

ТЪЛКУВАТЕЛНО РЕШЕНИЕ

№ 1

София, 31 май 2013 година

Върховният касационен съд на Република България, ОБЩО СЪБРАНИЕ НА НАКАЗАТЕЛНАТА КОЛЕГИЯ в съдебно заседание на двадесет и първи февруари две хиляди и тринадесета година в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: ЛАЗАР ГРУЕВ

ЗАМ. ПРЕДСЕДАТЕЛ: ПАВЛИНА ПАНОВА

**ПРЕДСЕДАТЕЛИ НА ОТДЕЛЕНИЯ:
ЕЛИЯНА КАРАГЪЗОВА, ИВАН НЕДЕВ, ТАТЯНА КЪНЧЕВА**

ЧЛЕНОВЕ:

ПЛАМЕН ТОМОВ	ЕЛЕНА АВДЕВА
ЕЛЕНА ВЕЛИЧКОВА	КАПКА КОСТОВА
ЛИДИЯ СТОЯНОВА	ЦВЕТИНКА ПАШКУНОВА
ЕВЕЛИНА СТОЯНОВА	БЛАГА ИВАНОВА
ЛИЛЯНА МЕТОДИЕВА	СЕВДАЛИН МАВРОВ
САША РАДАНОВА	ТЕОДОРА СТАМБОЛОВА
ВЕРОНИКА ИМОВА	МИНА ТОПУЗОВА
ЮРИЙ КРЪСТЕВ	ДАНИЕЛА АТАНАСОВА
КРАСИМИР ХАРАЛАМПИЕВ	БИСЕР ТРОЯНОВ
РУЖЕНА КЕРАНОВА	КРАСИМИР ШЕКЕРДЖИЕВ
ФИДАНКА ПЕНЕВА	ПЛАМЕН ПЕТКОВ

с участието на секретаря Румяна Виденова
сложи на разглеждане тълкувателно дело № 1 по описа за 2013 година,
докладвано от съдия **ЕЛЕНА АВДЕВА**

Председателят на Върховния касационен съд на Република България на основание чл.125 от Закона за съдебната власт е направил искане Общото събрание на наказателната колегия във Върховния касационен съд /ОСНК/ да постанови тълкувателно решение поради противоречива практика по прилагането на чл. 172б от Наказателния кодекс /НК/ във връзка със защитата на правото върху марка.

Поставени са следните въпроси:

I. Относно обективните признаци на престъпния състав на чл. 172б от НК

1. Налице ли е обективният признак на състава на чл.172б от НК „използване в търговска дейност”, когато стоки преминават транзитно през територията на Република България ?

2. Представлява ли престъпление по чл.172б от НК използването на знаци, сходни с чужди търговски марки ?

3. Приложим ли е принципът за общностно изчерпване на правото върху търговска марка при установяване на противоправно използване на търговска марка по смисъла на чл.172б от НК ?

4. Кога е налице елементът „търговска дейност” от състава на престъплението по чл.172б от НК ?

II.Относно признаците, очертаващи субекта на престъпния състав на чл.172б от НК

1. Кой е субектът на престъплението по чл.172б от НК, когато ползвател на неправомерно идентифицираните стоки е юридическо лице?

2. Задължително ли е субектът на престъплението по чл.172б от НК да е търговец по смисъла на Търговския закон ?

III.Относно настъпването на вреди/вредни последици и процесуалното качество пострадал/ощетено юридическо лице от престъплението по чл.172б от НК

1. Настъпват ли вреди, подлежащи на обезщетение, от престъплението по чл.172б от НК ?

2. Съществува ли пострадал/ощетено юридическо лице от престъплението по чл.172б от НК и може ли той/то да се конституира като граждански ищец в наказателния процес ?

ОСНК, в изпълнение на правомощията си по чл.124 от Конституцията на Република България и чл.124, ал.1, т. 1 от Закона за съдебната власт, за да се произнесе, взе предвид следното:

Обществените отношения, възникващи във връзка с изключителното право на марка, намират наказателноправна защита в чл.172б от НК.

Нормата е с бланкетна конструкция, поради което тълкуването ѝ е обвързано с допълващите я разпоредби на специалния Закон за марките и географските означения /Обн., ДВ, бр. 81 от 14.09.1999 г., в сила от 15.12.1999 г., последна редакция бр. 54 от 15.07.2011 г./. Той е продукт на българската правна традиция /първият Закон за търговските и индустриалните марки е приет от Народното събрание на 18.11.1892 г. и

публикуван в Държавен вестник, бр.16 на 22.01.1893 г./ЗМГО/ и въведеното от законодателя международно и европейско общностно право в областта на интелектуалната собственост. Ето защо от значение за правилното приложение на чл.172б от НК са и принципите, заложи в Първата директива на Съвета на ЕО 89/104/ЕИО от 21.12.1988 г. за сближаване на законодателствата на държавите-членки относно марките, отменена с Директива 2008/95/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 22.10.2008 г. за сближаване на законодателствата на държавите-членки относно марките /кодифицирана версия/, Директива 2004/48/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 29.04.2004 г. относно упражняването на права върху интелектуалната собственост и Споразумението за свързаните с търговията аспекти на правата върху интелектуалната собственост, представляващо Приложение 1В от Маракешкото споразумение за създаване на Световна търговска организация /Споразумение ТРИПС/, както и практиката на Съда на Европейския съюз /СЕС/ по преюдициални запитвания. Важни източници на обективното право по темата са Регламент № 207/2009 на Съвета от 26.02.2009 г. относно марката на Общността /кодифицирана версия/ и Регламент № 1383/2003 г. на Съвета от 22.07.2003 г. относно намесата на митнически органи по отношение на стоки, за които се подозира, че нарушават някои права върху интелектуалната собственост, както и относно мерките, които следва да се вземат по отношение на стоки, нарушаващи някои права върху интелектуалната собственост.

В тази правна рамка ОСНК стигна до следните отговори на поставените въпроси:

По т.І.1

Обективният признак на престъплението по чл.172б от НК „използване в търговската дейност” намира легално определение в допълващата разпоредба на чл.13, ал.2 от ЗМГО. В нея изчерпателно са изброени действията, при извършване на които може да се допусне нарушаване на правото на маркопритежателя чрез използване без негово съгласие на идентичен или сходен с регистрирания знак.

Те са:

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 представянето на услуги с този знак;
3. вносът или износът на стоките с този знак;

4. използването на знака в търговски книжа и в реклама;

Параграф 1, т.12 от Допълнителните разпоредби /ДР/ на ЗМГО дефинира дейността на внос или износ като фактическо пренасяне през границата на страната на стоки, независимо дали по отношение на тези стоки е задействан митнически режим. Транзитът според чл. 97, ал.1 от Закона за митниците /Обн., ДВ, бр. 15 от 6.02.1998 г., в сила от 1.01.1999 г., последна редакция бр. 15 от 15.02.2013 г., в сила от 1.02.2013 г. /ЗМ/ е вид митнически режим, който разрешава превоза от едно до друго място на митническата територия на Република България на

1. чуждестранни стоки, без да бъдат облагани с вносни митни сборове и без да подлежат на мерките на търговската политика;

2. местни стоки, в случаи и при условия, определени с правилника, за които като продукти са предвидени ограничителни или насърчителни мерки по износ, с цел тези мерки да не бъдат избегнати или неправомерно използвани.

Сравнението между чл.97, ал.1 от ЗМ и чл.13, ал. 2, т. 3 от ЗМГО показва, че при митническия режим *транзит* се предполага фактическо пренасяне на стоки през границата на страната чрез въвеждането им в нейното митническо пространство, поради което е възможно извършване на престъпление по чл.172б от НК. Тази хипотеза обаче е мислима при транзитиране само на неоригинални стоки, насочени към европейския потребител.

Аргументите за това са следните:

Българската съдебна практика е изработила задължително определение, ясно разграничаващо оригиналните стоки от неоригиналните, фалшифицирани, имитирани стоки. В т.4 от Тълкувателно решение № 1 от 15.06.2009 г. на ВКС по тълкувателно дело № 1/2008 г. на ОСТК се заявява, че „оригиналните стоки носят графичното изображение на знака на регистрираната стока със съгласието на притежателя на правото”. *Per argumentum a contrario*, отсъствието на съгласие за използване на знака на регистрираната марка поставя стоките в категорията на неоригиналните, фалшифицирани, имитирани стоки.

Според дефиницията на параграф 1, т.12 от ДР на ЗМГО по смисъла на този закон понятията *внос* и *износ* се отнасят до стоки , носещи знак, идентичен или сходен на регистрираната марка, но не и еднакъв с нея т.е., това са стоки, маркирани с неоригинален знак, който не е оторизиран от титуляра.

В обективния състав на изпълнителното деяние на престъплението по чл.172б от НК е включен важният елемент

използването на марката да се извършва без съгласието на притежателя на изключителното право и без правно основание, с което законодателят недвусмислено насочва към случаите на опериране с неоригинални, фалшифицирани стоки.

Подкрепя на становището, че при транзитно преминаване на стоки в контекста на престъплението по чл. 172б от НК от значение е техният неоригинален характер, може да се открие и в чл.2, пар.1/а/ и чл.3, пар.1 от Регламент № 1383/2003 г. на Съвета от 22.07.2003 г. Регламентът като цяло е посветен на действията на митническите органи по отношение на стоки, за които се подозира или които нарушават някои права на интелектуална собственост. За неговите цели стоки, нарушаващи интелектуалната собственост, са имитираните стоки /чл.2, пар.1/а/ и обратно, разпоредбите му не се прилагат към стоки, върху които е поставена производствена или търговска марка със съгласието на притежателя на тази марка /чл.3, пар. 1/.

На следващо място ОСНК отбелязва, че посочените нормативни източници изграждат правна защита в рамките на Европейския съюз и са насочени срещу нарушения на правото върху марка, приложимо по силата на общностното право или вътрешното право на държавата - членка. Ето защо митническият режим *транзит* сам по себе си не установява засягане на изключителното право върху марка, ако стоките не са предмет на търговски акт, насочен към потребителите в Европейския съюз. Това разбиране на закона ¹налага във всеки конкретен случай да се изясни дали транзитно преминаващите за трета страна стоки са предназначени за европейския пазар. Когато няма данни в тази насока, не възниква основание за наказателна отговорност за нарушаване на правото на индустриална собственост по чл. 172б от НК. Нещо повече, съгласно чл.81, ал.6 от ЗМГО законодателят е изключил и административнонаказателна отговорност за транзитно преминаващи стоки, което допълва доводите на изложеното тълкуване на чл.172б от НК.

По т.І.2.

Някои съдебни състави намират, че престъплението по чл.172б от НК има за предмет стоки с търговска марка в оригиналния ѝ вид

¹ Вж.решенията по дело *Class International*, C-405/03 , съединени дела C-446/09 и C-495/09 и дело *L` Oreal* –C-324/09 на СЕС

съгласно регистрацията, поради което при използване на идентичен или сходен знак липсва предмет на престъпление.

Други състави споделят разбирането, че предмет на престъплението са стоки с поставен без съгласие на маркопритежателя знак, който може да бъде идентичен или сходен на регистрираната търговска марка.

ОСНК намира за правилно второто становище.

Понятията „знак, сходен с регистрирана марка” и „знак, идентичен на регистрирана марка” се включват в състава на престъплението по чл. 172б от НК по пътя на препращането към ЗМГО.

По силата на чл.13, ал.1 от ЗМГО притежателят на изключителното право върху марка може да забрани на трети лица без негово съгласие да използват в търговската дейност знак, който

1. е идентичен на марката за стоки или услуги, идентични на тези, за които марката е регистрирана ;

2. поради неговата идентичност или сходство с марката и идентичността или сходството на стоките или услугите съществува вероятност за объркване на потребителите, която включва възможност за свързване на знака с марката ;

3. е идентичен или сходен на марката за стоки или услуги, които не са идентични или сходни на тези, за които марката е регистрирана, когато по-ранната марка се ползва с известност на територията на Република България и използването без основание на знака би довело до несправедливо облагодетелстване от отличителния характер или известността на по-ранната марка или би ги увредило .

Във всяка от тези три хипотези се визира използване на знак, различен от регистрираната търговска марка. Липсата на съгласие на нейния притежател за търговска употреба от трети лица изключва възможността за появяването ѝ в оригинален вид върху стоки под техен контрол. Оригиналността на търговската марка е в корелация със съгласието на нейния титуляр за включването ѝ в търговска дейност по смисъла на ЗМГО. Тя винаги отпада при неговото отсъствие. Ето защо стоки с оригинален знак не могат да бъдат предмет на престъпление по чл. 172 б от НК.

В неговия обхват попадат случаите, когато се използват идентични знаци във варианта на чл.13, ал.1, т.1 от ЗМГО и идентични или сходни знаци във варианта по чл.13, ал.1, т.2 от ЗМГО.

Първият вариант е относим към фалшифицираните стоки, тъй като при тях е налице съчетанието идентичен знак - идентични стоки,

при което вероятността от объркване на потребителите винаги се предполага.

Противоречивата съдебна практика предизвиква допълнителни разяснения. Твърде често, под влияние на експертни преценки за несъществени разлики между инкриминирания и регистрирания знак / различен цветови нюанс, по-голям или по-малък мащаб на изображението и др. /, се приема, че поставеният знак е сходен на търговската марка, поради което е релевантна хипотезата на чл.13, ал.1, т.2 от ЗМГО. Всъщност и в този случай се касае за идентичен знак - имитация на оригиналния, и когато той се използва за идентични стоки е налице хипотезата на чл.13, ал.1, т.1 от ЗМГО. Стоките с фалшифицирани търговски марки според т.14/а/ от Споразумението ТРИПС са „всякакви стоки, включително опаковки, носещи без разрешение търговска марка, идентична с валидно регистрирана търговска марка във връзка с тези стоки, или когато не може да бъде разграничена относно основните им характеристики от подобна търговска марка, и която вследствие на това нарушава правата на притежателя на въпросната търговска марка.” Чл.16, т.1 от същото Споразумение презюмира, че „в случай на използване на идентичен знак за идентични стоки или услуги следва да се предполага вероятност от объркване.”

Цитираните разпоредби допускат, че при стоките с фалшифицирани марки са възможни варианти на идентичността на знака, която може да се прояви като силно подобие или като неразграничимо или трудно разграничимо сходство с основните характеристики на оригинала. В същата насока на разсъждения е и становището, изразено в т.3 от Тълкувателно решение № 1, от 15.06.2009 г. по тълкувателно дело № 1/2008 г. на ОСТК, според което „поставеният от трето лице графичен знак върху стоките представлява копие или имитация на марката, независимо дали изображението е идентично или сходно на знака, придобил качеството на марка по силата на регистрация по чл.10 от ЗМГО.”

Разграничението между оригинални и фалшифицирани стоки е по линията на съгласието на маркопритежателя за използване на търговската марка за идентични стоки, а не по линия на тъждественост на неправомерно използваното означение на регистрирания знак. При фалшификатите е нарушена основната функция на марката – да указва произход. Поставеният върху тях знак не позволява относително осведоменият и в разумни граници наблюдателен потребител да разбере дали стоките са с произход от притежателя на марката или свързано с

него предприятие, или произхождат от друго лице.² Той е лишен от възможност да сравни непосредствено и пряко възприемания знак и марката. Несъществените различия между тях не са в състояние да задействат оценъчен потенциал, който да противодейства на имитативното внушение на фалшификата, поради което следва да бъдат пренебрегнати. Ето защо, когато знакът представлява копие или имитация на регистрирана марка и е поставен върху идентични стоки, вероятността за объркване на потребителя се предполага без да е необходимо нейното доказване. В този случай нарушението на правото върху марка е по чл.13, ал.1, т.1 от ЗМГО.

При втория вариант на използване на идентичен или сходен знак - този по чл.13, ал.1, т.2 от ЗМГО, сходството е различно от копието или имитацията на марката при фалшифицираните стоки. Съгласно т.8 от Преамбюла на Регламент № 207/2009 г. от 26.02.2009 г. относно марката на общността /кодифицирана версия/ понятието за сходство следва да се тълкува във връзка с вероятността от объркване. Последната е функция от съществуването на различни фактори, и по-специално от признаването на марката на пазара, от връзката, която може да се направи с използвания или регистрирания знак, от степента на сходство между марката и знака и между обозначените стоки или услуги. Престъпление по чл. 172б от НК е възможно и при предпоставките на чл.13, ал.1, т.2 от ЗМГО, но при достигане до правния извод за вероятност от объркване за потребителя, тъй като в този случай тя не се предполага и е конкретно обективно условие за предоставяне на наказателноправна защита на правото върху марка.

Сходният знак присъства и в хипотезата на чл.13, ал.1, т.3 от ЗМГО. Тази разпоредба защитава маркопритежателите от действия, определяни като „размиване”, „опетняване” или „получаване на готово”. Характерно е за тях, че за разлика от случаите по чл.13, ал.1, т.1 и т.2 от ЗМГО, не се предвижда вероятност за объркване на потребителите. Така формулираното нарушение на правото върху марка не попада в обхвата на чл. 172б от НК, тъй като е свързано с допълнителен обективен признак – установяване на известността на по-ранната марка на територията на Република България, за което в ЗМГО е предвиден специален ред.

² Вж. Решение С-323/09 на СЕС

По т.І.3

Принципът на общностно изчерпване е регламентиран в чл.15, ал.1 от ЗМГО и представлява ограничение на правото на притежателя на изключителното право на марка да забрани използването ѝ за стоки с тази марка, които са пуснати на пазара на територията на държавите членки на Европейския съюз, съответно на Европейското икономическо пространство, от него или с негово съгласие.

Лексическото и логическо тълкуване на чл.15, ал.1 от ЗМГО разкрива неговата неотносимост към обхвата на обективните признаци на престъплението по чл. 172б от НК.

Общностно изчерпване на правото върху марка настъпва само по отношение на стоки, пуснати на пазара от маркопритежателя или с негово съгласие, т.е оригинални стоки. Следователно, въведеният с чл.15, ал.1 от ЗМГО принцип априорно изключва използване без съгласие на знак по смисъла на чл.13, ал.1, т.1 и т.2 в дейности по чл.13, ал.2 от ЗМГО, които изпълват съдържателно бланкетната разпоредба на чл. 172б от НК.

По тези съображения ОСНК приема, че принципът на общностно изчерпване на правото върху марка не е приложим при установяване на противоправно използване на търговска марка по чл. 172б от НК.

По т.І.4

Понятието „търговска дейност” по смисъла на чл. 172б от НК уточнява начина, по който може да се наруши правото на притежателя върху марка. То подлежи на тълкуване единствено в контекста на чл.13, ал.1 и ал.2 от ЗМГО.

Търговската дейност, както бе посочено в т.І.1, се свежда до извършване на изброените в чл.13, ал.2 от ЗМГО действия, чрез които се въвеждат в търговския оборот стоки с цел печалба, а именно :

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 ;

ОСНК не споделя разбирането, че обективното съдържание на чл. 172б от НК се допълва от нормите на Търговския закон /Обн., ДВ, бр.48 от 18.06.1991 г., в сила от 1.07.1991 г., последна редакция бр.15 .02.2013

г., в сила от 15.02.2013 г., изм. и доп., бр. 20 от 28.02.2013 г. /ТЗ/. Подобна препратка е неприемлива по няколко причини.

На първо място, самият ТЗ не въвежда легална дефиниция на търговската дейност, а я изгражда чрез понятието търговец, посочвайки кои лица са търговци /чл.1 от ТЗ / и кои не са /чл.2 от ТЗ/. Нормотворческият подход поставя акцент върху качеството на лицата, а не върху осъществяваните дейности. За разлика от него, в чл.13, ал.2 от ЗМГО е създаден изчерпателен списък на дейности, при извършването на които е възможно нарушаване на правото върху марка. Очевидно законодателят не е имал предвид ТЗ, а се е разграничил от него, избягвайки включване в признаците на престъпния състав на специалното качество *търговец*, за разлика от други текстове на НК /например чл. 227б, ал.1, чл. 227в, чл.227д от НК и др./.

На второ място, обвързването на изпълнителното деяние по чл. 172б от НК с очертания от ТЗ периметър на граждански оборот открива изключена от тълкуваната разпоредба възможност лица без статут на търговци да избегнат наказателна отговорност, въпреки наличието на всички останали предпоставки на обсъждания законов текст. Подобен резултат би ограничил неоправдано обхвата на чл. 172б от НК и би намалил, в отклонение от неговата цел , полезното му действие на наказателноправен регулатор.

По т.П.1

Противоречивата практика на съдилищата в случаите, когато ползвател на стоките със знак по чл.13, ал.1 от ЗМГО е юридическо лице, следва да бъде преодоляна при спазване на принципа на българското наказателно право, че субект на престъпление може да бъде само физическо лице.

Участието на юридическите лица в различни правоотношения се осъществява чрез поведението на физическите лица, които формират и изразяват воля от негово име.

Релевантен за определяне на субекта на престъплението по чл. 172б от НК, когато присъствието на юридическото лице в гражданско-правния оборот е свързано с нарушаване на изключителното право върху марка, е въпросът кой е извършил конкретни действия, довели до неправомерното ѝ използване. Във всеки отделен случай е необходимо да се изследва насочеността на поведението на физическите лица, реално ангажирани с деянието, чрез поръчка и производство на стоки, действия

на внос и износ, реклама, складиране, посредничество, предлагане за продажба, продажба и др. Умишленият характер на престъплението налага установяване на всички елементи, обективиращи съзнателни представи за общественоопасния характер на извършеното, предвиждане на общественоопасните последици и искането те да настъпят.

По т. II.2

Законодателят не е поставил изискване за специално качество на субекта на престъплението по чл. 172б от НК.

Формулировката на нормата използва относителното местоимение „който“, сочещо, в наказателноправен аспект, че субект може да бъде вменяемо физическо лице, достигнало определената в закона възраст, осъществило изпълнителното деяние по чл. 172б от НК.

Специалният начин на неговата реализация – използване в търговската дейност, не корелира с качеството търговец по ТЗ, тъй като самата тя не е обхваната от разпоредбите му, както бе изяснено в т. I.4 .

Наказателноправната защита е поставена в зависимост от естеството на извършваната дейност, а не от особено качество на извършителя.

По т. III.1

ОСНК, като следва установената от съдебната практика³ традиция, поддържа становището, че основание на гражданския иск в наказателния процес е деянието в деликтната му проява. На обезщетение подлежат вредите, които са негова пряка и непосредствена последица, независимо дали са елемент от престъпния състав.

Престъплението по чл.172б, ал.1 от НК е на просто извършване, без да е предвиден престъпен резултат. Квалифицираният състав на чл.172б, ал.2, пр.2 от НК включва настъпване на значителни вредни последици. Във всички случаи обаче престъплението води до отрицателно изменение на условията за нормално съществуване и възможността за упражняване на изключителното право върху марка. Засягат се постигнатият търговски статус и репутацията на притежателя на изключителното право. В правнозащитената му сфера настъпват неблагоприятни изменения, които имат имуществено измерение. За правилната квалификация на деянието, включително за обсъждането му в контекста на чл.9, ал.2 от НК или на предпоставките за

³ Вж. ППВС № 1 от 07.02.1955г., изменено с ППВС № 7 /87 г. и ППВС № 9 от 25.12.1961 г

административнонаказателна отговорност, е важно да се определят размерът на вредите и обемът на значителните вредни последици.

Признаването на вредите от престъплението по чл. 172б от НК съответства и на приложимото международно законодателство и общностното право.

Съгласно чл.45, пар.1 от Споразумението ТРИПС, съдебните власти следва да бъдат упълномощени да разпоредят нарушителят да заплати на притежателя на правото щетите в размер, компенсиращ вредата, понесена от него поради нарушаване на правото върху интелектуална собственост. В същата насока е и чл. 13 от Директива 2004/48/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 29.04.2004 г. относно упражняването на права върху интелектуалната собственост, изискващ от държавите – членки гаранции, че по заявление на увредената страна, съдебните органи ще постановяват нарушителят да заплати на притежателя на правото обезщетение съобразно претърпените действителни вреди. Тези ангажименти са намерили израз в чл.76, ал.1, т.3 от ЗМГО, регламентиращ иск за обезщетение за вреди при нарушение на правото върху марка.

Определянето на размера на вредите поставя пред съдебната практика сериозни предизвикателства. Те са свързани със същностните белези на правото върху марка като специфично нематериално благо, част от интелектуалната собственост. Приложението на марката в стоковия оборот е резултат на разходи на средства и време за създаване на търговската репутация на притежателя ѝ. Отрицателните икономически последици от нейното засягане са реални и различни, но трудни за остойностяване с познатите механизми на неправомерното увреждане. Националният законодател, при съобразяване на съществуващите международни стандарти⁴ е създал в чл.76б, ал.1, т.2 от ЗМГО презумптивен механизъм за оценка на вредите при нарушение на правото върху марка. Според него, когато искът е установен по основание, но няма достатъчно данни за неговия размер, ищецът може да иска като обезщетение равностойността по цени на дребно на правомерно произведени стоки, идентични или сходни със стоките, предмет на нарушението. Този алгоритъм е в синхрон с правилото в наказателното производство да се издирват само претърпените вреди, но не и пропуснатите ползи, както и с постулата, че юридическите лица не търпят неимуществени вреди. Проектирано върху спецификата на

⁴ Вж. мотиви към проекта на Закон за изменение и допълнение на ЗМГО от 17.05.2006 г., 40-то НС

нарушеното право по чл.172б от НК това схващане отразява презюмирани икономически последици от засягането на едно по същината си нематериално благо. Абсолютният размер на определените по този начин вреди е практически ориентир за правилната квалификация на престъплението по чл. 172б от НК и разграничаването му от административните нарушения.

По т. III.2

Фигурата на пострадалия възниква след положителен отговор на въпросите дали едно лице е претърпяло вреди /имуществени или неимуществени/ и дали те са пряка и непосредствена последица от престъплението.

Защитеното от ОСНК разбиране, че престъплението по чл. 172б от НК причинява реално вреди, закономерно води до признаване на процесуалната възможност с основание чл.74, ал.1 и ал.2 от НПК и чл.84, ал.1 от НПК, пострадалото физическо лице и ощетеното юридическо лице, притежатели на право върху марка, да се конституират като граждански ищци. При определени договорни условия това право възниква и за лицензополучателя по аргумент от чл.75, ал.1 и ал.3 от ЗМГО.

Въз основа на изложеното, Общото събрание на наказателната колегия във Върховния касационен съд на Република България

Р Е Ш И

По т. I.1.

Обективният признак на състава на чл. 172б от НК „използване в търговската дейност” при транзитно преминаване на стоки през територията на Република България е налице, ако стоките са предмет на търговски акт, насочен към потребителите в Европейския съюз.

По т. I.2

Използването на знаци, сходни с чужди търговски марки, е съставомерен признак на престъплението по чл. 172б от НК.

По т. I.3

Принципът на общностно изчерпване на правото върху търговска марка не е приложим при установяване на противоправно използване на търговска марка по смисъла на чл.172б от НК.

По т.І.4

Елементът „търговска дейност” от състава на престъплението по чл. 172б от НК е налице при хипотезите на чл.13, ал.2 от ЗМГО, когато дейностите се извършват за реализиране на икономически ползи; той не е в зависимост от осъществявана от субекта дейност на търговец по Търговския закон.

По т.ІІ.1

Субект на престъплението по чл.172б от НК, когато ползвател на неправомерно идентифицираните стоки е юридическо лице, е съответното физическо лице, от поведението на което юридическото лице е придобило качеството на ползвател.

По т.ІІ.2

Субект на престъплението по чл.172б от НК може да бъде всяко наказателноотговорно лице.

По т. ІІІ.1

От престъплението по чл.172б от НК могат да настъпят вреди, подлежащи на обезщетение.

По т.ІІІ.2

Пострадал/ощетено юридическо лице е притежателят на правото на марка, който може да се конституира като граждански ищец.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

/проф. ЛАЗАР ГРУЕВ/

ЗАМ. ПРЕДСЕДАТЕЛ НА ВКС:

/ПАВЛИНА ПАНОВА/

ПРЕДСЕДАТЕЛИ НА ОТДЕЛЕНИЯ:

ЕЛИЯНА КАРАГЪЗОВА..... ИВАН НЕДЕВ.....

ТАТЯНА КЪНЧЕВА.....

ЧЛЕНОВЕ:

ПЛАМЕН ТОМОВ..... (особено мнение по т.І.3)	ЕЛЕНА АВДЕВА.....
ЕЛЕНА ВЕЛИЧКОВА.....	КАПКА КОСТОВА.....
ЛИДИЯ СТОЯНОВА.....	ЦВЕТИНКА ПАШКУНОВА.....
ЕВЕЛИНА СТОЯНОВА	БЛАГА ИВАНОВА.....
ЛИЛЯНА МЕТОДИЕВА.....	СЕВДАЛИН МАВРОВ.....
САША РАДАНОВА.....	ТЕОДОРА СТАМБОЛОВА.....
ВЕРОНИКА ИМОВА.....	МИНА ТОПУЗОВА.....
ЮРИЙ КРЪСТЕВ.....	ДАНИЕЛА АТАНАСОВА.....
КРАСИМИР ХАРАЛАМПИЕВ.....	БИСЕР ТРОЯНОВ.....
РУЖЕНА КЕРАНОВА.....	ПЛАМЕН ПЕТКОВ.....
ФИДАНКА ПЕНЕВА.....	КРАСИМИР ШЕКЕРДЖИЕВ..... (особено мнение по т.І.5)

ОСОБЕНО МНЕНИЕ
на съдията ПЛАМЕН ТОМОВ

Смятам, че на въпроса „[п]риложим ли е принципът за общностно изчерпване на правото върху търговска марка при установяване на противоправно използване на търговска марка по смисъла на чл.172б от НК”(I.3) неправилно беше отговорено категорично отрицателно, че този принцип е неприложим.

За категоричността на дадения отговор има място само в материалноправен аспект: принципът за общностното изчерпване се отнася до оригиналните стоки, а те наистина не могат да са предмет на престъплението по чл.172б НК.

Обсъжданият въпрос обаче има – и това се вижда от формулирането му („п р и у с т а н о в я в а н е”) - определен процесуален аспект: оригиналните стоки не могат да бъдат, но ако въпреки това са станали предмет на престъплението по конкретно дело (ясно е, че това би станало в резултат на грешка), как би могло да се у с т а н о в и това?

Отговорът е, струва ми се, очевиден: като бъде д о к а з а н о, че инкриминираните стоки са всъщност оригинални и че принципът за общностното изчерпване на правото върху търговска марка важи, но за съжаление този отговор не следва пряко от извършеното тълкуване.

(ПЛАМЕН ТОМОВ)

Особено мнение на съдията Красимир Шекерджиев по Тълкувателно решение №1/2013 г.

Не мога да споделя мнението на мнозинството по отношение на точки III.1 и III.2 от тълкувателното решение. От текста на нормата на чл.172б НПК може да бъде направен извод, че законодателят е очертал основния състав на престъплението в разпоредбата на чл.172б, ал.1 НК, а в ал.2 на същия текст е предвидил два самостоятелни квалифицирани състава на същото престъпление. Анализът на основния състав дава основание да се прецени, че същото е на просто извършване (както е приело и мнозинството) и за осъществяването му не се налага настъпването на каквито и да е вреди. Те са инкриминирани като самостоятелно квалифициращо обстоятелство и именно настъпването им е основание за носене на завишена наказателна отговорност по чл.172б, ал.2 НК. Структурата на законовата норма е сходна с тази на разпоредбата на чл.282 НК, за която няма съмнение, че не предвижда в основания си състав (този на чл.282, ал.1 НК) настъпването на вреди. Намирам, че фигурата на пострадалия в наказателното производство винаги е свързана с това той да е търпял вреди, настъпили в резултат на извършено престъпление. Смятам, че тези вреди всякога са съставомерни и именно настъпването им е основание да се предвиди процесуална възможност в наказателния процес да вземе участие пострадалия (на досъдебното производство), респективно гражданския ищец в съдебната фаза. При липсата на предвидени от законодателя съставомерни вреди не намирам за възможно да се приеме, че участието на пострадал, в което и да е наказателно производство е допустимо.

Ето защо приемам, че когато законодателят не е предвидил като елемент от състава на престъплението по чл.172б, ал.1 НПК настъпването на вреди по тези производства не съществува фигурата на пострадал или граждански ищец, респективно е недопустимо приемането за съвместно разглеждане в рамките на наказателното дело граждански иск с предмет претърпени вреди. Това е възможно единствено в хипотезата на чл.172б, ал.2 НК и то само при наличието на квалифициращото обстоятелство „значителни вредни последици”.

Не мога да се съглася с изразеното от мнозинството становище, че разпоредбата на чл.45, пар.1 от Споразумението ТРИПС подкрепя тезата на мнозинството. Действително съществува изискване съдебните власти да разпоредят на нарушителя да заплати на притежателя на правото щетите в размер, компенсиращ вредата, понесена в резултат на посегателството на правото на интелектуална собственост. Това изискване съдържа задължение на националните власти да гарантират съдебна защита на евентуално

засегнати права, но няма изискване тя да е в рамките на наказателното производство. Няма спор, че в националното ни законодателство съществува възможност иск с предмет засягане на правото на интелектуална собственост да бъде предявен по общия исков ред, респективно липсата на възможност обезщетение на това посегателство да бъде търсено в рамките на наказателното производство не е нарушение на текста на споразумението.

В заключение трябва да се посочи и това, че с решението си за съществуването на вреди и по дела с предмет чл.172б, ал.1 НК касационният съд (с оглед константната си практика) налага на органите на досъдебното производство да изпълнят всички свои задължения по глава VIII, раздел I от НПК, като всякога издирят лицето, което е търпяло вреди от инкриминираното деяние, разяснят правата му по чл.75 НПК, осигурят възможността му да участва в наказателното производство и тези задължения трябва да бъдат изпълнени без значение къде се намира неговото местоживееене. Това задължение трябва да бъде изпълнено по отношение на всяко едно пострадало лице, в хипотезата на засягане на повече от един обект на наказателноправна защита в обсъждания законов текст. Сходно задължение съществува и в съдебното производство с оглед възможността да бъде разяснени правата на претърпялото вреди лице с оглед предявяване на граждански иск.

Наред с изискването за изпълнение на задължителните процесуални норми, гарантиращи правата на претърпелия вреди от престъплението за органите на досъдебното производство всякога ще съществува изискване да включат в процесуалните си актове информация за размера на претърпените вреди и да го посочат по определена предварително известна методика. Изпълнението на посочените задължения по дела с предмет престъпления по чл.172б НК (извън тези по чл.172б, ал.2 НК) може да попречи на нормалното развитие на наказателното производство и на практика да компрометира развитието на същинското наказателно производство с оглед защита на интереса на пострадалия в рамките на развиващото се субсидиарно производство по репарирание на претърпени вреди. Намирам това за недопустимо, още повече когато е по отношение на престъпен състав, за изпълнението на който законодателят не е предвидел изобщо настъпването на вреди.

Красимир Шекерджиев