РЕШЕНИЕ НА ОБЩИЯ СЪД (втори състав)

3 септември 2010 година*

По дело T-472/08

Companhia Muller de Bebidas, установено в Pirassununga (Бразилия), за което се явяват адв. G. Da Cunha Ferreira и адв. I. Bairrão, avocats,

жалбоподател,

срещу

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

ответник,

* Език на производството: английски.

като другата страна в производството пред апелативния състав на СХВП е била

Missiato Industria e Comercio Ltda, установено в Santa Rita Do Passa Quatro (Бразилия),

с предмет жалба срещу решение на първи апелативен състав на СХВП от 4 юли 2008 г. (преписка R 1687/2007-1) относно производство по възражение между Companhia Muller de Bebidas и Missiato Industria e Comercio Ltda,

ОБЩИЯТ СЪД (втори състав),

състоящ се от: г-жа I. Pelikánová (докладчик), председател, г-жа K. Jürimäe и г-н S. Soldevila Fragoso, съдии,

секретар: г-н E. Coulon,

предвид жалбата, подадена в секретариата на Общия съд на 22 октомври 2008 г.,

предвид писмения отговор, подаден в секретариата на Общия съд на 9 март 2009 г.,

предвид репликата, подадена в секретариата на Общия съд на 12 май 2009 г.,

предвид липсата на направено от страните искане за насрочване на съдебно заседание в едномесечния срок, считано от уведомлението за приключване на писмената фаза на производството и като взема решение, въз основа на доклад на съдията докладчик и в приложение на член 135а от Процедурния правилник на Общия съд, да се произнесе без провеждане на устна фаза на производството,

предвид възобновяването на писмената фаза на производството,

предвид писмените въпроси на Общия съд към страните,

предвид становищата, представени от страните в секретариата на Общия съд на 1 и 10 март 2010 г.,

постанови настоящото

Решение

Обстоятелства, предхождащи спора

1 На 2 декември 2003 г. Missiato Industria e Comercio Ltda подава заявка за регистрация на марка на Общността пред Службата за хармонизация във вътрешния пазар (марки, дизайни и модели) (СХВП) съгласно Регламент (ЕО) № 40/94 на Съвета от 20 декември 1993 година относно марката на Общността (ОВ L 11,

стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 17, том 1, стр. 146), изменен (заменен с Регламент (ЕО) № 207/2009 на Съвета от 26 февруари 2009 година относно марката на Общността (ОВ L 78, стр. 1).

2 Марката, чиято регистрация се иска (наричана по-нататък „заявената марка“), е възпроизведеният по-долу фигуративен знак:

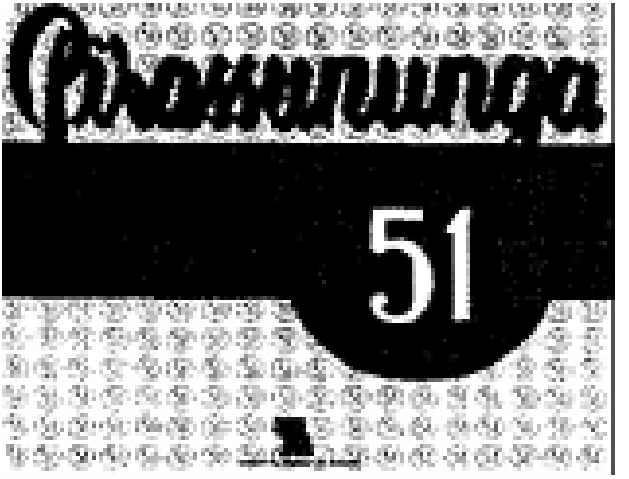


3 Стоките, за които се иска регистрацията, спадат към клас 33 по смисъла на ревизираната и допълнена Ницска спогодба относно международната класификация на стоките и услугите за регистрация на марки от 15 юни 1957 г. и отговарят на следното описание: „Алкохолни напитки (с изключение на бира)“.

4 На 27 септември 2004 г. заявката за регистрация е публикувана в Бюлетин на марките на Общността № 39/2004.

5 На 27 септември 2004 г. жалбоподателят Companhia Muller de Bebidas подава възражение на основание член 42 от Регламент № 40/94 (понастоящем член 41 от Регламент № 207/2009) срещу регистрацията на заявената марка за стоките, посочени в заявката за регистрация. Това възражение се основава по-специално на следните по-ранни права (наричани по-нататък „по-ранните марки“):

— възпроизведената по-долу португалска фигуративна марка, заявена на 19 април 1991 г. и регистрирана на 30 март 1993 г. с № 273105, за „алкохолните напитки“ от клас 33 по смисъла на Ницската спогодба:



— възпроизведената по-долу португалска фигуративна марка, заявена на 10 август 1998 г. и регистрирана на 21 август 2001 г. с № 331952, за „алкохолните напитки“ от клас 33 по смисъла на Ницката спогодба:



— възпроизведената по-долу датска фигуративна марка, заявена на 30 юни 1995 г. и регистрирана на 10 ноември 1998 г. с референтен № VR 199803649, за „ликьор на основата на захарна тръстика“ от клас 33 по смисъла на Ницката спогодба:



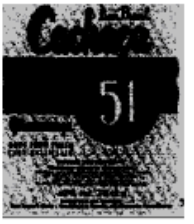
— възпроизведената по-долу серия от фигуративни марки, заявени и регистрирани в Обединеното кралство на 11 октомври 2000 г. с № 2248316, за „алкохолните напитки на основата на захарна тръстика“ от клас 33 по смисъла на Ницката спогодба:



— възпроизведената по-долу испанска фигуративна марка, регистрирана на 22 октомври 2001 г. с № 2354943, за „алкохолните напитки (с изключение на бира) на основата на захарна тръстика“ от клас 33 по смисъла на Ницката спогодба:



— възпроизведената по-долу австрийска фигуративна марка, заявена на 29 юни 1995 г. и регистрирана на 18 декември 1995 г. с № 161564 за „дестилираните алкохолни напитки на основата на захарна тръстика“ от клас 33 по смисъла на Ницката спогодба:



— възпроизведената по-долу фигуративна марка, общоизвестна в Португалия, за „алкохолните напитки“ от клас 33 по смисъла на Ницката спогодба:



— общоизвестната в Португалия словна марка „CACHAÇA 51“ за „алкохолните напитки“ от клас 33 по смисъла на Ницката спогодба.

6 Жалбоподателят твърди пред отдела по споровете, че между конфликтните марки съществува вероятност от объркване по смисъла на член 8, параграф 1, буква б) от Регламент (ЕО) № 40/94 (понастоящем член 8, параграф 1, буква б) от Регламент (ЕО) № 207/2009). Той се позовава също и на двете марки, за които се твърди, че са общоизвестни в Португалия по смисъла на член 8, параграф 2, буква в) от Регламент № 40/94 (понастоящем член 8, параграф 2, буква в) от Регламент № 207/2009).

7 С решение от 4 септември 2007 г. отделът по споровете отхвърля възражението изцяло. На 29 октомври 2007 г. жалбоподателят подава жалба срещу това решение пред СХВП на основание членове 57—62 от Регламент № 40/94 (понастоящем членове 58—64 от Регламент № 207/2009).

8 С решение от 4 юли 2008 г. (наричано по-нататък „обжалваното решение“) първи апелативен състав на СХВП отхвърля жалбата. Като се присъединява към доводите, изложени от отдела по споровете, той установява, че съществуващите различия между конфликтните марки премахват всяка вероятност от объркване по смисъла на член 8, параграф 1, буква б) от Регламент № 40/94.

Искания на страните

9 Жалбоподателят моли Общия съд:

— да отмени обжалваното решение, доколкото то потвърждава решението на отдела по споровете, с което се разрешава регистрацията на заявената марка,

— да осъди СХВП да заплати съдебните разноски.

10 С писмо, подадено в секретариата на Общия съд на 10 март 2010 г,. жалбоподателят оттегля искането си за изменение на обжалваното решение, както и за обявяване на недействителност на регистрацията на заявената марка.

11 СХВП моли Общия съд:

— да отхвърли жалбата,

— да осъди жалбоподателя да заплати съдебните разноски.

По допустимостта на документите, представени за първи път пред Общия съд

12 В приложения 9—11 към своята жалба жалбоподателят включва документи, които съдържат клетвени декларации в подкрепа на твърдението, че по-ранните словни и фигуративни марки „CACHAÇA 51“ и „Cachaça 51“ са общоизвестни в Португалия (вж. точка 5 по-горе).

13 СХВП поддържа, че ако бяха взети предвид, тези документи са щели да изменят предмета на спора пред апелативния състав.

14 Включените в приложения 9—11 към жалбата документи, които са представени за пръв път пред Общия съд, не могат да се вземат предвид. Всъщност целта на жалбата пред Общия съд е да се осъществи контрол за законосъобразност върху решенията на апелативните състави на СХВП по смисъла на член 63 от

Регламент № 40/94 (понастоящем член 65 от Регламент № 207/2009), поради което задачата на Общия съд не е да преразгледа фактическите обстоятелства в светлината на представени за пръв път пред него документи. Ето защо горепосочените документи следва да се изключат, без да е необходимо да се преценява доказателствената им сила (вж. в този смисъл Решение на Първоинстанционния съд от 24 ноември 2005 г. по дело Sadas/СХВП — LTJ Diffusion (ARTHUR ET FELICIE), T-346/04, Recueil, стр. II-4891, точка 19 и цитираната съдебна практика).

По същността на спора

15 В подкрепа на искането за отмяна на обжалваното решение жалбоподателят се позовава на едно-единствено правно основание, разделено на две части. Първата част е изведена от нарушение на член 8, параграф 1, буква б) от Регламент № 40/94, а втората част е изведена от нарушение на член 52, параграф 1, буква а) от Регламент № 40/94 (понастоящем член 53, параграф 1, буква а) от Регламент № 207/2009).

1. *По втората част на единственото правно основание за отмяна на обжалваното решение, изведена от нарушение член 52, параграф 1, буква а) от Регламент № 40/94*

16 Както правилно отбелязва СХВП, втората част на единственото правно основание за отмяна на обжалваното решение, изведена от нарушение на член 52, параграф 1, буква а) от Регламент № 40/94, е безпредметна. Всъщност тази разпоредба изброява относителните основания за недействителност на вече регистрирана марка на Общността, а не на заявена марка.

17 Затова втората част на единственото правно основание за отмяна на обжалваното решение следва да се отхвърли като неоснователна.

2. *По първата част на единственото правно основание за отмяна на обжалваното решение, изведена от нарушение на член 8, параграф 1, буква б) от Регламент № 40/94*

18 С първата част от единственото правно основание за отмяна на обжалваното решение, изведена от нарушение на член 8, параграф 1, буква б) от Регламент № 40/94, жалбоподателят твърди, че апелативният състав погрешно е установил, че съществуващите различия между конфликтните знаци са достатъчни, за да се избегне вероятността от объркване в съзнанието на потребителите на разглежданите територии, включително и в Португалия, по отношение на която жалбоподателят се позовава на общоизвестността на по-ранните словни и фигуративни марки „CACHAÇA 51“ и „Cachaça 51“.

Доводи на страните

19 В подкрепа на първата част от единственото правно основание за отмяна, изведена от нарушение на член 8, параграф 1, буква б) от Регламент № 40/94, жалбоподателят излага по същество седем твърдения за нарушения, от които следва, че апелативният състав тълкува погрешно тази разпоредба и постоянната съдебна практика, според която цялостната преценка на конфликтните марки трябва да се извърши с оглед на техните отличителни и доминиращи елементи, и че следователно неговият анализ е опорочен от няколко грешки.

20 С първото си твърдение за нарушение жалбоподателят твърди, че апелативният състав е допуснал грешка, като не е преценил вероятността от объркване с оглед на действителния кръг на съответните потребители, и по-специално като е преценил, че съответни потребители са широкият кръг потребители.

21 С второто твърдение за нарушение жалбоподателят твърди по същество, че апелативният състав е допуснал грешка, като е преценил, че доминиращите и отличителни елементи на по-ранните марки са „cachaça“ и „51“.

22 С третото твърдение за нарушение жалбоподателят твърди, че апелативният състав е допуснал грешка, като е преценил, че конфликтните марки не създават сходно визуално впечатление.

23 С четвъртото твърдение за нарушение жалбоподателят твърди, че апелативният състав е допуснал грешка, като е преценил, че конфликтните марки не създават твърде сходно фонетично впечатление.

24 В рамките на петото твърдение за нарушение жалбоподателят твърди, че апелативният състав е допуснал грешка, като е установил липсата на концептуално сходство между конфликтните марки.

25 С шестото си твърдение за нарушение жалбоподателят сочи по същество, че посочените по-горе грешки са оказали влияние върху обжалваното решение, доколкото са довели апелативния състав до погрешното заключение за липсата на вероятност от объркване в съзнанието на съответните потребители.

26 Накрая със седмото твърдение за нарушение жалбоподателят счита, че представените от него документи са достатъчни, за да се докаже общоизвестността на по-ранните словни и фигуративни марки „CACHAÇA 51“ и „Cachaça 51“ в Португалия или поне техният цялостен силно отличителен характер в тази държава. Апелативният състав погрешно преценил, че марката, чиято общоизвестност следва да се докаже, е числото 51 и че общоизвестността на същата марка не е доказана.

27 СХВП моли жалбата да бъде отхвърлена с мотива, че апелативният състав правилно е установил, че в конкретния случай не съществува вероятност от объркване по смисъла на член 8, параграф 1, буква б) от Регламент № 40/94.

Съображения на Общия съд

28 Съгласно член 8, параграф 1, буква б) от Регламент № 40/94 при възражение на притежателя на по-ранна марка се отказва регистрацията на заявената марка, когато поради своята идентичност или [сходство] с по-ранната марка и поради идентичността или [сходството] на стоките или услугите, които двете марки обозначават, съществува вероятност от объркване в съзнанието на потребителите на територията, на която е защитена по-ранната марка. Вероятността от объркване включва възможност за свързване с по-ранната марка.

29 Съгласно постоянната съдебна практика вероятността от объркване представлява вероятността потребителите да повярват, че съответните стоки или услуги произхождат от едно и също предприятие или евентуално от икономически свързани предприятия. От същата съдебна практика следва, че вероятността от объркване следва да се преценява цялостно, според възприятието, което съответните потребители имат за въпросните знаци и стоки или услуги, като се отчитат всички релевантни фактори в конкретния случай, сред които по-конкретно взаимозависимостта между сходството на въпросните знаци и тази

на обозначените стоки или услуги (вж. Решение на Първоинстанционния съд от 9 юли 2003 г. по дело Laboratorios RTB/СХВП — Giorgio Beverly Hills (GIORGIO BEVERLY HILLS), T-162/01, Recueil, стр. II-2821, точки 30—33 и цитираната съдебна практика).

30 За целите на прилагането на член 8, параграф 1, буква б) от Регламент № 40/94 вероятността от объркване предполага едновременно идентичност или сходство между конфликтните марки, както и идентичност или сходство между обозначените с тях стоки или услуги. Става въпрос за кумулативни предпоставки (вж. Решение на Първоинстанционния съд от 22 януари 2009 г. по дело Commercy/СХВП — easyGroup IP Licensing (easyHotel), T-316/07, Сборник, стр. II-43, точка 42 и цитираната съдебна практика).

31 С оглед на принципите, изложени в точки 28—30 по-горе, в настоящия случай следва да се разгледа първата част на единственото правно основание за отмяна, изведено от нарушение на член 8, параграф 1, буква б) от Регламент № 40/94.

Относно съответните потребители

32 Съгласно съдебната практика в рамките на цялостната преценка на вероятността от объркване следва да се вземе предвид средният потребител на съответната категория стоки или услуги, който е относително осведомен и в разумни граници наблюдателен и съобразителен. Трябва да се отчете и фактът, че степента на внимание на средния потребител може да се променя в зависимост от категорията разглеждани стоки или услуги (вж. Решение на Първоинстанционния съд от

13 февруари 2007 г. по дело Mundipharma/СХВП — Altana Pharma (RESPICUR), Т-256/04, Сборник, стр. II-449, точка 42 и цитираната съдебна практика).

33 В точка 20 от обжалваното решение апелативният състав приема, че съответни потребители са широкият кръг лица, състоящ се от средните португалски, испански, австрийски или датски потребители и средните потребители от Обединеното кралство, считани за относително осведомени и в разумни граници наблюдателни и съобразителни.

34 На първо място, по отношение на териториите, които следва да се вземат предвид при преценката на вероятността от объркване, трябва да се констатира, както правилно отбелязва апелативният състав в точка 20 от обжалваното решение, без това да е оспорено, че тъй като по-ранните марки са национални марки, съответните територии са тези на държавите членки, в които същите са защитени, а именно Португалия, Испания, Обединеното кралство, Австрия и Дания.

35 На второ място, що се отнася до съответните потребители, жалбоподателят изтъква с първото си твърдение за нарушение, че обжалваното решение е опорочено от грешка, тъй като разглежданите потребители не са част от „потребителите като цяло“, а са единствено младите потребители и потребителите на средна възраст. В това отношение жалбоподателят твърди, че в хода на производството пред СХВП е доказал, че напитката cachaça се консумира от посочените потребители, с изключение на децата и възрастните хора.

36 В настоящия случай стоките, обозначени със заявената марка и с по-ранните марки, попадат в клас 33, който обхваща по смисъла на Ницката спогодба „алкохолните напитки (с изключение на бира)“. По-ранните датски, испански и австрийски марки и по-ранните марки на Обединеното кралство са регистрирани единствено за „ликьор на основата на захарна тръстика“, „дестилирани

алкохолни напитки на основата на захарна тръстика“ или „алкохолни напитки на основата на захарна тръстика“.

37 Наистина, жалбоподателят отбелязва по същество, че той използва изключително по-ранните марки за пускане на пазара на специфичен вид алкохолни напитки или ликьори на основата на захарна тръстика, създаден в Бразилия, а именно cachaça, и че има всички основания да се смята, че Missiato Industria e Comercio също ще пусне на пазара cachaça със заявената марка, като се има предвид, че то вече е пуснало на пазара този вид стоки с посочената марка.

38 Все пак следва да се посочи, че правата, които са предоставени или могат да бъдат предоставени с конфликтните марки, се отнасят до всяка една от категориите стоки или услуги, за които са защитени тези марки или за всяка от категориите стоки, посочени в заявката за регистрация. Търговският избор, който са направили или който могат да направят притежателите на конфликтните марки, е фактор, който трябва да се разграничава от правата, произтичащи от тези марки, и доколкото той зависи единствено от волята на притежателите на посочените марки, същият подлежи на промяна. Докато не бъде изменен списъкът на стоките, обозначени с конфликтните марки, такъв фактор не може да има каквото и да било влияние върху съответните потребители, което да се вземе предвид при преценката на наличието на вероятност от объркване по смисъла на член 8, параграф 1, буква б) от Регламент № 40/94 (вж. в този смисъл Решение на Първоинстанционния съд от 13 април 2005 г. по дело Gillette/СХВП — Wilkinson Sword (RIGHT GUARD XTREME sport), T-286/03, непубликувано в Сборника, точка 33).

39 Като се има предвид, че стоките, за които са защитени по-ранните марки, и стоките, посочени в заявката за регистрация на заявената марка, са стоки за ежедневна употреба, тоест не са предназначени за специални потребители,

апелативният състав правилно посочва в точка 20 от обжалваното решение, че съответните потребители са средните португалски, испански, австрийски или датски потребители и средните потребители от Обединеното кралство, считани за относително осведомени и в разумни граници наблюдателни и съобразителни.

40 Макар и да е вярно, че алкохолните напитки, включително тези на основата на захарна тръстика, се продават в ресторанти или барове, по-специално под формата на коктейли като caipirinha, и че определени рекламни кампании, отнасящи се до посочените напитки, са насочени най-вече към младите хора и хората на средна възраст, също така е вярно, че обикновено те са част от общите доставки и че се продават не само в специализираните магазини, но също и в големите търговски центрове, така че са достъпни за широкия кръг потребители (вж. в този смисъл Решение на Първоинстанционния съд от 14 декември 2006 г. по дело Mast-Jägermeister/СХВП — Licorera Zacapaneca (VENADO с рамка и др.), Т-81/03, Т-82/03 и Т-103/03, Recueil, стр. II-5409, точка 82). Впрочем от документи № 1 и № 2, представени от жалбоподателя пред СХВП и посочени в точка 41 от обжалваното решение, е видно, че стоките, обозначени с по-ранните португалски марки, се продават в магазините за хранителни стоки, и по-специално в супермаркетите.

41 Що се отнася до довода на жалбоподателя, според който в обжалваното решение апелативният състав не е посочил изрично, че съответните потребители са изключително възрастните потребители, достатъчно е да се посочи, че по съображения, свързани с общия интерес, съществува обща забрана за продажба на алкохолни напитки на деца и че поради това самото действие на закона свежда категорията на съответните потребители до възрастните потребители. Нищо в обжалваното решение не позволява да се счита, че апелативният състав не е взел предвид правните ограничения, свързани с възрастта на средния потребител от всяка държава членка, с оглед на която той е установил наличието на вероятност от объркване, и че това е повлияло на неговата преценка.

42 Следователно следва да се отхвърли първото твърдение на жалбоподателя за нарушение, изведено от грешка, допусната от апелативния състав при определянето на съответните потребители, извършено в точка 20 от обжалваното решение.

Относно сходството на стоките

43 Съгласно постоянната съдебна практика, за да се прецени сходството между разглежданите стоки или услуги, следва да се вземат предвид всички релевантни фактори, които характеризират връзката между тези стоки или услуги. Тези фактори включват по-специално тяхното естество, предназначение и употреба, както и техния конкурентен или допълващ характер. Могат да бъдат отчетени и други фактори, като например каналите за разпространение на съответните стоки (вж. Решение на Първоинстанционния съд от 11 юли 2007 г. по дело El Corte Inglés/СХВП — Bolaños Sabri (PiraÑAM diseño original Juan Bolaños), T-443/05, Сборник, стр. II-2579, точка 37 и цитираната съдебна практика).

44 Ако стоките, за които е защитена по-ранна марка, включват стоките, посочени в заявка за регистрация, тези стоки се считат за идентични (вж. Решение по дело ARTHUR ET FELICIE, точка 14 по-горе, точка 34 и цитираната съдебна практика).

45 Жалбоподателят не оспорва преценката на апелативния състав, направена в точки 22 и 36 от обжалваното решение, според която стоките, за които са защитени по-ранните марки, са идентични с тези, посочени в заявката за регистрация, като се има предвид, че последните стоки „включват (или са включени)

в тези, защитени с по-ранните марки“. Съгласно посочената в точка 44 по-горе съдебна практика следва преценката на апелативния състав да се потвърди.

Относно сходството на знаците

— Относно отличителните и доминиращи елементи

46 Общата преценка на вероятността от объркване по отношение на визуалното, фонетичното или концептуалното сходство на конфликтните знаци трябва да се основава на създаденото от тях цялостно впечатление, като се имат предвид по-конкретно техните отличителни и доминиращи елементи. Възприемането на марките от страна на средния потребител на разглежданите стоки или услуги има определяща роля по отношение на цялостната преценка на вероятността от объркване. В това отношение средният потребител обикновено възприема дадена марка като едно цяло и не се впуска в изследване на различните ѝ детайли (вж. Решение на Съда от 12 юни 2007 г. по дело СХВП/Shaker, C-334/05 P, Сборник, стр. I-4529, точка 35 и цитираната съдебна практика).

47 За да се прецени отличителният характер на съставен елемент на дадена марка, следва да се провери дали този елемент е годен в по-голяма или в по-малка степен да спомогне за идентифицирането на стоките, за които марката е регистрирана, като произхождащи от определено предприятие и следователно да ги отличи от стоките на други предприятия. При тази преценка следва да се вземат предвид по-специално присъщите качества на разглеждания елемент, за да се даде отговор на въпроса дали той е напълно лишен от описателен характер относно стоките, за които е регистрирана марката (вж. Решение на Първоинстанционния съд от 13 юни 2006 г. по дело Inex/СХВП — Wiseman (*Изображение*

на кравешка кожа), T-153/03, Recueil, стр. II-1677, точка 35 и цитираната съдебна практика, и Решение на Първоинстанционния съд от 13 декември 2007 г. по дело Cabrera Sánchez/СХВП — Industrias Cárnicas Valle (el charcutero artesano), T-242/06, непубликувано в Сборника, точка 51).

48 Преценката на сходството между две марки не може да се сведе до отчитане само на един компонент от комбинирана марка и до сравняването му с друга марка. Напротив, сравнението следва да се извършва, като всяка от съответните марки се разглежда в нейната цялост, което не изключва вероятността цялостното впечатление, създадено в паметта на съответните потребители от дадена комбинирана марка, при определени обстоятелства да бъде доминирано от един или няколко от нейните компоненти (вж. Решение по дело СХВП/Shaker, точка 46 по-горе, точка 41 и цитираната съдебна практика). Само ако всички други компоненти на марката са незначителни, преценката на сходството би могла да се направи единствено въз основа на доминиращия елемент (Решение на Съда по дело СХВП/Shaker, точка 46 по-горе, точка 42 и Решение на Съда от 20 септември 2007 г. по дело Nestlé/СХВП, C-193/06 P, непубликувано в Сборника, точка 42). Такъв може да бъде по-специално случаят, когато този компонент може сам да доминира в представата за тази марка в паметта на потребителите, така че всички останали компоненти на марката са незначителни в цялостното впечатление, което тя създава (Решение по дело Nestlé/СХВП, посочено по-горе, точка 43). Според Съда фактът, че даден елемент не е незначителен не означава, че той е доминиращ, също както и фактът, че даден елемент не е доминиращ, въобще не означава, че той е незначителен (Решение по дело Nestlé/СХВП, посочено по-горе, точка 44).

49 Когато определени елементи на дадена марка имат описателен характер относно стоките и услугите, за които е защитена марката, или относно стоките и услугите, посочени в заявката за регистрация, на тези елементи се признава единствено слабо, дори много слабо отличителен характер (вж. в този смисъл Решение на Първоинстанционния съд от 12 септември 2007 г. по дело Koipe/СХВП — Aceites del Sur (La Española), T-363/04, Сборник, стр. II-3355, точка 92 и Решение на Първоинстанционния съд по дело el charcutero artesano, точка 47 по-горе, точка 52 и цитираната съдебна практика). Този отличителен характер най-често може да им бъде признат единствено в комбинация с другите елементи на марката. Поради техния слабо, дори много слабо отличителен характер, описателните елементи на дадена марка като цяло не се считат от потребителите като доминиращи в създаденото от марката цялостно впечатление, освен

когато по-специално поради тяхното разположение или техните размери изглежда, че те могат да се наложат в съзнанието на потребителите и да останат в паметта им (вж. в този смисъл Решение на Първоинстанционния съд по дело el charcutero artesano, точка 47 по-горе, точка 53 и цитираната съдебна практика и Решение на Първоинстанционния съд от 12 ноември 2008 г. по дело Shaker/СХВП — Limiñana y Botella (Limoncello della Costiera Amalfitana shaker), T-7/04, Сборник, стр. II-3085, точка 44 и цитираната съдебна практика). Това обаче не означава, че описателните елементи на дадена марка са непременно незначителни в създаденото от тях цялостно впечатление. В това отношение следва по-специално да се разгледа въпросът дали другите елементи на марката могат сами по себе си да бъдат доминиращи в представата за марката, която остава в паметта на съответните потребители (вж. точка 48 по-горе).

50 Също така е важно да се напомни, че няма пречка да се провери наличието на визуално сходство между словна и фигуративна марка, като се има предвид, че тези два вида марки имат графично изображение, което може да създаде визуално впечатление (вж. Решение на Първоинстанционния съд от 4 май 2005 г. по дело Chum/СХВП — Star TV (STAR TV), T-359/02, Recueil, стр. II-1515, точка 43 и цитираната съдебна практика).

51 В точка 24 от обжалваното решение апелативният състав установява, че доминиращият елемент на по-ранната португалска марка е думата „cachaça“, доколкото тя е на първо място и доколкото съгласно съдебната практика първата част на знака обикновено има по-силно въздействие върху потребителите отколкото неговата последна част.

52 В точка 25 от обжалваното решение апелативният състав е установил, че доминиращите елементи на по-ранните фигуративни марки са централният фигуративен елемент, състоящ се от числото 51, изписано с бели цифри в окръжност, наполовина разположена в широка лента, която пресича знака от край до край, и думата, изписана над този фигуративен елемент, която във всички случаи е „cachaça“, с изключение единствено на португалската регистрация № 273105, при която тази дума е „pirassununga“. Доминиращият характер на тези елементи

се дължал на тяхното разположение и на техния по-голям размер в сравнение с другите елементи на разглежданата марка.

53 В точки 26 и 27 от обжалваното решение апелативният състав установява, че думата „cachaça“ е отличителен елемент на испанската, австрийската и датската по-ранни марки, както и на по-ранната марка на Обединеното кралство, след като испанските, австрийските, датските потребители и потребителите от Обединеното кралство считат този термин за въображаем. На всички тези територии тази дума дори представлявала най-отличителният елемент на разглежданите знаци, доколкото, от една страна, като словен елемент тя имала по-силно въздействие върху потребителите от това на фигуративните елементи, които я придружават — тъй като потребителите нямали навика да анализират знаците и по-лесно описвали знака, като си служели с неговия словен елемент — и, от друга страна, присъщият отличителен характер на числата бил ограничен, като се има предвид, че „като цяло те описват количества, периоди, поръчки и др. на стоките и че затова потребителите по принцип не ги [възприемали] като марки“. Освен това двуцифрените числа по принцип се използвали за означаване на определени характеристики на „алкохолните напитки“ като процентното съдържание на алкохол или времето, необходимо за отлежаване.

54 Впрочем в точки 26—28 от обжалваното решение апелативният състав установява, че думите „cachaça“ и „pirassununga“ нямат отличителен характер в Португалия, където средният потребител ги възприема като термини, описващи съответно вида стоки, обозначени с конфликтните марки, и „място в Бразилия“, където те са произвеждани.

55 В точки 28 и 29 от обжалваното решение апелативният състав установява, че доминиращият и най-отличителен елемент на испанската, австрийската и датската по-ранни марки, както и на по-ранната марка на Обединеното кралство, е елементът „cachaça“, докато с оглед както на описателния характер на думата

„cachaça“ или „pirassununga“ за португалските потребители, така и на ограничения отличителен характер на двуцифрените числа по отношение на алкохолните напитки, отличителният характер на по-ранните португалски словни и фигуративни марки се дължал на комбинацията „от техните елементи“ или от техните „най-доминиращи елементи“, а именно „cachaça 51“ или „Pirassununga 51“.

56 С второто си твърдение за нарушение жалбоподателят твърди по същество, че апелативният състав е допуснал грешка, като е приел, че елементът „cachaça“ е доминиращ и отличителен елемент на по-ранните марки. Думата „cachaça“ нямала присъщ отличителен характер поради своя описателен характер както за португалските потребители, така и за испанските, австрийските и датските потребители и за потребителите от Обединеното кралство. Вероятността от объркване трябвало да бъде преценена единствено с оглед на елементите „51“ и „61“, които се свързвали или можели да се свържат с cachaça.

57 При това положение трябва да се извърши сравнение на конфликтните марки, като се определи най-напред за всяка от по-ранните марки, а след това и за заявената марка, кои са техните евентуални доминиращи или незначителни елементи.

58 По отношение на по-ранната португалска словна марка следва да се посочи, че тя е образувана от комбинацията на два елемента, първият от които е думата „cachaça“, а вторият — „51“.

59 Не се оспорва, че думата „cachaça“ се възприема от средния португалски потребител като словен елемент, който е чисто описателен за алкохолна напитка, а именно ракия на основата на захарна тръстика.

60 Що се отнася до числото 51, то се явява произволен елемент в по-ранната португалска словна марка. Действително в точка 27 от обжалваното решение апелативният състав установява, че присъщият отличителен характер на числата, по-специално на двуцифрените числа, е ограничен, доколкото те обичайно се използват за обозначаването на определени характеристики на стоките, по-специално на алкохолните напитки, и че по принцип потребителите не ги възприемат като марки. Той обаче пропуска да вземе предвид факта, правилно посочен от жалбоподателя, че числото 51 не може да бъде непосредствено възприето от съответните потребители като описващо дадена характеристика на съответната стока, тъй като в по-ранната португалска словна марка то не е свързано с никой от показателите, които обикновено служат за измерването на специфични характеристики на алкохолните напитки, като процентното съдържание на алкохол, обема или времето, необходимо за отлежаване. Впрочем СХВП посочва в писмения си отговор, че „не е известна характеристиката, за която се отнасят числата [51 и 61]“.

61 Макар да е вярно, че в точка 24 от обжалваното решение апелативният състав определя думата „cachaça“ като доминиращ елемент на по-ранната португалска словна марка, като едновременно с това посочва в точки 26—28 от същото решение, че тази дума е лишена от присъщ отличителен характер в Португалия, където тя се възприема като описание на съответния вид стоки, той обаче също приема в точки 28 и 29 от обжалваното решение, че елементът „51“ не е незначителен в цялостното впечатление, което тази марка създава, тъй като нейният отличителен характер се дължи на комбинацията на нейните елементи „cachaça“ и „51“.

62 Следователно не може да се твърди, че при анализа на наличието на вероятност от объркване по смисъла на член 8, параграф 1, буква б) от Регламент № 40/94 апелативният състав не е взел предвид елемента „51“ на по-ранната португалска словна марка. Също така не може да се упреква апелативният състав, че в рамките на този анализ е взел предвид и елемента „cachaça“. Въпреки че този елемент се възприема от средния португалски потребител като описателен по отношение на разглеждания вид стоки, той все пак запазва в рамките на по-ранната португалска словна марка самостоен характер по отношение на елемента

„51“, както и остатъчен отличителен характер, който се дължи на комбинацията му с елемента „51“ и на факта, че като начална част на по-ранната португалска словна марка обикновено той има по-силно въздействие върху потребителите във визуално и фонетично отношение, отколкото последната част на тази марка (вж. в този смисъл Решение на Първоинстанционния съд от 17 март 2004 г. по дело El Corte Inglés/СХВП — González Cabello и Iberia Líneas Aéreas de España (MUNDICOR), T-183/02 и T-184/02, Recueil, стр. II-965, точки 81 и 83).

63 Следователно по отношение на по-ранната португалска словна марка апелативният състав не е допуснал грешка, като е взел предвид елементите „cachaça“ и „51“ при анализа на наличието на вероятност от объркване по смисъла на член 8, параграф 1, буква б) от Регламент № 40/94.

64 Що се отнася до по-ранните фигуративни марки, следва да се посочи, че те са образувани от комбинацията на множество фигуративни и словни елементи.

65 Не се оспорва, че елементите, от които се състоят тези марки, различни от елемента „cachaça“ или „pirassununga“ и от елемента „51“, изписан с бели цифри в окръжност, наполовина разположена в широка лента, която пресича знака от край до край, са незначителни в цялостното впечатление, което тези марки създават, и че следователно те могат да бъдат изключени при анализа на наличието на вероятност от объркване по смисъла на член 8, параграф 1, буква б) от Регламент № 40/94.

66 Що се отнася до по-ранните португалски фигуративни марки, не се оспорва, че в тях думите „cachaça“ и „pirassununga“ се възприемат от средния португалски потребител като чисто описателни елементи по отношение на вида стоки, обозначени с разглежданите марки, а именно ракия на основата на захарна тръстика, и по отношение на мястото на тяхното производство, намиращо се в Бразилия.

67 Поради същите причини като изложените в точка 60 по-горе числото 51 следва да се счита като произволен елемент в по-ранните португалски фигуративни марки.

68 В точки 25 и 29 от обжалваното решение апелативният състав установява, че в цялостното впечатление, създадено от тези марки, доминират елементите „cachaça“ или „pirassununga“ и „51“ и че техният отличителен характер се дължи на комбинацията от тези елементи.

69 Също така няма основание да се твърди, че при анализа на наличието на вероятност от объркване по смисъла на член 8, параграф 1, буква б) от Регламент № 40/94 апелативният състав е пропуснал да вземе предвид присъстващия в по-ранните португалски фигуративни марки елемент „51“, изписан с бели цифри в окръжност, наполовина разположена в широка лента, която пресича знака от край до край. От друга страна, не може да се упреква апелативният състав, че в рамките на този анализ е взел предвид елемента „cachaça“ или „pirassununga“. Въпреки че този елемент се възприема от средния португалски потребител като описателен по отношение на разглеждания вид стоки или на мястото на тяхното производство, той все пак запазва в рамките на по-ранните португалски фигуративни марки самостоен характер по отношение на елемента „51“, както и остатъчен отличителен характер, който се дължи на комбинацията му с елемента „51“ и на факта, че думите „cachaça“ или „pirassununga“ заемат в знаците място, което най-малкото е равностойно на мястото на елемента „51“. Затова той не може да се счита за незначителен в сравнение с последния елемент, макар и само във визуално отношение.

70 Следователно по отношение на по-ранните португалски фигуративни марки при анализа на наличието на вероятност от объркване по смисъла на член 8, параграф 1, буква б) от Регламент № 40/94 апелативният състав не е допуснал грешка, като е взел предвид както елемента „cachaça“ или „pirassununga“, така и елемента „51“, изписан с бели цифри в окръжност, наполовина разположена в широка лента, която пресича знака от край до край, а също и впечатлението, създавано от тяхната комбинация.

71 Що се отнася до испанската, австрийската и датската по-ранни марки, както и до по-ранната марка на Обединеното кралство, апелативният състав установява в точки 27 и 29 от обжалваното решение, че „cachaça“ е техният доминиращ и най-отличителен елемент, като се има предвид неговият словен и въображаем характер за испанските, австрийските и датските потребители и за потребителите от Обединеното кралство, както и ограниченият отличителен характер на двуцифрените числа по отношение на алкохолните напитки. По-нататък в обжалваното решение обаче той не приема, че елементът „51“ е незначителен в цялостното впечатление, което тези марки създават, а надлежно взема предвид този елемент при анализа на наличието на вероятност от объркване по смисъла на член 8, параграф 1, буква б) от Регламент № 40/94. В точка 31 от обжалваното решение той по-специално посочва, че „във фонетично отношение потребителите описват по-ранните марки, като ги наричат „cachaça“ или „cachaça 51“ в Испания, Дания, Обединеното кралство и Австрия, като се има предвид, че става въпрос за техните доминиращи и отличителни елементи“.

72 Следователно не може да се твърди, че при анализа на наличието на вероятност от объркване по смисъла на член 8, параграф 1, буква б) от Регламент № 40/94 апелативният състав е пропуснал да вземе предвид елемента „51“, изписан с бели цифри в окръжност, наполовина разположена в широка лента, която пресича знака от край до край, на испанската, австрийската и датската по-ранни марки, както и на по-ранната марка на Обединеното кралство. Също така не може да се упреква апелативният състав, че в рамките на този анализ е взел предвид елемента „cachaça“. Дори да се предположи, че, както поддържа жалбоподателят, този елемент може да се възприеме от всички съответни потребители в Испания, Дания, Обединеното кралство и Австрия или от значителна част от тях като родово име или като име, необходимо за обозначаването на вида стоки, за които се отнасят съответните марки, той все пак запазва в рамките на всяка от тези марки самостоен характер по отношение на елемента „51“, както и остатъчен отличителен характер, който се дължи на комбинацията му с елемента „51“ и на факта, че тъй като думата „cachaça“ заема в знаците място, което най-малкото е равностойно на мястото на елемента „51“, той не може да се счита за незначителен в сравнение с последния елемент, макар и само във визуално отношение.

73 Следователно жалбоподателят няма основание да твърди, че при анализа на наличието на вероятност от объркване по смисъла на член 8, параграф 1, буква б) от Регламент № 40/94 по отношение на испанската, австрийската и датската

по-ранни марки, както и на по-ранната марка на Обединеното кралство, апелативният състав е допуснал грешка, като е взел предвид както елемента „cachaça“, така и елемента „51“, изписан с бели цифри в окръжност, наполовина разположена в широка лента, която пресича знака от край до край, а също и впечатлението, създавано от тяхната комбинация.

74 С оглед на всичко посочено по-горе жалбоподателят няма основание да твърди, че при анализа на наличието на вероятност от объркване по смисъла на член 8, параграф 1, буква б) от Регламент № 40/94 апелативният състав е допуснал каквато и да била грешка, като за всички по-ранни марки е взел предвид както елемента „cachaça“ или „pirassununga“, така и елемента „51“, поради което второто твърдение за нарушение трябва да се отхвърли изцяло.

75 Що се отнася до заявената марка, апелативният състав установява в точка 30 от обжалваното решение, че нейният отличителен и доминиращ елемент е централният фигуративен и цифров елемент „61“ с оглед преди всичко на неговото централно положение, подчертано от двете изображения на захарна тръстика, които го обграждат от двете му страни, а след това и поради факта, че другите елементи се възприемат като декоративни и второстепенни било поради описателния им характер (бъчвата или двете захарни тръстики), било поради малкия им размер (изразът „a nossa alegria“ върху лентата, възприеман като „декоративен надпис“). От обжалваното решение обаче е видно, че апелативният състав не счита, че фигуративните елементи, включващи бъчвата и двете захарни тръстики, и словният елемент, състоящ се от израза „a nossa alegria“, са незначителни елементи в цялостното впечатление, което посочената марка създава. Всъщност при анализа на наличието на евентуално фонетично сходство между конфликтните марки апелативният състав посочва в точка 31 от обжалваното решение, че „не може да се изключи възможността заявената марка да се нарича „a nossa alegria“, като се има предвид, че става въпрос за единствения словен елемент на знака“. Също така в точка 34 от обжалваното решение при анализа на наличието на евентуално концептуално сходство между конфликтните марки

той взема предвид факта, че „числото 61 от заявената марка е поставено върху бъчва, която е елемент, неприсъстващ в нито една от по-ранните марки“.

76 В рамките на настоящото производство жалбоподателят поддържа, че анализът на наличието на вероятност от объркване по смисъла на член 8, параграф 1, буква б) от Регламент № 40/94 трябва да се извърши единствено по отношение на елемент „61“, който е доминиращ в цялостното впечатление, създадено от заявената марка. Като иска отхвърляне на жалбата, СХВП от своя страна твърди, че при този анализ трябва да се вземат предвид както елементът „61“, така и фигуративните елементи, които включват бъчвата и двете захарни тръстики, а също и словният елемент, състоящ се от израза „a nossa alegria“, които не са незначителни в цялостното впечатление, създадено от заявената марка.

77 Не може да се упреква апелативният състав, че при анализа на наличието на вероятност от объркване по смисъла на член 8, параграф 1, буква б) от Регламент № 40/94 е взел предвид израза „a nossa alegria“ от заявената марка. Този израз, който е единствен в заявената марка, има значение за произнасянето на посочената марка и следователно не може да се счита за незначителен в цялостното впечатление, създадено от нея. Също така апелативният състав правилно е взел предвид определени фигуративни елементи на заявената марка като изображението на бъчва. Макар да подсказват, че алкохолните напитки на основата на захарна тръстика могат да отлежават в дъбови бъчви, и поради това да имат слабо отличителен характер по отношение на такива стоки, бъчвата и двете захарни тръстики запазват самостойност в заявената марка, както и остатъчен отличителен характер, който се дължи на комбинацията им с елемента „61“ и на факта, че заемат в посочената марка място, което най-малкото е равностойно на мястото на елемента „61“. Затова СХВП правилно изтъква в рамките на настоящия спор, че най-малкото във визуално отношение тези елементи не може да се считат за незначителни в сравнение с последния елемент.

78 Следователно, като се има предвид всичко гореизложено и с оглед на съдебната практика, цитирана в точка 46 по-горе, преценката на сходството следва да се

направи при сравняване на по-ранната португалска словна марка и заявената марка от гледна точка на цялостното впечатление, което създава комбинацията на елемента „cachaça“ и елемента „51“, от една страна, и комбинацията на елемента „61“, изписан с бели цифри и разположен централно, елементите, състоящи се от изображението на бъчва, обградена с по два стръка захарна тръстика от всяка страна, и елемента, представляващ лента, на която е изписан изразът „a nossa alegria“, от друга страна. При сравнението между по-ранните фигуративни марки и заявената марка същата тази преценка следва да се направи въз основа на цялостното впечатление, създадено от комбинацията на елемента „cachaça“ или „pirassununga“ и елемента „51“, изписан с бели цифри в окръжност, наполовина разположена в широка лента, която пресича знака от край до край, от една страна, и комбинацията на елемента „61“, изписан с бели цифри и разположен централно, елементите, състоящи се от изображението на бъчва, обградена с по два стръка захарна тръстика от всяка страна, и елемента, представляващ лента, на която е изписан изразът „a nossa alegria“, от друга страна.

— Относно визуалното сходство

79 По отношение на визуалното сходство между конфликтните марки апелативният състав установява в точки 32 и 33 от обжалваното решение, че те съвпадат единствено по отношение на изобразяването на цифрата 1. „Относителните визуални прилики“ между цифрите 5 и 6, изписани с широко употребяван шрифт, не можели да се вземат предвид, тъй като съответните потребители били свикнали да виждат тези цифри и обикновено разпознавали детайлите, които ги отличават. Съществуващото съвпадение между конфликтните марки при изобразяването на цифрата 1 не било достатъчно, за да може тези марки да породят сходно цялостно визуално впечатление поради различното им естество, структура и състав.

80 С третото си твърдение за нарушение жалбоподателят изтъква, че апелативният състав е допуснал грешка, като е установил, че конфликтните марки не пораждат сходно визуално впечатление. Елементите „51“ и „61“ били сходни

във визуално отношение, тъй като се състояли от две цифри, едната от които била идентична, имали сходна дължина, и двата елемента били изписани с бял шрифт на черен фон, с форма на окръжност, и тъй като между цифрите 5 и 6 също съществували значителни графични прилики. Освен това словните елементи на заявената марка, изписани на португалски, предполагали, че видът стоки, обозначени с тази марка, произхождат от страна, в която се говори португалски, което засилвало вероятността от объркване.

81 СХВП моли по същество да се отхвърли третото твърдение за нарушение. Тя твърди, че конфликтните марки като цяло са различни във визуално отношение. Дори числата 51 и 61 се различавали визуално, като се имат предвид различните конфигурации на цифрите 5 и 6.

82 Най-отличителните елементи в цялостното визуално впечатление, създавано от заявената марка, са числото „61“ и декоративните фигуративни елементи, състоящи се от изображенията на бъчва и на две захарни тръстики. Елементът „a nossa alegria“, на който се позовава жалбоподателят, има само слабо визуално въздействие поради малкия му размер, разполагането му в долната част на знака и обикновеното му графично представяне. В по-ранните марки цялостното визуално впечатление е доминирано или, в случая на по-ранната португалска словна марка, би могло да бъде доминирано в зависимост от графичното ѝ представяне, от елементите „cachaça“ или „pirassununga“ и „51“, както и в по-ранните фигуративни марки — от декоративния фигуративен елемент, състоящ се от широка лента, която пресича знака от край до край.

83 Конфликтните марки се различават визуално по словните си елементи „a nossa alegria“, „cachaça“ и „pirassununga“, както и евентуално по своите декоративни фигуративни елементи, които са представени по опростен и относително обикновен начин. За сметка на това тези марки съвпадат визуално при изобразяването на двуцифрените числа, чиято втора цифра —1, е идентична. Освен това, въпреки че начинът на изписване на цифрата 5 се различава по определени

детайли от този на цифрата 6, съществуващите различия в начина на изписване на тези цифри са по-малко подчертани от различията, които отличават всяка от тези две цифри от останалите цифри. Освен това в конфликтните фигуративни марки двуцифрените числа, а именно 51 в по-ранните фигуративни марки и 61 в заявената марка, са изобразени по сходен начин с едър шрифт, поставени в центъра и изписани с бял цвят, който е в контраст с тъмния фон. Още повече, формата на този фон е относително близка, а именно форма на окръжност в по-ранните фигуративни марки и овална форма, съответстваща на контура на бъчвата, в заявената марка.

84 Визуалното сходство, което съществува между конфликтните марки, въпреки че изглежда слабо по отношение на цялостното визуално впечатление, което те създават, е достатъчно забележимо, за да бъде възприето от всички съответни потребители. Затова следва да се констатира, че апелативният състав е допуснал грешка, като е установил по същество липсата на визуално сходство между конфликтните марки, и да се приеме в това отношение третото твърдение за нарушение на жалбоподателя.

— Относно фонетичното сходство

85 Що се отнася до фонетичното сходство между конфликтните марки, апелативният състав установява в точка 31 от обжалваното решение, че по-ранните марки са наричани според случая „cachaça“, „cachaça 51“ или „pirassununga 51“, докато заявената марка ще се нарича „61“, като не е изключено тя да бъде наречена „a nossa alegria“. Идентичното произнасяне само на цифрата „1“ било недостатъчно, за да се считат за сходни във фонетично отношение конфликтните марки.

86 Съгласно четвъртото твърдение за нарушение жалбоподателят изтъква, че апелативният състав е допуснал грешка, като е установил, че конфликтните марки не създават силно сходно фонетично впечатление. Като се има предвид, че съответните потребители са свикнали да поръчват устно в баровете и ресторантите стоките, обозначени с по-ранните марки, и че „cachaça“ се използва, а можело и в бъдеще да се използва от Missiato Industria e Comercio за обозначаване на неговите стоки, конфликтните марки били поръчвани под името „cachaça 51“ или „cachaça 61“. Фонетичното сходство между марките било най-силно изразено в езици като португалския или испанския, в които цифрите 5 и 6 се произнасяли с едни и същи букви в началото и края (съответно „s“ и „enta“). Португалските и испанските потребители произнасяли числата 51 и 61 почти по един и същ начин: „sin-cu-enta y um“ и „se-senta y um“ за португалските потребители и на практика по идентичен начин, „sin-cuenta e uno“ и „se-senta e uno“, за испанските потребители. По отношение на испанските и португалските потребители разликата между знаците се състояла съответно само в наличието на „incu“ и „ess“ в средната част на числата, както се произнасят от тези потребители. Фонетичните различия, съществуващи между определени елементи на конфликтните марки, били по-слабо значими, като се има предвид декоративната или описателна функция на тези елементи в рамките на въпросните знаци.

87 СХВП моли по същество да се отхвърли четвъртото твърдение за нарушение. Дори в конфликтните марки да се вземели предвид само числата 51 и 61, фонетичните различия между тях оставали доловими. В Испания фонетичните различия между „cincuenta y uno“ и „sesenta y uno“ не оставали незабележими. Различията били още по-явни в английския език между „fifty one“ и „sixty one“, в немския език между „einundfünfzig“ и „einundsechzig“, и в датския език между „enoghalvtreds“ и „enogtres“, при които началото на думите „50“ и „60“ се произнасяло по напълно различен начин. Фонетичните различия между конфликтните марки биха били още по-подчертани, ако беше взета предвид, както СХВП счита за необходимо, думата „cachaça“, чието значение било неразбираемо за съответните потребители в Испания, в Обединеното кралство, в Австрия и в Дания, както и изразът „a nossa alegria“, чийто смисъл би могъл да бъде схванат от съответните потребители в Испания. В най-добрия случай фонетичното

сходство между конфликтните знаци било слабо, дори минимално в Испания, и още по-слабо в Обединеното кралство, Австрия и Дания. В Португалия фонетичното сходство между конфликтните марки било слабо, дори минимално, доколкото фонетичните различия между „sincuenta y um“ и „sesenta y um“ не оставали незабелязани и доколкото било възможно да се произнася и изразът „a nossa alegria“.

88 Съответните потребители ще се позовават устно на конфликтните марки, като най-вероятно ще произнасят комбинацията на тези от техните словни елементи, които не са незначителни в цялостното впечатление, създадено от марките. Така по-ранните марки ще бъдат наричани „cachaça 51“ или „pirassununga 51“, докато заявената марка ще се нарича „61“ или евентуално „61 a nossa alegria“.

89 Конфликтните марки се различават във фонетично отношение по своите словни елементи „a nossa alegria“, „cachaça“ и „pirassununga“. За сметка на това тези марки съвпадат частично при произнасянето на техните цифрови елементи. В самото начало е важно да се посочи, че във всички засегнати езици думите, съответстващи на числата 51 и 61, изразяват добавянето на единица към числата 50 и 60. Фонемите, които изразяват добавянето на тази единица към цифрите на десетиците, се произнасят във всеки от разглежданите езици отчетливо и по един и същ начин в числата 51 и 61. Фонемите, които отговарят съответно на „einund“ и на „enog“, дори се произнасят първи в немския и в датския език, в думите „einundfünfzig“ и „einundsechzig“ или „enoghalvtreds“ и „enogtres“. Противно на това, което поддържа жалбоподателят, конфликтните марки се различават във фонетично отношение по произношението на фонемите, съответстващи на десетиците, 50 или 60. Съответните различия в произношението, които в португалския и испанския език съществуват между фонемите в „cinquenta“ и „sessenta“, от една страна, и в „cincuenta“ и „sesenta“, от друга страна, са значителни и не могат да останат незабелязани от съответните потребители. Противно на поддържаното от жалбоподателя, в разглежданите думи не съвпадат дори фонемите, които отговарят на буквите „c“ и „s“ в Португалия и в по-голямата

част на Испания. Както правилно посочва СХВП, различията са още по-доловими в английския („fifty“ и „sixty“), в немския („fünfzig“ и „sechzig“) и в датския език („halvtreds“ и „tres“), където началото на числата 50 и 60 се произнася по напълно различен начин.

90 Следователно фонетичното сходство, съществуващо между конфликтните марки, макар и слабо с оглед на създаденото от тях цялостно фонетично впечатление, е все пак достатъчно забележимо, за да може да бъде доловено от всички съответни потребители. Затова следва да се констатира, че апелативният състав е допуснал грешка, като е установил по същество липсата на фонетичното сходство между конфликтните марки, и да се приеме в това отношение четвъртото твърдение за нарушение на жалбоподателя.

— Относно концептуалното сходство

91 По отношение на концептуалното сходство между конфликтните марки апелативният състав посочва в точка 34 от обжалваното решение, че при всички случаи то може да бъде резултат единствено от изобразяването на двуцифрено число във всяка от марките. Доколкото обаче тези числа били напълно различни поради своята различаваща се присъща абсолютна стойност, и доколкото в заявената марка числото 61 било поставено върху бъчва, конфликтните марки били различни в концептуално отношение.

92 В рамките на петото си твърдение за нарушение жалбоподателят твърди, че апелативният състав е допуснал грешка, като е установил липсата на концептуално сходство между конфликтните марки. Отличителният елемент на тези марки се състоял от двуцифрените числа, чиято втора цифра била идентична, които се свързвали с един и същ вид стоки, а именно ракия на основата на захарна

тръстика, произведена в Бразилия, и от словните елементи, изписани на един и същ език, а именно португалски. Освен това посочените числа били или можело да бъдат предхождани от думата „cachaça“. Така от концептуална гледна точка конфликтните марки не били напълно различни.

93 СХВП моли по същество да се отхвърли петото твърдение за нарушение. Тя изтъква, че конфликтните марки са напълно различни в концептуално отношение. Тъй като не била известна характеристиката, за която се отнасяли числата 51 и 61, те трудно можели да допринесат за концептуалното сходство или различие между конфликтните марки. За сметка на това фигуративният елемент на заявената марка, а именно изображението на бъчва, обградена с две захарни тръстики, бил богат от концептуална гледна точка, още повече че от преписката не следвало, че в търговията с алкохолни напитки много предприятия използват този вид графични елементи под каквато и да било стилизирана форма. Следователно фигуративният елемент на заявената марка допринасял за отличаването на конфликтните марки в концептуално отношение. Изразът „a nossa alegria“ добавял елемент на концептуално различие между конфликтните марки, най-вече в Испания. Семантичното съдържание на този израз можело да бъде запазено в паметта, още повече че се отнасяло за единствения елемент на заявената марка, на който е придадено ясно семантично съдържание. В Португалия изразът „a nossa alegria“ и думите „cachaça“ и „pirassununga“ внасяли допълнителни елементи на концептуално различие.

94 Най-отличителният елемент в цялостното концептуално впечатление, създавано от заявената марка, е числото „61“ поради неговия произволен характер по отношение на вида на разглежданите стоки. Декоративните фигуративни елементи, състоящи се от изображенията на бъчва и на две захарни тръстики, както и изразът „a nossa alegria“, са само слабо отличителни в концептуално отношение, тъй като те до голяма степен подсказват вида на разглежданите стоки и тяхното място на производство (а именно държава, в която се говори португалски) или определени техни характеристики или свойства и следова-

телно служат само за свързването в съзнанието на съответните потребители на вида на стоките, тяхното място на производство, техните характеристики или свойства и най-отличителните елементи на заявената марка. Най-отличителният елемент в по-ранните марки е елементът „51“ поради произволния му характер по отношение на вида на разглежданите стоки (вж. точки 60 и 67 по-горе). Декоративният фигуративен елемент, състоящ се от широка лента, която пресича знака от край до край, в по-ранните фигуративни марки подчертава от концептуална гледна точка връзката на числото 51 с вида стоки, обозначени с посочените марки. Следователно той се явява вторичен в създаденото от тях цялостно концептуално впечатление. Елементите „cachaça“ или „pirassununga“ в по-ранните португалски марки са само слабо отличителни в концептуално отношение, тъй като те явно подсказват вида на разглежданите стоки или тяхното място на производство и служат само за свързването в съзнанието на съответните потребители на вида на стоките или тяхното място на производство и най-отличителните елементи на съответните марки. За сметка на това, ако се предположи че, както установява апелативният състав в точка 26 от обжалваното решение, думата „cachaça“ действително се възприема като въображаема от по-голямата част от съответните потребители в Испания, Дания, Обединеното кралство и Австрия, което жалбоподателят оспорва (точка 72 по-горе), елементът „cachaça“ би могъл да се счита заедно с елемента „51“ за един от най-отличителните елементи на испанската, австрийската и датската по-ранни фигуративни марки, както и на по-ранната фигуративна марка на Обединеното кралство.

95 Конфликтните марки се различават в концептуално отношение по словните си елементи „a nossa alegria“, „cachaça“ и „pirassununga“ и евентуално по своите декоративни фигуративни елементи. За сметка на това тези марки съвпадат частично по отношение на цифровите си елементи „51“ и „61“. Няма никакво съмнение, че в съзнанието на съответните потребители тези елементи се възприемат непосредствено като числа, които позволяват да се преценят и сравнят количества или съотношения на дадени величини или да се подредят определени елементи според тяхното номериране. Поради причините, изложени в точка 60 по-горе обаче, не може да се счита, че при обстоятелствата в конкретния случай разглежданите числа се възприемат непосредствено от съответните потребители като отнасящи се до някои ясно определени характеристики на вида на стоките, обозначени с конфликтните марки, като процентното алкохолно съдържание, обема или времето, необходимо за процеса на отлежаване. Следователно съответните потребители възприемат тези числа като понятия сами по себе си, без да могат да им придадат конкретно, ясно и определено значение

във връзка с разглежданите стоки, както признава самата СХВП (вж. точки 60 и 93 по-горе).

96 Между елементите „51“ и „61“ в качеството им на числа са налице определени сходства в концептуално отношение. Всъщност и двете са цели естествени числа, които са нечетни и двуцифрени и чиято втора цифра, а именно цифрата 1 на единиците, е идентична. За сметка на това разглежданите числа се различават едно от друго по цифрата на техните десетици, а именно 5 в по-ранните марки и 6 в заявената марка. При все това концептуалното различие между конфликтните марки, което произтича от разликата в цифрите на десетиците им, е смекчено, поради факта че в нарастващата поредност на десетиците числото 50, което съответства на „5“ десетици, непосредствено предхожда числото 60, което съответства на „6“ десетици и че следователно стойността на „50“ се възприема като сравнително близка до стойността на „60“.

97 Степента на концептуално сходство между испанската, австрийската и датската по-ранни фигуративни марки, както и по-ранната фигуративна марка на Обединеното кралство, от една страна, и заявената марка, от друга страна, която произтича от елементите „51“ и „61“, може все пак да бъде леко смекчена, ако, както поддържа СХВП, елементът „cachaça“ действително се възприема от по-голямата част от съответните потребители в Испания, Дания, Обединеното кралство и Австрия като въображаем термин и ако следователно заедно с числото 51 той представлява един от най-отличителните елементи в испанската, австрийската и датската по-ранни фигуративни марки, както и по-ранната фигуративна марка на Обединеното кралство.

98 С оглед на изложените по-горе съображения е налице известна степен на концептуално сходство, която като цяло може да бъде определена като средна, при сравнението на по-ранните португалски марки и заявената марка и, съгласно направените предположения, като средна до ниска при сравнението на испанската, австрийската и датската по-ранни фигуративни марки, както и по-ранната фигуративна марка на Обединеното кралство, от една страна, и заявената марка, от друга страна. Затова следва да се констатира, че апелативният състав е допуснал грешка, като е установил по същество липсата на концептуално

сходство между конфликтните марки, и да се приеме в това отношение петото твърдение за нарушение на жалбоподателя.

Относно вероятността от объркване

99 Цялостната преценка на вероятността от объркване предполага известна взаимозависимост между отчетените фактори, и по-специално между сходството на марките и сходството на обозначените с тях стоки или услуги (вж. точка 29 по-горе). Поради това ниска степен на сходство между обозначените стоки или услуги може да се компенсира с висока степен на сходство между марките и обратно (Решение на Съда от 29 септември 1998 г. по дело Canon, C-39/97, Recueil, стр. I-5507, точка 17 и Решение на Съда от 22 юни 1999 г. по дело Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/97, Recueil, стр. I-3819, точка 19, Решение на Първоинстанционния съд по делоVENADO с рамка и др., точка 40 по-горе, точка 74).

100 С оглед на цялостната преценка на вероятността от объркване следва да се напомни, че съгласно съдебната практика на средния потребител на разглежданата категория стоки рядко се удава възможността да пристъпи към пряко сравнение между различните марки, а трябва да се довери на техния несъвършен образ, останал в паметта му (Решение по дело Lloyd Schuhfabrik Meyer, точка 99 по-горе, точка 26).

101 При цялостната преценка визуалните, фонетичните и концептуалните аспекти на конфликтните знаци невинаги имат еднаква тежест и е необходимо да се анализират обективните условия, при които марките могат да бъдат представени на пазара (вж. в този смисъл Решение на Първоинстанционния съд от 3 юли 2003 г. по дело Alejandro/СХВП — Anheuser-Busch (BUDMEN), T-129/01, Recueil, стр. II-2251, точка 57 и Решение на Първоинстанционния съд от 6 октомври 2004 г. по дело New Look/СХВП — Naulover (NLSPORT, NLJEANS, NLACTIVE и NLCollection), T-117/03—T-119/03 и T-171/03, Recueil, стр. II-3471, точка 49).

102 Така степента на фонетично сходство между две марки е по-незначителна по отношение на стоки, които са пуснати на пазара по такъв начин, че обикновено при покупката съответните потребители възприемат обозначаващите ги марки визуално (Решение на Първоинстанционния съд от 14 октомври 2003 г. по дело Phillips-Van Heusen/СХВП — Pash Textilvertrieb und Einzelhandel (BASS), T-292/01, Recueil, стр. II-4335, точка 55 и Решение на Първоинстанционния съд от 28 юни 2005 г. по дело Canali Ireland/СХВП — Canal Jean (CANAL JEAN CO. NEW YORK), T-301/03, Recueil, стр. II-2479, точка 55).

103 Изводът за липсата на вероятност от объркване между конфликтните марки, до който апелативният състав достига в обжалваното решение, се основава на факта, че като цяло те са различни във визуално, фонетично и концептуално отношение.

104 Впрочем, както вече беше установено в точки 84, 90 и 98 по-горе, обжалваното решение е опорочено от грешки, доколкото установява липсата на фонетични, визуални и концептуални сходства между конфликтните марки. Всъщност конфликтните марки създават в съзнанието на съответните потребители визуални и фонетични впечатления с ниска степен на сходство и концептуални впечатления със средна или ниска степен на сходство.

105 С шестото си твърдение за нарушение жалбоподателят твърди по същество, че тези грешки са оказали влияние върху обжалваното решение, доколкото са довели апелативния състав до погрешното заключение, че не е налице вероятност от объркване в съзнанието на съответните потребители. Младите хора и хората на средна възраст, които обикновено консумират коктейли в барове, ресторанти или у дома си, забелязвали фонетичното сходство на елементите „61“ и „51“, предхождани от думата „cachaça“, а фигуративният елемент на заявената марка не бил част от несъвършения образ на марките, който те запазвали в паметта си. Макар и съответните потребители да били в състояние да различат конфликтните марки, фонетичното, визуалното и концептуалното сходство между тях

можело да ги накара да вярват, че стоките, обозначени с тези марки, произхождат от едно и също предприятие.

106 Въпреки че, както споменава СХВП, понякога се придава значение предимно на фонетичното възприемане на марките на напитките (Решение на Първоинстанционния съд от 15 януари 2003 г. по дело Mystery Drinks/СХВП — Karlsberg Brauerei (MYSTERY), T-99/01, Recueil, стр. II-43, точка 48), това не важи за настоящия случай. Всъщност, както беше установено в точка 40 по-горе, разглежданите стоки обикновено са част от общите доставки и се продават не само в специализираните магазини, но също и в големите търговски центрове. Освен това жалбоподателят твърди, а СХВП не оспорва, че алкохолните напитки или ликьорите на основата на захарна тръстика, обозначени с конфликтните марки, се консумират в баровете или ресторантите като част от съдържанието на някои коктейли, като например caipirinha. Следователно тези напитки обикновено се поръчват устно, като се използва името на тези коктейли, а не тяхното собствено наименование.

107 Следователно при обстоятелствата в конкретния случай следва да се придаде само второстепенно значение на фонетичното възприемане на конфликтните марки в създаденото от тях цялостно впечатление. За сметка на това визуалното и концептуалното възприемане са преобладаващи в това цялостно впечатление.

108 Следва да се вземе предвид фактът, че от визуална и концептуална гледна точка конфликтните марки се основават на свързването на алкохолните напитки или ликьорите на основата на захарна тръстика, и по-специално в случая на по-ранните португалски марки, на cachaça, с определено число, а именно 51 в по-ранните марки и 61 в заявената марка, което не извиква или няма да извика веднага в съзнанието на съответните потребители определена характеристика на вида разглеждани стоки. Във всяка от конфликтните марки това число е цяло естествено число, което е нечетно и двуцифрено и чиято втора цифра, а именно цифрата на единиците, е 1. От друга страна, визуалните и концептуалните разлики между конфликтните марки, които произтичат от графичните различия и различните стойности на числата 50 и 60, са смекчени от факта, че от една страна, начинът на изписване на цифрата 5 се доближава повече до този на цифрата

6, отколкото до този на другите цифри, и обратното, и че, от друга страна, в нарастващата поредност на десетиците числото 50 непосредствено предхожда числото 60, така че стойността на тези числа е относително близка в съзнанието на съответните потребители, които са относително осведомени и в разумни граници наблюдателни и съобразителни.

109 Освен това по-ранните марки и заявената марка имат или, в случая по-специално на по-ранната португалска словна марка, могат да имат обща характеристика във визуално отношение, свързана с изобразяването на техните числа с едър опростен шрифт, поставени в центъра и изписани с бял цвят на тъмен фон.

110 Що се отнася до фигуративните елементи на конфликтните фигуративни марки, те нямат определено концептуално съдържание и във визуално отношение изглеждат за португалските потребители, също както словните елементи „cachaça“, „pirassununga“ или „a nossa alegria“, като елементи, които подсилват въздействието на цифровия елемент, а именно числото 51 или числото 61, във връзка с вида на разглежданите стоки, а именно алкохолните напитки или ликьорите на основата на захарна тръстика, произведени в страна, където се говори португалски език, в конкретния случай — Бразилия. Освен това определени фигуративни елементи на конфликтните фигуративни марки съвпадат, по-специално формата на окръжност и овалната форма, съответстваща на контура на бъчвата, върху която е поставено числото 51 или числото 61 в по-ранните фигуративни марки или в заявената марка. Затова за португалските потребители тези фигуративни елементи, също както словните елементи, не могат сами по себе си да отличат в достатъчна степен по-ранните фигуративни марки и заявената марка и да изключат всяка вероятност от объркване по смисъла на член 8, параграф 1, буква б) от Регламент № 40/94.

111 Накрая съществуващите фонетични различия между конфликтните марки, независимо от това че са забележими, в конкретния случай се оказват относително второстепенни поради причините, изложени в точки 106 и 107 по-горе.

112 Въпреки че съответните потребители могат да доловят определени различия между конфликтните марки, вероятността те да направят връзка между тях е реална с оглед на всичко, изложено по горе, и като се вземе предвид идентичността на стоките, обозначени с посочените марки. В крайна сметка в конкретния случай тези различия не изглеждат достатъчни, за да изключат всяка вероятност съответните потребители или поне средният португалски потребител на алкохолни напитки, демонстриращи средна степен на внимание, да вярват, като се доверяват на цялостния несъвършен образ на посочените марки, останал в паметта им, че обозначените с тях стоки произхождат от едно и също предприятие или от икономически свързани предприятия.

113 Затова следва да се констатира, че апелативният състав е допуснал грешка, като е направил извода за липса на вероятност от объркване по смисъла на член 8, параграф 1, буква б) от Регламент № 40/94 между конфликтните марки, и да се приеме в това отношение шестото твърдение за нарушение на жалбоподателя.

114 При това положение, без да е необходимо произнасяне по основателността на седмото твърдение за нарушение, изведено от грешка при преценката на доказателствата относно общоизвестността на по-ранните словни и фигуративни марки „CACHAÇA 51“ и „Cachaça 51“ в Португалия или поне относно техния цялостен силно отличителен характер в тази страна, следва да се приеме единственото основание, изведено от нарушение на член 8, параграф 1, буква б) от Регламент № 40/94 и следователно да се отмени обжалваното решение.

По съдебните разноски

115 По смисъла на член 87 параграф 2 от Процедурния правилник на Общия съд загубилата делото страна се осъжда да заплати съдебните разноски, ако е направено такова искане. Тъй като СХВП е загубила делото, тя следва да бъде осъдена да заплати съдебните разноски в съответствие с искането на жалбоподателя в този смисъл.

По изложените съображения

ОБЩИЯТ СЪД (втори състав)

реши:

1) **Отменя решението на първи апелативен състав на Службата за хармонизация във вътрешния пазар (марки, дизайни и модели) (СХВП) от 4 юли 2008 г. (преписка R 1687/2007-1).**

2) **Осъжда СХВП да заплати съдебните разноски.**

Pelikánová Jürimäe Soldevila Fragoso

Постановено в открито съдебно заседание в Люксембург на 3 септември 2010 година.

Подписи

Съдържание

Обстоятелства, предхождащи спора ..... II - 3914

Искания на страните ..... II - 3920

По допустимостта на документите, представени за първи път пред Общия съд ..... II - 3921

По съществото на спора ..... II - 3922

1. По втората част на единственото правно основание за отмяна на обжалваното решение, изведена от нарушение член 52, параграф 1, буква а) от Регламент № 40/94 ..... II - 3922

2. По първата част на единственото правно основание за отмяна на обжалваното решение, изведена от нарушение на член 8, параграф 1, буква б) от Регламент № 40/94 ..... II - 3923

Доводи на страните ..... II - 3923

Съображения на Общия съд ..... II - 3925

Относно съответните потребители ..... II - 3926

Относно сходството на стоките ..... II - 3930

Относно сходството на знаците ..... II - 3931

— Относно отличителните и доминиращи елементи ..... II - 3931

— Относно визуалното сходство ..... II - 3942

— Относно фонетичното сходство ..... II - 3944

— Относно концептуалното сходство ..... II - 3947

Относно вероятността от объркване ..... II - 3951

По съдебните разноски ..... II - 3956