

РЕШЕНИЕ

№ 7071

гр. София, 29.11.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Второ отделение 28 състав,
в публично заседание на 17.11.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Антони Йорданов

при участието на секретаря Наталия Дринова, като разгледа дело номер **2329** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и следващите от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/ във връзка с чл. 50, ал. 1 от Закона за марките и географските означения /ЗМГО/. Делото е образувано по жалба на [фирма], срещу Решение № 189/18.12.2018г. на председателя на Патентното ведомство на Република България /ПВ/, с което е отменена регистрацията на марка с рег. № 49898 – „Любимец 13“ за стоки : „селскостопански, градинарски и горски продукти и семена, който не са включени в други класове; живи животни; храни за животни; малц“ от клас 31 на МКСУ. В жалбата се твърди, че оспореното решение е незаконосъобразно издадено, при допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила и в противоречие с материално равните разпоредби. Според оспорващата страна, административният орган не е събрал и обсъдил всички относими и допустими доказателства от значение за случая, поради което е постановил незаконосъобразен акт. Освен това неправилен е и извода, че за периода 25.01.2013г. – 25.01.2018г. процесната марка не е била реално ползвана. По същество се твърди, че отменената марка рег. № 49898 – „Любимец 13“ се ползва от маркопритежателя й, като считано от 1996г. под това име отваря ветеринарни амбулатории и магазини за домашни животни в [населено място] и предлага стоки и услуги от клас 31 от МКСУ. Налице били данни за ползване на марката, които обаче неправилно били анализирани от ПВ, доколкото търговската марка и фирмата под която упражнява дейността си търговеца са идентични. Моли за отмяна на решение № 189/18.12.2018г.

Ответникът – председател на Патентно ведомство, чрез процесуалния си представител оспорва жалбата и моли съда да ес произнесе с решение, с което да я отхвърли. Претендира разноси за юрисконсултско възнаграждение.

Заинтересованата страна [фирма], чрез процесуалния си представител оспорва жалбата и моли съда да ес произнесе с решение, с което да я отхвърли. Претендира разноси.

Административен съд София-град, след като се запозна с жалбата, приложените и приети писмени доказателства, както и с указанията на върховния административен съд, прие следното от фактическа страна:

Настоящото производство е второ по ред първонстанционно, доколкото Решение № 189/18.12.2018г. на председателя на ПВ е било отменено с Решение № 3066/18.06.2020г. по адм. д. № 4710/2019г. на Административен съд София град. Решение № 3066/18.06.2020г. по адм. д. № 4710/2019г. на АССГ е отменено с Решение № 2789/01.03.2021г. по адм.д. № 8789/2020г. на ВАС, като делото е върнато за ново произнасяне, съобразно дадените задължителни указания.

дно от библиографска справка (л. 198 от адм. д. № 4710/2019г.), решение по чл. 37, ал. 5 от ЗМГО (л. 188) и свидетелство за марка (л. 183) [фирма] е притежател на марката с рег. № 49898 – Любимец 13 комбинирана, регистрирана на 15.12.2004г. със срок за защита до 11.04.2013г. за класове по МКСУ 5, 10, 29, 31, 36, 39, 44. С вх. 64501/07.06.2012г. ред ПВ е депозирано искане за подновяване на регистрацията на марката. От справка на л. 172 от адм. д. № 4710/2019г. се установява, че марката рег. № 49898 – Любимец 13 комбинирана е със срок за защита до 11.04.2023г.

Производството пред Патентното ведомство е образувано по постъпило с вх. № 70087171/25.01.2018г. от [фирма] [населено място] за отмяна на основание чл. 25, ал. 1, т. 1 от ЗМГО (отм.) на регистрацията на марка с рег. № 49898 – Любимец 13 комбинирана по отношение на стоки от клас 31 по МКСУ - „селскостопански, градинарски и горски продукти и семена, който не са включени в други класове; живи животни; храни за животни; малц“. Изложени са твърдения, че [фирма] не произвежда и не продава на българския пазар храни за домашни любимци, както и каквито и да е други стоки от клас 31.

Със Заповед № 75/30.01.2018г. председателят на ПВ е назначил състав на отдел „Спорове“ за разглеждане на искането на основание чл. 42 от ЗМГО (отм.), с председател – М. И..

С уведомление е изпратен екземпляр от искането на притежателя на марката като му е даден три месечен срок за становище и представяне на доказателства за използване на марката. По преписката е постъпило възражение в вх. № 70094789/15.05.2018г., с което са представени и доказателства. Във връзка с възражението на [фирма] е постъпило становище вх. № 70096480/12.06.2018г. от Фуражни храни“ О., предвид което със Заповед № 476/20.09.2018г. на председателя на ПВ е назначена комисия по смисъла на чл.42, ал.2 от ЗМГО (отм.) за разглеждане на искането и съобразно правомощията по чл.42, ал.3 от ЗМГО (отм.) да изготви становище.

Въз основа на горното е издадено оспорваното Решение № 189/18.12.2018г., с който е отменена регистрацията на с рег. № 49898 – Любимец 13 комбинирана по отношение на стоки от клас 31 по МКСУ - „селскостопански, градинарски и горски продукти и семена, който не са включени в други класове; живи животни; храни за животни; малц“. В решението е посочено, че отмяната има действие от 25.01.2013г. решението

е мотивирано с липа са доказателства за реално ползване на марка марката с рег. № 49898 – Любимец 13 комбинирана за периода 25.01.2013г. – 25.01.2018г.

По адм. д. № 4710/2019г. е приета съдебно-счетоводна експертиза /ССЕ/ и са събрани гласни доказателства посредством разпитите на свидетелите Ц. Б. Д., С. С. Б., П. И. Т. и К. П. М., всичките приобщени с делото към настоящето производство, които ще бъдат коментирани по-долу в изложението.

При така установеното от фактическа страна, съдът прави следните правни изводи:

Жалбата е процесуално допустима като този въпрос е обсъден и разрешен още в хода на адм. д. № 4710/2019г. на АССГ и на адм.д. № 8789/2020г. на ВАС и спор между страните по отношение на него няма.

Разгледана по същество жалбата е основателна.

Оспореното решение е издадено от компетентен административен орган и в пределите на неговата власт съгласно чл. 46, ал. 6 във връзка с ал. 4 и ал. 5 от ЗМГО, доколкото при искания за отменяне на регистрацията по чл. 25 от с.з., компетентен да се произнесе е Председателят на Патентното ведомство или от оправомощен от него заместник-председател. Поради това, съдът приема, че не е налице предпоставката за отмяна на атакувания акт – липса на компетентност на Председателя на ПВ по смисъла на чл. 168, ал. 1 във връзка с чл. 146, т. 1 от АПК.

Съдът намира, че е спазено изискването за форма на административния акт, регламентирано в чл.59 АПК, доколкото в специалния закон липсват конкретни изисквания в тази насока. Оспореното решение е в писмена форма и съдържа задължителните реквизити по чл.59, ал.2 АПК – наименование на органа, който го е издал; наименование на акта; адресат на акта; фактически и правни основания за издаването му; разпоредителна част; указания за реда и срока на обжалване; подпис на лицето, издало акта с означаване на заеманата от него длъжност. Предвид това не е налице отменителното основание по чл.146, т.2 АПК.

В хода на производството пред административния орган не са допуснати нарушения на административно производствените правила от категорията на съществените, които да са ограничи правото на защита на страните и да са препятствали възможността им адекватно да я организират. Производството през ПВ е образувано по искане на заинтересованата страна [фирма] за отмяна на регистрацията на словна марка с рег. № 49898 – „Любимец 13“ за стоки: „селскостопански, градинарски и горски продукти и семена, които не са включени в други класове; живи животни; храни за животни; малц“ от клас 31 на МКСУ. Спазена е процедурата по чл. 46 ЗМГО, като искането за отмяна е изпратено на притежателя на марката, чието заличаване се иска. Предоставен му е тримесечен срок за възражения, такива са направени. Към възражението са приложени доказателства. Възражението е съобщено на заявилия искането за заличаване, като му е предоставен срок за становище. Такова е взето от дружеството. Съставът от ПВ разглеждал искането за заличаването, е назначен съгласно правилата на чл. 42, ал.2 ЗМГО, като след събиране на относимите доказателства, е изготвил становище. Производството по искането за заличаване е приключило с постановяване на решение, което е съобщено на страните и неудовлетворената страна е упражнила правото си на жалба. Съгласно трайно установената практика на Върховен административен съд, съществено е това нарушението, наличието на което да повлияе върху съдържанието на акта, т.е. ако това нарушение не е допуснато, би се стигнало до постановяване на акт с различно

съдържание. Противно на твърденията на твърденията в жалбата такива нарушения не се констатираат.

По отношение на приложението на материалния закон, настоящият съдебен състав намира следното.

Първо следва да се направи уточнение, че след постановяване на процесното решение, от 12.2019г. е обнародван нов ЗМГО. Съгласно §5, ал.2 ПЗР на ЗМГО този закон се прилага за исканията за отмяна и заличаване на регистрацията на марки и географски означения, по които няма влязло в сила решение до влизането му в сила. Предвид на това, че процесното решение, с оглед съдебното му оспорване, не е влязло в сила, следва да се приложат разпоредбите на новоприетия ЗМГО. Въпреки това, по отношение на релевантните правни норми, няма съществени изменения, а единствено е променена тяхната номерация.

Заличаването на марката от страна на [фирма] е поискано на основание чл. 25, ал.1, т.1, ЗМГО /отм./, сега чл. 35, ал.1, т.1 ЗМГО.

Установено по-горе бе, че решение по чл. 37, ал. 5 от ЗМГО и свидетелство за марка [фирма] е притежател на марката с рег. № 49898 – Любимец 13 комбинирана, регистрирана на 15.12.2004г. със срок за защита до 11.04.2013г. за класове по МКСУ 5, 10, 29, 31, 36, 39, 44. За този период не се спори дали е използвана търговската марка, а и от мотивите към оспореното решение № 189/18.12.2018г. се установява, че търговската марка е реално ползвана преди 25.01.2013г. Установява се още, че с вх. 64501/07.06.2012г. ред ПВ е депозирано искане за подновяване на регистрацията на марката. От справка на л. 172 се установява, че марката рег. № 49898 – Любимец 13 комбинирана е със срок за защита до 11.04.2023г. за класове по МКСУ 5, 10, 29, 31, 36, 39, 44.

С Решение № 189/18.12.2018г. е отменена регистрацията на с рег. № 49898 – Любимец 13 комбинирана по отношение на стоки от клас 31 по МКСУ - „селскостопански, градинарски и горски продукти и семена, който не са включени в други класове; живи животни; храни за животни; малц“.

Съгласно разпоредбата на чл.35, ал.1, т.1 ЗМГО регистрацията на марка се отменя по искане на всяко лице, когато тя не е била използвана по смисъла на чл. 21, според когато в срок от пет години от датата на регистрацията на марката притежателят ѝ не е започнал реално да я използва на територията на Република България във връзка със стоките или услугите, за които е регистрирана, или използването е било преустановено за непрекъснат период от пет години, тази регистрация може да бъде отменена, ако не съществува основателна причина за неизползването. Съгласно чл.21, ал. 4 от ЗМГО ако използването е осъществено от трето лице със съгласието на притежателя на марката, то се счита за извършено от самия него. Предвид датата на регистрацията на процесната марка и датата на подаване на искането за отмяна периодът, в който трябва да се установи реалното ѝ използване, е 25.01.2013г. – 25.01.2018г. /пет години, предшестващи датата на предявяване на искането/.

Съгласно разпоредбата на чл. 21, ал. 3 от ЗМГО реално използване означава:

- използването по чл. 13, ал. 2 ЗМГО (поставянето на знака върху стоките или върху техните опаковки; предлагането на стоките с този знак за продажба или пускането им на пазара, съхраняването или държането им с тези цели, както и предлагането или предоставянето на услуги с този знак; вносът или износът на стоките с този знак; използването на знака като търговско или фирмено наименование или като част от търговско или фирмено наименование; използването на знака в търговски книжа и в

реклами);

- използването на марката от нейния притежател във вид, който не се различава съществено от вида, в който тя е била регистрирана;

- поставянето на марката върху стоките или върху тяхната опаковка в Република България, независимо от това, че са предназначени само за износ.

В този смисъл реално е действителното използване на марката. Използването на марката трябва да съответства на нейната функция - да служи като гаранция за произхода на стоките или услугите, за които е регистрирана, позволявайки на потребителите да ги разграничат от конкурентните предложения на пазара. Следователно, освен изброените вече проявления на използване на марката, под реално използване трябва да се разбира преди всичко използването, което е способно да оправдае основното ѝ предназначение да отличава стоките или услугите. То не може да бъде символично и е необходимо е марката действително да е присъствала на пазара и да е създавала определена представа у потребителите за връзката ѝ с конкретна продуктова категория. С други думи за да е реално, използването трябва да е в степен, която да е обоснована за съответния икономически сектор като достатъчна за заемането и задържането на пазарни позиции. В този смисъл е Решение № 10655/18.07.2011 г. на Върховния административен съд, който в мотивите си приема, че под понятието „реално използване” на една търговска марка освен проявлението на някой/някои от начините, посочени в цитираните по-горе разпоредби на ЗМГО, следва да се разбира преди всичко действителното използване, отговарящо на основната функция на марката, която се състои в това да гарантира на потребителя какъв е произходът на дадена стока или услуга. Използването не може да е символично какъвто е конкретния случай, изразено по изброените по-горе начини, за които няма данни по делото да са експонирали марката на пазара и да са формирали вече у купувачите отношение към стоките, означени с тази марка, както и решение на Съда на Европейския съюз по дело C-40/01 „Ansul”.

От събраните по делото гласни доказателства се установява, че оспорващият стопанисва магазин „Любимец 13“ в центъра на [населено място], където продава храни с марката „Любимец 13“. Храната се е предлагала насипно, в чували с табели, на които пише „Любимец 13“. От 1996г. до днес в магазините е предлагал собствена марка храни за животни „Любимец 13“. Разпитаните по делото свидетели са категорични, че купуваната от магазини „Любимец 13“ в центъра на [населено място] (центъра, на кръстовището на ул. П. П.“ и [улица]), храни са известни с марката Любимец 13“, като твърдят, че същите са били най-евтини. Свидетелите сочат, че храната се е продавала в насипно състояние, в чували, с табели, на които пише „Любимец 13“.

Горното кореспондира със заключението на ССЕ, доколкото последното дава сведения, че [фирма] не произвежда собствени стоки, а купува храни от различни производители, част от които не са обозначени с марки, и впоследствие продава същите под своята марка със съгласието на техните производители. Вярно е, че ССЕ не установява в счетоводните баланси на [фирма] към 31.12.2013 г., 31.12.2014 г. и 31.12.2015 г. да е посочено наличие на нетекущи нематериални активи, в Търговският регистър не са обявени годишни финансови отчети на дружеството за следващите годишни отчетни периоди — 2016г., 2017г. и 2018г. Л. договор от 20.05.2013 г. не е отразен в счетоводството на [фирма], по същия не са издавани фактури и няма извършени плащания. Последното обаче не може да обоснове извод за неизползване

на търговската марка рег. № 49898 – Любимец 13 комбинирана.

В хода на настоящето съдебно производство оспорващият е представил множество доказателства, които обаче съдът приема, че не са нови и за които той е имал възможност да представи и пред административния орган за преценка, но не го е сторил. В случая жалбоподателят се е възползвал от правото си да представи доказателствата пред съда. С оглед новопостъпилите доказателства, крайните изводи на административния орган се оказват в противоречие с материалния закон и с целта на закона, с оглед на което е налице и основание за отмяна на акта по чл.146, т.4 и т.5 от АПК. Това е така, защото, въпреки събраните пред административния орган доказателства, /данни за ползване на марката извън периода 25.01.2013г. – 25.01.2018г./, съдът е длъжен и сам служебно да събере доказателства и/или да укаже на страните, че за определени факти от тезите си не сочат доказателства. По делото е представена извадка от интернет сайт на зоомагазин „Любимец 13“, който според извадката е бил създаден през 2013г. Следователно, това доказателство не е ново, а е могло и следвало да бъде представено в рамките на производството пред ПВ. Независимо от последното от сайта на зоомагазин „Любимец 13“ /л. 55-73/ може да се направи извод за реално използване на търговската марка с рег. № 49898 – Любимец 13 комбинирана за стоки от клас 31 от МКСУ. Вярно е, че извадката от интернет страницата на дружеството съдържа и услуги, извън тези по клас 31 от МКСУ, но последното установява активната търговска дейност на юридическото лице [фирма], ЕИК[ЕИК], от [населено място]. Установява се реално ползване на марка с рег. № 49898, в какъвто смисъл са и указанията на ВАС, а именно разграничаване на търговската дейност на дружеството в регистрирания търговски обект за продажба чрез доказване на регистрацията и оборотът му не трябва да се смесва с реалното използване на марката за стоките, за които е регистрирана с цел разграничаването им от други стоки от същия вид, но с други марки. От една страна дружеството развива търговска дейност, от друга страна използва регистрираната марка № 49898. Потвърждение на последното са представените по делото копия от дневник за продажби, от които е видно, че преимуществено се продава храна за животни. Във финансови отчети на търговците се съдържа обща информация за търговска дейност, но предвид установения предмет на дейност на търговеца /продажба на храни за животни/, може да се свърже с реалното използване на търговската марка.

Действително, не се доказва по делото използването на марка с рег. № 49898 извън „храни за животни“ за останалите стоки и услуги от клас 31 на МКСУ „селскостопански, градинарски и горски продукти и семена, които не са включени в други класове; живи животни; малц“. С Решение № 189/18.12.2018г. председателя на ПВ обаче не е направил тази разлика и е отменил регистрацията на марка с рег. № 49898 за всички стоки и услуги от клас 31 от МКСУ, което обосновава неговата незаконосъобразност. В случая, се установява, че за периода 25.01.2013г. – 25.01.2018г. търговската марка е била реално използвана, в частност по отношение стоки „храни за животни“ от клас 31 на МКСУ.

В допълнение следва да бъде посочено, че неправилно е определен от административния орган пет годишния период. Установява се още, че с вх. 64501/07.06.2012г. пред ПВ е депозирано искане за подновяване на регистрацията на марката. От справка на л. 172 (адм. д. № 4720/19) се установява, че марката рег. № 49898 – „Любимец 13 комбинирана“ е със срок за защита до 11.04.2023г. Предвид последното съдът прави извод, че подновяването е от 11.04.2013г., а пет – годишният период изтича на 11.04.2018 г. В същото време искането за заличаване е депозирано на 25.01.2018г. с вх. № 70087171 от [фирма]. Или с други думи казано не е изтекъл 5 – годишният срок след пререгистрацията на марката с рег. № 49898 – Любимец 13

комбинирана към момента на подаване на молбата за заличаване. Следователно, не е била приложима хипотезата на чл. 25, ал. 1, т. 1 във вр. чл. 19 от ЗМГО (отм.), респ. чл. 35, ал. 1, т. 1 във вр. с чл. 21 от ЗМГО в първото предложение. Съдът намира още, че в хипотезата на второто предложение /използването на марката е било преустановено за непрекъснат период от 5 години/ на цитираните разпоредби, решението на председателя ПВ е незаконосъобразно. В случая единствено е определен периода на изследване на ползването на търговската марка. Последното е необходимо, но не достатъчно, доколкото във втората хипотеза на чл. 25, ал. 1, т. 1 във вр. чл. 19 от ЗМГО (отм.), респ. чл. 35, ал. 1, т. 1 във вр. с чл. 21 от ЗМГО се изисква установяване, липса на основателна причина за неизползването, което обстоятелство пък въобще не е изследвано от ПВ.

По изложените по-горе съображения постановеното решение на председателя на ПВ се явява незаконосъобразно, постановено в противоречие с материалноправните разпоредби и не съответства с целта на закона – чл. 146, т. 4 и т. 5 от АПК, поради което следва да бъде отменено.

По делото са направени искания за присъждане на разноски от страна на процесуалния представител на жалбоподателя и представителя на конституираната по делото заинтересована страна. Предвид изхода на спора, направеното от страна на процесуалния представител на заинтересована страна искане за присъждане на разноски се явява неоснователно и следва да се остави без уважение. На основание чл. 143, ал. 1 от АПК искането на процесуалния представител на жалбоподателя за присъждане на разноски се явява основателно. В полза на жалбоподателя следва да бъдат присъдени поисканите разноски в размер на 1500 лева, съобразно списък по чл. 80 от ГПК на л. 134 от делото. Направеното възражение за прекомерност не се уважава, тъй като делото се отличава с висока фактическа и правна сложност.

Водим от горното и на основание чл. 172, ал. 2 и чл. 143, ал. 4 от АПК, Административен съд София-град, II отделение, 28-и състав,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ, по жалба на [фирма], ЕИК[ЕИК], от [населено място], Решение № 189/18.12.2018 г. на председателя на Патентното ведомство на Република България, с което е отменена регистрацията на марка с рег. № 49898 – „Любимец 13“ за стоки: „селскостопански, градинарски и горски продукти и семена, който не са включени в други класове; живи животни; храни за животни; малц“ от клас 31 на М.;

ОСЪЖДА Патентно ведомство да заплати на [фирма], ЕИК[ЕИК], от [населено място], сумата от 1500 (хиляда и петстотин) лева, представляваща разноски по делото.

Решението може да бъде обжалвано с касационна жалба в 14 - дневен срок от съобщаването му чрез Административен съд София - град пред Върховния административен съд.

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

СЪДИЯ: