ заявява, че същата е използвана

за част от стоките, за които е регистрирана, а именно: копчета за ръкавели и игли за вратовръзки /клас 14/, колани, чанти /клас 18/ и мъжки облекла и обувки, вратовръзки, папийонки и шалчета /клас 25/. Не се твърдяло използване на марката за услуги в клас 35. Тоест, маркопритежателят не оспорва факта, че е използвал марката си само по отношение на част, а не по отношение на всички стоки, за които е регистрирана и че изобщо не е използвал марката за услуги. Оттук и установяването на използване на марката за изрично посочените от притежателя ѝ стоки можело да се счита за използване на марката само за част, не и за всички стоки в съответните класове, за които марката има правна закрила. Този извод произтича от утвърдената експертна практика. Съгласно Насоките на Е. за проверка в Службата, част В, Възражение, Раздел 6 Доказателство за използване, стр.51, винаги трябва да се прави внимателна оценка на това дали стоките и услугите, за които е използвана марката, попадат в обхвата на категорията на регистрираните стоки и услуги". В Насоките е посочено също, че тази оценка зависи от това дали марката е регистрирана за широка категория стоки и услуги /т. 2.8.4.1, стр.54/ или за точно определени стоки и услуги /т. 2.8.4.2, стр.56/. В настоящия случай процесната марка е регистрирана: в клас 14 - за хединга /заглавието/ на класа „благородни метали и техните сплави, бижутерия, скъпоценни камъни; часовници и хронометрични уреди" и за обобщено описаните стоки „изделия от благородни метали или с такова покритие, които не са включени в други класове"; в клас 18 - за хединга на класа „кожа и имитации на кожа необработени кожи; куфари и пътни чанти; чадъри, слънчобрани и бастуни; камшици, хамути и сарашки стоки" и за обобщено описаните стоки „стоки от тези материали /кожа и имитации на кожа/, които не са включени в други класове"; в клас 25- само за хединга /заглавието/ на класа „облекло, обувки, шапки и други принадлежности за глава".

Според практиката на Е., ако марката е регистрирана за категория стоки или услуги, която е достатъчно широка, за да покрие редица стоки, които могат да бъдат възприемани като независими едни от други и се установи използване на марката само за част от широката ѝ спецификация, то марката следвало да се счита използвана само за тази част, а не за всички стоки; Следователно, ако притежателят на процесната марка е доказал твърдяното използване на марката за мъжки облекла и обувки, вратовръзки, папийонки и шалчета, то използване ще се счита за установено само за стоките в клас 25 „облекло; обувки", за които е регистрирана марката; е доказал твърдяното използване на марката за колани и чанти, то използване ще се счита за установено само за стоките в клас 18 „кожа и имитации на кожа и стоки от тези материали, които не са включени в други класове; чанти" , за които е регистрирана марката; е доказал твърдяното използване на марката за копчета за ръкавели и игли за вратовръзки, то използване на марката за тези стоки използване ще се счита за установено само за конкретните стоки „копчета за ръкавели; игли за вратовръзки, в клас 14; 2.Относно използването на марката по смисъла на чл.13, ал.2, т.1 и т.2 от ЗМГО /поставяне на марката върху стоки, за които е регистрирана и продажба под марката на стоки, за които е регистрирана/, сочи, че притежателят на марката се е позовал на означаването с нея на

търговски обекти - магазини във В., С., П. и Х. и на продажби на стоки с марката в тези магазини. Доказателствата за това използване са договори за наем и снимки на магазините, фактури за заплащане на наем, декларации на маркопритежателя и на служители в магазините, свидетелски показания, дневни финансови отчети, отчети на фискална памет, CD със запис на външния вид на стоките и магазините. Тези доказателства обаче не установявали, поотделно или в съвкупност, използването на процесната марка по чл.13, ал.2, т.1 и т.2 от ЗМГО за стоките, за които такова се твърди. Това е така, защото поотделно доказателствата или не съдържат марката /финансови отчети, отчети от фискалната памет/, или не включват всички стоки, за които се твърди използване /снимките на магазините не показват ясно стоките/, или не са датирани, за да се направи преценка дали попадат в релевантния за спора период /снимките на магазини и стоки са недатирани/, или са негодни да установяват факти по чл.13, ал.2 ЗМГО, тъй като поради естеството на тези факти, осъществяването им предполага писмени доказателства /а не свидетелски показания/, или са недопустимо доказателствено средство /декларации, инкорпориращи свидетелски показания на лица, които не са разпитани в съдебното производство като свидетели/; а в съвкупността си, доказателствата са в противоречие едни с други, вместо, допълвайки се, да разкриват относимите към спора факти. Преди всичко, както е посочено в оспорения административен акт, само по себе си означаването на търговски обект с определена марка няма за цел да отличи търговския произход на "стоките", за които марката е регистрирана и това означение не се счита за използване на марката във връзка с тези стоки /решение на Съда на ЕС по преюдициално запитване, дело C-17/06, пар.21 и посочените в този параграф други актове на същия съд/. Следователно, наличието на означения на витрините на магазините на третите лица, получили съгласието на притежателя да използват марката, не установява използването ѝ за стоките, за които е регистрирана. Събраните доказателства са противоречиви, както следва:от една страна, разпитаните свидетели посочват, че стоки с други марки освен процесната M'S. изобщо не са били предлагани в тези магазини или са предлагани много рядко; -от друга страна, според разпитаните свидетели и част от представените договори за наем, магазините са били предназначени за продажба на стоки не с една, а с две марки - процесната M'S. и друга марка U.S. P. /поставени и на витрините на магазините/. Свидетелите твърдят и че във фискалните отчети стоките на тези две марки са означавани съответно като „мъжка конфекция" и „спортно облекло" /в жалбата се твърди, че отделните артикули не могат да се изписват върху касови бонове, което е очевидно житейски невярно/; от трета страна, всички представени снимки на отделни артикули обувки, копчета за ръкавели, сака/ представят единствено стоки, означени с марката M'S. - но на записаните на CD видеокадри от вътрешността на магазините ясно се вижда, че единствените означени с тази марка стоки са колани; аксесоарите не са означени по никакъв начин, ризите са означени с марки,различни от M'S. и U.S. P. /разчита се например марката С. R.). Според свидетелските показания процесната марка се гравира върху стоките „колани", но според видеозаписа марката не е гравирани, а поставена върху коланите чрез подвижен етикет;

според свидетелите, на ризите има текстилни етикети с марката M'S., но според видеозаписа на текстилните етикети се виждат други марки; свидетелите твърдят, че в магазините са продавани обувки с марката, но фискалните отчети не споменават обувни артикули, а и на снимките от вътрешността на магазините не се виждат обувки.

От изложеното се налагали изводите, че поставянето на марка на витрината на магазин по принцип не представлява използване на марката за стоките, предлагани вътре в магазина; противоречията между свидетелските показания и веществените доказателства /снимки и видеоклипове от вътрешността на магазин/ по отношение начина на поставяне на процесната марка върху стоките, не дава възможност да се установи безспорно използването ѝ за нито един вид стоки по смисъла на чл.13, ал.2, т.1 ЗМГО; 3.Относно използването на марката по смисъла на чл.13. ал.2. т.4 от ЗМГО /реклама/, се сочи, че рекламирането на марката в медиите и интернет не било доказано. Липсвали доказателства domeinът m-suit.com да се свързва с притежателя на процесната марка, или с лицата, на които същият е предоставил съгласие за използването ѝ. Съгласно представена към жалбата справка, притежател на домейна понастоящем е лицето „Ф. Т. В.“, за което жалбоподателят твърди, че е еднолична собственост и се управлява от ЗС по спора. Това обстоятелство логично изключва връзката на жалбоподателя с този домейн. В жалбата се твърди също, че предходни притежатели на домейна са били две от лицата, ползвали марката със съгласието на притежателя ѝ-жалбоподател. За доказване на това твърдение обаче не са представени доказателства, напротив - в писмото на [фирма] било посочено, че не разполагат с данни на името на кое лице е регистриран този домейн първоначално, тъй като регистрационната услуга не е била извършена от [фирма]. Не може да бъде свързана с маркопритежателя или третите получили съгласието му за използване лица разпечатката от сайта youtube.com. Освен това съдържанието на този сайт е установено към 19.05.2014 г., тоест извън релевантния за спора период, без информация за присъствието на това съдържание в мрежата в рамките на периода. Разпечатките от сайтовете moda.bg и sofia-guide.com не са придружени с информация за посещаемост на тези сайтове, откъдето не може да се направи категоричен извод, че рекламата изобщо е достигнала до потребителите, каквато е целта на този способ за използване. Представените към жалбата разпечатки от интернет страницата fashion-bg също не са придружени с информация за посещаемост на страницата с рекламни материали за процесната марка; оттук не може да бъде направен категоричен извод, че и тези реклами са достигнали до потребителите. За сметка на това пък, текстът към снимките в доказателството, означено като Д 43.2, за пореден път изтъква, че в магазините, за които се твърди, че са продавали стоки с процесната марка, са предлагани и стоки с други марки. Рекламата в печатни медии маркопритежателят считал, че е установил с договор за рекламни публикации в списанията „Максимум“ и „Е.“. Липсвали обаче доказателства, че договорът е бил изпълнен по отношение на рекламата в списание „Е.“; липсвали и доказателства за тиража на двете списания, откъдето не може да се направи категоричен извод, че рекламата е

достигнала до потребителите. Притежателят на марката твърдял, че същата е рекламирана и в електронните медии и по-специално - в новинарски емисии на bTV и в предаванията „Комиците" и „Н. говорят с Р. П.". Представените доказателства в административното и в съдебното производство установяват достигнала до потребителите реклама на марката в новинарската емисия на bTV и предаването „Н. говорят с Р. П." по отношение на стоката „облекло". Достигането на твърдяната реклама до потребителите чрез предаването „Комиците" в административното производство не било безспорно установено. Не са представени, нито в административното, нито в съдебното производство, данни за броя излъчвания и програмната схема на предаването в твърдения период на рекламиране на марката. Съгласно представените разпечатки, датите само на три излъчвания на предаването попадат в декларирания период на излъчване на реклама на процесната марка /15.09.2012 г. - 31.04.2013 г./ Декларацията на Л. И. Н. инкорпорира свидетелски показания, които не са събрани по надлежния за това ред от съда, поради което сама по себе си е недопустимо доказателство. Използване на процесната марка по смисъла чл.13, ал.2, т.4 е безспорно установено в релевантния за спора период /чрез реклама в предаванията „bTV Новините" и „Н. говорят с Р. П."/ само за стоката „облекло" в клас 25 от МКСУ, но те не установявали „реално" използване по смисъла на чл.19, ал.1 ЗМГО и тълкувателното решение на Съда на ЕС по дело C-40/01. За да изпълни предназначението си да отличава стоките на различните производители, марката трябва да е достигнала до потребителските възприятия като предаваща им еднозначна информация за търговския произход на съответните стоки/услуги. Такъв резултат в случая не бил установен, видно от представеното по делото социологическо проучване. Противно на възраженията на жалбоподателя, проучването не е насочено към установяване на известността на процесната марка /тоест на количеството потребители, които я познават/, а към установяване на нейната отличителна функция. Фактът, че социологическата агенция е озаглавила проучването „Разпознаваемост на марката" не означавал сам по себе си, че то е насочено към известността ѝ. Агенцията би могла да озаглави проучването си както намери за добре, неразполагайки със специални знания относно използваната в марковото право терминология. От своя страна, разпознаваемостта на марката по принцип е свързана както с известността ѝ /броя познаващи я потребители/, така и с отличителността ѝ /броя потребители, свързващи марката със стоките и услугите, за които е регистрирана/. Ако, както счита жалбоподателят, от добитите чрез проучването данни може да се извлече информация и за известността на марката, то тази информация е добавъчен факт, който не е от значение за спора, поради което не се и позоваваме на него. Насочеността на проучването се определя не от заглавието му, а от въпросите в него - а те очевидно са свързани със способността на марката да отличава определени стоки и услуги. Въпросът „С коя от изброените индустрии свързвате думата „M'S." е насочен към установяване на факта дали марката е осъществила отличителната си функция спрямо стоките, за които е регистрирана - реалният характер на използването предполага отличителността да е проявена именно спрямо тези стоки, а не изобщо.

Резултатите показват, че много по-голям процент от респондентите или свързват знака с други индустрии като строителство, парфюмерия, автомобили и др. /общо над 20 % от респондентите/, или не я свързват с никакви индустрии /71,9%/. В анализа на този резултат е посочено, че niskият дял на респондентите, посочили конкретен бранш, с който свързват марката и разпръскването на резултатите между пет различни бранша е ясен индикатор за липсата на „устойчива идентификация с определена индустрия или бранд“. Подобни са резултатите и при въпроса „Думата „M'S." позната ли ви е от реклами“, които резултати ясно показват, че осъществената от маркопритежателя реклама не е достигнала действително до потребителя по начин, който да гарантира отличителната функция на марката. Едва \_5.5 % от респондентите посочват, че свързват марката с реклама за облекло. От горното било видно, че отличителната функция на марката не се е проявила спрямо стоките, за които е регистрирана, дори да се приеме, че е използвана за част от тях. Липсата на проявление на отличителната функция изключва реалния характер на използването, съгласно тълкуването на С.. Неоснователни били и възраженията на маркопритежателя, че предвид високите ценови клас на стоките, за които се твърди, че марката е реално използвана, проучването е направено сред нерелевантен сегмент потребители. От една страна, високите цени на стоките не са доказани, тъй като от представените доказателства не може да се установи какво на каква цена е продавано и под коя точно марка е продавано - M'S., U.S. P. или трети марки. От друга страна, сред зрителите на предавания като „bTV Новините“ и „Н. говорят с Р. П.“ /както и сред посетителите на магазини в големите търговски центрове/ има лица със всякакъв социален статус, пол, възраст, образование и т.н. Неоснователни били и възраженията за недопустимост на проучването поради това, че е насочено към доказване на отрицателни факти. Представянето на това доказателство е в рамките на насрещното доказване, съответстващо на задължението на жалбоподателя да установи чрез главно доказване твърдяните от него факти.

6. Прокурор от Софийска градска прокуратура, редовно призована, не взема участие в производството по делото и не дава заключение за законосъобразността на оспорения административен акт.

**Административен съд-София град, след като обсъди релевираните с жалбата основания, доводите на страните в съдебно заседание, прецени събраните по делото доказателства по реда на чл.235 от ГПК, вр.чл.144 от АПК и служебно, на основание чл.168, ал.1, вр.чл.146 от АПК, провери изцяло законосъобразността на обжалвания акт, намира следното от фактическа и правна страна:**

7. Жалбата е допустима, като подадена срещу акт, подлежащ на съдебно оспорване, от лице с правен интерес и при спазване на преклузивния 3-месечен срок.

8. Разгледана по същество, жалбата е частично основателна:

9. Марка с рег. № 56252 е комбинирана. Марката изглежда така:



10. Марката е заявена на 22.11.2004 г. и е регистрирана на 08.11.2006 г. за стоки и услуги от класове на МКСУ, както следва: 14 - благородни метали и техните сплави, изделия от благородни метали или с такова покритие, които не са включени в други класове; бижутерия, скъпоценни камъни; часовници и хронометрични уреди, 18- кожа и имитации на кожа и стоки от тези материали, които не са включени в други класове; необработени кожи; куфари и пътни чанти; чадъри, слънчобрани и бастуни; камшици, хамути и сарашки стоки, 25-облекло, обувки, шапки и други принадлежности за глава и 35-реклама, разпространение на рекламни материали, разпространение на мостри, рекламиране на открито и чрез афиши; групирането на различни стоки /без транспортирането им/ за сметка на трети лица, с цел да се позволи на потребителя да ги види или купи по удобен за него начин; управление на търговски сделки, професионални консултации в областта на търговията, търговски справки на МКСУ. Срокът на действие на регистрацията изтича на 22.11.2024 г.

11. Марката е заявена и регистрирана на името на М. З. Е. /който е с двойно гражданство и по турски паспорт е с име М. Х. Й./, който впоследствие е прехвърлил правата върху регистрацията на [фирма]-жалбоподателя по делото. Прехвърлянето е вписано на 24.02.2016 г. в Държавния регистър на марките.

12. Административното производство по чл.25, ал.1, т.1, във вр. с чл.19, ал.1 от ЗМГО е започнало по подадено от В. И. Д., чрез представителя ѝ по индустриална собственост-С. Л., искане от 28.04.2014 г.

13. Съгласно чл. 46, ал. 1 от ЗМГО единият екземпляр от искането е изпратен на маркопритежателя, като му е предоставен тримесечен срок за възражения и представяне на доказателства за използване на марката или посочване на основателни причини за неизползването ѝ. На 14.08.2014 г., в рамките на определения от закона срок и чрез представител по индустриална собственост- И. П., ПИС №136, са постъпили възражение и доказателства за използване на процесната марка.

14. На основание чл. 46, ал. 2 от ЗМГО единият екземпляр от възражението на маркопритежателя и приложените към него доказателства са изпратени на молителя за становище, като му е предоставен едномесечен срок. В предоставения му срок молителят е депозирал становище.

15. На основание чл. 46, ал. 3 от ЗМГО единият екземпляр от становището на маркопритежателя и доказателствата е изпратен на молителя за становище в едномесечен срок, който е депозирал такова в рамките на предоставения му срок.

16. Въз основа на твърденията и доводите на страните, информацията от

досието на процесната марка и събраните по преписката доказателства, назначения със Заповед №569/14.12.2015 г. /погрешно посочена в становището Заповед №456/24.09.2015 г./ на председателя на ПВ по чл.42, ал.2 и ал.3 от ЗМГО състав на отдел „Спорове“ е дал становище за основателност на искането и за отмяна на регистрацията за всички стоки и услуги от класове 14, 18, 25 и 35 на МКСУ, за които е регистрирана.

17. Възприемайки становището по материалното съдържание на акта, заместник-председателят е издал от името на председателя на ПВ /по заместване/ оспореното в съдебното производство Решение №289/15.12.2015 г.

18. Между страните в съдебното производство е безспорно от фактическа страна, че релевантният период за доказване на реално използване на процесната марка е 28.04.2009 г.- 28.04.2014 г.;

19. Спорът между страните е за това дали са факти, които могат да се квалифицират като „реално използване“ на марката през процесния период за всички или част от групите стоки и услуги, за които е регистрирана.

20. Съдът намира за основателно релевираното с жалбата оплакване за допуснати съществени процесуални нарушения в хода на преценка на събраните по преписката доказателства и изграждане на фактическите изводи на административния орган, което е довело до осъществяване и на другото релевирано основание за оспорване- противоречие с материалния закон по отношение приетата липса на реално използване на марката за стоките, за които е регистрирана, с изключение на стоките: чадъри, слънчобрани и бастуни, камшици, хамути и сарашки стоки от клас 18; шапки и други принадлежности за глава от клас 25 и изцяло за стоките от клас 14 - благородни метали и техните сплави, изделия от благородни метали или с такова покритие, които не са включени в други класове; бижутерия, скъпоценни камъни; часовници и хронометрични уреди, както и за услугите от клас 35.

а/ Преди всичко и във връзка с доводите на ЗС за изключване на определени доказателства, следва да бъде посочено, че законодателят не е въвел специални изисквания за доказателства, чрез които автоматично да се доказва или да се изключва реалното ползване на една марка. С оглед на това доказването става с всички позволени доказателствени средства. Следва да се посочи още и това, че в административното производство пред Патентно ведомство са допустими писмени декларации и сведения от неучастващи в производството лица- от чл.43 и чл.44 АПК, а доказателствата, събрани редовно в производството пред административния орган, имат сила и пред съда-чл.171, ал.1 АПК. В тази връзка неоснователни са доводите на ЗС за некредитиране на писмените декларации по аргумент, че същите инкорпорират свидетелски показания.

б/ Важното е установените със събраните доказателства факти да са относими и в своята съвкупност да могат да дадат ясна представа за реално, не само символично и с цел запазване на правата, използване на съответната марка / решение от 11.03.2003 г. на Съда на Европейския съюз, по дело C-40/01, A. BV; т. 43/. Съвкупността от доказателства като тези, представени в административното производство и събрани по делото, според АССГ, са

достатъчни да установят реалното използване на марката със съгласието на притежателя ѝ /чл.19, ал. 3 ЗМГО/ за стоките, за които е регистрирана марката, с изключение на стоките: чадъри, слънчобрани и бастуни, камшици, хамути и сарашки стоки от клас 18; шапки и други принадлежности за глава от клас 25 и изцяло за стоките от клас 14 - благородни метали и техните сплави, изделия от благородни метали или с такова покритие, които не са включени в други класове; бижутерия, скъпоценни камъни; часовници и хронометрични уреди, както и за услугите от клас 35. Оригиналният екземпляр на бр.8/2010 г. от сп. Максимум, където е публикувана рекламата на процесната марка; свидетелските показания на Е. М. и Т. Г., декларациите на продавач-консултатите, приложените снимки и видеозаписи на магазините M'S. и предлаганите в тях стоки; договорите за телевизионна реклама, справките и писмата от [фирма], констативни протоколи на екрани с финални надписи и дисковете на [фирма] със записи на предавания, прецени в своята съвкупност и с оглед на връзката помежду им, установяват използване на марката за стоките за които е регистрирана, с изключение на горе посочените стоки от класове 18 и 25 изцяло за стоките от клас 14. Марката е използвана със съгласието на притежателя ѝ във вид без съществени различия от вида на регистрацията ѝ, като използването е реално и е извършвано в търговската дейност. В чл.13, чл.19 и чл.25 от ЗМГО не се съдържа определение за реално използване на марка в търговската дейност. Разпоредбите само визират вида и местоположението на знака при използването му, за да бъде признато то за реално. Наложените от С. и О. принципи по отношение интерпретирането на тези понятия са, че „реалното използване не включва символичното използване с единствената цел да съхрани правата дадени с марката. При преценката дали използването на дадена марка е реално, трябва да се обърща внимание на всички факти и обстоятелства свързани с установяването дали търговската експлоатация на марката в търговската дейност е реална, и по-специално дали такава употреба може да се разглежда като основание в съответния икономически сектор да поддържа или създава пазарен дял за стоките или услугите, защитени с марката, природата на тези стоки или услуги, характеристиките на пазара и размера и честотата на използване на марката" /С-416/04-Р V. /II/ от 2006 /№№70-72/. Факторите, които трябва да се вземат предвид при всеки отделен случай са: „характеристиките на стоките и услугите, честотата и регулярното използване на марката, дали марката е използвана за маркетинг на всички идентични стоки или услуги на собственика, или само на част от тях, както и доказателствата за използване, които собственикът може да представи..."/ С-259/02 La M. от 2004/. Доказателствата следва да се изследват всяко едно и в цялата им съвкупност, като се обърща основно внимание на връзката между марката и регистрираните стоки или услуги, на датирането на доказателствата и мястото на използване.Използването чрез реклама се приема при преценяване на обема на рекламата и ако от рекламните материали личи връзката между марката и стоките или услугите. Оценява се дали е реклама, насочена към осигуряване на потребители /С-40/01 А. /. Доказателствата чрез рекламни материали /не директно стоките или техните опаковки/ следва също да дават индикация за размера на използването – например обема и периода

на разпространение на рекламните материали /R 0681/2001 В./ В. W.; OD 209/2001 С./S. С. /FR/. По отношение на размера на използването в решението по дело Т-334/01 Н., Съдът сочи, че следва да се преценят, както търговския обем, така и периода, през който са осъществявани сделките, вкл. честотата на сделките. Важна е взаимовръзката между преценяваните фактори. Ако търговският обем от използването на марката не е висок, този факт може да бъде компенсирал от продължителното или регулярно използване. В случая от вида и обема на ангажираните доказателства се установява, че използването не е символично и няма случаен характер. Процесната марка е рекламирана интензивно в процесния период по телевизията в най-гледаните часове и предавания във връзка с облекло, обувки, колани и магазини за продажба на тези стоки, като тези стоки са били налични и предлагани за продажба във фирмените магазини от веригата M'S.. Процесната марка е излъчвана с надпис „гардероб“, което е пряко указание за вида на стоките, за които се използва. Процесната марка е рекламирана в новинарските емисии по bTV и предаванията „Н. говорят...“ и „Комиците“, излъчвани в каналите на [фирма], което се установява от договорите с [фирма], констативни протоколи на разпечатки на екрани от съответните предавания с финалните надписи от произволни дни в процесния период, както и от декларациите на продуцента [фирма]. Рекламата в новинарските емисии на bTV е излъчвана в продължение на година и половина /11.06.2012 г.-31.12.2013 г./, в предаването „Н. говорят...“- една година /01.04.2011 г.- 01.04.2012 г./, а в предаването „Комиците“ - година и три месеца /15.09.2012 г. - 31.01.2014 г./. Действително ноторни са фактите, че централните и късни емисии новини се излъчват всеки ден в най-гледаните часови пояси с най-голяма зрителска аудитория, че каналите, по които са излъчвани рекламните надписи са на една от трите най-големи национални ефирни телевизии у нас, които са с безплатен и свободен достъп. Новините на bTV се водят от две двойки водещи на ротационен принцип, а Ю. К., чийто гардероб е с процесната марка, е един от двамата водещи-мъже. Допълнително в съдебната фаза са представени сертификати на [фирма] за излъчените емисии/предавания за срока на действие на договорите за реклама, както и дискове със запис на финални надписи на някои от предаванията в периода /избрани на случаен принцип/. Рекламата в „Н. говорят“ е излъчвана във всяко предаване, което е веднъж седмично, тоест 42 излъчвания. Отделно са излъчени още най-малко толкова повторения по същия или други канали на [фирма], Що се отнася до рекламата в емисиите „Новини“ видно от предоставените данни за периода на договора са излъчени 1134 емисии /в 19ч. и в 22 ч./. Половината от тези емисии са водени от Ю. К., като съдът даде указание с определението от з.з. на 15.04.2016г. на ответника и ЗС, че ако не оспорят факта, че Ю. К. е един от двамата водещи- мъже в двете ротиращи се двойки в централните и късни емисии „Новини“ по bTV, ще го приеме за безспорен по делото, като такова оспорване не беше направено.

в/ Изводът за реално използване на марката не се разколебава от приетото в съдебното производство социологическо проучване за „Разпознаваемостта на марката M'S.“. При извършването му, освен че не са взети предвид вида на стоките и услугите, за които марката е регистрирана, както и ценовият

сегмент, то дава данни за разпознаваемостта, т.е. известността, както твърди и жалбоподателят /а не използването на процесната марка/ - въпрос, който не е предмет на спора по делото. Действително целта на законното изискване за използване на марката по чл. 19 ЗМГО е не да оценява търговският успех или да ограничи закрилата на марката само до широкомащабна търговска употреба на марката /решение от 08.07.2004 г. по Т-344/01 Н., параграф 32 и решение от 08.07.2004 Т-203/02, V., параграф 38/. Отделно от това, дори и самото социологическото проучване позволява да се направи извод за създаден пазарен дял, макар и минимален. При определяне на реалното използване в търговската дейност законът не е задал критерий за количество на използването, преценява се дали то е достатъчно да създаде пазарен дял за стоката с марката.

г/ По отношение използването на марката за услугите от клас 35-реклама, разпространение на рекламни материали, разпространение на мостри, рекламиране на открито и чрез афиши; групирането на различни стоки /без транспортирането им/ за сметка на трети лица, с цел да се позволи на потребителя да ги види или купи по удобен за него начин; управление на търговски сделки, професионални консултации в областта на търговията, търговски справки на МКСУ, съдът сочи, че използването на марката трябва да показва връзката ѝ с предлагането или предоставянето на съответната услуга - чл. 13, ал. 2, т. 2 ЗМГО. Наред с това услугите не трябва да бъдат инцидентни и трябва да са извършвани срещу заплащане. Следователно релевантни за доказване на реалното ползване на процесната марка са доказателства, които установяват точно тези обстоятелства, а такива не са ангажирани нито в административното, нито в съдебното производство. Затова съответни на доказателствата са изводите на ответника, поддържани и в съдебното производство, че използването на марката за услугите от клас 35 не е доказано.

21. Предвид приетото от съда за установено от фактическа страна, съдът обуславя изводи, че в противоречие с материалния закон АО е приел, че не е налице „реално използване” на процесната марка за стоките: кожа и имитации на кожа и стоки от тези материали, които не са включени в други класове; необработени кожи; куфари и пътни чанти от клас 18; облекло и, обувки от клас 25, за които е регистрирана. В останалата му част, с която е отменена регистрацията на марката за стоките: чадъри, слънчобрани и бастуни, камшици, хамути и сарашки стоки от клас 18; шапки и други принадлежности за глава от клас 25 и изцяло за стоките от клас 14 - благородни метали и техните сплави, изделия от благородни метали или с такова покритие, които не са включени в други класове; бижутерия, скъпоценни камъни; часовници и хронометрични уреди и услугите от клас 35, оспореното решение е законосъобразно и жалбата срещу него следва да бъде отхвърлена.

22. Следва да бъде посочено изрично, че решението е валидно, като издадено от компетентен орган. Компетентността на органа произтича от чл.46, ал.6 ЗМГО и Заповед №562/12.12.2015 г. на председателя на ПВ, с която заместник-председателят З. Н. М.-В. е оправомощена да го замества от 15.12.2015 г. до 17.12.2015 г., като оспореното решение е издадено от нея на

15.12.2015 г. от името на председателя на ПВ/ Тълкувателно решение № 4 от 22.04.2004 г. на ВАС по д. № ТР-4/2002 г., ОС на съдиите/.

23. При този изход на спора, всяка от страните има право на разноски за основателната, съответно за неоснователната част от жалбата-чл.143, ал.1, ал.3 и ал.4 АПК и чл.78, ал.1 ГПК, вр.чл.144 АПК.

а/ Жалбоподателят е направил разноски в размер общо на 1250 лева, от които 50 лева заплатена държавна такса и 1200 лева заплатено възнаграждение за защита, осъществена от един адвокат. Предвид фактическата и правна сложност на делото, обема и качеството на осъществената защита от адв.П., съдът намира, че възражението на прекомерност на заплатеното адвокатско възнаграждение /чл.78, ал.5 ГПК/, вр.чл.144 АПК/ е неоснователно. Съразмерно на основателната част от жалбата на жалбоподателя следва да присъдят 1/3 от доказаните разноски- 417 лева;

б/ На основание чл.143, ал.3 и ал.4 АПК, искането на ответника за присъждане на разноски за защитата му, осъществена от юрисконсулт, е основателно. За определяне на неговия размер, съдът съобрази, че нормата чл.78, ал.8 ГПК нито определя размер на възнаграждението, нито препраща към Наредба №1 от 9 юли 2004 г. за минималните размера на адвокатските възнаграждения, което означава, че съдът следва да го присъди в полза на организацията по своя преценка, като отчете обема и качеството на положения от юрисконсулта труд. /Решение №8044/01.07.2015 г. по адм.дело №9619/2014 г. на ВАС, III о.; Определение №5616/18.05.2015 г. по адм.дело №3002/2015 г. на ВАС/. В тази връзка, като съобрази фактическата и правна сложност на делото, процесуалната активност на пълномощника-юрисконсулт, обема и качеството на депозираната писмена защита, АССГ, II о., 23-ти състав намери, че справедливият и обоснован размер на възнаграждение, съответно на неоснователната част на жалбата, е 300 лева.

Допълнително съдът се позовава и на мотивите в определение от 10.10.2016 г. по ч.гр.дело №10937/2016 г. на СГС, II г въззивен състав: “ Въпросът за приемането на правила, които да утвърждават минимални размери на адвокатските възнаграждения, и съответствието на тази практика с правото на Европейския съюз е бил поставян пред С. по обединени дела С-94/2004 и С-202/2004. С параграфи 46 и 47 от Решение от 05.12.2006 г. по обединени дела С-94/04 и С-202/04 на голямата камера на С. е прието, че когато държава членка делегира на частноправен субект /каквто е Висшият адвокатски съвет/ правомощия във връзка с определяне на икономически условия (в настоящия случай - приложимите минимални адвокатски възнаграждения), го тя осъществява нарушение на правилата на свободната конкуренция, закрепени в чл. 101 и чл. 102 ДФЕС, тъй като насърчава частен стопански субект да приема съгласувани практики, ограничаващи свободната конкуренция. Така в параграфи 46 и 47 от цитираното решение С. приема, че макар да е вярно, че член 81 и 82 ЕО /съответно чл. 101 и чл. 102 ДФЕС/ се отнасят сами по себе си до поведението на икономическите субекти, а не до закони и наредби, приети от държавата, тези членове, анализирани във връзка с член 10 ЕО /сега чл. 4, ал. 3 Д./, закрепващ задължението за съдействие, изискват държавите членки да не приемат или поддържат мерки, дори от законодателно естество, които биха направили конкурентните

правила, приложими за икономическите субекти, неефективни /виж, решение по дело C-250/03 M. [2005] E. I-1267, параграф 29, и цитираната съдебна практика/. Според Съда член 10 ЕО и член 81 ЕО са нарушени, когато държава членка изисква или насърчава сключването на споразумения, приемане на решения или съгласувани практики, противоречащи на член 81 ЕО, или подсилва техния ефект, или лишава от законодателен характер собствените си правила, като делегира на частни икономически оператори отговорността да вземат решения, засягащи икономическата сфера. За да се прецени дали при съществуването на такова решение, представляващо съгласувана практика чрез въвеждане на минималните възнаграждения, има нарушение на правото на ЕС, Съдът на ЕС е извел три условия, при които подобно решение може да се счита за съответстващо на правото на ЕС /параграфи 51, 52 и 53/: 1. Ако самата държава членка определя минималните адвокатски възнаграждения, а не делегира изцяло процеса на изготвяне и приемане на тези правила на частни субекти; 2. ако се даде възможност на правоприлагащият орган, отчитайки правната и фактическа сложност на делото, инстанцията, пред която се явява процесуалният представител, и продължителността на процеса, да се отклони от минимално определения размер на адвокатските възнаграждения тогава, когато той се явява несъразмерно висок с оглед реално положението труд и направени разходи от процесуалния представител, респ. представляваната в процеса страна; 3. ако решението предвижда правила, които са в разумно съотношение на съразмерност между използваните средства и преследвана легитимна цел. Това е последователна практика на съда и е утвърдена още в Решение от 19.02.2002 г. по дела C-94/04 на С.. Законната уредба към настоящия момент делегира изцяло правото на Висшия адвокатски съвет /ВАдвС/, който е орган на сдружението на адвокатите и се състои само от адвокати, да приема наредба, която да предвижда минимални адвокатски възнаграждения. Липсват каквито и да е законови механизми държавата да влияе на процеса на изработване, оценка на въздействието, приемане и влизане в сила на тези правила, които са задължителни за всички. Те обвързват и съда, за който не е предвидено право да се отклони от предвидените минимума при определяне размера на разностите, подлежащи на възстановяване. Следва да се посочи още, че в процеса на приемане на наредбата не е проведено обществено обсъждане, не е проведена процедура за оценка на въздействие на изготвения проект. В акта, с който се приема наредбата, решение на Висшия адвокатски съвет от 9.07.2004 г., липсват каквито и да е мотиви във връзка с целта на акта, както и обосновка на установените минимални размери. Тези констатации се отнасят и до решенията на ВАдвС, с които се изменят предвидените размери на минималните възнаграждения без обосновка на завишаването им. В този смисъл Решение № 9273 от 27.07.2016 по адм. дело № 3002/2015 г. на ВАС. От изложеното следва изводът, че в настоящия случай нито едно от условията, изведени в практиката на С., не е спазено. По тези съображения следва да се приеме, че Наредба № 1 от 9 юли 2004 г. противоречи на правото на ЕС и по-конкретно на чл. 101 и чл. 102 ДФЕС. Тези правила за минимални адвокатски възнаграждения засягат не само потребителя на адвокатски услуга, но и насрещната страна в съдебното

производството, доколкото, ако загуби делото, то в нейна тежест ще бъде възложен размерът на адвокатския хонорар под формата на подлежащи на възстановяване разноски в производство. Тези правила са обвързващи за съда, макар да са приети от частен стопански субект, който е и участник в съдебното производство, с което се нарушава правото на справедлив процес, тъй като на съда се отнема правото да съобрази спецификите на конкретното дело и да присъди разумен размер за направените разноски. Тези съображения обуславят извода на съда, че приетите правила ограничават правото на справедлив съдебен процес, което включва разглеждане на делото от справедлив независим и безпристрастен съд, предварително създаден със закон, което право е гарантирано в чл. 47 от Харта на основните права на Европейския съюз и съответстващия чл. 6 от Конвенцията за защита правата на човека и основните свободи. След влизането в сила на Договора от Л. е важно да се взема предвид Х., тъй като съгласно член 6, параграф 1, първа алинея Д. тя „има същата юридическа сила като Договорите“. В Х., член 52, параграф 3 е посочено, че доколкото тя съдържа права, съответстващи на права, гарантирани от ЕКПЧ, техният смисъл и обхват са същите като дадените им в посочената конвенция. В съответствие с разясненията относно тази разпоредба съдържанието и обхватът на гарантираните права се определят не само от текста на ЕКПЧ, но по-специално и от практиката на Европейския съд по правата на човека. В този смисъл е и Решение от 22.12.2010 г. по дело С-279/09 г. на С.. В този смисъл съдът съобразява и параграфи 37 и 38 от Решение от 24.12.2009 г. по [фирма] срещу Б. на ЕСПЧ, с които е прието следното: Критериите, които трябва да се вземат предвид при определяне дали има нарушение на правото на достъп до съд, гарантирано от чл. 6 Конвенцията, що се отнася по-специално до разноските или държавните такси, дължими от страна по делото, са следните: размерът на таксите и разноските, преценен в светлината на специфичните обстоятелства по случая, както и стадия на производството, в който въпросното ограничение е наложено /К. срещу П. /К. с. Р./, №28249/95, § 60; П. и [фирма] срещу П. /P. et P. Р. с. Р./, № 39199/98, § 64, 26 юли 2005 г./ Ролята на националния съд е да контролира с оглед на Конвенцията взетите от властите решения при упражняване на тяхното право на преценка и да проверява доколко последиците от тези решения са съобразени с Конвенцията /К., горещитирано, § 56; Т. М. срещу О. кралство, 13 юли 1995 г., § 59; Б. Г. де ла Т. срещу Испания, 19 декември 1997 г., §§ 31 -32/.“ Поради това и като съобрази предмета на настоящото дело-по ЗЗдискр, продължителността на съдебния спор и реално осъществяваната защита на ЗС, АССГ приема, че приложението на Наредбата в случая има за последица нарушаване правото на достъп до съд, тъй като играе възпиращо въздействие на субектите от търсене на защита от съд, доколкото в определени случаи води до несъразмерно високи разходи, които разходи при хипотеза като настоящата на представителство от юрисконсулт дори реално не са били извършени от насрещната страна, но въпреки това ѝ се възстановяват. Наредба №1 от 9 юли 2004 г. противоречи на правото на Европейския съюз - чл. 101 и чл. 102 ДФЕС и чл. 47 Х., доколкото на първо място, е приета от ВАС - орган на сдружението на адвокатите, действащ в случая като частен

икономически оператор, който е насърчен от държавата да приема свободно и самостоятелно обвързващи решения, касаещи правилата на конкуренция в същия сектор, в който развиват дейност членовете на сдружението на адвокатите и на второ място, тези решенията императивно обвързват независимия съд в преценката му какъв е размерът на разноските, който подлежи на възстановяване в съдебното производство, участник в което производство са и членовете на сдружението на адвокатите, като в Наредбата не е предвидена възможност съдът да може да се отклони от тези правила дори когато с оглед спецификата на делото справедливостта го налага.

в/ ЗС В. И. Д. е направила разноски в размер на 1250 лева-заплатено възнаграждение за защита, осъществена от един адвокат. Предвид фактическата и правна сложност на делото, обема и качеството на осъществената защита от адв.С., съдът намира, че възражението на прекомерност на заплатеното адвокатско възнаграждение /чл.78, ал.5 ГПК, вр.чл.144 АПК/ е неоснователно. Съразмерно на неоснователната част от жалбата на ЗС следва да присъдят 2/3 от направените разноски-833 лева.

**Мотивиран така и на основание чл.172, ал.2, предл.3-то АПК, Административен съд-София град, II о., 23-ти състав**

### **Р Е Ш И:**

**ОТМЕНЯ** по жалба на [фирма], ЕИК:[ЕИК], със седалище и адрес на управление в [населено място] 4000, р-н Централен, [улица], представлявано от управителя М. З. Е., Решение №289/15.12.2015 г., издадено по заместване от името на председателя на Патентно ведомство, **В ЧАСТТА**, с която е отменена регистрацията на марка с рег. № 56252 M'S., комбинирана, за стоките: кожа и имитации на кожа и стоки от тези материали, които не са включени в други класове; необработени кожи; куфари и пътни чанти от клас 18; облекло и, обувки от клас 25, за които е регистрирана.

**ОТХВЪРЛЯ** жалбата на [фирма], ЕИК:[ЕИК], със седалище и адрес на управление в [населено място] 4000, р-н Централен, [улица], представлявано от управителя М. З. Е., Решение №289/15.12.2015 г., издадено по заместване от името на председателя на Патентно ведомство, **В ОСТАНАЛАТА Й ЧАСТ.**

**ОСЪЖДА** ПАТЕНТНО ВЕДОМСТВО НА РЕПУБЛИКА Б. да заплати на [фирма], ЕИК:[ЕИК], със седалище и адрес на управление в [населено място] 4000, р-н Централен, [улица], представлявано от управителя М. З. Е., сумата в размер на 417 /четиристотин и седемнадесет/ лева, разноски за първоинстанционното съдебно производство, съразмерно на основателната част от жалбата.

**ОСЪЖДА** [фирма], ЕИК:[ЕИК], със седалище и адрес на управление в [населено място] 4000, р-н Централен, [улица], представлявано от управителя М. З. Е., да заплати на ПАТЕНТНО ВЕДОМСТВО НА РЕПУБЛИКА Б. сумата в размер на размер 300 /триста/ лева, разноски за

първоинстанционното съдебно производство, съразмерно на неоснователната част от жалбата.

**ОСЪЖДА** [фирма], ЕИК:[ЕИК], със седалище и адрес на управление в [населено място] 4000, р-н Централен, [улица], представлявано от управителя М. З. Е., да заплати на В. И. Д. с [ЕГН] сумата в размер на размер 833 /осемстотин тридесет и три/ лева, разноски за първоинстанционното съдебно производство, съразмерно на неоснователната част от жалбата.

**Решението може да бъде обжалвано чрез Административен съд София-град пред Върховен административен съд на РБ в 14-дневен срок от съобщаването му на страните.**

**Решението да се съобщи на страните чрез изпращане на препис от него по реда на чл.137 от АПК.**

**СЪДИЯ:**