Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
J. KOKOTT
представено на 13 септември 2018 година [1]

**Дело C-194/17 P**

**Georgios Pandalis**
**срещу**

**Служба на Европейския съюз за интелектуална собственост (EUIPO)**

„Обжалване — Марка на Европейския съюз — Регламент (ЕО) № 207/2009 — Производство по отмяна — Словна марка на Европейския съюз „CYSTUS“ — Реално използване — Описателен характер на марката — Немедицински хранителни добавки — Директива 2002/46/ЕО“

## I. Въведение

1. В Регламента относно марката на Общността [2] е уреден случаят, в който регистрирана марка няма отличителен характер, а се възприема само като описание. Тогава съгласно член 52 марката може да бъде обявена за недействителна въз основа на искане, въпреки че по принцип тя изобщо не е трябвало да бъде регистрирана. Освен това съгласно член 51 правата на притежателя на марката на Общността могат да бъдат прекратени, ако през период от пет години тя не е била реално използвана. Настоящото производство се отнася до въпроса какви са последиците от описателния характер на дадена марка за доказване на реалното използване.

2. И апелативният състав на EUIPO, и Общият съд изхождат от обстоятелството, че поради нейния описателен характер марката не е била използвана като такава и на тази основа стигат до извода за отмяната ѝ. Доводите на притежателя на марката са свързани с обстоятелството, че по този начин се заобикаля производството за обявяване на недействителност.

3. Освен това възниква въпросът дали спорната марка е била използвана за правилните стоки, а именно немедицински хранителни добавки. В това отношение има значение релевантната за тези стоки Директива 2002/46/ЕО [3].

1 Език на оригиналния текст: немски.

2 Регламент (ЕО) № 207/2009 на Съвета от 26 февруари 2009 година относно марката на Общността (ОВ L 78, 2009 г., стр. 1), изменен с Акт относно условията за присъединяване на Република Хърватия и промените в Договора за Европейския съюз, Договора за функционирането на Европейския съюз и Договора за създаване на Европейската общност за атомна енергия (ОВ L 112, 2012 г., стр. 21). Междувременно заменен с Регламент (ЕС) 2017/1001 на Европейския парламент и на Съвета от 14 юни 2017 година относно марката на Европейския съюз (ОВ L 154, 2017 г., стр. 1).

3 Директива на Европейския парламент и на Съвета от 10 юни 2002 година за сближаване на законодателствата на държавите членки по отношение на добавките към храни (ОВ L 183, 2002 г., стр. 51; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 36, стр. 39).

## II. Правна уредба

### *А. Регламент относно марката на Европейския съюз*

4. Член 7, параграф 1 от Регламента относно марката на Европейския съюз съдържа абсолютни основания за отказ:

„1. Отказва се регистрацията на:

[…]

в) марките, които се състоят предимно от знаци или от означения, които могат да служат в търговската дейност за указване на вида, качеството, количеството, предназначението, стойността, географския произход или момента на производство на стоките или на предоставянето на услуга, или други характерни техни особености;“.

5. Член 51 от Регламента относно марката на Европейския съюз урежда отмяната на марката:

„1. Правата на притежателя на марката на [Европейския съюз] се прекратяват въз основа на искане, представено в Службата или въз основа на насрещен иск в производство за нарушение на правата върху марка:

а) ако през непрекъснат период от пет години марката не е била реално използвана в Общността за стоките или услугите, за които тя е била регистрирана и ако не съществуват основателни причини за неизползване; въпреки това, никой не може да твърди, че правата на притежателя на марка на Общността трябва да се прекратят, ако в промеждутъка между изтичането на този период и представянето на искането или насрещния иск, използването на марката е било започнато или подновено; започването или подновяването на използването обаче, направено в срок от три месеца преди представянето на искането или на насрещния иск, като този срок започва да тече най-рано в момента на изтичане на непрекъснатия период от пет години на неизползване, не се взема предвид, когато подготовката за започването или подновяването на използването настъпват едва след като притежателят е научил, че искането би могло да бъде направено или насрещният иск да бъде предявен;

[…]

2. Когато основанията за отмяна съществуват само за една част от стоките или от услугите, за които е регистрирана марката на Общността, правата на притежателят се прекратяват само за съответните стоки или услуги“.

6. Член 75 от Регламента относно марката на Европейския съюз напомня за задължението за мотивиране и правото на изслушване:

„Решенията на Службата се мотивират. Те се основават единствено на основанията, по които страните са имали възможност да вземат позиция“.

### *Б. Директива 2002/46*

7. Предмет на Директива 2002/46 са хранителните добавки. Член 2, буква а) от тази директива ги определя като

„храни, които са предназначени да допълват нормалния хранителен режим и които представляват концентрирани източници на хранителни вещества или други вещества с хранителен или физиологичен ефект, самостоятелно или в комбинация, дозирани под формата на капсули, дражета, таблетки, хапчета и други подобни форми, пакетчета с прах, ампули, шишенца с капкомери и други подобни форми на течности и прахове, които са предназначени да се приемат в малки премерени количества“.

8. Член 6 от Директива 2002/46 съдържа изисквания към етикетирането:

„1. По смисъла на член 5, параграф 1 от Директива 2000/13/ЕО, наименованието, под което се продават продуктите, обхванати от настоящата директива, е „[хранителна добавка]“.

2. Етикетът, представянето и рекламата не трябва да приписват на [хранителните добавки] свойства да предпазват, лекуват или излекуват болести при човека, нито да се позовават на такива свойства.

3. Без да засяга Директива 2000/13/ЕО, етикетът съдържа следната информация:

а) наименованията на категориите хранителни вещества или вещества, които характеризират продукта, или указание за естеството на тези хранителни вещества или вещества, характеризиращи продукта;

б) препоръчваната за прием дневна доза от продукта;

в) предупреждение да не се превишава препоръчваната дневна доза;

г) текст, който да гласи, че [хранителната добавка]не следва да се използва вместо разнообразен хранителен режим;

д) текст, който да гласи, че продуктът следва да се съхранява на място, недостъпно за малки деца“.

## III. Фактите по спора и ход на производствата пред EUIPO и Общия съд

9. Г-н Pandalis е притежател на марка на Европейския съюз, която се състои от словния елемент „CYSTUS“. EUIPO я регистрира на 5 януари 2004 г. Заявката е подадена по-специално за „немедицински хранителни добавки“ от клас 30 по смисъла на Ницката спогодба относно Международната класификация на стоките и услугите за регистрация на марки от 15 юни 1957 година, в нейната ревизирана и изменена редакция.

### *A. Производството пред EUIPO и решението на апелативния състав*

10. На 3 септември 2013 г. LR Health & Beauty Systems GmbH подава искане за отмяна на марката „CYSTUS“ на основание член 51, параграф 1, буква а) от Регламента относно марката на Европейския съюз (понастоящем член 58, параграф 1, буква а) от Регламент (ЕС) № 2017/1001). Дружеството мотивира искането си с обстоятелството, че марката не е била използвана реално през непрекъснат период от пет години.

11. В хода на съдебното заседание в отговор на въпрос на Съда г-н Pandalis и LR Health & Beauty Systems посочват, че срещу марката „CYSTUS“ е налице и висящо производство за обявяване на недействителност. Това производство се основавало на обстоятелството, че марката е описателна. То било спряно от EUIPO до приключване на настоящото производство.

12. С решение от 12 септември 2014 г. отделът по отмяна на EUIPO се произнася по искането за отмяна. Той прекратява правата на притежателя само за част от регистрираните стоки, в това число и за „немедицински хранителни добавки“, попадащи в клас 30 от Ницската класификация.

13. С решение от 30 октомври 2015 г. първи апелативен състав отхвърля жалбата на г-н Pandalis срещу решението на отдела по отмяна.

14. Апелативният състав подкрепя своето решение с два основни аргумента.

15. На първо място, г-н Pandalis не е използвал понятието „Cystus“ като марка на Европейския съюз, а като описание на своите стоки, за да уточни, че тяхната основна активна съставка са екстракти от растителния род *Cistus incanus L.* Не било достатъчно стоките да са обозначени с понятието „CYSTUS“ вместо с „Cistus“ и отчасти да се използва символът „®“, за да се стигне до заключението, че е налице използване като марка на Европейския съюз. Само на това основание марката следвало да бъде отменена.

16. На второ място, според апелативния състав г-н Pandalis не е доказал реално ползване на марката за „немедицински хранителни добавки“ от клас 30, тъй като техният външен вид не отговаря на изискванията на Директива 2002/46.

### *Б. Решението на Общия съд*

17. На 14 януари 2016 г. г-н Pandalis подава жалба до Общия съд срещу спорното решение на апелативния състав. С обжалваното решение от 14 февруари 2017 г. Общият съд отхвърля жалбата.

## IV. Производството по обжалване на решението на Общия съд и искания на страните

18. На 14 април 2017 г. г-н Pandalis подава жалба срещу решението на Общия съд.

19. Той иска от Съда:

1) да отмени решението на Общия съд от 14 февруари 2017 г. по дело T-15/16, свързано с производство по отмяна на марка на Европейския съюз № 001273119 „CYSTUS“,

2) да отмени решението на първи апелативен състав на EUIPO от 30 октомври 2015 г. по преписка R 2839/2014-1, свързано с производство по отмяна на марка на Европейски съюз № 001273119 „CYSTUS“,

3) да отмени решението на отдела по заличаване[4] от 12 септември 2014 г., прието в производство по отмяна 8374 C, в частта, в която се прекратяват правата на притежателя на марка на Европейския съюз № 001273119 „CYSTUS“ за „немедицински хранителни добавки“ от клас 30,

4) да отхвърли искането на LR Health & Beauty Systems за обявяване за недействителна марка на Европейския съюз № 001273119 „CYSTUS“ в частта, в която това искане се отнася до „немедицински хранителни добавки“ от клас 30,

4 По този начин апелативният състав нарича отдела по отмяна.

5) да осъди Службата на Европейския съюз за интелектуална собственост да заплати съдебните разноски.

20. И EUIPO, и LR Health & Beauty Systems искат от Съда:

1) да отхвърли жалбата; и

2) да осъди жалбоподателя да заплати съдебните разноски.

21. Страните са изложили становищата си писмено и в съдебното заседание от 20 юни 2018 г.

## V. Правен анализ

22. Г-н Pandalis мотивира жалбата срещу решението на Общия съд, като изтъква три основания. Първото се отнася до класифицирането на стоки, които са обозначени с марката „CYSTUS“, към групата на „немедицинските хранителни добавки“ (по този въпрос вж. по-долу буква Б), второто основание се отнася до въпроса дали г-н Pandalis е използвал марката „CYSTUS“ като марка при етикетирането на стоки (по този въпрос вж. по-долу буква В), и третото основание се отнася до правото на изслушване в производството пред EUIPO (по този въпрос вж. по-долу буква Г). Най-напред обаче следва да се направи предварителна бележка по първите две основания.

### *А. Предварителна бележка*

23. За да се определи значението на първите две основания, следва да се припомни, че EUIPO обосновава отмяната на спорната марка с обстоятелството, че тя не е използвана реално за категорията стоки, за която е била заявена.

24. В това отношение апелативният състав е установил, че на първо място, думата „Cystus“ не е използвана като марка, а само описателно, и на второ място, че *никоя* посочена от г-н Pandalis стока не следва да се разглежда като „немедицинска хранителна добавка“. Следователно спорното решение е обосновано в две насоки, тоест всяка от двете насоки на мотивите има за цел да обоснове решението в неговата *цялост*.

25. Все пак в обжалваното решение Общият съд не е разгледал изчерпателно дали основанията за обжалване на г-н Pandalis поставят под въпрос и двете насоки на мотивите.

26. По-скоро Общият съд се ограничава да установи, че за част от посочените стоки, по-специално „Pilots Friend Immunizer®“, „Immun44® Saft“ и „Immun44® Kapseln“, както и „останалите стоки, за които понятието „Cystus“ се използва само в изразите „Cystus 52“ или „Cystus 052“, със или без символа „®“, думата „Cystus“ е използвана не като марка, а описателно. Г-н Pandalis оспорва тези констатации с посоченото от него второ правно основание.

27. От друга страна, за използването по отношение на друга част от стоките, а именно таблетки за смучене, таблетки за гърло, отвара, разтвор за гаргара и противовъзпалителни таблетки, Общият съд постановява, че те не могат да се разглеждат като „немедицински хранителни добавки“. Това решение е предмет на първото основание.

28. Следователно, за да бъде уважена жалбата му, г-н Pandalis трябва да има успех само с едно от тези основания по отношение само на една от посочените стоки. Това е така, тъй като тогава би трябвало да се разгледа въпросът дали използването на марката „CYSTUS“ за тази стока е достатъчно, за да е налице реално използване.

### *Б. По първото основание — липса на „немедицински хранителни добавки“*

29. С първото основание г-н Pandalis оспорва точки 54—59 от обжалваното решение. В тях Общият съд е постановил, че апелативният състав на EUIPO правилно е установил за недоказано от г-н Pandalis, че стоките таблетки за смучене, таблетки за гърло, отвара, разтвор за гаргара и противовъзпалителни таблетки, които е обозначил с марката „CYSTUS“, са „немедицински хранителни добавки“.

30. Г-н Pandalis твърди, от една страна, че Общият съд е приложил неправилно разпоредбите на Директива 2002/46 относно хранителните добавки, а от друга страна, че липсват мотиви.

#### *1. По първата част от първото основание — понятие за хранителни добавки*

31. Г-н Pandalis основава първата част на първото основание на предполагаемо нарушение на член 51, параграф 1, буква а) от Регламента относно марката на Европейския съюз. Той твърди, че при преценката дали определени стоки са немедицински хранителни добавки по смисъла на категорията стоки съгласно правната уредба в областта на марките Общият съд е можел да се позове само на определението за хранителни добавки по смисъла на член 2, буква а) от Директива 2002/46, но не на изискванията на член 6 от тази директива относно етикетирането на хранителни добавки.

32. Това твърдение обаче не отчита функцията на определението в Директива 2002/46. То не служи за очертаване на категорията стоки съгласно правната уредба в областта на марките, а само за определяне на обхвата на Директивата, включително на правилата за етикетиране.

33. От друга страна, определеното от правилата за етикетиране представяне на хранителни добавки е от особено значение за категорията стоки съгласно правната уредба в областта на марките. Това е така, тъй като въпросното представяне е релевантно за това в коя категория стоки потребителят причислява стоката.

34. Следователно фактът, че въпросните стоки не отговарят на определените от правото на Съюза изисквания за етикетиране на хранителни добавки, е сериозна индикация, че стоките не следва да се считат за хранителни добавки.

35. Дали отклонението от правилата за етикетиране е достатъчно релевантно, за да се установи, че стоките не са „немедицински хранителни добавки“, е въпрос на преценка на фактите.

36. Същото се отнася за значението, което Общият съд придава на обстоятелствата, че разглежданите стоки имат централен фармацевтичен номер, че се продават в аптеки и се предлагат на пазара с указанието, че предпазват от грип и настинка и помагат при възпаления в устата и гърлото.

37. В това отношение следва да се припомни, че съгласно член 256, параграф 1 ДФЕС и член 58, първа алинея от Статута на Съда на Европейския съюз обжалването се ограничава само до правни въпроси. Установяването и преценката на релевантните факти, както и преценката на доказателствата са от изключителната компетентност на Общия съд. Ето защо преценката на фактите и доказателствата, доколкото не са изопачени, не е правен въпрос, който като такъв да подлежи на контрол от страна на Съда в рамките на производство по обжалване [5].

5 Решения от 7 октомври 2004 г., Mag Instrument/СХВП (C-136/02 P, EU:C:2004:592, т. 39), от 17 юли 2014 г., Reber/СХВП (C-141/13 P, EU:C:2014:2089, т. 35), и от 26 юли 2017 г., Staatliche Porzellan-Manufaktur Meissen/EUIPO (C-471/16 P, EU:C:2017:602, т. 34).

38. Г-н Pandalis обаче твърди, че в точка 59 от обжалваното решение Общият съд е изопачил фактите по отношение на таблетките за смучене „Cystus“, тъй като тези таблетки не са били придружени от споменатото указание относно благоприятния ефект върху здравето. Такова твърдение за нарушение е допустимо в производството по обжалване.

39. Както обаче EUIPO правилно отбелязва, това твърдение се основава на погрешно тълкуване на обжалваното решение. Това е така, тъй като в точка 59 Общият съд не установява, че таблетките за смучене „Cystus“ се продават *с* това указание, а потвърждава направената от апелативния състав преценка на доказателствата. Апелативният състав обаче признава, че тази стока е пусната в продажба *без* указанието и при преценката си взема предвид това обстоятелство [6].

40. Следователно първата част на първото основание трябва да бъде отхвърлена като частично недопустима и като неоснователна в останалата си част.

*2. По втората част от първото основание — липса на мотиви*

41. С втората част на първото основание г-н Pandalis твърди липса на мотиви.

42. Според него първият недостатък се състои в обстоятелството, че Общият съд не е установил към коя категория следва да бъдат класифицирани стоките му.

43. Г-н Pandalis обаче разбира погрешно предмета на правния спор. Става дума единствено за въпроса дали той е можел да докаже реалното използване на марката „CYSTUS“ за „немедицински хранителни добавки“. За този въпрос е без значение към коя друга категория следва да бъдат класифицирани неговите стоки.

44. Освен това г-н Pandalis твърди, че от обжалваното решение не се разбира защо при анализа си по член 51, параграф 1, буква а) и параграф 2 от Регламента относно марката на Европейския съюз Общият съд не е разгледал отделно въпроса дали по отношение на таблетките за смучене „Cystus“ процесната марка на Европейския съюз е използвана за „немедицински хранителни добавки“.

45. Все пак и в това отношение е от решаващо значение, че Общият съд — относително общо — възприема преценката на апелативния състав по този въпрос. Всъщност по този начин той същевременно отхвърля поне имплицитно възраженията на г-н Pandalis по отношение на тази стока.

46. Следователно втората част на първото основание трябва да се отхвърли като неоснователна.

***B. По второто основание — използване като марка***

47. Във второто основание г-н Pandalis упреква Общия съд, че в точки 43 и 46 същият е класифицирал спорната марка на Европейския съюз „CYSTUS“ общо като описателно означение, което е свързано с наименованието на растението „Cistus“, без да отчита конкретната форма на използване на марката. По този начин е допусната допълнителна грешка при прилагането на член 51, параграф 1, буква а) от Регламента относно марката на Европейския съюз, тъй като според г-н Pandalis използването на марката е трябвало да бъде признато за реално. Освен това мотивите по тези точки били противоречиви.

6 Точка 57 от спорното решение.

48. В това отношение, на първо място, трябва да се разгледат съображенията на Общия съд в точка 46 от обжалваното решение, които действително на пръв поглед изглеждат опорочени от грешка при прилагане на правото, а след това и останалите съображения в подкрепа на това основание.

*1. По точка 46 от обжалваното решение — описателен характер на марката „CYSTUS“*

49. В точка 46 от обжалваното решение Общият съд установява, че апелативният състав не е допуснал грешка при прилагане на правото, като е приел, че съответните потребители възприемат понятието „Cystus“ като описателно означение, което е свързано с наименованието на растението „Cistus“, а не като марка на Европейския съюз, без по този начин да е установил наличието на абсолютно основание за отказ по смисъла на член 7, параграф 1, буква в) от Регламента относно марката на Европейския съюз.

50. Г-н Pandalis оспорва тази констатация, като посочва правилно, че тези съображения — сами по себе си — са противоречиви. Това е така, тъй като, ако съответните потребители възприемат марката само като описателно означение, използването като марка е изключено. Същевременно това би означавало — независимо от противоположното твърдение на Общия съд — че съществува абсолютно основание за отказ по член 7, параграф 1, буква в) от Регламента относно марката на Европейския съюз.

51. Освен това, според г-н Pandalis тази констатация е спорна, тъй като предопределя резултата от производство за обявяване на недействителност в рамките на производство по отмяна. На пръв поглед това противоречало на решение Formula One Licensing/СХВП. Съгласно това решение в рамките на производство по възражение срещу заявена марка на Европейския съюз не може да се установи абсолютно основание за отказ, каквото е това за липсата на отличителен характер, по отношение на знак, който е идентичен на защитена в държава членка марка. Посочва се още, че характеризирането на даден знак като описателен или родов е равнозначно на отричане на отличителния му характер [7].

52. Действително срещу прилагането на тази съдебна практика към настоящия спор може да се възрази, че според доводите на Съда нито EUIPO, нито Общият съд имат право да преразгледат дадена национална марка [8]. От друга страна, институционалните правомощия са били налице по отношение на спорната марка на Европейския съюз, само че те е трябвало да бъдат упражнени в друго производство.

53. Все пак Съдът приема също, че в производството по възражение Регламентът относно марката на Европейския съюз придава определена степен на отличителен характер на по-ранната марка [9]. Тази идея може лесно да бъде приложена към проверката на реалното използване на регистрирана марка на Европейския съюз.

54. В крайна сметка обаче в настоящия случай този въпрос може да бъде оставен без отговор.

7 Решение от 24 май 2012 г., Formula One Licensing/СХВП (C-196/11 P, EU:C:2012:314, т. 41).

8 Решения от 24 май 2012 г., Formula One Licensing/СХВП (C-196/11 P, EU:C:2012:314, т. 40, 44 и 45), и от 8 ноември 2016 г., BSH/EUIPO (C-43/15 P, EU:C:2016:837, т. 66), както и решения от 30 май 2013 г., Wohlfahrt/СХВП (C-357/12 P, EU:C:2013:356, т. 46), и от 16 октомври 2013 г., medi/СХВП (C-410/12 P, EU:C:2013:702, т. 34).

9 Решение от 24 май 2012 г., Formula One Licensing/СХВП (C-196/11 P, EU:C:2012:314, т. 46 и 47).

55. Това е така, тъй като в точка 47 от обжалваното решение Общият съд прецизира какво всъщност иска да установи с несполучливата формулировка в точка 46. Съгласно тази точка Общият съд по-специално не отрича *какъвто и да е отличителен характер* на понятието „Cystus“, какъвто би бил случаят при чисто описателно понятие [10], а му признава най-малкото *слаб отличителен характер*. Това отговаря на изискванията на цитираната съдебна практика [11].

56. Също така това тълкуване позволява на Общия съд да заключи, че апелативният състав не се е произнесъл по член 7, параграф 1, буква в) от Регламента относно марката на Европейския съюз.

57. Следователно възраженията на г-н Pandalis срещу точка 46 от обжалваното решение се основават на погрешно тълкуване на — несъмнено подвеждащите — съображения на Общия съд.

*2. По останалите съображения — анализ на реалното използване на марката „CYSTUS“*

58. И в останалата си част твърдението на г-н Pandalis във връзка с второто основание по същество се основават на избирателно и следователно погрешно тълкуване на преценката на Общия съд относно съответното основание, включително относно оспорваните точки.

59. На първо място, това е така, тъй като, както вече беше отбелязано, Общият съд всъщност не е установил като цяло, че марката „CYSTUS“ може да се използва само описателно. Признатият от Общия съд слаб отличителен характер по-скоро означава, че марката по принцип може да се използва и като такава; тоест според Общия съд е възможно марката да бъде използвана така, че потребителите да я възприемат като указание за произхода на дадена стока, а не само като описание на нейните съставки.

60. На второ място, както посочва и LR Health & Beauty Systems, от точка 37 и от уводните изречения на точка 43 от обжалваното решение е видно, че в точки 39—48 Общият съд е разгледал конкретното използване на думата „Cystus“ върху опаковките на стоките „Pilots Friend Immunizer®“, „Immun44® Saft“ и „Immun44® Kapseln“.

61. На трето място, в това отношение Общият съд потвърждава извода на апелативния състав, че това използване е описателно, тоест изобщо не отговаря на изискванията за използване като марка.

62. Тези доводи подкрепят констатацията, че г-н Pandalis не е използвал реално марката „CYSTUS“ за трите посочени стоки.

63. Това е така, тъй като при преценката на това дали марката е била реално използвана, следва се вземат предвид всички факти и обстоятелства, посредством които може да се установи дали марката действително е била използвана за търговски цели, и по-специално считаното за обосновано в съответния икономически сектор използване за поддържане или създаване на пазарни дялове в полза на защитените от марката стоки или услуги [12].

10 Решение от 24 май 2012 г., Formula One Licensing/СХВП (C-196/11 P, EU:C:2012:314, т. 41).

11 Решения от 24 май 2012 г., Formula One Licensing/СХВП (C-196/11 P, EU:C:2012:314, т. 47), и от 8 ноември 2016 г., BSH/EUIPO (C-43/15 P, EU:C:2016:837, т. 67).

12 Решение от 11 март 2003 г., Ansul (C-40/01, EU:C:2003:145, т. 38).

64. В това отношение дадено използване може да се счита за реално, ако е в съответствие с основната функция на марката, която е да гарантира на потребителя или на крайния ползвател какъв е произходът на дадена стока или услуга, като му позволи да различи без вероятност от объркване тази стока или услуга от такива с друг произход [13].

65. Съответно, не всяко използване на марка трябва да съответства на функцията за указване на произход [14]. Също така, не всяко доказано търговско използване може автоматично да се квалифицира като реално използване на съответната марка [15]. Напротив, дадена марка може да бъде използвана и с други функции, като тази да гарантира качество или тези, свързани с комуникации, инвестиции или реклама [16].

66. Следователно въпросът как дадена марка се използва в конкретния случай може да се установи само въз основа на преценка на фактите. Тази преценка обаче, както беше посочено, е извън рамките на контрола в производството по обжалване.

*3. По включването на други стоки*

67. На досегашните съображения може да се възрази, че в точка 50 от обжалваното решение Общият съд установява, че използването на марката „CYSTUS“ не може да се признае по отношение на „останалите стоки, за които понятието „Cystus“ се използва само в изразите „Cystus 52“ или „Cystus 052“, със или без символа „®“. По този начин Общият съд разширява обхвата на преценката си извън трите посочени стоки.

68. Общият съд все пак мотивира тази констатация в точка 47 от обжалваното решение.

69. Там той разглежда въпроса дали използването на понятието „Cystus“ в понятията „Cystus 052“ и „Cystus 52“ следва да се счита за използване на марката „CYSTUS“. В това отношение съгласно член 15, параграф 1, втора алинея, буква а) от Регламента относно марката на Европейския съюз като доказателство за реалното ползване на дадена марка служи и обстоятелството, че марката е използвана под форма, която се различава по елементи, които не променят отличителния характер на марката във формата, в която тя е била регистрирана.

70. Общият съд обаче отхвърля тази възможност за посоченото използване поради слабия отличителен характер на понятието „Cystus“. Всъщност според него тази форма на използване може да засили значително отличителния характер на марката. Тоест би имало отражение върху отличителния характер въпреки член 15, парграф 1, втора алинея, буква а) от Регламента относно марката на Европейския съюз. Впрочем тези мотиви отговарят на практиката на Съда относно използването на марки като елемент на други марки [17].

71. Следователно съображенията на Общия съд в точки 47 и 50 от обжалваното решение, които не са оспорени от г-н Pandalis, имат предмет, различен от този в оспорените от него точки 43 и 46. Следователно първите съображения не поставят под въпрос преценката на второто основание.

13 Решения от 11 март 2003 г., Ansul (C-40/01, EU:C:2003:145, т. 36), и от 9 декември 2008 г., Verein Radetzky-Orden (C-442/07, EU:C:2008:696, т. 13).

14 Решение от 20 май 2014 г., Reber Holding/СХВП (C-414/13 P, EU:C:2014:812, т. 54).

15 Решение от 17 юли 2014 г., Reber/СХВП (C-141/13 P, EU:C:2014:2089, т. 32).

16 Решение от 8 юни 2017 г., W. F. Gözze Frottierweberei и Gözze (C-689/15, EU:C:2017:434, т. 42 и 45).

17 Решение от 1 декември 2016 г., Klement/EUIPO (C-642/15 P, EU:C:2016:918, т. 29).

*4. Междинно заключение*

72. Следователно второто основание е частично недопустимо — доколкото цели преразглеждане на фактите, и неоснователно в останалата си част.

### *Г. По третото основание — право на изслушване*

73. В третото основание г-н Pandalis твърди, че в точки 23—25 от обжалваното решение Общият съд е приложил неправилно член 75, параграф 2 от Регламента относно марката на Европейския съюз.

74. Г-н Pandalis посочва, че апелативният състав всъщност е установил, че марката „CYSTUS“ е описателна по смисъла на член 7, параграф 1, буква в) от Регламента относно марката на Европейския съюз. Той не е могъл да изложи становището си по този въпрос.

75. От друга страна, в точка 24 от обжалваното решение Общият съд установява, че апелативният състав *не* се е произнесъл относно наличието на абсолютни основания за отказ, тоест по член 7, параграф 1, буква в) от Регламента относно марката на Европейския съюз.

76. Следователно, ако констатацията на Общия съд е вярна, не е била налице причина EUIPO да изслуша становището на г-н Pandalis по въпроса дали марката „CYSTUS“ е описателна по смисъла на член 7, параграф 1, буква в) от Регламента относно марката на Европейския съюз.

77. Следователно това основание предполага възражението, че Общият съд неправилно възпроизвежда мотивите на апелативния състав, което представлява грешка при прилагане на правото, тъй като юрисдикциите на Съюза в никакъв случай не могат да заместят мотивите на съставителя на обжалвания акт със свои мотиви [18].

78. Както вече съм посочила другаде, в това се изразява касационният характер на жалбата за отмяна. Извън приложното поле на пълната юрисдикция (член 261 ДФЕС) съдът на Съюза не може да измени оспорения акт, а трябва да го обяви за недействителен, ако и доколкото жалбата за отмяна е обоснована (член 264, първа алинея ДФЕС). В такъв случай институцията, органът, службата или агенцията са длъжни да предприемат необходимите мерки за изпълнение на отменения решение (член 266, първа алинея ДФЕС) [19].

79. Въпреки че съгласно член 65, параграф 3 от Регламента относно марката на Европейския съюз Общият съд не само може да отмени, но и да измени спорното решение, признатото на Общия съд правомощие за изменение на решението на апелативния състав не означава, че този съд може да замени със своя преценката на апелативен състав на EUIPO, и още по-малко да направи преценка по въпрос, по който посоченият състав не е взел още становище [20].

80. В точка 32 от обжалваното решение апелативният състав установява, „че научният родов термин за дадено растение представлява не само наименованието на растителния род (и следователно в по-широк смисъл наименование на продукт, съответно описателно означение по смисъла на член 7, параграф 1, буква в) от [Регламента относно марката на Европейския съюз] […]), но също така описва стоките, чиято основна съставка се произвежда от растения от този род“.

18 Решения от 27 януари 2000 г., DIR International Film и др./Комисия (C-164/98 P, EU:C:2000:48, т. 38 и 48), и от 21 януари 2016 г., Galp Energia España и др./Комисия (C-603/13 P, EU:C:2016:38, т. 73).

19 Вж. моето заключение по дело Frucona Košice/Комисия (C-73/11 P, EU:C:2012:535, т. 92 и 93).

20 Решения от 5 юли 2011 г., Edwin/СХВП (C-263/09 P, EU:C:2011:452, т. 72), и от 21 юли 2016 г., Apple and Pear Australia и Star Fruits Diffusion/EUIPO (C-226/15 P, EU:C:2016:582, т. 67).

81. Освен това съгласно точка 34 от спорното решение добавянето на символа „®“ трябва „да се разбира в смисъл, че в крайна сметка [г-н Pandalis] съобщава в своята реклама, че е придобил право върху марка по отношение на описателно означение […]“.

82. Всъщност е логично тези съображения да се разбират в смисъл, че апелативният състав е установявил, че марката „CYSTUS“ е описателна по смисъла на член 7, параграф 1, буква в) от Регламента относно марката на Европейския съюз.

83. Това тълкуване обаче не е задължително.

84. Така апелативният състав квалифицира твърдението си в точка 32 от обжалваното решение в смисъл, че в „широк смисъл“ родовият термин е описателно означение по смисъла на член 7, параграф 1, буква в) от Регламента относно марката на Европейския съюз. Това обаче предполага, че само понятие, което е описателно в прекия смисъл на думата, задължително отговаря на изискванията на тази разпоредба и че съответната марка трябва да бъде отменена.

85. Освен това съображенията в точка 34 от спорното решение съдържат не толкова констатация на апелативния състав относно значението на използването на символа „®“, колкото тълкуване на комуникацията на притежателя на марката.

86. Следователно тълкуването на обжалваното решение от страна на Общия съд все още е оправдано и не може да се установи, че Общият съд неправомерно е заменил със свои собствени мотиви мотивите на апелативния състав.

87. Следователно основното твърдение на г-н Pandalis относно третото основание също трябва да бъде отхвърлено. Тъй като след основателните констатации на Общия съд апелативният състав не се е произнесъл относно наличието на абсолютното основание за отказ по член 7, параграф 1, буква в) от Регламента относно марката на Европейския съюз, не е било необходимо г-н Pandalis да бъде изслушан по този въпрос.

88. Следователно третото основание е неоснователно.

## VI. По разноските

89. Съгласно член 184, параграф 2 от Процедурния правилник на Съда, когато жалбата е неоснователна, Съдът се произнася по съдебните разноски. По силата на член 138, параграф 1 от този правилник, която разпоредба съгласно член 184, параграф 1 от него е приложима към производството по обжалване, загубилата делото страна се осъжда да заплати съдебните разноски, ако е направено такова искане.

90. Тъй като жалбата на г-н Pandalis е отхвърлена и EUIPO и LR Health & Beauty Systems са подали съответни молби, той трябва да понесе направените от него съдебни разноски[21].

## VII. Заключение

91. Ето защо предлагам на Съда да постанови следното:

„1) Отхвърля жалбата.

21 Вж. решения от 26 юли 2017 г., Staatliche Porzellan-Manufaktur Meissen/EUIPO (C-471/16 P, EU:C:2017:602, т. 65), и от 19 април 2018 г., Fiesta Hotels & Resorts/EUIPO (C-75/17 P, EU:C:2018:269, т. 71).

2) Осъжда г-н Pandalis да заплати съдебните разноски“.