

РЕШЕНИЕ

№ 6831

гр. София, 12.12.2012 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ-ГРАД, Второ отделение 26 състав, в
публично заседание на 05.12.2012 г. в следния състав:

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: Мирослава Керимова

при участието на секретаря Мая Георгиева, като разгледа дело номер **6373** по описа за **2010** 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 Б. К. К., САЩ чрез адв. Б. срещу решение № 152/04.05.2010г на зам.председател на Патентно ведомство, в частта в която е отхвърлено искането за отмяна на регистрацията на марка № 7519у „В. К.” за услугите „реклама” от клас № 35 и „ресторантьорство” от клас 42. Претендира се незаконосъобразност на решението в оспорената част поради допуснати съществени процесуални нарушения, касаещи цененото на представените доказателства и противоречие с разпоредбите на материалния закон. В хода на делото и в представена писмена защита адв. Б. излага подробни съображения за основателност на жалбата, като всички касаят непредставяне на доказателства от страна на заинтересованите страни за реално ползване на марката в тези два класа. Излагат се подробни съображения, с които се оспорват представените документи, касаещи ползването на марката. Прави се подробен правен анализ на понятието „реално използване на марката”, въз основа на който се извежда извода за неизползване на марка № 7519у „В. К.” за услугите „реклама” от клас № 35 и „ресторантьорство” от клас 42. Прави се искане за отмяна на обжалваното решение в оспорената част, като се претендират разноси по делото.

Ответникът по оспорването, заместник председател на Патентно ведомство, чрез юрк. Ш. оспорва жалбата.

Заинтересованата страна, [фирма] чрез адв. Д. оспорва жалбата. Прави извод, че от представените по преписката и в хода на делото доказателства се установява реално

ползване на марката в сочените класове на територията на РБългария за процесния период 22.11.2002г – 22.11.2007г. В хода на делото и в писмена защита адв. Д. прави подробен анализ на събраните по преписката и пред АССГ доказателства, като стига до извод за законосъобразност на обжалваното решение на зам.председателя на ПВ на всички основания по АПК. Претендират се разноси по делото.

Заинтересованата страна, [фирма] чрез адв. Я. оспорва жалбата. Прави извод, че от представените по преписката и в хода на делото доказателства се установява реално ползване на марката в сочените класове на територията на РБългария за процесния период 22.11.2002г – 22.11.2007г. В хода на делото и в писмена защита адв. Я. прави подробен анализ на събраните по преписката и пред АССГ доказателства, като стига до извод за законосъобразност на обжалваното решение на зам.председателя на ПВ на всички основания по АПК. Претендират се разноси по делото.

СГП, 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 № 152 от 04.05.10 г. на зам.председател на Патентно ведомство, в частта в която се отхвърля искането за отменяне регистрацията на марка № 7519у „В. К.” – комбинирана за услугите „реклама” от клас № 35 и „ресторантьорство” от клас 42. Оспореното решение е с правна квалификация чл. 46 ал. 4, 5 от ЗМГО. 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 им. По делото не се прави възражение за просрочие на жалбата. Б. К. К., САЩ е активно процесуално легитимирана страна да оспорва процесното решение, в частта в която искането му е отхвърлено от Патентно ведомство..

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 постъпила на 22.11.2007г молба от адв. Ф. Б., като представител по ИС на Б. К. К., САЩ с искане за отмяна на регистрацията на марка с рег.№ 7519у „В. К.” - коминирана за услуги в класове с № 35 и 42 /молба на л. 154 по делото/. В молбата се сочи, че от направеното маркетингово проучване, не е установено марката да се ползва за услугите от класове 35 и 42 на територията на РБългария. Прави се искане да бъде даден ход на процедура по отмяна на регистрация на марката за услуги от класове 35 и 42 на основание чл. 25 ал.1 т.1 от ЗМГО.

Със заповед № 46 от 14.01.2008г Председателят на Патентно ведомство определя комисия в състав по заповедта – л. 150 по делото, която да разгледа искането и да вземе становище по него. Със заповед № 53 от 01.02.2010г председателя на ПВ е заменил член от състава на комисията, поради дългосрочен отпуск по болест.

АССГ в настоящия състав приема, че в процедурата по разглеждане на искането са спазени разпоредбите на чл. 46 ал.1,2 и 3 от ЗМГО, като искането за отменяне е изпратено на притежателя на атакуваната марка към този момент, като му е предоставен законоустановения тримесечен срок за възражение и ангажиране на

доказателства за използване на марката; копие от възразението на маркопритежателя е изпратено на молителя за становище, за което му е предоставен законоустановения едномесечен срок; копие от становището на молителя е изпратено на маркопритежателя. Размяната на становища и доказателства е с оглед установяване на фактическото положение, като органът е съобразил прехвърлянето на правата върху марката. След събиране на доказателства и процедура по размяна на книжа, определената от ответника комисия в състав е приела становище – на л. 18 по делото, като решението за взетото становище е подписано от всички членове на комисията. Становището е предложено на вниманието на административния орган, който се произнася с оспорваното решение на л. 12 по делото.

При извършена служебна проверка и като взе предвид възразенията 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 или оправомощен от него заместник председател. На л. 59 е приложена като доказателство заповед № 433 от 17.07.2009г на председателя на ПВ, с която същият упълномощава г-жа М. Н., заместник-председател на Патентно ведомство да постанови решение по чл. 46 от ЗМГО по искане от 22.11.2007г за отмяна на действието на регистрацията на марка № 7519у. Касае се за законово предвидена възможност за делегиране на правомощия, реализирана с нарочен писмен акт, приложен като доказателство по делото. Оспорваното решение с правна квалификация чл. 46 ал.4 от ЗМГО е подписано от зам. председателя на ПВ – М. Н.. Съдът е запознат с практиката на ВАС - Решение № 696 от 18.01.2010 г. на ВАС по адм. д. № 8645/2009 г., V о., докладчик председателят А. И. и др. съгласно която с разпоредбата на чл. 81, ал. 2 от ЗПРПМ е регламентирана възможността председателят на ПВ да делегира с мотивирани писмени заповеди свои правомощия на заместник председатели. По делото е приложена Заповед № 433/17.07.2009г г. на председателя на ПВ, с която на осн. [чл. 81, ал. 2 от ЗМГО](#) и чл. 5, т. 12 от Устройствения правилник на ПВ последният е овластил М. Н., заместник-председател на ПВ, да постанови решения по [чл. 46 от ЗМГО](#) по четири конкретно посочени искания, в това число и на ответника в настоящото производство. Съгласно същата практика, делегирането е направено в съответствие с разпоредбата на [чл. 81, ал. 2 от ЗПРПМ](#) (акт, който в чл. 79 - 83 урежда статута на ПВ, компетентността и правомощията на органите на институцията), поради което оспореният административен акт се явява постановен от компетентен орган. Същият е валиден административен акт, 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.

Производството пред ПВ е развито на основание нарочна писмена молба от адв. Ф. Б.. АССГ не споделя възразенията на заинтересованите страни, че същата няма процесуални права на представителство по отношение на фирмата жалбоподател. В преписката пред ПВ л. 134 – 135 и пред АССГ във връзка с направено възразение – л. 541 – 606 са представени писмени доказателства, от които може да се направи извод за процесуално представителство на адв. Б. по отношение на жалоподателя. Последният е потвърдил и всички процесуални действия, извършени от Б. с цел защита на правата

и интересите на фирмата.

[фирма] е конституирано като заинтересована страна в производството, доколкото е последен собственик на марката, чиято отмяна на регистрацията на марката се иска.

[фирма] е заинтересована страна в производството, доколкото същият е лицензополучател по договор за лицензия на търговската марка.

Притежател на марката към датата на подаване на заявлението - 22.11.2007г е [фирма] [населено място] На 30.11.2007г в Държавния регистър на марките е вписване прехвърляне на правото на марката на [фирма]. На 11.11.2009г в Държавния регистър на марките е вписано прехвърляне на правото на марката на [фирма]. Същите факти се установяват по безспорен начин от събраните по преписката писмени доказателства.

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 (19.05.1999 г.) до датата на подаване на искането (22.11.2007г.) 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 регистрацията 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. Предвидените в чл. 46 от ЗМГО срокове за възражения и доказателства не са преклузивни, а инструктивни. Съдът приема, че при постановяване на решението си следва да вземе предвид всички събрани в производството по издаване/оспорване на акта доказателства, както пред административния орган, така и пред съда. В АПК не са предвидени срокове за преклудирание на правото за представяне на доказателства от страните. Доказателствата представени до постановяване на съдебния акт са от значение за установяване на фактическата 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 фактическата обстановка.

По отношение на обсъждането на тези доказателства от административния орган, АССГ приема, че представените пред органа доказателства са изписани от него в оспорвания акт и обсъдени. Друг е въпросът дали АССГ споделя изводите на ответника относно установените факти и направените въз основа на тях правни изводи.

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, опис на доказателства, като са направени изводи от правна страна.

Горната преценка обаче е формална и касае формата и процедурата, но не и направените от органа изводи от фактическа и правна страна.

Въз основа на събраните от органа доказателства, представени от страните и оспорванията и доказателствата , събрани от съда в хода на делото, АССГ приема за

установена фактическа обстановка относно ползването на марката за процесните класове услуги както следва:

АССГ споделя възражението на з.с, че в производството по безспорен начин е доказано съществуването и функционирането кафе-аперитив на [фирма], находящо се в [населено място], [улица], до 100 основно училище Н. Г.. От представените по делото доказателства се установява именно, че се касае за кафе – аперитив, а не за ресторант. На л. 338 по делото е представено копие от касова книга на [фирма], в която се посочва : - кафе-аперитив на същата улица; В разпечатаните финансови отчети от фискалното устройство също е отбелязано: кафе-аперитив на [улица] и пр. В тази насока доказателствата не са противоречиви и се установява, че заведението функционира като кафе – аперитив. Съдът обаче не приема извода на з.с., както и на ответника, че по делото е безспорно установено използването в същото заведение на процесната марка за услугите „ресторантьорство" и „реклама" в релевантния период (22.11.2007 г. - 22.11.2002 г.). В действителност, по делото са представени Договор за наем на ресторант от 26.03.2003 г. между [фирма] и НК „ЖИ"; Допълнително споразумение към Договор за наем от 25.06.2007 г. между [фирма] и НК „ЖИ"; Фактури за платен наем за периода от януари 2007 до декември 2007 г.; Уведомление за упражняване на търговска дейност - търговия с алкохолни и безалкохолни напитки и храни на територията на Столична община с № 591/20.02.06 г.; Ветеринарномедицинско разрешително с № 10295/17.09.2003 г. на НВМС за разрешаване за предлагане на аламинутни, бургери и др. храни и напитки; Удостоверение за регистрация на обект за търговия с храни № Т227107318/05.07.2004 г. на Столична ХЕИ за регистрация на обекта за търговия със сандвичи, хамбургери, бургери и др. храни и напитки; множество фактури за закупени стоки, в това число храни, напитки, кафе и др. във връзка с функционирането на заведението; Извадка от касовата книга на заведението - 78 броя страници от периоди между януари 2007 г. - октомври 2007 г.; Фискални бонове от заведението от същия период. Същите доказателства са относими само доколкото доказват реално функциониране на заведението, но не доказват използване на марката за класове „ресторантьорство" и „реклама". Това, че в кафето са се продавали стоки – кафе, сандвичи и пр. по никакъв начин не обосновава извода за използване на марката в клас „ресторантьорство".

Според з.с. свидетелските показания на разпитаните по делото свидетели в съдебни заседания от 16.05.2012 г. и от 10.10.2012 г., потвърждават недвусмислено използването на процесната марка в заведението в релевантния период. Съдът не споделя този извод. В действителност свидетелите разпознаха и потвърдиха снимките на заведението към месец февруари 2007 и към лятото на същата година, като потвърдиха наличието на рекламна табела над входа на заведението, изобразяваща процесната марка. Дори и да се приеме, че такава табела е съществувала в процесния период, наличието на такава не може да се приеме от съда нито като използване на марката в клас „ресторантьорство", нито като използване на марката в клас „реклама". Дори и с табелата да се рекламира марката, то се рекламира самата марка, а не представлява указване за извършване на рекламна дейност/услуга под знака на тази именно марка. В действителност в това кафе-аперитив са се предлагали храни и напитки, но няма доказателства под знака на марката да се осъществява рекламна дейност. По отношение на рекламните салфетки, торбички, менюта и подложки, носещи процесната марка, то отново не може да се приеме относимост на използване на същите към използването на марката за услугата „реклама". С тях се рекламира

самата марка и може да се говори за използване на марката, но не и за използването ѝ в клас „реклама”, тъй като не доказва, че под марката се извършва рекламна дейност. Доколко наличието на такива салфетки, торбички, менюта, подложки може да се приеме като използване на марката в клас „ресторантьорство”, съдът ще се произнесе подолу при проследяване количествения критерий за реално използване на марката. Съдът не приема становището на з.с., че от свидетелските показания се установява такава степен на този критерий, който обоснова извод за реално ползване на марката. Касае се за заведение в помещение за трафопост с търговска дейност „кафе-аперитив” с дневен оборот от 20 – 60 лв. Това, че учениците от училище 100-но са си купували закуски от кафето и в същото е имало около 10 маси, на които са се предлагали кафе, алкохол, безалкохолни напитки, бургери и принцеси /според представеното меню/, не обосновава според съда реално ползване на марката за услугата „ресторантьорство”. Съгласно постоянната съдебна практика на ВАС, регистрацията на една търговска марка в съвременните икономически пазарни отношения, освен че създава нов обект на изключително право, има и самостоятелно икономическо значение. То се изразява в нейната стойност, определена чрез много фактори, най-важните от които са: - период на съществуване на пазара, територия на реализация на стоката, активност на възприемане, отличимост, възможност за запомняне и др. За да се говори за реално ползване на марката за услугите ресторантьорство и реклама, тази марка следва да носи отличимост на тези услуги; известност на услугата под тази марка; определен доход при ползване на марката за тези услуги и др. предимства. От събраните по делото доказателства не може да се направи извод за ползване на марката за услугата „ресторантьорство”, по начин че използването на марката да гарантира на потребителя произход на дадена услуга – „ресторантьорство” и „реклама”. В случая се касае за кафе – аперитив, на което има табела с изображение на марката. Това кафе е в помещение – трафопост и предвид територията на реализиране на услугата на пазара, липсата на отличимост и възможност за запомняне на марката за тази услуга и пр. съдът не може да направи извод, че се касае за реално ползване на марката на територията на РБългария за тези услуги. За този извод не допринасят и пет броя декларации, събрани в производството пред административния орган по реда на чл. 43 от АПК, а именно Декларация от 19.05.2008 г. от Т. Г. Я. за използване на хартиени торбички с приложено изображение; Декларация от 19.05.2008 г. от Т. Г. Я. за използване на салфетки с приложено изображение; Декларация от 19.05.2008 г. от Т. Г. Я. за използване на менюта с приложено изображение; 2 броя декларации от 27.05.2008 г. от Г. С. И. за наличие на рекламна табела с процесната марка в заведението на [фирма] и използването на менюта, салфетки и торбички с процесната марка в заведението; 2 броя декларации от 27.05.2008 г. от С. К. С. за наличие на рекламна табела с процесната марка в заведението на [фирма] и използването на менюта, салфетки и торбички с процесната марка в заведението. От една страна тези декларации са изготвени като документи след релевантния период, а от друга, дори и да се цели да установят факти в рамките на периода, те не доказват реално използване на марката за сочените услуги в обем, който да обосновава извод за реално ползване. В тази насока не допринасят и договорите, и приемно – предавателните протоколи за изготвяне на горните консумативи. Предвид направеното оспорване на датите на договорите и други частни документи, представени от з.с., съдът приема, че тези писмени доказателства са частни документи и не свидетелстват пряко за използване в

търговска дейност на процесната марка. Доказателствата се ценят от съда в тяхната съвкупност. Дали обаче ще се цени един договор за изработване на салфетки с изображение на марката или по делото ще се представят самите салфетки и декларации от собственика на кафето, и показания на свидетели за тяхното използване – в своята цялост доказателствата не си противоречат взаимно. Те обаче отново не доказват реалното използване на марката за посочените услуги. Договори за лицензия сами по себе си също не доказват реално ползване на марката. Да, в действителност, в чл. 13, ал. 2, т. 4 от ЗМГО законодателят изрично е регламентирал рекламата на определен знак като самостоятелно основание за приемане, че този знак реално се използва. Но тук спорът е дали тази марка се използва за услугите „ресторантьорство” и „реклама”. Още веднъж съдът посочва, че рекламирането на самата марка не означава използването ѝ за извършване на услугата „реклама” / в тази връзка и въпросът за интернет страницата www.burgerking.bg - самите з.с. заявяват, че се касае за реклама на марката, а не за извършване на услугата „реклама” с тази марка/. Предвид гореизложеното, АССГ в настоящия съдебен състав приема, че оспорваното решение в обжалваната част следва да бъде отменено като незаконосъобразно поради неправилно приложение на материалния закон. Органът е тълкувал неправилно събраните по делото доказателства като е приел, че въз основа на тях се установява ползване на марката за процесния период на територията на РБългария за тези услуги – „ресторантьорство” и „реклама”, който извод не се споделя от съда.

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 регистрация, 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 регистрация 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 регистрация 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 тестовете 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 датата на регистриране на марката за процесните услуги – „реклама” от клас № 35 и „ресторантьорство” от клас № 42; претендирания 5-годишен период на неизползването ѝ – 22.11.2002г – 22.11.2007г.

Като взе предвид елементите на фактическия състав на чл. 19 от ЗМГО, съдът приема, че по делото не се доказва: - използването на марката за услугите, за които марката е регистрирана, което да е „реално” на територията на Р. Б..

Според съда, в случая следва да намери приложение практиката на СЕС, съгласно която има реално използване на търговската марка, там където марката е използвана в съответствие с основните си функции, така че да се гарантира идентичност на услугите, за които тя е регистрирана, за да се запази или създаде пазар за тези услуги. В случая не се доказва по никакъв начин истинско използване на търговската марка за тези услуги, така че марката да е с установена/определена отличимост по отношение на точно тези услуги. Или с други думи – не се доказва съществуването на услуги – ресторантьорство и реклама под марката В. К., собственост на з.с., които да имат своя дял на пазара на тези услуги. Съгласно постоянната практика на ВАС, във връзка с практиката на СЕС, когато се преценява дали използването на търговската марка е истинско, трябва да се вземат предвид всички факти и обстоятелства, свързани с установяване на това, дали ползването на марката е оправдано в икономическия сектор, за да поддържа или създава дял на пазара на услугите, защитени с марката. В случая имат значение размерът и честотата на ползване на марката. Основната функция на марката е тя да гарантира на потребителя произходът на услугата, като му позволява без вероятност от объркване да разграничи тази услуга от дуга с друг произход. Смисълът на марката е създаване и запазване на пазар на тази услуга под тази марка с определени характеристики и отличимост.

В случая, по делото се установява „някакво ползване” на марката В. К. – то е обаче според съда символично и единствената му цел е да запази предоставените от марката права. Не се установи отличимост на марката за услугата „реклама” или „ресторантьорство”, поддържане на дял на пазара на услугите на тази марка. Липсват доказателства да се е формирало у купувачите на услугите отношение към услугите, регистрирани с тези марки. Според съда, в конкретната хипотеза, от събраните пред органа и в хода на делото доказателства не се установява по безспорен начин процесната марка за сочените услуги да е изпълнила същностното си предназначение - да е на пазара в определен обем, количество, време, така че да се приеме наличие на реално използване на марката за определена категория услуги – ресторантьорство и реклама, отличени не само със знака на марката, но и с отличителни характеристики, които им предоставят отличимост, дял на пазара и доходи за собственика или ползвателя на марката.

Предвид гореизложеното, съдът приема, че незаконосъобразно зам.председателят на Патентното ведомство е отхвърлил като неоснователна жалбата с искане за отменяне регистрацията на марка с рег. № 7519у , с притежател [фирма] за услугите „реклама” от клас № 35 и „ресторантьорство” от клас № 42. В тази част решението следва да се отмени , а делото във вид на преписка, след влизането му в сила да се върне на административния орган за произнасяне по искането съгласно дадените указания по тълкуване и прилагане на закона в настоящото решение.
Воден от горното АССГ в настоящия състав

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ решение № 152/04.05.2010г на зам.председател на Патентно ведомство, в частта в която е отхвърлено искането за отмяна на регистрацията на марка № 7519у „В. К.” за услугите „реклама” от клас № 35 и „ресторантьорство” от клас 42 и ВРЪЩА преписката на административния орган за произнасяне по искането съгласно дадените указания по тълкуване и прилагане на закона в настоящото решение.
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:

.....