РЕШЕНИЕ НА СЪДА (трети състав)

26 април 2007 година *

По дело C-412/05 P

с предмет жалба на основание член 56 от Статута на Съда, подадена на 23 ноември 2005 г.,

Alcon Inc., установено в Hünenberg (Швейцария), за което се явяват г-н G. Breen, solicitor, и г-н J. Gleeson, SC, със съдебен адрес в Люксембург,

жалбоподател,

като другите страни в производството са:

Служба за хармонизация във вътрешния пазар (марки и дизайни) (СХВП), за която се явява г-н A. Folliard-Monguiral, в качеството на представител,

ответник в първоинстанционното производство,

* Език на производството: английски.

Biofarma SA, установено в Neuilly-sur-Seine (Франция), за което се явяват адв. V. Gil Vega и адв. A. Ruiz López, abogados,

встъпила страна в първоинстанционното производство,

СЪДЪТ (трети състав),

състоящ се от: г-н A. Rosas, председател на състав, г-н A. Tizzano, г-н A. Borg Barthet, г-н J. Malenovský и г-н A. Ó Caoimh (докладчик), съдии,

генерален адвокат: г-жа J. Kokott,
секретар: г-н J. Swedenborg, администратор,

предвид изложеното в писмената фаза на производството и в съдебното заседание от 27 септември 2006 г.,

след като изслуша заключението на генералния адвокат, представено в съдебното заседание на 26 октомври 2006 г.,

постанови настоящото

Решение

1 Със своята жалба Alcon Inc. иска от Съда да отмени Решение на Първоинстанционния съд на Европейските общности от 22 септември 2005 г. по дело Alcon/СХВП — Biofarma (TRAVATAN) (T-130/03, Recueil, стр. II-3859, наричано по-нататък „обжалваното съдебно решение"), с което Първоинстанционният съд отхвърля жалбата за отмяна на решението на трети апелативен състав на Службата за хармонизация във вътрешния пазар (марки и дизайни) (СХВП) от 30 януари 2003 г. (R 968/2001-3), с което е отказана регистрацията на словния знак „TRAVATAN" като марка на Общността (наричано по-нататък „спорното решение").

Правна уредба

2 Член 48, параграф 2, първа алинея от Процедурния правилник на Първоинстанционния съд предвижда, че „в хода на производството не могат да се въвеждат нови правни основания, освен ако те не почиват върху правни или фактически обстоятелства, установени в хода на производството".

3 Съгласно член 135, параграф 4 от посочения правилник „с писмени[те] становища на страните не може да се изменя предметът на спора пред апелативния състав“.

4 Член 8, параграф 1 от Регламент (ЕО) № 40/94 на Съвета от 20 декември 1993 година относно марката на Общността (ОВ L 11, 1994 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 17, том 1, стр. 146), предвижда:

„1. При възражение на притежателя на по-ранна марка, се отказва регистрация на заявената марка:

[...]

б) когато поради своята идентичност или прилика с по-ранната марка и поради идентичността или приликата на стоките или услугите, които двете марки обозначават, съществува вероятност от объркване в съзнанието на хората на територията, в която по-ранната марка е защитена; вероятността от объркване включва риска от свързване с по-ранната марка.“

5 Член 8, параграф 2, буква а), ii) от този регламент е със следното съдържание:

„За целите на параграф 1 „по-ранни марки“ означават:

а) марки от следните видове, чиято дата на подаване на заявката е по-ранна от тази на подаване на заявката за регистрация на марка на Общността, като се вземат предвид, когато е уместно, претендираните приоритети, по отношение на тези марки:

[...]

ii) марките, регистрирани в една държава-членка [...]“

6 Член 43, параграфи 2 и 3 от същия регламент предвижда:

„2. По искане на заявителя, притежателят на една по-ранна марка на Общността, който е направил възражение, представя доказателства, че през петте години предхождащи публикуването на заявката за марка на Общността,

по-ранната марка на Общността е била обект на реално използване в Общността за стоките или услугите, за които тя е регистрирана, и които той цитира за обосноваване на възражението, или че съществуват основателни причини за неизползването, доколкото към тази дата, по-ранната марка е била регистрирана за не по-малко от пет години. При липса на такива доказателства, възражението се отхвърля. Ако по-ранната марка на Общността е била използвана само за една част от стоките или от услугите, за които тя е регистрирана, тя се смята за регистрирана, за целите на разглеждането на възражението, само за тази част от стоките или услугите.

3. Параграф 2 се прилага по отношение на по-ранни национални марки, посочени в член 8, параграф 2, буква а), като се изхожда от това, че използването в Общността е заменено с използването в държавата-членка, в която по-ранната национална марка е защитена.“

7 Съгласно член 44, параграф 1 от посочения регламент заявителят може по всяко време да оттегли своята заявка за марка на Общността или да ограничи списъка на стоки или услуги, който се съдържа в нея.

8 Член 63, параграфи 1—3 от Регламент № 40/94 гласи, както следва:

„1. Жалби срещу решенията на апелативните състави могат да се подават пред [Първоинстанционния съд].

2. Основанията за обжалване могат да бъдат липса на компетентност, нарушаване на съществени процедурни изисквания, нарушаване на договора, на настоящия Регламент или на всяка правна норма отнасяща се до тяхното прилагане или злоупотреба с власт.

3. [Първоинстанционният съд] може както да отмени, така и да измени обжалваното решение."

9 Правило 13, параграф 1 от Регламент (ЕО) № 2868/95 на Комисията от 13 декември 1995 година за прилагане на Регламент (ЕО) № 40/94 (ОВ L 303, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 17, том 1, стр. 189) изброява данните, които трябва да съдържа молбата за промяна на заявката, представена в съответствие с член 44 от последния регламент.

Обстоятелства, предхождащи спора

10 На 11 юни 1998 г. жалбоподателят подава в СХВП заявка за регистрация като марка на Общността на словния знак „TRAVATAN" за „офталмологични фармацевтични препарати". Стоките, за които е поискана регистрацията, са от

клас 5 по смисъла на Ницката спогодба относно международната класификация на стоките и услугите за регистрация на марки от 15 юни 1957 г., ревизирана и изменена (наричана по-нататък „Ницката спогодба"), а именно „фармацевтични и ветеринарни препарати; хигиенни препарати за медицински цели; диетични вещества за медицински цели, бебешки храни; пластири, превързочни материали; материали за пломбиране на зъби и за зъбни отливки; дезинфектанти; препарати за унищожаване на вредни животни; фунгициди, хербициди".

11 На 22 юни 1999 г. Biofarma SA (наричано по-нататък „Biofarma") на основание член 42 от Регламент № 40/94 подава възражение срещу регистрацията на тази марка на Общността. Възражението се основава на съществуването на националната словна марка „TRIVASTAN" (наричана по-нататък „по-ранна марка"), регистрирана в Италия на 27 януари 1986 г., и на съвкупността от стоките, обхванати от нея, а именно „фармацевтични, ветеринарни и хигиенни препарати; диетични препарати за деца или болни; пластири, превързочни материали; материали за пломбиране на зъби и за зъбни отливки; дезинфектанти; препарати за унищожаване на плевели и вредни животни", включени в клас 5. Посоченото възражение се отнася до всички стоки, за които се отнася оспорената заявка за регистрация на марка на Общността.

12 Поканено да представи доказателства за реалното използване на по-ранната марка в Италия, на 28 юли 2000 г. Biofarma изпраща на СХВП няколко документа за тази цел.

13 Подаденото от Biofarma възражение е уважено с решение на отдела по споровете на СХВП от 26 септември 2001 г., което приема, че използването на

по-ранната марка е доказано за конкретен фармацевтичен продукт, а именно „периферен съдоразширител, предназначен за лекуване на проблеми с периферните и мозъчните кръвоносни съдове и съдови смущения в очите и ушите“. В резултат на това посоченият отдел по споровете отказва да регистрира като марка на Общността словния знак „TRAVATAN“, с мотива че съществува вероятност от объркване, включваща вероятност от свързване с по-ранната марка в Италия, предвид факта, че разглежданите марки са подобни както от визуална, така и от фонетична гледна точка, и че съществува определена прилика между разглежданите стоки.

14 На 13 ноември 2001 г. жалбоподателят подава жалба срещу това решение на отдела по споровете пред трети апелативен състав на СХВП, който я отхвърля със спорното решение, като така потвърждава решението на отдела по споровете, мотивите на което по същество приема.

Обжалваното съдебно решение

15 С жалба, подадена в секретариата на Първоинстанционният съд на 17 април 2003 г., жалбоподателят иска отмяна на спорното решение. За тази цел той се позовава на две правни основания, изведени от нарушението, съответно на член 43, параграфи 2 и 3, както и на член 8, параграф 1, букви б) и в) от Регламент № 40/94.

16 В началото, преди да разгледа тези правни основания, Първоинстанционният съд постановява в точки 17—22 от обжалваното съдебно решение, че трябва да се отхвърли като недопустимо правното основание, представено от жалбо-

подателя в съдебното заседание, изведено от решението на Първоинстанционния съд от 8 юли 2004 г. по дело MFE Marienfelde/СХВП — Vétoquinol (HIPOVITON) (T-334/01, Recueil, стр. II-2787), според което необходимите условия, за да се приеме, че по-ранната марка е била предмет на реално използване, не са изпълнени, по-специално поради недостатъчния търговски обем на тази марка. В това отношение, след като напомня текста на член 48, параграф 2, първа алинея от процедурния си правилник, Първоинстанционния съд констатира, от една страна, че в жалбата си жалбоподателят твърди, че апелативният състав е нарушил член 43, параграфи 2 и 3 от Регламент № 40/94 не поради това че не са изпълнени посочените условия, а само поради това че представеното от Biofarma доказателство за реалното използване не удостоверявало, че по-ранната марка е била действително използвана за офталмологичните препарати, а от друга страна, че този жалбоподател не е установил по никакъв начин наличието на ново фактическо или правно обстоятелство по смисъла на посочения член 48.

17 В точка 23 от обжалваното съдебно решение Първоинстанционният съд е добавил, че „във всеки случай", дори ако това правно основание трябва да се тълкува в смисъл, че представлява довод, свързан с представеното в жалбата правно основание, контролът, който той упражнява в рамките на проверката на законосъобразността на спорното решение, не би могъл да излезе извън рамките на фактическата и правна обстановка на спора, изложена пред апелативния състав. Първоинстанционният съд обаче констатира в точка 24 от това съдебно решение, че в производството пред СХВП жалбоподателят не е оспорил факта, че доказателството, представено от Biofarma, доказва реалното използване на по-ранната марка за определен продукт, като жалбоподателят дори заявява пред отдела по споровете, че „се е запознал надлежно с документацията, предоставена за да се докаже използването на марката „TRIVASTAN" в Италия" и че възнамерява да „не оспорва този въпрос". При това положение Първоинстанционният съд постановява в точка 25 от посоченото съдебно решение, че доводите на жалбоподателя могат единствено да бъдат отхвърлени.

18 По-нататък в точки 29—33 от обжалваното съдебно решение Първоинстанционният съд отхвърля първото изтъкнато от жалбоподателя правно

основание, с мотива че апелативният състав с право заключава, че доказателството, предоставено от Biofarma, доказва реалното използване на по-ранната марка. В това отношение Първоинстанционният съд по същество констатира в точки 30 и 31 от посоченото съдебно решение, че ако едно от терапевтичните показания на лекарството с марката „TRIVASTAN“ е лечение на съдови смущения на очите и е доказано, че то е продавано в продължение на няколко години, излишно е да се изисква да се докаже, че това лекарство наистина е приемано от пациенти, страдащи от съдови смущения на очите.

19 Що се отнася до второто правно основание, след като напомня в точки 45—47 от обжалваното съдебно решение приложимите разпоредби и съдебната практика в областта на вероятността от объркване с по-ранна марка, Първоинстанционният съд отбелязва в точки 48 и 49 от посоченото съдебно решение:

„48 В настоящия случай по-ранната марка „TRIVASTAN“ е регистрирана в Италия, която следователно представлява релевантната територия с оглед на прилагането на член 8, параграф 1, буква б) от Регламент № 40/94.

49 Безспорно е, че разглежданите стоки са лекарства, за чиято продажба на крайните потребители в аптеките е нужно лекарско предписание. При това положение към съответните потребители спадат не само крайните потребители, но и професионалисти, с други думи лекарите, които предписват лекарството, както и фармацевтите, които продават предписаното лекарство.“

20 При това положение Първоинстанционният съд приема в точка 50 от обжалваното съдебно решение, че в светлината на тези съображения следва да се пристъпи към сравнение, от една страна, на въпросните стоки, а от друга страна, на конфликтните знаци.

21 Що се отнася на първо място до сравнението на тези стоки, в началото, в точки 51—53 от обжалваното съдебно решение, Първоинстанционният съд отхвърля ограничаването на списъка с предявените стоки, което жалбоподателят твърди, че е направил, като констатира в точка 53 от посоченото съдебно решение, че жалбоподателят не е представил в този смисъл молба за промяна на заявката за регистрация на марка в съответствие с член 44 от Регламент № 40/94 и на правило 13 от Регламент № 2868/95.

22 При това положение Първоинстанционният съд приема в точка 55 от това съдебно решение, че стоките, които трябва да бъдат сравнени, са „офталмологични фармацевтични препарати“ и „периферен съдоразширител, предназначен за лекуване на проблеми с периферните и мозъчните кръвоносни съдове и съдови смущения в очите и ушите“.

23 В това отношение Първоинстанционният съд първо отбелязва в точка 57 от обжалваното съдебно решение, че тези стоки са от едно и също естество (фармацевтични препарати), имат една и съща цел или предназначение (лечение на очни смущения от съдов или друг произход), насочени са към едни и същи потребители (професионалистите, в това число лекарите и фармацевтите, както и същинските крайни потребители, с други думи пациентите, страдащи от очни проблеми), ползват едни и същи търговски канали (по правило аптеките) и евентуално взаимно се допълват. От това той стига до заключението, че без съмнение те могат да бъдат изработвани или предлагани на пазара от едни и същи икономически оператори.

24 След това в точка 58 от обжалваното съдебно решение Първоинстанционният съд е отхвърлил довода на жалбоподателя, според който стоките не са подобни, тъй като продуктът на Biofarma се състои от таблетка, която се приема през устата, докато продуктът на жалбоподателя е във формата на капки за очи. Всъщност според Първоинстанционния съд в дадения случай тази разлика в начина на приложение на лекарството не може да има по-голямо значение, отколкото естеството и общото предназначение на двата продукта.

25 Накрая, в точки 59 и 60 от обжалваното съдебно решение, Първоинстанционният съд отхвърля като ирелевантен довода на жалбоподателя, изведен от обстоятелството, че неговото лекарство се предписва от офталмолог, докато лекарството на Biofarma се предписва от специалист по проблеми с кръвоносните съдове.

26 Що се отнася, на второ място, до сравнението между разглежданите знаци, Първоинстанционният съд първо постановява в точка 66 от обжалваното съдебно решение, че апелативният състав не допуска грешка, като констатира, че тази знаци са визуално сходни. В това отношение Първоинстанционният съд е отбелязал в точка 65 от посоченото съдебно решение:

„65 [...] Апелативният състав с основание констатира, че визуално двата знака са с почти еднаква дължина и съдържат седем общи букви, „t“, „r“, „v“, „a“, „t“, „a“ и „n“, подредени в един и същ ред. Той уместно посочва също, че те започват със същите букви „t“ и „r“, и завършват по един и същ начин — с „tan“. Следва да се отбележи, че фактът, че първите две букви не образуват изцяло първата сричка, е без значение при визуалното сравнение в

дадения случай. Следователно от това трябва да се заключи, че общото впечатление, създавано от тези визуални сходства, е че знаците са подобни. Апелативният състав с право констатира, че различията между въпросните знаци, дължащи се на обстоятелството, че третата буква от всеки от знаците е различна (гласните „i“ и „a“), и на наличието на допълнителна буква в по-ранната марка (съгласната „s“), не могат да заличат това впечатление, тъй като визуално тези елементи са трудно доловими.“

27 По-нататък Първоинстанционният съд приема в точка 70 от обжалваното съдебно решение, че апелативният състав не допуска грешка и като констатира, че е налице фонетична прилика между конфликтните знаци. В това отношение Първоинстанционният съд постановява в точка 69 от посоченото съдебно решение:

„69 [...] двата знака се състоят от думи, които имат една и съща фонетична дължина, един и същи начални звуци („tr“), един и същ крайни звуци (сричката „tan“), почти сходни междинни звуци („va“/„vas“) и един и същ ритъм, като голяма част от фонемите са идентични и се явяват в едни и същ ред. Следва да се отбележи, че наличието на толкова много на брой общи елементи пречи на италианския потребител да долови ясно малките разлики между тези знаци, което може да породи известно объркване у него.“

28 Накрая Първоинстанционният съд постановява в точка 74 от обжалваното съдебно решение, че между въпросните знаци няма концептуално сходство.

29 При тези обстоятелства Първоинстанционният съд приема в точки 75, 76 и 80 от посоченото съдебно решение, че предвид значителната прилика между разглежданите стоки, както и визуалната и фонетична прилика на разглежданите знаци, съществува вероятност от объркване между тези знаци, доколкото потребителите могат да решат, че въпросните стоки произхождат от едно и също предприятие или евентуално от икономически свързани предприятия. В резултат на това той отхвърля второто правно основание на жалбоподателя, а като последица от това и жалбата в нейната цялост.

Искания на страните

30 Със своята жалба жалбоподателят иска от Съда:

— да отмени обжалваното съдебно решение,

— при необходимост да върне дело на Първоинстанционния съд и

— да осъди СХВП и/или Biofarma да заплати/заплатят съдебните разноски.

31 СХВП иска от Съда да отхвърли жалбата и да осъди жалбоподателя да заплати съдебните разноски.

32 Biofarma, което не представя писмен отговор, но е изслушано в съдебното заседание, се присъединява към доводите, представени от СХВП.

Жалбата

33 В подкрепа на своите искания за отмяна на обжалваното съдебно решение жалбоподателят изтъква правно основание относно допустимостта на правното основание, изведено от нарушението на член 43, параграфи 2 и 3 от Регламент № 40/94, както и правно основание, изведено от нарушението на член 8, параграф 1, буква б) от същия регламент.

По първото правно основание относно допустимостта на правното основание, изведено от нарушението на член 43, параграфи 2 и 3 от Регламент № 40/94

Доводи на страните

34 Жалбоподателят изтъква, че Първоинстанционният съд е допуснал грешка, като е установил, че предвид неговия характер на ново правно основание,

правното основание, изведено от нарушението на член 43, параграфи 2 и 3 от Регламент № 40/94, е недопустимо, що се отнася до спазването на необходимите условия, за да може да се счита, че по-ранната марка е била предмет на реално използване. Като оспорва пред СХВП контекста, в който е използвана по-ранната марка, а именно обстоятелството, че тази марка действително е използвана в Италия за офталмологичен препарат, той твърди, че трябвало да е допустимо представянето пред Първоинстанционния съд на допълнителни искания в рамките на това правно основание.

35 Във всеки случай жалбоподателят счита, че посоченото правно основание се основава на правни въпроси, възникнали в хода на производството, а именно обявяването на решението по дело MFE Marienfelde/СХВП — Vétoquinol (HIPOVITON), посочено по-горе. Всъщност в точка 35 от това решение, взето след подаването на жалбата, по която е постановено обжалваното съдебно решение, Първоинстанционният съд, като счел, че за значимостта на използването на по-ранната марка следва да се има предвид по-специално търговският обем на всички действия по използване, от една страна, и на продължителността на периода, през който са извършвани действия по използване, както и на честотата на тези действия, от друга страна, дал ново тълкуване на приложимото право, както следва от Решение от 11 март 2003 г. по дело Ansul (C-40/01, Recueil, стр. I-2439).

36 Жалбоподателят изтъква след това, че Първоинстанционният съд е допуснал и грешка при прилагане на правото в точки 23—25 от обжалваното съдебно решение, като е постановил, че дори разглежданото правно основание да е допустимо, той е трябвало да се ограничи до контрол на законосъобразността на решението на апелативния състав въз основа на правното и фактическо положение, с което е бил запознат апелативният състав. Ако тези съображения били правилни, оспорено решение на апелативния състав не можело да бъде отменено, дори ако в светлината на най-новото тълкуване на правото, дадено от Първоинстанционния съд или Съда, то е явно неправилно.

37 Според СХВП твърдението на жалбоподателя, според което използването на марката не е реално, представлява ново правно основание, тъй като с първоначалното правно основание, изтъкнато пред апелативния състав, жалбоподателят поддържа само че не е доказано, че по-ранната марка е била използвана за продукт със специфични терапевтични приложения, а именно офталмологични приложения, без да поставя под съмнение реалния характер на това използване. Това ново твърдение изменяло представения пред апелативния състав предмет на спора в нарушение на член 135, параграф 4 от Процедурния правилник на Първоинстанционния съд, тъй като имало за цел да постигне преразглеждане на спорното решение по въпроси, които това решение не засяга.

Съображения на Съда

38 Тъй като в първата част от изтъкнатите доводи в рамките на настоящото правно основание жалбоподателят упреква Първоинстанционния съд, че не се е съобразил с обхвата на член 48, параграф 2, първа алинея от Процедурния правилник на Първоинстанционния съд, следва да се напомни, че според тази разпоредба в хода на производството не могат да се въвеждат нови правни основания, освен ако не почиват върху правни или фактически обстоятелства, установени в хода на производството.

39 В дадения случай от точки 17—22 от обжалваното съдебно решение следва, че Първоинстанционният съд счита, че при липса на ново фактическо или правно обстоятелство трябва да се отхвърли като недопустимо представеното от жалбоподателя в съдебното заседание правно основание, според което не са

изпълнени необходимите условия, за да се приеме, че по-ранната марка е била предмет на реално използване, по-специално поради слаб търговски обем на стоките с посочената марка, доколкото то представлява ново правно основание по смисъла на посочената разпоредба от Процедурния правилник на Първоинстанционния съд. Всъщност в жалбата си жалбоподателят твърди, че апелативният състав е нарушил член 43, параграфи 2 и 3 от Регламент № 40/94 не с това, че посочените условия не са изпълнени, а само с това, че доказателството за сериозното използване от страна на Biofarma не доказва, че по-ранната марка действително е била използвана за офталмологични препарати.

40 Следва да се отбележи, че както посочва генералният адвокат в точка 20 от своето заключение, извършената от Първоинстанционния съд преценка е опорочена от грешка при прилагане на правото. Всъщност доводът, според който не са изпълнени необходимите условия, за да се приеме, че по-ранната марка е била предмет на реално използване, се вмества логично в рамките на правното основание, изведено от липсата на доказателство за такова реално използване за офталмологичните препарати. Този довод, освен че се основава на нарушение на същата разпоредба от Регламент № 40/94, посочена в това правно основание, по подобие на това правно основание цели да оспори действителното търговско използване на по-ранната марка. Следователно той представлява разширение на това правно основание, което трябва да се приеме за допустимо (Решение от 19 май 1983 г. по дело Verros/Парламент, 306/81, Recueil, стр. 1755, точка 9 и Решение от 15 декември 2005 г. по дело Италия/Комисия, C-66/02, Recueil, стр. I-10901, точка 86).

41 Грешката при прилагане на правото обаче, която опорочава точки 17—22 от обжалваното съдебно решение, не може да доведе до неговата недействителност и следователно доводите, приведени от жалбоподателя по тази точка, трябва да бъдат отхвърлени като ирелевантни. Всъщност отхвърлянето от Първоинстанционния съд на довода, свързан с необходимите условия, за да се приеме, че по-ранната марка е била предмет на реално използване, е надлежно обосновано с други мотиви, възприети в посоченото съдебно решение (вж. в този смисъл Решение от 29 април 2004 г. по дело Комисия/CAS Succhi di Frutta,

C-496/99 P, Recueil, стр. I-3801, точка 68 и Решение от 21 октомври 2004 г. по дело KWS Saat/СХВП C-447/02 P, Recueil, стр. I-10107, точки 46—51).

42 В това отношение от точки 23—25 от обжалваното съдебно решение, въведени с израза „във всеки случай", които са предмет на втората част от доводите, изтъкнати от жалбоподателя в рамките на настоящото правно основание, следва, че според Първоинстанционния съд дори ако доводите, свързани с необходимите условия, за да се приеме, че по-ранната марка е била предмет на реално използване, се тълкуват като свързани с представеното в жалбата правно основание, при всички положения те трябва да бъдат отхвърлени поради друг мотив, изведен от факта, че тъй като представената пред него жалба има за цел контрол на законосъобразността на спорното решение, упражняваният от него контрол не може да излезе извън рамките на правната и фактическа обстановка по спора, изложена пред апелативния състав. В точка 24 от посоченото съдебно решение обаче, в рамките на своята самостоятелна преценка на фактите Първоинстанционният съд констатира — без това да е оспорено в рамките на настоящото производство по обжалване — че при производството пред СХВП жалбоподателят изрично посочва, че не оспорва факта, че представеното от Biofarma доказателство доказва реалното използване на по-ранната марка за определен продукт.

43 Противно на това, което твърди жалбоподателят, Първоинстанционният съд правилно е отхвърлил като недопустим спорния довод въз основа на посочения втори мотив. Всъщност жалбоподателят не разполага с възможност да изменя пред Първоинстанционния съд обхвата на спора, който произтича от исканията и твърденията, изтъкнати от самия него и този, който е подал възражение пред СХВП (вж. в този смисъл Решение от 12 октомври 2004 г. по дело Vedial/СХВП, C-106/03 P, Recueil, стр. I-9573, точка 26 и Решение по дело KWS Saat/СХВП, посочено по-горе, точка 58).

44 От една страна, от член 63 от Регламент № 40/94 следва, че както отмяната, така и изменението на решение на апелативен състав са възможни само в

случай на липса на компетентност, на нарушаване на съществени процедурни изисквания, на нарушаване на Договора за ЕО, на Регламент № 40/94 или на всяка правна норма, отнасяща се до тяхното прилагане, или при злоупотреба с власт. При това положение осъществяваният от общностния съд контрол върху това решение се ограничава до контрол относно неговата законосъобразност и следователно няма за предмет преразглеждане на фактическите обстоятелства, които са били преценени от инстанциите на СХВП, като се изисква да бъдат взети предвид представените пред него нови фактически обстоятелства (вж. в този смисъл Решение от 18 юли 2006 г. по дело Rossi/СХВП, C-214/05 P, Recueil, стр. I-7057, точка 50 и Решение от 13 март 2007 г. по дело СХВП/Kaul, C-29/05 P, Сборник, стр. I-2213, точка 54).

45 От друга страна, от член 135, параграф 4 от Процедурния правилник на Първоинстанционния съд следва, че страните по производството пред тази юрисдикция не могат да изменят предмета на спора, определен пред апелативния състав.

46 В резултат на това, след като самостоятелно е установил, че жалбоподателят изрично е отказал да оспорва пред СХВП факта, че по-ранната марка отговаря на условията, необходими за да се приеме, че е била предмет на реално използване, Първоинстанционният съд е могъл, без да допуска грешка при прилагане на правото, да заключи, че оспорвания довод, изложен за пръв път пред него в съдебното заседание, е недопустим.

47 От това следва, че първото правно основание трябва да бъде отхвърлено като частично ирелевантно и частично необосновано.

По второ правно основание, изведено от нарушение на член 8, параграф 1, буква б) от Регламент № 40/94

По първата част, свързана с определянето на съответните потребители

— Доводи на страните

48 В първата част от своето второ правно основание жалбоподателят изтъква, че в точка 49 от обжалваното съдебно решение Първоинстанционният съд допуснал грешка при прилагане на правото при тълкуването на понятието „потребители", тъй като не е констатирал, че когато купуват предписан от лекар продукт, крайните потребители не правят избор. Това обстоятелство всъщност означавало, че при продажбата на краен потребител поставената върху стоката марка не служи за това да гарантира идентичността на този продукт, като позволява на потребителя да различи посочения продукт от тези с различен произход. Следователно за крайния потребител не съществувала никаква вероятност от объркване. Този подход бил възприет както от апелативните състави, така и от общностните съдилища (Решение на Първоинстанционния съд от 5 март 2003 г. по дело Alcon/СХВП — Dr. Robert Winzer Pharma (BSS), T-237/01, Recueil, стр. II-411, точка 42, потвърдено по тази точка от Съда в Определение от 5 октомври 2004 г. по дело Alcon/СХВП, C-192/03 P, Recueil, стр. I-8993, точка 30).

49 От това следвало, че Първоинстанционният съд трябва да ограничи определянето на потребителите само до здравните специалисти, а именно лекарите и фармацевтите, и че не е трябва при преценката на вероятността от объркване да бъдат вземани предвид крайните потребители.

50 Според СХВП вероятността от объркване не се ограничава до случаите на пряко объркване, при които продуктът, носещ определена марка, се обърква с друг продукт, върху който фигурира марката на конкурент. Всъщност, тъй като основната роля на марката на Общността се състояла в това да служи като указание за произхода на продукта, било достатъчно съответните потребители да счетат, че два продукта със сходни или идентични марки идват от едно и също място. Пациентите обаче можело да счетат, че въпросните стоки идват от едно и също място, дори ако при покупката техният избор е направляван и дори ако се натъкват на двете марки в различни моменти по време на отделни покупки. Решенията в обратен смисъл, приети от апелативните състави, не били обвързващи за общностните съдилища. Що се отнася до посочените от жалбоподателя съдебни решения, те се отнасяли до други разпоредби на Регламент № 40/94, а именно до член 7, параграф 1, буква г) и член 50, параграф 1, буква а) от него.

— Съображения на Съда

51 Съгласно член 8, параграф 1, буква б) от Регламент № 40/94 наличието на вероятност от объркване, която следва от прилика, от една страна, между марката, чиято регистрация се иска, и по-ранна марка, а от друга страна, между стоките или услугите, които тези марки обозначават, трябва да се преценява с оглед на съзнанието на потребителите на територията, на която по-ранната марка е защитена.

52 В конкретния случай, след като констатира в точка 48 от обжалваното съдебно решение, че тъй като по-ранната марка е регистрирана в Италия, с оглед на прилагането на тази разпоредба на посочения член 8 територията на тази

държава-членка представлява релевантната територия, Първоинстанционният съд преценява в точка 49 от посоченото съдебно решение, че след като е безспорно, че разглежданите стоки са лекарства, които се нуждаят от лекарско предписание преди тяхната продажба на потребителите в аптеките, към съответните потребители спадат едновременно крайните потребители и здравните специалисти, с други думи лекарите, които предписват лекарството, както и фармацевтите, които продават предписаното лекарство.

53 Съгласно съдебната практика основната функция на марката е да гарантира на потребителя или крайния ползвател идентичността на произхода на обозначената от марката стока или услуга, като му позволява да разграничи без евентуално объркване тази стока или услуга от онези, които идват от друго място (вж. по-специално Решение от 18 юни 2002 г. по дело Philips, C-299/99, Recuiel, стр. I-5475, точка 30 и Решение от 15 септември 2005 г. по дело BioID/СХВП, C-37/03 P, Recueil, стр. I-7975, точка 27).

54 За да може да изпълни своята роля на основен елемент от системата за честна конкуренция, която Договорът за ЕО цели да установи, марката всъщност трябва да представлява гаранция за това, че всички обозначени с нея стоки или услуги са били изработени под контрола на едно-единствено предприятие, което носи отговорността за тяхното качество (вж. в този смисъл Решение от 29 септември 1998 г. по дело Canon, C-39/97, Recueil, стр. I-5507, точка 28).

55 При това положение вероятност от объркване по смисъла на член 8, параграф 1, буква б) от Регламент № 40/94 означава вероятност потребителите да решат, че съответните стоки или услуги произлизат от едно и също предприятие или евентуално от икономически свързани предприятия (вж. в този смисъл Решение по дело Canon, посочено по-горе, точка 29 и Решение от 22 юни 1999 г. по дело Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/97, Recueil, стр. I-3819, точка 17).

56 В дадения случай, предвид посочената съдебна практика, Първоинстанционният съд с право приема, което впрочем не е оспорено от нито една от страните в настоящото производство по обжалване, че с оглед на прилагането на член 8, параграф 1, буква б) от Регламент № 40/94 въпросните здравни специалисти трябва да бъдат причислени към съответните потребители, тъй като ролята на марката като означение на произхода е важна и за посредниците, които участват в търговската реализация на продукта, поради това че оказва влияние върху поведението им на пазара (вж. в този смисъл Решение от 29 април 2004 г. по дело Björnekulla Fruktindustrier, C-371/02, Recueil, стр. I-5791, точки 23 и 25).

57 Обратно на твърденията на жалбоподателя обаче, фактът, че посредници като тези здравни специалисти могат да повлияят или дори да определят избора на крайните потребители, сам по себе си не може да изключи всяка вероятност от объркване за посочените потребители, що се отнася до мястото, откъдето идват разглежданите стоки.

58 Всъщност, доколкото в рамките на своята самостоятелна преценка на фактите в точка 49 от обжалваното съдебно решение Първоинстанционният съд констатира, че разглежданите стоки се продават на крайните потребители в аптеките, от това той с право може да заключи, че макар изборът на тези стоки да е повлиян или определен от посредници, такава вероятност от объркване е налице и за посочените потребители, при положение че те могат да се натъкнат на тези стоки, дори това да стане при отделни покупки, осъществявани в различни моменти за всяка от посочените стоки, взети поотделно.

59 Всъщност от постоянната съдебна практика следва, че възприемането на марките, което средният потребител има за съответната категория стоки или

услуги, играе решаваща роля в цялостната преценка на вероятността от объркване (Решение по дело Lloyd Schuhfabrik Meyer, посочено по-горе, точка 25 и Решение от 12 януари 2006 г. по дело Ruiz-Picasso и др./СХВП, C-361/04 P, Recueil, стр. I-643, точка 38).

60 Освен това Съдът вече е постановил, че средният потребител рядко има възможност да направи пряко сравнение между различните знаци и трябва да се довери на запаметения от него несъвършен образ (Решение по дело Lloyd Schuhfabrik Meyer, посочено по-горе, точка 26 и Решение от 23 септември 2004 г. по дело Procter & Gamble/СХВП, C-107/03 P, непубликувано в Recueil, точка 44).

61 Освен това, след като е безспорно, че всеки процес на предлагане на разглежданите стоки на пазара има за цел тяхното придобиване от крайните потребители, Първоинстанционният съд с право може да приеме, че ролята на посредниците, макар те да са здравни специалисти, чиято предварителна намеса е необходима за продажбата на последните, трябва да бъде отчасти компенсирана с повишената степен на внимание, което тези потребители могат да проявят при предписването им, поради факта че разглежданите стоки са фармацевтични продукти, и следователно със способността на посочените потребители да накарат тези специалисти да вземат предвид тяхното възприятие за разглежданите марки, и в частност техните изисквания или предпочитания.

62 В това отношение следва да се напомни, че Съдът вече е постановил, че когато стоките или услугите, за които се отнася заявката за регистрация, са предназначени за всички потребители, трябва да се приеме, че съответният

потребител е средният потребител, който е сравнително добре информиран и сравнително наблюдателен и предпазлив (Решение от 29 април 2004 г. по дело Procter & Gamble/СХВП, C-473/01 P и C-474/01 P, Recueil, стр. I-5173, точка 33 и Решение от 16 септември 2004 г. по дело SAT.1/СХВП C-329/02 P, Recueil, стр. I-8317, точка 24).

63 Следователно като причислява крайните потребители към съответните потребители с оглед на прилагането на член 8, параграф 1, буква б) от Регламент № 40/94, Първоинстанционният съд не е допуснал грешка при прилагане на правото.

64 Този извод не може да бъде поставен под въпрос от доводите на жалбоподателя, изведени от определени решения на апелативните състави или на общностните съдилища.

65 Всъщност решенията, които апелативните състави трябва да приемат въз основа на Регламент № 40/94 относно регистрацията на даден знак като марка на Общността, спадат към упражняването на обвързана компетентност, а не на оперативна самостоятелност. При това положение законосъобразността на решенията на апелативните състави трябва да се преценява единствено въз основа на този регламент, както е тълкуван от общностния съд, а не въз основа на предходната практика при вземане на решения (Решение по дело BioID/СХВП, посочено по-горе, точка 47 и Решение от 12 януари 2006 г. по дело Deutsche SiSi-Werke/СХВП, C-173/04 P, Recueil, стр. I-551, точка 48).

66 Що се отнася до делото Alcon/СХВП — Dr. Robert Winzer Pharma (BSS), по което е постановено решението на Първоинстанционния съд, посочено по-горе, и определението на Съда по делото Alcon/СХВП, посочено по-горе, на което жалбоподателят се позовава в подкрепа на своите доводи, е достатъчно да се установи, че това дело се отнася до заявка за регистрация на марка, свързана не със стоки, продавани на крайните потребители в аптеките, а с „офталмологични фармацевтични препарати; стерилни разтвори за офталмологичната хирургия", за които Първоинстанционният съд, без да допусне грешка при прилагане на правото, е можел да постанови, че обичайният характер на въпросната марка трябва да се прецени от гледна точка на специализираните потребители в областта на медицината, за които е предназначен, а именно офталмолозите и хирурзите офталмолози, упражняващи своята дейност в Европейския съюз.

67 При това положение първата част от второто правно основание трябва да бъде отхвърлена като необоснована.

По втората част, свързана с приликата на стоките

— Доводи на страните

68 Жалбоподателят твърди, че Първоинстанционният съд е допуснал грешка при прилагане на правото, като не е изискал от Biofarma да представи доказателства за приликата, която твърди, че съществува между разглежданите стоки. Първоинстанционният съд още не бил взел предвид, или най-малкото не бил отчел в достатъчна степен релевантните фактори, свързани с тези стоки, по-специално естеството и формата на последните, както и ролята на здравните специалисти, които предписват и предоставят посочените стоки.

69 СХВП отбелязва, че понятието за прилика на стоките представлява правен въпрос, който трябва да бъде разгледан служебно от неговите инстанции. Относно необходимостта да се вземе предвид формата на стоките СХВП счита, че този елемент не е релевантен, освен ако описанието на стоките в заявката за регистрация не уточнява тази форма, което не е налице в конкретния случай. Всъщност формата била само фактор за търговската реализация, който е страничен по отношение на заявената за регистрацията марка, и можела да се променя във времето. Същият извод се прилагал към факта, че стоките се продават по предписание, тъй като и този факт представлявал страничен фактор за стоките, включени в списъка, посочен в заявката за регистрация на въпросната марка на Общността.

— Съображения на Съда

70 Следва веднага да се отхвърли като недопустим доводът, с който жалбоподателят, като се позовава на степента на доказване, която е трябвало да се изиска от Biofarma, на практика цели да постави под въпрос чисто фактическите преценки, извършени от Първоинстанционния съд в точки 57 —60 от обжалваното съдебно решение, въз основа на които последният постановява в точка 61 от посоченото съдебно решение, че апелативният състав не допуска грешка, като констатира наличието на висока степен на прилика между разглежданите стоки.

71 Всъщност жалбоподателят не може да постигне замяна на преценката Първоинстанционния съд в това отношение със собствената преценка на Съда. Според постоянната съдебна практика от член 225 ЕО и от член 58,

първа алинея от Статута на Съда на Европейските общности следва, че обжалването е ограничено само до правните въпроси. При това положение само Първоинстанционният съд е компетентен да установи и прецени съответните факти, както и да прецени доказателствата. Преценката на тези факти и доказателства следователно не представлява, освен в случай на тяхното изопачаване, правен въпрос, който като такъв подлежи на проверка от Съда в рамките на обжалването (вж. Решение от 23 март 2006 г. по дело Mülhens/СХВП, C-206/04 P, Recueil, стр. I-2717, точка 41 и Решение по дело Rossi/СХВП, посочено по-горе, точка 26).

72 Що се отнася до довода, според който при преценката на приликата между разглежданите стоки Първоинстанционният съд не е взел предвид релевантните критерии, следва да се напомни, че съгласно съдебната практика, за да се прецени тази прилика, трябва да се имат предвид всички съответни фактори, които характеризират съществуващото между тези стоки взаимоотношение. Тези фактори по-специално включват естеството, предназначението, използването, както и конкурентният или допълващ характер на последните (вж. в този смисъл Решение по дело Canon, посочено по-горе, точка 23).

73 В конкретния случай трябва да се приеме, че съгласно посочената съдебна практика, за да установи в точка 61 от обжалваното съдебно решение, че като констатира наличието на висока степен на прилика между разглежданите стоки, апелативният състав не допуска грешка, Първоинстанционният съд правилно разглежда в точка 57 от обжалваното съдебно решение тяхното естество, цел, предназначение, начин на продажба, както и техния конкурентен или допълващ характер. При това положение жалбоподателят неоснователно твърди, че при преценката на приликата на тези стоки Първоинстанционният съд не взема предвид съответните фактори.

74 По-нататък, доколкото жалбоподателят твърди, че Първоинстанционният съд не отчита правилно критерия, изведен от формата на разглежданите стоки,

следва да се установи, че в точка 58 от обжалваното решение Първоинстанционният съд разглежда прилагането на този критерий с оглед на преценката на приликата на посочените стоки. Той обаче счита, че съществуващата разлика в начина на приложение на въпросните лекарства в конкретния случай не може да има по-голямо значение, отколкото естеството и общото предназначение на тези два продукта.

75 Като упреква Първоинстанционния съд, че не е отчел правилно критерия, свързан с формата на въпросните стоки, на практика жалбоподателят цели да постигне замяна на преценката на фактическите обстоятелства на Първоинстанционния съд със собствената преценка на Съда. В резултат на това, тъй като жалбоподателят не се позовава на никакво изопачаване на представените пред Първоинстанционния съд факти или доказателства, съгласно установената съдебна практика, посочена в точка 71 от настоящото съдебно решение, изтъкнатият в това отношение довод трябва да бъде отхвърлен като недопустим.

76 Накрая, доколкото жалбоподателят твърди, че Първоинстанционният съд не е взел предвид факта, че разглежданите стоки се предоставят от здравните специалисти само по предписание, този довод трябва да бъде отхвърлен като необоснован поради същите мотиви като изложените в точки 51—63 от настоящото съдебно решение, при положение че той оспорва определянето на съответните потребители, направено в обжалваното съдебно решение.

77 В резултат на това втората част от настоящото правно основание трябва да се отхвърли като частично недопустима и частично необоснована.

По третата част, свързана с приликата на знаците

— Доводи на страните

78 Жалбоподателят твърди, че Първоинстанционният съд е допуснал грешка при прилагане на правото, като е сравнил разглежданите знаци, без да идентифицира правилно съответните потребители, по отношение на които следва да се преценява вероятността от объркване.

79 Що се отнася до визуалната прилика, жалбоподателят твърди, че Първоинстанционният съд погрешно е постановил, че общото впечатление, създавано от визуалните сходства, доказвало, че разглежданите марки са подобни. Всъщност в рамките на цялостна преценка, макар да съществували прилики, те не били достатъчни, за да се заключи, че тези марки са визуално подобни. Визуалното сравнение трябвало да бъде извършено през погледа на някой от съответните потребители.

80 Що се отнася до фонетичната прилика, жалбоподателят твърди, че Първоинстанционният съд неправилно е постановил, че разглежданите марки са подобни от тази гледна точка. Всъщност доминиращите представки във всяка марка можели ясно да бъдат разграничени и се произнасяли по напълно различен начин. В допълнение на това фактът, че средният потребител рядко имал възможност да направи пряко сравнение между различните знаци, в конкретния случай бил ирелевантен, тъй като съответните стоки се пред-

писват от лекари специалисти. Във всеки случай не трябвало да се надценява последицата от възможните прилики, особено ако се отчита разликата във формата на двата разглеждани продукта и конкретната медицинска обстановка, в която всеки от тях се продава.

81 СХВП твърди, че тези различни доводи са недопустими, тъй като жалбоподателят се ограничава да оспорва направените от Първоинстанционния съд фактически констатации.

— Съображения на Съда

82 Доводът, според който Първоинстанционният съд е допуснал грешка при прилагане на правото, като сравнява разглежданите знаци, без да идентифицира правилно съответните потребители, трябва веднага да бъде отхвърлен като необоснован поради същите мотиви като изложените в точки 51—63 от настоящото съдебно решение, при положение че този довод всъщност оспорва определянето на съответните потребители, направено в обжалваното съдебно решение.

83 Доколкото жалбоподателят твърди, че разглежданите знаци не могат да бъдат объркани от визуална и фонетична гледна точка, по-специално предвид формата на разглежданите стоки и специфичните медицински условия, при които те се продават, следва да се отбележи, че в точки 64—70 от обжалваното съдебно решение Първоинстанционният съд в това отношение извършва чисто фактически преценки, за да заключи в точки 75 и 76 от посоченото решение, че е налице визуална и фонетична прилика на разглежданите знаци.

84 В резултат на това съгласно съдебната практика, посочена в точка 71 от настоящото съдебно решение, при положение че в конкретния случай не се твърди никакво изопачаване на представените пред Първоинстанционния съд факти или доказателства, в това отношение третата част от второто правно основание трябва да бъде отхвърлена като недопустима.

85 По-нататък, доколкото жалбоподателят твърди, че за да прецени визуалната и фонетична прилика на разглежданите знаци, Първоинстанционният съд не е взел предвид факта, че към съответните потребители спадат, освен крайните потребители, и здравните специалисти, доводите по този въпрос се включват в четвъртата част от настоящото правно основание. Следователно те ще бъдат разгледани в рамките на тази част от правното основание.

По четвъртата част, свързана с вероятността от объркване

— Доводи на страните

86 Жалбоподателят изтъква, че макар Първоинстанционният съд да отбелязва, че към съответните потребители спадат, освен крайните потребители, и фармацевтите и лекарите, на практика той не е взел предвид това и е преценил наличието на вероятност от объркване единствено въз основа на възприятието на средния потребител. В своето решение обаче отделът по споровете е преценил, че от страна на лекарите и фармацевтите съществува малка вероятност от объркване между разглежданите стоки.

87 СХВП изтъква, че представените по този въпрос доводи са недопустими, доколкото не представляват правни доводи, с които жалбоподателят твърди, че Първоинстанционният съд тълкувал неправилно член 8, параграф 1, буква б) от Регламент № 40/94 или че изопачил фактите.

— Съображения на Съда

88 С тази част от второто правно основание жалбоподателят цели да докаже, че Първоинстанционният съд е допуснал грешка при прилагане на правото, като не е разгледал вероятността от объркване на разглежданите знаци по смисъла на член 8, параграф 1, буква б) от Регламент № 40/94 от съответните потребители, както са установени в обжалваното съдебно решение.

89 Противно на това, което твърди СХВП, като поставя по този начин под въпрос съгласуваността на изложените от Първоинстанционния съд съображения при прилагането на тази разпоредба, жалбоподателят поставя правен въпрос, свързан с прилагането на общностното право от Първоинстанционния съд. Следователно тази част от второто правно основание е допустима.

90 Относно основателността на тази част следва да се напомни, че в точка 48 от обжалваното съдебно решение Първоинстанционният съд констатира, че в конкретния случай Италия представлява релевантната територия. Освен това

от точки 51—63 от настоящото съдебно решение следва, че Първоинстанционният съд правилно приема в точка 49 от обжалваното съдебно решение, че към съответните потребители спадат както крайните потребители, така и определени здравни специалисти. От това следва, че с оглед на прилагането на член 8, параграф 1, буква б) от Регламент № 40/94 наличието на вероятност от объркване между разглежданите стоки трябва да се прецени, както Първоинстанционният съд постановява в точка 50 от обжалваното съдебно решение във връзка с възприятието, което те пораждат у така определените съответни потребители.

91 Следователно в точки 62—76 от обжалваното съдебно решение Първоинстанционният съд правилно подлага на преценка наличието на вероятност от объркване на разглежданите знаци от крайните потребители.

92 В замяна на това от обжалваното решение не следва в достатъчна степен от правна гледна точка, че Първоинстанционният съд подлага на систематична преценка наличието на подобна вероятност от объркване от страна на въпросните здравни специалисти.

93 Всъщност в точка 65 от обжалваното съдебно решение Първоинстанционният съд подлага на преценка визуалната прилика между въпросните знаци общо, без да уточнява в каква степен тази преценка е приложима спрямо крайните потребители и здравните специалисти, в зависимост от случая, като разграничи или съобрази анализа с разглежданата част от съответните потребители.

94 По същия начин, що се отнася до фонетичната прилика между разглежданите знаци, макар в това отношение в точка 69 от обжалваното съдебно решение Първоинстанционният съд да е основал преценката си на възприятието, което те пораждат у „италианските потребители“, в тази точка той не е посочил в каква степен тази преценка се прилага едновременно към крайните потребители и към здравните специалисти. Несъмнено в точка 57 от посоченото съдебно решение, свързана с преценката на приликата на разглежданите стоки, под термина „потребители“ Първоинстанционният съд има предвид изрично както крайните потребители, така и здравните специалисти. Въпреки това този термин, употребен в друга част от същото съдебно решение единствено заедно с уточнение за съответната националност, при липсата на друго указание е по-вероятно да препраща по-скоро към първите, отколкото към вторите, още повече че от представената пред Съда преписка е видно, че спорното решение, предмет на контрол за законосъобразност в обжалваното съдебно решение, причислява към съответните потребители единствено крайните потребители.

95 Въпросът за възприемането на разглежданите знаци от здравните специалисти обаче заема централно място в доводите, свързани с обхвата на член 8, параграф 1, буква б) от Регламент № 40/94, изтъкнати от жалбоподателя пред Първоинстанционния съд, както и пред Съда във производството по обжалване.

96 При тези обстоятелства следва да се констатира, че в тези точки обжалваното съдебно решение е засегнато от порок в мотивите, тъй като Съдът не разполага с достатъчно обстоятелства, за да упражни контрол в това отношение.

97 Съгласно съдебната практика въпросът дали мотивите на дадено решение на Първоинстанционния съд са противоречиви или непълни е правен въпрос и

като такъв може да бъде повдигнат в рамките на производство по обжалване (Решение от 7 май 1998 г. по дело Somaco/Комисия, C-401/96 P, Recueil, стр. I-2587, точка 53 и Решение от 13 декември 2001 г. по дело Cubero Vermurie/Комисия, C-446/00 P, Recueil, стр. I-10315, точка 20).

98 При това положение следва да се констатира, че в точки 65 и 69 от обжалваното съдебно решение Първоинстанционният съд е мотивирал в достатъчна степен своите преценки относно наличието на визуална и фонетична прилика между разглежданите знаци от страна на съответните потребители, която включва и определени здравни специалисти.

99 Тази непълнота на мотивите обаче не може да доведе до недействителност на обжалваното съдебно решение. Всъщност при положение че в рамките на своята самостоятелна преценка на фактите в точки 56—75 от обжалваното съдебно решение Първоинстанционният съд е заключил, че е налице значителна прилика между разглежданите стоки, както и наличие на визуална и фонетична прилика на разглежданите знаци за част от съответните потребители, състояща се от крайните потребители, той е могъл, без да наруши обхвата на член 8, параграф 1, буква б) от Регламент № 40/94, да изведе от това в точки 76 и 80 от посоченото съдебно решение, че е налице вероятност от объркване между посочените знаци по смисъла на тази разпоредба.

100 С оглед на посочените съображения, въпреки непълнотата на мотивите, която опорочава точки 65 и 69 от обжалваното съдебно решение, посоченото съдебно решение не следва да се отменя, при положение че във всеки случай то съдържа достатъчно мотиви, за да обоснове диспозитива, а именно отхвърлянето от Първоинстанционния съд на жалбата, подадена срещу спорното решение (вж. в този смисъл Решение по дело Комисия/CAS Succhi di Frutta, посочено по-горе, точка 68 и Решение по дело KWS Saat/СХВП, посочено по-горе, точки 46—51).

101 В резултат на това четвъртата част от второто правно основание трябва да бъде отхвърлена като ирелевантна.

По петата част, свързана с ограничаването на заявката за марката на Общността

— Доводи на страните

102 Според жалбоподателя Първоинстанционният съд е допуснал грешка, като е счел, че апелативният състав на СХВП не може да бъде упрекнат, че не е взел предвид факта, че направеното от жалбоподателя изявление в становището му пред посочения състав, в което той потвърждава, че е склонен да ограничи спецификацията на стоките, предмет на заявката за офталмологични фармацевтични препарати, предназначени за лечение на глаукома, представлява изрично предложение за промяна, в случай че този състав възнамерява да приеме възражението. При липса на устна фаза жалбоподателят всъщност нямал възможност да предвиди евентуалната позиция на посочения състав преди приемане на решението. Предложената промяна в списъка със стоките обаче щяла да позволи да се изясни в по-голяма степен съществуващата разлика между тези стоки и стоките на Biofarma.

103 СХВП счита, че извършената от апелативния състав преценка не може да бъде оспорена на този етап от производството. Освен това жалбоподателят не

изтъквал никакви доводи, правни или свързани с изопачаване на фактите, които биха оборили съображенията на Първоинстанционния съд, въз основа на които в точка 53 от обжалваното съдебно решение той постановил, че не са спазени изискванията за ограничаването. Въпросът дали предлаганото от жалбоподателя ограничаване изпълнява изискванията на член 44 от Регламент № 40/94 и на правило 13 от Регламент № 2868/95 бил фактически въпрос, който не е от компетентността на Съда. Следователно второто правно основание в това отношение било недопустимо.

— Съображения на Съда

104 Що се отнася до допустимостта на тази част от второто правно основание, следва да се констатира, че с него жалбоподателят, обратно на изтъкваното от СХВП, не твърди, че изявлението, направено в неговото становище пред апелативния състав, отговаря на изискванията, предвидени в Регламент № 40/94 и Регламент № 2868/95, а оспорва, че Първоинстанционният съд не е взел предвид посоченото изявление, макар то да не отговаря на тези изисквания.

105 Налага се изводът, че по този начин жалбоподателят твърди, че Първоинстанционният съд е допуснал грешка в тълкуването на общностното право и че следователно повдига правен въпрос. При това положение тази част от второто правно основание е допустима.

106 Що се отнася до основателността на тази част, следва да се напомни, че с оглед на прилагането на член 8, параграф 1, буква б) от Регламент № 40/94 преценката на вероятността от объркване между стоките трябва да се отнася до всички стоки, които заявката за регистрация на марка на Общността посочва.

107 По силата на член 44, параграф 1 от посочения регламент заявителят може по всяко време да ограничи списъка на стоки или услуги, който се съдържа в заявката. Всяка молба за промяна на заявката, представена в съответствие с тази разпоредба, трябва да спазва изискванията, определени в правило 13 от Регламент № 2868/95.

108 С настоящата част от второто правно основание жалбоподателят не оспорва факта, че не е представил такава молба. Той поддържа обаче, че при липса на устна фаза в процедурата пред апелативния състав едно изрично предложение за ограничаване като това в конкретния случай, формулирано в неговото становище пред посочения състав, трябвало да бъде взето предвид, при положение че този състав възнамерявал да приеме възражението.

109 Налага се обаче изводът, че нито Регламент № 40/94, нито Регламент № 2868/95 предвижда такова задължение. Всъщност, както е видно от точка 107 от настоящото съдебно решение, по силата на тези регламенти всяко искане за ограничаване трябва да се представи под формата на молба за промяна, която отговаря на определени изисквания. Както Първоинстанционният съд е постановил в точка 51 от обжалваното съдебно решение, такова искане трябва да бъде направено изрично и безусловно.

110 Следователно при положение че в конкретния случай е несъмнено, че предложението, формулирано от жалбоподателя в неговото становище пред апелативния състав, не отговаря на тези изисквания, Първоинстанционният съд правилно постановява в точки 53 и 54 от обжалваното съдебно решение, че апелативният състав не може да бъде упрекнат, че не е взел предвид това предложение.

111 В резултат на това петата част от второто правно основание трябва да бъде отхвърлена като необоснована.

112 Тъй като изтъкнатите от жалбоподателят правни основания не са приети, жалбата следва да бъде отхвърлена.

По съдебните разноски

113 Съгласно член 69, параграф 2 от Процедурния правилник, приложим към производството по обжалване по силата на член 118 от същия, загубилата делото страна се осъжда да заплати съдебните разноски, ако е направено такова искане. След като СХВП е направила искане за осъждане на жалбоподателя и последният е загубил делото, той трябва да бъде осъден да заплати направените от СХВП съдебни разноски. Тъй като Biofarma не е направило искане за осъждане на жалбоподателя, то трябва да бъде осъдено да понесе направените от него съдебни разноски.

По изложените съображения Съдът (трети състав) реши:

1) Отхвърля жалбата.

2) Alcon Inc. Понася, наред с направените от него съдебни разноски, и разноските, направени от Службата за хармонизация във вътрешния пазар (марки и дизайни) (СХВП).

3) Biofarma SA понася направените от него съдебни разноски.

Подписи