

РЕШЕНИЕ

№ 5405

гр. София, 17.02.2025 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Второ отделение 39 състав,
в публично заседание на 20.11.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Миглена Николова

при участието на секретаря Александра Вълкова, като разгледа дело номер **1544** по описа за **2024** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. от АПК.

Образувано е по жалба вх.№ BG/N/2017/146300-/46/24.01.24г на Фондация „Радио Нова Европа“-С. с представляващ К.С. и с проц.представител адв. Н.К. против Решение № РС-176-/1/27.10.23г на Председателя на ПВ- в частта, с която е ОТМЕНЕНО Решение от 28.02.22г на Състава по опозиции- в частта му, с която е оставена без уважение Опозиция с вх.№ 70086901/23.01.18г срещу регистрацията на марка с вх.№ 146300 RADIO Z ROCK комбинирана- в частта ѝ, основаваща се на чл.12 ал.6 от ЗМГО/чл.12 ал.4 от ЗМГО/, във връзка с основанието по чл.12 ал.1 т.2 от ЗМГО, относно услуги от клас 35/телевизионна,интернет,радио реклама и реклама чрез мобилни приложения; отдаване под наем на рекламno време и пространство във всички средства за комуникация; публикуване на рекламни текстове; разпространение на рекламни съобщения; създаване на рекламни спотове за радиото/ и услуги клас 41/развлекателни и образователни услуги, включващи услуги на електронна медия, както и услуги по предоставяне на мултимедийно съдържание, аудио, видео, филми, снимки, изображения, текст, съдържание,създавано от потребители, аудио, чрез интернет или други комуникационни мрежи; услуги за видео, аудио и мултимедийни цифрови публикации за развлечение; доставка на он-лайн електронни публикации /без възможност да бъдат прехвърляни на друг носител/; забавно-информационно токшоу; услуги, свързани с провеждане на он-лайн игри /от мрежа/; производство на радио и телевизионни програми; продукция на шоупрограми; развлекателни услуги от рода на предоставяне на развлекателни програми и съдържание; услуги за отразяване на

новини и събития; развлечения посредством радио; продуциране и подготвяне на радио програми; музикални концерти по радиото/, И ВРЪЩА ПРЕПИСКАТА ЗА ПОВТОРНО РАЗГЛЕЖДАНЕ на Съвета по опозиции, съгласно мотивите на Председателя на ПВ.

В жалбата се сочи, че обж. част от Решението на Председателя на ПВ е нищожно и незаконосъобразно - по всички точки на чл.146 от АПК, като се моли за отмяната му и произнасяне на Съда по същество - като се отхвърли като неоснователна жалбата на „РАДИОКОМПАНИЯ СИ.ДЖЕЙ“ ООД от 21.0.22г срещу процесната част от Решението от 28.02.22г на Състава по опозиции.Твърди се, че ответникът Председател на ПВ не е преценил правилно фактите, не е обсъдил всички твърдения и доказателства/поотделно/ на жалбоподателя, като изводите на ответника в обж. акт са необосновани.Не е изпълнен фактическия състав на чл. 12 ал.6 от ЗМГО и чл.12 ал.1 т.2 от ЗМГО, като не е установена действащата редакция на МКСУ в релевантния период.Решението на Състава по опозиции е правилно и обосновано, като не е следвало да бъде отменяно в нито една негова част.Не е налице идентичност или сходство на услугите в клас 35 и в клас 41, т.е. заявените от една страна и услугите в клас 38 от друга страна /за които „РАДИОКОМПАНИЯ СИ.ДЖЕЙ“ ООД има регистрирана по-ранна марка/. В съд.заседание адв. К. поддържа жалбата,претендира разноски и оспорва като прекомерен адв.хonorар на заинтересованата страна, като моли да се намали до мин.размер.В писмени бележки се повтарят доводите от жалбата и се допълва, че не е следвало да се назначава СМЕ, като не е налице сходство и между знаците/освен между услугите/, а жалбоподателят е собственик на по-ранната марка и първи е започнал използването на марката/защото с Договор от 09.03.06г е възложил изработването на лого на радиoproграма Z ROCK , като на 30.03.06г логото е предадено, а възнаграждението за изработването му платено платено/.Оспорват се доказателствата, ангажирани от заинтересованата страна по делото, доколкото изхождат от сайт, който се поддържа от частна организация.СМЕ неправилно приема, че услугите от клас 35 и клас 41 са свързани с услугите от клас 38, като това е разширително тълкуване.Следва да се вземат предвид МУ и да се приеме, че не е налице вероятност от объркване на потребителите. Марките нямат висока степен на отличителност, поради което от значение за потребителите е тяхното визуално представяне, а заявената марка прави цялостно различно впечатление от регистрираната марка.

Ответникът Председател на ПВ се представлява от юрк.С. и юрк.Б., като оспорват жалбата и молят за отхвърлянето ѝ като неоснователна, претендират юрк.възнаграждение, оспорват като прекомерен адв.хonorар на жалбоподателя.В писмени бележки се сочи, че преди датата на заявяване на проц.марка от жалбоподателя, опонентът „РАДИОКОМПАНИЯ СИ.ДЖЕЙ“ ООД е осъществил действително използване в търговската дейност в РБ на нерегистрираната марка RADIO Z ROCK само за обж.услуги/използваният знак не се различава съществено от заявената нерегистрирана марка-според типа и начина на оформление на знака/.Налице е висока степен на внимание на релевантния кръг потребители, като услугите са специфични, но между тях има сходство/както и между марките-във висока степен/.СМЕ потвърждава изводите на органа. Доколкото жалбоподателят представя за първи път пред Съда доказателства, които е можело да представи в

адм.производство, дори той да спечели делото - на осн. чл. 84 ал.5 от ЗМГО и практика на ВАС/д.№ 9474/21г/, не следва да му се присъждат разноски.

Заинтересованата страна „РАДИОКОМПАНИЯ СИ.ДЖЕЙ“ ООД-С. с представляващи Г.Й. и Р.Бартолайт и с проц.представители адв. Т. и адв. К. - оспорва жалбата и моли за отхвърлянето ѝ като неоснователна, претендира разноски. В становище по жалбата и в писмени бележки се сочи, че обж. част от Решението е валидно и допустимо, както и законосъобразно по всички точки на чл.146 от АПК.Не е спорно, че заинтересованата страна е собственик на по-ранна регистрирана марка № 6397- Z ROCK словна /заявена на 20.04.06г, регистрирана на 08.02.08г, за услуги „телекомуникации“ в клас 38/, действаща и към момента и неоспорвана от жалбоподателя или който и да е до момента.След като заинтересованата страна има регистрирана по-ранна марка, то тогава е без значение, че жалбоподателят бил възложил изработването на лого.Правилен и изцяло съобразен с доказателствата е изводът на ответника, че съществува сходство между по-ранната марка/словна/ и заявената марка/комбинирана/- до степен да съществува вероятност от объркване на потребителите, включваща възможността за свързване на заявената с по-ранната марка.Правилен е изводът на органа и се потвърждава от СМЕ, че услугите от клас 38, за които е регистрирана по-ранната марка/телекомуникации/, са свързани и в пряка зависимост от обж. услуги от клас 35 и клас 41, като се допълват, а понякога е невъзможна крайна пазарна реализация без едновременната им употреба.Между знаците също е налице сходство във висока степен, като в комбинираната/заявената марка/-доминира словният елемент/идентичен в по-ранната, словна марка/.Елементът от заявената марка – RADIO, не е отличителен. Налице е идентичност на словните елементи на двете марки/словните елементи влияят по-силно на потребителя/ и висока степен на сходство между марките, в добавка е налице и близко сходство между услугите, така че като резултат е налице вероятност от объркване на потребителите /те могат да сметат, че услугите по двете марки имат един и същ търговски произход/.Идентичните за двете марки словни елементи - Z ROCK, са доминиращи за оспорената марка и отличителни за двата знака.Налице е хипотезата на чл.12 ал.1 т.2 от ЗМГО, както и на чл.12 ал.4 от ЗМГО/използване в търг.дейност в РБ на нерегистрирана марка преди датата на заявяване на оспорвания знак- доказва се от доказателствата в адм.производство/. Представените едва пред Съда доказателства от жалбоподателя целят да докажат, че именно той е използвал нерегистрираната марка преди заявяването ѝ – тези доказателства не успяват да го докажат/вкл. че жалбоподателят е използвал нерегистрираната марка чрез трето лице/заинт.страна/- по арг. от чл. 21 ал.4 от ЗМГО/използва се само регистрирана марка//.Заинтересованата страна е използвала фактически нерегистрираната марка, в процеса на търговия, с цел придобиване на икономическо предимство, като използването е открито и публично. В адм.преписка има над 85 справки, видно от които именно заинт.страна е излъчвала он-лайн радиопрограма Z ROCK /като между жалбоподателя и заинт.страна има сключен Договор от 01.03.12г, с който жалбоподателят отстъпва на заинт.страна всичките си права относно радиопрограмата, произтичащи от предоставените му за нея лицензии/.

Съдът намира жалбата за допустима, като депозирана в срока и съгл. изискванията на АПК, от лице с активна проц.легитимация, пред надлежния съд, срещу инд.адм.акт по

см. на чл. 21 от АПК, поради което следва да се разгледа по същество.

Съдът установи от фактическа страна следното:

Начало на адм. производство е сложено със Заявка за регистрация с вх.№ 146300/25.05.17г на марка RADIO Z ROCK комбинирана, за стоки и/ил услуги от клас 9,35,38 и 41. След служебно указание от 15.08.17г, на 28.08.17г заявителят коригира част от заявените стоки и/или услуги от клас 9 и клас 38.

На 19.09.17г има Експертно решение - заявката да се публикува в бр.10/31.10.17г на Официалния бюлетин.

Депозирана е Опозиция вх.№ 70086901/23.01.18г от „РАДИОКОМПАНИЯ СИ.ДЖЕЙ“ ООД-С./л.285/, както следва:

1/ на осн. чл. 12 ал.1 т.2 от ЗМГО /дружеството е собственик на по-ранна регистрирана марка № 63297- Z ROCK словна, заявена на 20.04.06г, регистрирана на 08.02.08г, за услуги „телекомуникации“ в клас 38/л.116/;

2/ на осн. чл.12 ал.6 от ЗМГО /дружеството е собственик на по-ранна нерегистрирана марка, която е използвало в търговската си дейност на територията на РБ преди заявката от 25.05.17г, а именно RADIO Z ROCK комбинирана, заявена за регистрация със заявка вх.№ 147105/03.08.17г, за стоки и услуги от клас 9,16,35,38 и 41/л.110/.

3. Фондация „Радио Нова Европа“-С. депозира на 23.08.18г Отговор по Опозицията/л.425/, като я оспорва и твърди, че едва след публикацията на собствената му заявка в бр.10/31.10.17г на Официалния бюлетин, „РАДИОКОМПАНИЯ СИ.ДЖЕЙ“ ООД-С. всъщност е подало две заявки за регистрации на марки: 1/ заявка вх.№ 104012/04.08.17г за марка Z ROCK словна, за стоки и услуги от клас 9,16,35 и 41 и 2/ заявка вх.№ 147105/03.08.17г за марка RADIO Z ROCK комбинирана, за стоки и услуги от клас 9,16,35,38 и 41. 3. сочи в Отговора/и по адм.преписка са ангажирани доказателства за това/, че през 2000г е получил лиценз за наземно аналогово разпръскване, като до 2006г радиото е осъществявало дейност като радио „Нова Европа“.С договор от 09.03.06г/л.461-463/ е възложил изработването на лого за радиопрограма Z ROCK, като на 30.03.06г логото е платено от заявителя и му е предадено от изработилото го лице.Лицензиите му съответно са променени през 2006г, като в тях вече е посочено, че се касае за програма Z ROCK/с платеното лого/.На 26.09.06г заявителят сключва договор/подновяван на 04.07.08г, на 24.11.10г, на 26.05.11г и на 30.05.11г/ - с дружеството за колективно управление в частна полза на продуцентите на звукозаписи и музикални видеозаписи и на артистите-изпълнители „П.“/л.485,л.481,л.473,л.464/, като на заявителят е дадено изключително право на ефирно излъчване в програмата на радио Z ROCK, в конкретни градове, на звукозаписи-включени в каталозите на членовете на сдружението.На 26.09.06г заявителят сключва договор/подновяван на 16.11.07г и на 28.05.10г/ и с дружеството на композитори и автори М./л.492,л.487/, като заявителят получава право да излъчва музикални произведения.На 15.04.07г и на 16.10.10г заявителят сключва два идентични договора и с „Теленор България“ ЕООД/л.499/-за сателитно разпространение в цифров формат на радио Z ROCK. На 01.03.09г

заявителят сключва договор/подновен на 01.07.09г/ с „Б-КОМ“ ООД/л.525/ - за ефирно разпространение на радио Z ROCK в района на Б.. На 01.11.09г заявителят сключва договор с „Дева Броудкаст“ ЕООД/л.533/ за ефирно разпространение на радио Z ROCK в района на С.. През 2012г е извършено преобразуване на дейността, като управлението на радио Z ROCK, вкл. договорите на радиоводещите, преминават от заявителя - към „РАДИОКОМПАНИЯ СИ.ДЖЕЙ“ ООД. Сключени са на 29.02.12г доп.споразумения между заявителя, „РАДИОКОМПАНИЯ СИ.ДЖЕЙ“ ООД, „Дева Броудкаст“ ЕООД и „Б-КОМ“ ООД/л.538 и л.531/. Следователно, нерегистрираната марка RADIO Z ROCK е измислена и разработена от заявителя, като от 2012г се ползва от „РАДИОКОМПАНИЯ СИ.ДЖЕЙ“ ООД- със знанието и съгласието на заявителя.

С Решение от 15.02.18г на Състава по опозиции, производството по Опозицията е спряно служебно, на осн. чл. 38д ал.2 от ЗМГО, тъй като е срещу по-ранната регистрирана марка № 63297 има депозирано Искане за отмяна на регистрацията вх.№ 70077599/07.09.17г, на осн. чл. 25 ал.1 т.1 от ЗМГО.

С молба от 21.01.21г „РАДИОКОМПАНИЯ СИ.ДЖЕЙ“ ООД иска възобновяване на производството по Опозицията, тъй като спорът по Искането за отмяна на по-ранната марка е приключил с Решение № 14095/16.11.20г на ВАС/Искането е отхвърлено/.

На 21.09.21г „РАДИОКОМПАНИЯ СИ.ДЖЕЙ“ ООД депозира становище по Отговора по Опозицията, като го оспорва и сочи, че в Решение № 14095/16.11.20г на ВАС/л.821грб/ е прието за установено от Съда, че „РАДИОКОМПАНИЯ СИ.ДЖЕЙ“ ООД е използвала реално по-ранната марка в периода 07.09.12г-07.09.17г.

На 25.10.21г и на 01.11.21г заявителят депозира своите становища във връзка със становището от 21.09.21г на „РАДИОКОМПАНИЯ СИ.ДЖЕЙ“ ООД.

Съставът по опозиции се произнася с Решение от 28.02.22г, като : 1/ оставя без уважение Опозицията в частта, основаваща се на чл.12 ал.4 от ЗМГО; 2/ оставя без уважение Опозицията в частта, основаваща се на чл.12 ал.1 т.2 от ЗМГО- относно всички заявени услуги от клас 35 и клас 41 и само относно изброени стоки от клас 9; 3/ отказва регистрацията на заявената марка, на осн. чл. 12 ал.1 т.2 от ЗМГО, относно всички заявени услуги от клас 38/за които е регистрирана по-ранната марка,бел. на Съда/ и относно изброени стоки от клас 9.

На 21.04.21г „РАДИОКОМПАНИЯ СИ.ДЖЕЙ“ ООД депозира жалба до Председателя на ПВ срещу Решението на Състава по опозиции, само по т.1 и т.2/само относно конкретно изброени услуги от клас 35 и клас 41/.

На 03.05.22г заявителят депозира жалба до Председателя на ПВ срещу Решението на Състава по опозиции. На 06.06.22г заявителят депозира становище по жалбата на „РАДИОКОМПАНИЯ СИ.ДЖЕЙ“ ООД.

На дадена възможност от Председателя на ПВ, на 15.09.23г заявителят изрично възразява срещу обединяването на производствата по двете жалби срещу Решението

на Състава по опозиции.

Със Заповед от 03.05.22г и последваща Заповед от 16.10.23г Председателят на ПВ назначава комисия, която да изготви становище само по жалбата на „РАДИОКОМПАНИЯ СИ.ДЖЕЙ“ ООД от 21.04.21г. Комисията изготвя такова становище на 25.10.23г.

Председателят на ПВ се произнася по жалбата на „РАДИОКОМПАНИЯ СИ.ДЖЕЙ“ ООД от 21.04.21г- с обж. Решение от 30.10.23г, като: 1/ отменя Решението на Състава по опозиции по т.1/относно чл.12 ал.6 от ЗМГО/; 2/ отменя Решението на Състава по опозиции само за част от т.2/относно чл.12 ал.1 т.2 от ЗМГО/- само за някои от оспорените услуги от клас 35 и клас 41; 3/ връща преписката в отменената част- за ново произнасяне от Състава по опозиции/съгласно дадени указания/; 4/ оставя без уважение жалбата на „РАДИОКОМПАНИЯ СИ.ДЖЕЙ“ ООД от 21.04.21г.- относно останалите обжалвани услуги от клас 35 и клас 41, на осн. чл. 12 ал.1 т.2 от ЗМГО.

„РАДИОКОМПАНИЯ СИ.ДЖЕЙ“ ООД не е обжалвала т.4 от Решението на Председателя на ПВ и тази част е влязла в законна сила.

3. обжалва пред Съда първите 3 точки от Решението на Председателя на ПВ, като само това е предметът на делото/подчертан по-горе/.Следва да се има предвид, че списъкът от услугите от клас 35 и клас 41-предмет на обжалваните пред Съда 3 точки, е по-тесен от списъка на тези услуги - по жалбата от 21.04.21г, който пък списък по жалбата от 21.04.21г е по-тесен от списъка на тези услуги - по Решението на Съвета по опозиции, а последният е по-тесен от списъка на тези услуги по заявката за регистрация от 25.05.17г.

Предмет на делото са само услугите от клас 35/телевизионна,интернет,радио реклама и реклама чрез мобилни приложения; отдаване под наем на рекламно време и пространство във всички средства за комуникация; публикуване на рекламни текстове; разпространение на рекламни съобщения; създаване на рекламни спотове за радиото/ и услугите от клас 41/ развлекателни и образователни услуги, включващи услуги на електронна медия, както и услуги по предоставяне на мултимедийно съдържание, аудио, видео, филми, снимки, изображения, текст, съдържание,създавано от потребители, аудио, чрез интернет или други комуникационни мрежи; услуги за видео, аудио и мултимедийни цифрови публикации за развлечение; доставка на он-лайн електронни публикации /без възможност да бъдат прехвърляни на друг носител/; забавно-информационно токшоу; услуги, свързани с провеждане на он-лайн игри /от мрежа/; производство на радио и телевизионни програми; продукция на шоупрограми; развлекателни услуги от рода на предоставяне на развлекателни програми и съдържание; услуги за отразяване на новини и събития; развлечения посредством радио; продуциране и подготвяне на радио програми; музикални концерти по радиото/.

В хода на съдебното производство:

1/„РАДИОКОМПАНИЯ СИ.ДЖЕЙ“ ООД представя допълнителни доказателства/л.585-л.621, л.815-л.831, л.833-857/, доказващи използването от него на

по-ранните марки в периода 2006г-2011г и 2011г-2018г.

2/ Изискани са по молба на жалбоподателя- доказателства от С. по реда на чл.192 от ГПК/л.665-794/. Видно от тях, заявителят първоначално има издадена **Индивидуална лицензия за радиодейност № 321-00023/09.03.00г** - за радиопрограма „Радио Свободна Европа-България“ /за 9 области/, лицензията е изменена с Решение на С. № 15-00-24/01.04.04г /изменено наименованието на Ф. и на радиопрограмата, която вече се нарича „Радио Нова Европа“/. С Решение на С. № 1070/21.08.06г **изменено наименованието на радиопрограмата, която вече се нарича „Радио Зи-Рок“**. С 6 бр. последващи Решения на С. радиопрограмата се излъчва в още 6 града/наземно аналогово разпръскване/.

3/Фондация „Радио Нова Европа“-С. представя допълнителни доказателства/л.798-л.802, л.863-л.868, л.881-л.886/, за доказване твърдението си, че по-ранната нерегистрирана марка е използвана от заинтересованата страна с неговото знание и съгласие- въз основа на сключен между тях Договор от 12.12.13г/л.799/- със срок на действие 01.01.14г-31.12.16г/има 2 бр. Анекса за продължаване срока на Договора- от 17.12.14г и от 04.01.16г/, с възможност за удължаване по писмено съгласие на страните. Видно от този Договор, **заинтересованата страна /„РАДИОКОМПАНИЯ СИ.ДЖЕЙ“ ООД ще осъществява цялостната творческа и техническа дейност по подготовката и създаването на програмното съдържание на радиопрограма „Зи Рок“ , ще осъществява цялостната дейност по излъчването и разпространението на радиопрограмата/съгл. лицензиите и разрешенията, притежавани от заявителя Фондация „Радио Нова Европа“-С./, ще договаря излъчването на търговски съобщения в радиопрограмата, като продава програмно време, сключва бартерни сделки и т.н, като действа от свое име, за своя сметка, на свой риск, по своя преценка, извършва всички фактически и правни действия от свое име, осигурява за своя сметка уреждането на авторските и сродните права, ангажира персонал, може да прехвърли всичките си права на трети лица, като всички приходи и разходи са за него - срещу заплащане на месечна цена на заявителя.**

Аналогичен Договор обаче между страните е имало от 01.03.12г/л.382/- със срок на действие 01.03.12г-31.12.12г, като видно от съдържанието му/л.385/- договор между страните е имало сключен и на 01.08.07г, действал до 01.03.12г/не е представен, само е цитиран, не е ясно съдържанието му/. Следователно, между двете страни доказано съществуват цитираните по-горе клаузи - по 2 последователни Договора, в периода 01.03.12- 31.12.16г.

4/ Изискани са по молба на жалбоподателя- доказателства от П. по реда на чл.192 от ГПК/л.807-813/.Видно от тях, между заявителя Фондация „Радио Нова Европа“-С. и П. има сключен Договор на 16.07.08г, за срок от 01.04.08г-01.04.09г, с 2 бр. Анекса за продължаване на срока на Договора/от 16.07.08г и от 13.06.11г/, като Договорът е продължен до 31.12.10г.

5/ С писмените бележки жалбоподателят представя Методически указания на ПВ, които не представляват доказателство и респ. не са приети като доказателство по

делото.

6/ Допусната е **Съдебно-маркова експертиза**, заключението по която/л.888/ обаче представлява **изцяло правни заключения/ така е посочено и от вещото лице А.С.-л.888грб/**, поради което **Съдът не го кредитира.**

7/ По оспорване от „РАДИОКОМПАНИЯ СИ.ДЖЕЙ“ ООД в първо съдебно заседание, е открито производство по чл.193 от ГПК/л.642/- само относно съдържанието/л.805-отказ от оспорване и на подписа/ на Декларация на л.239 от делото/частен документ, за който доказателствената тежест е указана на жалбоподателя/. Декларацията е от лицето **В.И., от 21.10.21г**, като И. декларира, че е сключил със заявителя договор на 09.03.06г за изработване на лого на радиoproграма „3и Рок“, изработил логото и го предал на 30.03.06г, то се използва и до момента, като имат сключен анекс от 01.03.17г. На база доказателствата, ангажирани от жалбоподателя по делото/л.461-463/- договора, анекса, разписката за плащане на логото и приемо-предавателен протокол за логото/безспорни писмени доказателства/, както и друг безспорен писмен документ-т.3 от Декларация от В.Д./л.540/, Съдът намира съдържанието за Декларацията за доказано от жалбоподателя, поради което отхвърля оспорването по чл.193 от ГПК, направено от заинтересованата страна /т.е.Съдът ще цени Декларацията наред с всички останали доказателства/.

Съдът намира от правна страна следното:

Решението в обж. част е издадено от компетентен орган, в кръга на правомощията му по закон, като не е налице твърдяната нищожност.

Решението е в писмена форма и съдържа зад.реквизити по чл.59 ал.2 от АПК, вкл. фактически и правни основания.Обж. част е мотивирана, като съгл.съдебната практика- мотивите и фактическите установявания е допустимо да се съдържат и в доказателствата от адм.преписка.

В хода на адм.производство не са допуснати съществени нарушения на адм. производствените правила/такива нарушения, които ако не бяха допуснати, актът вероятно би бил с друго,различно от оспорваното съдържание/, като са спазени процедурите на спец.ЗМГО и общия АПК, изяснени са относимите факти и обстоятелства/чл.35 от АПК/, взети са предвид становищата и доказ.искания на страните/чл. 34 и чл.36 от АПК/, като правото им на участие в адм.производство не е нарушено по никакъв начин/чл.26 от АПК/.Неоснователно е възражението на жалбоподателя, че не са разгледани от ответника възраженията и доводите му/разгледани са, но частично не са приети/.

Съдът намира, и че обж. част от Решението не противоречи на целта на закона-ЗМГО, като не се установява превратно упражняване на власт от страна на ответника.

По материалната законосъобразност на обж. част от Решението, Съдът намира следното:

1/ Спорът между страните всъщност е само по правилното приложението на материалния закон, като не е по фактите, а е правен и се свежда до следното/видно от изявленията им/:

а/ по отношение на чл.12 ал.1 т.2 от ЗМГО – налице ли е сходство между услугите от клас 38/телекомуникации/ на по-ранната регистрирана марка, с услугите от клас 35 и клас 41/само които са предмет на делото/ на заявената марка;

б/ по отношение на чл.12 ал.6 от ЗМГО – може ли изобщо да се използва от трето лице нерегистрирана марка/със знанието и съгласието на фактическия собственик/, респ. за себе си ли е използвало по-ранната нерегистрирана марка „РАДИОКОМПАНИЯ СИ.ДЖЕЙ“ ООД или я е използвало със знанието и съгласието на фактическия собственик Фондация „Радио Нова Европа“-С./на база Договор от 01.03.12г между тях, след като през м.03.06г Ф. става собственик на графичното лого/.

2/ Началото на адм. производство е на 25.05.17г- при действието на ЗМГОотм, като е продължило при действието на ЗМГО/ДВ бр. 98/19г/- съгл. §5 ал.1 от ПЗР на ЗМГО, което налага промяна в означението на правните основания/**чл. 12 ал.6 от ЗМГОотм.**/ „При опозиция, подадена от действителния притежател на нерегистрирана марка, която се използва в търговската дейност на територията на Република България, не се регистрира марка, чиято дата на подаване е по-късна от датата на действителното търговско използване на нерегистрираната марка“/, кореспондира на **чл.12 ал.4 от ЗМГО**/ „При опозиция, подадена от действителния притежател на нерегистрирана марка, която се използва в търговската дейност на територията на Република България, не се регистрира марка, когато тя е идентична или сходна на нерегистрираната марка и е предназначена за стоки или услуги, които са идентични или сходни на тези, за които нерегистрираната марка се използва, и във връзка с които за нея е подадена заявка за регистрация, при условие че нерегистрираната марка е действително използвана преди датата на подаване на заявката за регистрация или датата на приоритета на по-късната марка и това използване продължава до подаването на опозицията“/.

3/ По отношение на чл. 12 ал.1 т.2 от ЗМГО, Съдът намира следното:

а/ Нормата /„Когато е подадена опозиция съгласно чл. 52, не се регистрира марка, когато поради нейната идентичност или сходство с по-ранна марка **и** идентичността или сходството на стоките или услугите на двете марки съществува вероятност за объркване на потребителите, която включва възможност за свързване с по-ранната марка“/, **изисква кумулативното наличие** на идентичност/сходство между марките, наред с идентичност/сходство между услугите, което да доведе до вероятност от объркване на потребителите /вкл. възможност за свързване с по-ранната марка/.По-ранната регистрирана марка /№ 63297- **Z ROCK** словна, заявена на 20.04.06г, регистрирана на 08.02.08г, **за услуги „телекомуникации“ в клас 38**/, следва да се сравни със заявената марка /вх.№ 146300/25.05.17г - **RADIO Z ROCK комбинирана** , **за следните услуги в клас 35**/телевизионна,интернет,радио реклама и реклама чрез мобилни приложения; отдаване под наем на рекламно време и

пространство във всички средства за комуникация; публикуване на рекламни текстове; разпространение на рекламни съобщения; създаване на рекламни спотове за радиото/ **и следните услуги от клас 41/** развлекателни и образователни услуги, включващи услуги на електронна медия, както и услуги по предоставяне на мултимедийно съдържание, аудио, видео, филми, снимки, изображения, текст, съдържание, създавано от потребители, аудио, чрез интернет или други комуникационни мрежи; услуги за видео, аудио и мултимедийни цифрови публикации за развлечение; доставка на он-лайн електронни публикации /без възможност да бъдат прехвърляни на друг носител/; забавно-информационно токшоу; услуги, свързани с провеждане на он-лайн игри /от мрежа/; производство на радио и телевизионни програми; продукция на шоупрограми; развлекателни услуги от рода на предоставяне на развлекателни програми и съдържание; услуги за отразяване на новини и събития; развлечения посредством радио; продуциране и подготвяне на радио програми; музикални концерти по радиото//.

б/ Заявената марка е комбинирана, като представлява словна марка със специфично графично изписване, за което са използвани и цветове/червено и черно/- чл. 11 ал.2 т.3 от НОПЕЗРМГО. Доминиращите елементи в нея са Z и ROCK, **в по-ранната марка, тъй като е словна, не може да има доминиращ елемент. По-ранната словна марка има нормална отличителност/**доколкото съдържа елемента Z, който е с нормална отличителност за услугите от клас 38/**Заявената марка има също нормална отличителност/**доколкото съдържа елемента Z , който е с нормална отличителност за процесните услуги от клас 35 и клас 41 и съдържа елемента ROCK , който е с нормална отличителност за процесните услуги от клас 35/. **Налице е фонетично сходство между двете марки, като то касае само словните им елементи / Z и ROCK/,** като разликата е само в неотличителния елемент от заявената марка/RADIO/ и тя не намалява фонетичното сходство между марките. **Налице е и визуално сходство между двете марки,** като разликата е само в неотличителния и недоминиращ елемент от заявената марка /RADIO/ и тя не намалява визуалното сходство между марките. **Налице е и смислово сходство между двете марки,** като елементите Z и ROCK са идентични, а разликата е само в неотличителния и недоминиращ елемент от заявената марка /RADIO/-тя не намалява смисловото сходство между марките. Следователно, двете марки са **фонетично, визуално и смислово сходни- във висока степен.**

в/ За да се прецени наличието на сходство между услугите, следва да се вземат предвид критериите за сходство съгл. Решението на СЕС по делото Сапоп/дело С-39/97/- **естество, предназначение и начин на използване на услугите и допълване и конкуренция между услугите,** както и Насоките на С.- **обичаен произход, канали на разпространение, потребителски кръг на услугите.** По-голяма тежест имат факторите - естество, предназначение и обичаен произход на услугите и допълване и конкуренция между услугите, а по-малка тежест имат факторите- начин на използване, канали на разпространение, потребителски кръг на услугите. **Услугите от клас 38 са далекосъобщителни услуги/пренасяне на съобщения на разстояние/, процесните услуги от клас 35 са рекламни и маркетингови услуги/разпространение на привлекателна информация за продукт или дейност/, а процесните услуги от клас 41 са развлекателни и образователни услуги/за**

удоволствие и придобиване на знания/.

Между услугите от клас 38/телекомуникации/ на по-ранната марка и процесните услуги от клас 35 на заявената марка, има висока степен на сходство/над средната степен/, тъй като естеството, обичайният произход и възможността им да се допълват, както и начинът на използване и каналите за разпространение - съвпадат, **разликите са в предназначението, възможността да се конкурират и потребителският кръг/той може и да съвпада/. Между услугите от клас 38/телекомуникации/ на по-ранната марка и процесните услуги от клас 41 на заявената марка, също има висока степен на сходство/над средната степен/, тъй като обичайният произход и възможността да се допълват, както и начин на използване, каналите на разпространение и потребителския кръг на услугите-съвпадат, **разликите са в естеството и предназначението, както и във възможността да се конкурират.Следователно, между услугите на по-ранната и на заявената марка има висока степен на сходство.****

г/ Според Насоките на С. и практиката на СЕС/дело C-251/95, дело C-39/97 и дело C-342/97 / , когато има поне средна степен на сходство между знаците и между услугите/налице е по-висока от средна степен и за двете сходства в случая/, **ако степента на внимание на съответния потребител е поне средна, по-ранната марка има нормална отличителност/има такава/, то тогава съществува вероятност от объркване на потребителите.Съдът намира, че в случая вероятността от объркване на потребителите, вкл. възможността за свързване /т.е. поне част от потребителите да приемат, че услугите на заявената марка произхождат от същото предприятие, от което изхождат услугите от регистрираната марка или от икономически свързани с него предприятия/, е висока /доколкото е висока степента на сходство между знаците и между услугите, а отличителният елемент Z на двете марки е идентичен/.**

д/ Следователно, Съдът намира, че е налице хипотезата на чл.12 ал.1 т.2 от ЗМГО –относно процесните услуги от клас 35 и клас 41 на заявената марка, като правилно ответникът е отменил в тази част Решението на Състава по **опозиции/който е отхвърлил Опозицията - в частта ѝ на това основание, само за процесните услуги/ и му е върнал преписката , за да разгледа Съставът по опозиции отново Опозицията /в тази ѝ част/, като съобрази указанията на Председателя на ПВ.**

4/ по отношение на чл. 12 ал.6/ал.4/ от ЗМГО, Съдът намира следното:

а/ **Процесната марка е заявена на 25.05.17 / RADIO Z ROCK комбинирана/, като предмет на делото са само конкретни услуги от клас 35 и клас 41. Преди публикацията на заявката - в официалния бюлетин на 31.10.17г, заинтересованата страна „РАДИОКОМПАНИЯ СИ.ДЖЕЙ“ ООД подава своя заявка / вх.№ 147105/03.08.17г за регистрация на марка RADIO Z ROCK комбинирана, за стоки и услуги от клас 9,16,35,38 и 41/. В Опозицията си „РАДИОКОМПАНИЯ СИ.ДЖЕЙ“ ООД твърди, че е собственик на по-ранната нерегистрирана марка, която е използвало в търговската си дейност на територията на РБ преди заявката от**

25.05.17г.

б/ От доказателствата по делото е видно, че заявителят Фондация „Радио Нова Европа“-С. е притежател на лицензията за радиодейност/разпространение на радиопрограмата/ - от 09.03.2000г, като на 21.08.06г лицензията е променена поради промяна в наименованието на радиопрограмата/вече се нарича Радио „Зи рок“, а не Радио „Нова Европа“, а преди това Радио „Свободна Европа-България/. На 09.03.06г заявителят е поръчал изработка на графичното лого на радиопрограмата, същото му е предадено/и го е платил/- на 30.03.06г, използва се от тогава и до момента, като с анекс от 01.03.17г - заявителят придобива и правото да го регистрира като търговска марка на свое име/освен да го използва многократно, за максимално допустимия срок-тепърва, за територията на цял свят/.

в/ Заинтересованата страна „РАДИОКОМПАНИЯ СИ.ДЖЕЙ“ ООД започва да използва нерегистрираната марка в търговската си дейност на територията на РБ преди 25.05.17г, въз основа на правата си, предоставени му по Договор със заявителя от 01.03.12г/със срок на действие 01.03.12г-31.12.12г/, последван от идентичен Договор от 12.12.13г -с два анекса/със срок на действие 01.01.14г-31.12.16г/. По делото има данни, но не са представени- първи Договор от 01.08.07г/със срок на действие 01.08.07г-01.03.12г/, както и анекс към Договора от 01.03.12г/за периода 01.01.13г-31.12.13г/. От данните по делото обаче може да се изведе обоснован извод от Съда, че Договорът от 01.08.07г/непредставен/, е бил идентичен на двата последващи идентични Договора/от 01.03.12г и от 12.12.13г/, както и че е имало анекс/непредставен/ към Договора от 01.03.12г- защото видно е нямало прекъсване в договорните отношения за периода 01.01.13г-31.12.13г. Следователно, в периода 01.08.07г- 31.12.16г, „РАДИОКОМПАНИЯ СИ.ДЖЕЙ“ ООД е имала предоставени от Ф. всички права върху радиопрограмата. Радиопрограмата „Зи рок“ се излъчва от 13.10.06г/не е спорно между страните/, като „РАДИОКОМПАНИЯ СИ.ДЖЕЙ“ ООД е регистрирало два домейна с такова наименование още на 26.04.06г/първото доказано ползване от страна на заинтересованата страна/.

г/ Спорът между страните не е дали „РАДИОКОМПАНИЯ СИ.ДЖЕЙ“ ООД е използвало нерегистрираната марка в търговската си дейност на територията на РБ преди 25.05.17г /използването е доказано още в адм.производство/, а дали я е използвало като трето лице - със знанието и съгласието на собственика ѝ /Фондация „Радио Нова Европа“-С./. Съдът намира, че „РАДИОКОМПАНИЯ СИ.ДЖЕЙ“ ООД е използвало нерегистрираната марка /RADIO Z ROCK комбинирана/, в търговската си дейност, на територията на РБ, преди 25.05.17г - за себе си, въз основа предоставените му пълни права /фактически и правни/ върху радиопрограмата, съгл. Договорите с Ф., в периода 01.08.07г- 31.12.16г. В двата налични по делото Договора изрично се посочва, че „РАДИОКОМПАНИЯ СИ.ДЖЕЙ“ ООД ще договаря излъчването на търговски съобщения в радиопрограмата, като продава програмно време, сключва бартерни сделки и т.н, като действа от свое име, за своя сметка, на свой риск, по своя преценка, извършва всички фактически и правни действия от свое име, осигурява за своя сметка уреждането на авторските и сродните права, ангажира персонал, може да прехвърли

всичките си права на трети лица, като всички приходи и разходи са за него.

д/ **Използването на марка със съгласието на притежателят ѝ е регламентирано в чл.21 ал.4 от ЗМГО, като видно от чл.21 ал.1 от ЗМГО, използването на марката по см. на ал.4 е възможно да започне от датата на регистрацията на марката/а не преди това/, т.е. ЗМГО не съдържа регламентация и не предвижда възможност- все още нерегистрирана марка да се използва със знанието и съгласието на собственик.** Ето защо при нерегистрирана марка се изследва кой е фактическият ѝ ползвател, а в случая „РАДИОКОМПАНИЯ СИДЖЕЙ“ ООД доказано е било фактически ползвател на по-ранната нерегистрирана марка преди 25.05.17г. Съдът намира за **правилно Решението на ответника и в частта, с която отменя Решението на Състава по опозиции/в частта му, с която оставя без уважение Опозицията в частта ѝ на осн. чл. 12 ал.4/ал.6 от ЗМГО/, като му връща за ново разглеждане преписката в тази част, съгласно указанията на ответника.**

Жалбата е неоснователна на всички доводи в нея, а Решението в обж. част е правилно и законосъобразно.

При този изход на спора, на ответника и на заинтересованата страна/за която актът е благоприятен/, следва да се присъдят разноски по делото на осн. чл. 143 от АПК. На ответника- **240лв/максималния размер** по чл.24 от НЗПП вр. чл. 37 от ЗПП, предвид фактическата и правна сложност на делото, обема на доказателствата и обема на осъщественото проц.представителство/. **На заинтересованата страна** следва да се присъдят разноски в размер на 936лв за СМЕ и 2400лв с ДДС/2000лв без ДДС/ договорен и внесен адв.хonorар, **общо 3336лева.** Възражението на жалбоподателя за прекомерност на хonorара е неоснователно. Минималният размер по чл. 8 ал.3 от Наредба №1/04г е 1000лв без ДДС, претендираният размер е двоен/2000лв без ДДС/. **Съдът намира фактическата и правна сложност на делото за високи, обемът на доказателствата - за голям, възраженията на страните - за многобройни и пространни, обемът на осъщественото проц.представителство и защита- за големи.**

Водим от горното и на осн. чл. 172 ал.2 от АПК, Съдът

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ ОСПОРВАНЕТО по жалба вх.№ BG/N/2017/146300-/46/24.01.24г на Фондация „Радио Нова Европа“-С. с представляващ К.С. против Решение № РС-176-/1/27.10.23г на Председателя на ПВ- **в частта, с която е ОТМЕНЕНО Решение от 28.02.22г на Състава по опозиции- в частта му, с която е оставена без уважение Опозиция с вх.№ 70086901/23.01.18г срещу регистрацията на марка с вх.№ 146300 RADIO Z ROCK комбинирана- в частта ѝ, основаваща се на чл.12 ал.6 от ЗМГО/чл.12 ал.4 от ЗМГО/, във връзка с основанието по чл.12 ал.1 т.2 от ЗМГО, относно услуги от клас 35/телевизионна,интернет,радио реклама и реклама чрез мобилни приложения; отдаване под наем на рекламno време и пространство във всички средства за комуникация; публикуване на рекламни текстове; разпространение на рекламни съобщения; създаване на рекламни спотове за радиото/ и услуги клас 41/**

развлекателни и образователни услуги, включващи услуги на електронна медия, както и услуги по предоставяне на мултимедийно съдържание, аудио, видео, филми, снимки, изображения, текст, съдържание, създавано от потребители, аудио, чрез интернет или други комуникационни мрежи; услуги за видео, аудио и мултимедийни цифрови публикации за развлечение; доставка на он-лайн електронни публикации /без възможност да бъдат прехвърляни на друг носител/; забавно-информационно токшоу; услуги, свързани с провеждане на он-лайн игри /от мрежа/; производство на радио и телевизионни програми; продукция на шоупрограми; развлекателни услуги от рода на предоставяне на развлекателни програми и съдържание; услуги за отразяване на новини и събития; развлечения посредством радио; продуциране и подготвяне на радио програми; музикални концерти по радиото/, **И ВРЪЩА ПРЕПИСКАТА ЗА ПОВТОРНО РАЗГЛЕЖДАНЕ** на Съвета по опозиции, съгласно мотивите на Председателя на ПВ.

ОСЪЖДА Фондация „Радио Нова Европа“-С. с представляващ К.С. да заплати на Патентно Вedomство на РБ сумата от 240лв разноски по делото.

ОСЪЖДА Фондация „Радио Нова Европа“-С. с представляващ К.С. да заплати на „РАДИОКОМПАНИЯ СИ.ДЖЕЙ“ ООД-С. с представляващи Г.Й. и Р.Бартолайт сумата от 3336лева разноски по делото.

РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване с касационна жалба пред ВАС в 14дневен срок от съобщението.

ПРЕПИСИ на страните.

Съдия: