AZ ELSŐFOKÚ BÍRÓSÁG ÍTÉLETE (ötödik tanács)

2007. október 18. *

A T-425/03. sz. ügyben,

az **AMS Advanced Medical Services GmbH** (székhelye: Mannheim [Németország]), képviseli kezdetben: G. Lindhofer, később G. Lindhofer és S. Schäffler ügyvédek)

felperesnek

a **Belső Piaci Harmonizációs Hivatal (védjegyek és formatervezési minták) (OHIM)** (képviseli: G. Schneider, meghatalmazotti minőségben)

alperes ellen,

a másik fél az OHIM fellebbezési tanácsa előtti eljárásban, beavatkozó az Elsőfokú Bíróság előtt:

* Az eljárás nyelve: német.

az **American Medical Systems, Inc.** (székhelye: Minnetonka, Minnesota [Egyesült Államok], képviseli: H. Kunz-Hallstein és R. Kunz-Hallstein ügyvédek),

az OHIM negyedik fellebbezési tanácsának 2003. szeptember 12-i, az AMS Advanced Medical Services GmbH és az American Medical Systems, Inc közötti felszólalási eljárás ügyében hozott határozata (R 671/2002-4. sz. ügy) ellen benyújtott keresete tárgyában,

AZ EURÓPAI KÖZÖSSÉGEK
ELSŐFOKÚ BÍRÓSÁGA (ötödik tanács),

tagjai: M. Vilaras elnök, E. Martins Ribeiro és K. Jürimäe bírák,

hivatalvezető: J. Plingers tanácsos,

tekintettel az Elsőfokú Bíróság Hivatalához 2003. december 17-én benyújtott keresetlevélre,

tekintettel az OHIM-nak Elsőfokú Bíróság Hivatalához 2004. április 23-án benyújtott válaszbeadványára,

tekintettel a beavatkozónak az Elsőfokú Bíróság Hivatalához 2004. április 22-én benyújtott válaszbeadványára,

a 2006. november 7-i tárgyalást követően,

meghozta a következő

Ítéletet

A jogvita előzményei

1 1999. október 25-én az AMS Advanced Medical Services GmbH a közösségi védjegyről szóló, 1993. december 20-i 40/94 módosított tanácsi rendelet (HL 1994. L 11., 1. o.; magyar nyelvű különkiadás 17. fejezet, 1. kötet, 146. o.) alapján közösségi védjegybejelentést tett a Belső Piaci Harmonizációs Hivatalnál (védjegyek és formatervezési minták) (OHIM).

2 A lajstromoztatni kívánt védjegy az alábbi, „AMS Advanced Medical Services” ábrás megjelölés volt:



3 A bejelentést a védjegyekkel ellátható termékek és szolgáltatások nemzetközi osztályozására vonatkozó, felülvizsgált és módosított, 1957. június 15-i Nizzai Megállapodás szerinti 5., 10. és 42. osztályba tartozó áruk és szolgáltatások vonatkozásában tették, az alábbi leírással:

– 5. osztály: „Gyógyszerészeti és állatgyógyászati készítmények; egészségügyi készítmények; diétás anyagok gyógyászati használatra, bébiételek; tapaszok, kötszeranyagok; fogtömő anyagok és fogászati mintázóanyagok; fertőtlenítőszerek; kártékony állatok irtására szolgáló készítmények; gombaölő szerek (fungicidek), gyomirtó szerek (herbicidek)”;

– 10. osztály: „Sebészeti, orvosi, fogorvosi és állatgyógyászati készülékek és eszközök, művégtagok, műszemek és műfogak; ortopédiai cikkek; sebészeti varratanyagok”;

– 42. osztály: „Szállásadás és éttermek; vegyészi szolgáltatások; mérnöki szolgáltatások; kórházi és gyógyászati vagy egészségügyi központban nyújtott szolgáltatások; orvosi, higiéniai és szépségápolási kezelések; orvosi, bakterológiai vagy vegyészeti laboratóriumi szolgáltatások; gyógyszer-, gyógyszerészeti készítmény és egyéb gyógyászati termék-fejlesztés, gyógyászati és klinikai kutatások folytatása, ezen tevékenységeken belül tanácsadás és segítségnyújtás harmadik felek részére; tudományos és ipari kutatás, különösen gyógyászati, bakterológiai vagy vegyészeti kutatás; optikusok szolgáltatásai; általános orvosi szolgáltatások; tolmácsolás; számítógép-programozás, különösen a gyógyászat területén; műszaki szakértő-tevékenység; kutatás (műszaki és jogi) a szerzői jog területén; műszaki tanácsadás és szakértő-tevékenység; tanácsadás orvosi vezetők számára terápiás programok fejlesztése, bevezetése és folytatása területén, illetve e programok értékelése tanulmányok által; állattenyésztés; fordítás; adatkezelési installációk kölcsönzése; automatikus elosztógépek kölcsönzése; szerzői jogok kezelése és felhasználása; ipari tulajdonjogok felhasználása; anyagpróba; szálláshely lefoglalása”.

4 A bejelentést a *Közösségi Védjegyértesítő* 2000. május 29-i, 43/00. számában hirdették meg.

5 2000. augusztus 28-án az American Medical Systems, Inc. társaság felszólalt a bejelentett védjegy lajstromozásával szemben, hivatkozással a 40/94 rendelet 8. cikke (1) bekezdése b) pontjában foglalt összetéveszthetőségre. A felszólalás többek között számos, Németországban, Spanyolországban, Franciaországban, Olaszországban, az Egyesült Királyságban, valamint a Benelux-államokban lajstromozott nemzeti védjegy fennállásán alapult, közöttük az AMS szóvédjegy fennállásán, amely 1996. március 20-án a 2061585. számon került lajstromozásra az Egyesült Királyságban a Nizzai Megállapodás szerinti 10. osztályba tartozó áruk tekintetében, az alábbi leírással:

„Sebészeti, gyógyászati és állatgyógyászati készülékek és eszközök, sebészeti varróanyagok; gyógyászati eszközök urológiai- és potenciazavarok ellenőrzésére; művégtagok; pénisz-protézisek; húgyszervi protézisek; mesterséges sphyncterek; az előbb felsorolt áruk valamennyi, a 10. osztályba tartozó alkatrésze és alkotórésze."

6 2002. május 31-én a felszólalási osztály, kizárólag az Egyesült Királyságban lajstromozott AMS szóvédjegy (a továbbiakban: korábbi védjegy) fennállása alapján, helyt adott a felszólalásnak a 10. osztályba tartozó áruk tekintetében, azzal az indokkal, hogy az Egyesült Királyság területén fennáll az összetévesztés veszélye. A felszólalási osztály úgy vélte ugyanis, hogy a bejelentett, illetve a korábbi védjegy árujegyzékében szereplő, 10. osztályba tartozó áruk azonosak, továbbá az ütköző megjelölések, a bennük megtalálható „a", „m" és „s" betűk egyezése folytán hasonlóak, lévén az „advanced medical services" ábrás eleme és szóeleme kevéssé megkülönböztető, és ezek súlya csekély a bejelentett védjegy egészében. A felszólalási osztály ugyanakkor elutasította a felszólalást az 5. osztályba tartozó áruk és a 42. osztályba tartozó szolgáltatások vonatkozásában.

7 2002. szeptember 30-án a beavatkozó fellebbezést nyújtott be az OHIM-nál a felszólalási osztály határozata ellen azzal az indokolással, hogy az OHIM a felszólalást elutasította az alábbi, a bejelentett védjegy árujegyzékében szereplő áruk és szolgáltatások vonatkozásában:

– 5. osztály: „Gyógyszerészeti és állatgyógyászati készítmények; egészségügyi készítmények; diétás anyagok gyógyászati használatra, bébiételek; tapaszok, kötszeranyagok; fogtömő anyagok és fogászati mintázóanyagok; fertőtlenítőszerek; kártékony állatok irtására szolgáló készítmények; gombaölő szerek (fungicidek), gyomirtó szerek (herbicidek)”;

– 42. osztály: „Kórházi és gyógyászati vagy egészségügyi központban nyújtott szolgáltatások; orvosi, higiéniai és szépségápolási kezelések; orvosi, bakterológiai vagy vegyészeti laboratóriumi szolgáltatások; gyógyszer-, gyógyszerészeti készítmény és egyéb gyógyászati termék-fejlesztés, gyógyászati és klinikai kutatások folytatása, ezen tevékenységeken belül tanácsadás és segítségnyújtás harmadik felek részére; tudományos és ipari kutatás, különösen gyógyászati, bakterológiai vagy vegyészeti kutatás; optikusok szolgáltatásai; tanácsadás orvosi vezetők számára terápiás programok fejlesztése, bevezetése és folytatása területén, illetve e programok értékelése tanulmányok által”.

8 A beavatkozó azt állította, hogy az 5. osztályba és a 10. osztályba tartozó áruk között szoros kapcsolat áll fenn, mivel az előbbieket a gyógyászati készítmények beadása során vagy legalábbis beadásának keretében applikátorként alkalmazzák. A 42. osztályba tartozó szolgáltatások tekintetében a beavatkozó úgy véli, figyelembe kell venni azt a tényt, hogy valamennyi gyógyszerészeti vállalkozás nemcsak kutatást folytat, hanem erre köteles is.

9 A felperes a maga részéről először is az OHIM negyedik fellebbezési tanácsa előtt benyújtott beadványában kijelentette, hogy „nem áll fenn az összetévesztés veszélye egyrészt az AMS AMBICOR, AMS SECURO-T, AMS és AMERICAN MEDICAL SYSTEMS, másrészt az AMS Advanced Medical Services védjegyek között az ezek árujegyzékében jelenleg szereplő áruk és szolgáltatások vonatkozásában, mivel az AMS Advanced Medical Services közösségi védjegy a felszólalási eljárás során korlátozásra került (lásd a 2002. május 31-i 1697/2002. határozatot)". A felperes a továbbiakban kifejti, hogy „osztja a felszólalási osztály álláspontját az áruk hasonlósága és e hasonlóságnak a védjegyek, illetve az áruk vagy szolgáltatások kölcsönös függőségére gyakorolt jelentőségének tekintetében". A felperes végezetül vitatja, hogy a felszólalási eljárást megelőző öt év folyamán a beavatkozó védjegyei az Európai Közösség területén tényleges használat tárgyát képezték volna a 10. osztályba tartozó áruk tekintetében, ebből kifolyólag a beavatkozó felhívta a beavatkozót, hogy bizonyítsa különböző védjegyeinek használatát.

10 2003. szeptember 12-i határozatával (a továbbiakban: a megtámadott határozat), a fellebbezési tanács hatályon kívül helyezte a felszólalási osztály határozatát, és helyt adott a beavatkozó felszólalásának, az alábbi áruk kivételével, amelyek tekintetében engedélyezte a felperes által bejelentett megjelölés lajstromozását: „bébiételek; kártékony állatok irtására szolgáló készítmények; gombaölő szerek (fungicidek), gyomirtó szerek (herbicidek)", mivel ezeket kellően távoliaknak lehet tekinteni a korábbi védjegy oltalma alatt álló áruktól. A fellebbezési tanács azonban megjegyezte azon áruk és szolgáltatások vonatkozásában, amelyek tekintetében helyt adott a felszólalásnak, hogy lényegében mind, csakúgy, mint a korábbi védjegy oltalma alatt álló áruk, a gyógyászat területét érintik, és rendeltetésük a fizikai fájdalmak gyógyítása, amely céljuk és a szóban forgó megjelölések hasonlósága miatt összetéveszthetőséghez vezet. A fellebbezési tanács végezetül elutasította a felperes által az előtte folyó eljárás során emelt kifogást, mely szerint a beavatkozó nem használta védjegyét a Közösség területén, mivel azt nem kellő időben terjesztették elő a felszólalási osztály előtt.

A felek kérelmei

11 A felperes azt kéri, hogy az Elsőfokú Bíróság:

– helyezze hatályon kívül a megtámadott határozatot;

– adjon helyt a közösségi védjegy bejelentésének;

– másodlagosan, utalja vissza az ügyet a fellebbezési tanács elé;

– az OHIM-ot kötelezze a költségek viselésére.

12 A tárgyalás során a felperes kijelentette, hogy eláll második kereseti kérelmétől, amint az a tárgyalásról készült jegyzőkönyvben rögzítésre került.

13 Az OHIM és a beavatkozó azt kérik, hogy az Elsőfokú Bíróság:

– utasítsa el a keresetet;

– a felperest kötelezze a költségek viselésére.

A felperes harmadik kereseti kérelmének elfogadhatóságáról

14 Harmadik kereseti kérelmével a felperes azt kéri, hogy az Elsőfokú Bíróság utalja vissza az ügyet a fellebbezési tanács elé, hogy ez utóbbi döntsön a lajstromozás iránti kérelemről.

15 Ebben a vonatkozásban emlékeztetni kell arra, hogy a 40/94 rendelet 63. cikkének (6) bekezdése értelmében az OHIM köteles megtenni a közösségi bíróság ítéletének végrehajtásához szükséges intézkedéseket. Ennélfogva az Elsőfokú Bíróság nem utasíthatja az OHIM-ot. Ez utóbbinak kötelessége ugyanis az Elsőfokú Bíróság ítéleteinek rendelkező részéből és indokolásából levonni a következtetéseket. Az állandó ítélkezési gyakorlat értelmében ez az elv többek között akkor alkalmazandó, ha a kereseti kérelem arra irányul, hogy a bíróság utalja vissza az ügyet az OHIM elé, hogy ez utóbbi határozzon a védjegybejelentés tárgyában (az Elsőfokú Bíróság T-331/99. sz., Mitsubishi HiTec Paper Bielefeld kontra OHIM [Giroform] ügyben 2001. január 31-én hozott ítéletének [EBHT 2001., II-433. o.] 33. pontja; a T-34/00. sz. Eurocool Logistik kontra OHIM [EUROCOOL] ügyben 2002. február 27-én hozott ítéletének [EBHT 2002., II-683. o.] 11. és 12. pontja és a T-216/02. sz. Fieldturf kontra OHIM [LOOKS LIKE GRASS… FEELS LIKE GRASS… PLAYS LIKE GRASS] ügyben 2004. március 31-én hozott ítéletének [EBHT 2004., II-1023. o.] 15. pontja).

16 A felperes harmadik kereseti kérelme tehát elfogadhatatlan.

A megtámadott határozat hatályon kívül helyezésére vonatkozó kérelemről

17 A felperes lényegében kettő, egyrészt a 40/94 rendelet 8. cikke (1) és (2) bekezdésének megsértéséből, másrészt a beavatkozó védjegyeinek tényleges használata hiányából eredő jogalapra hivatkozik.

1. *A 40/94 rendelet 8. cikke (1) és (2) bekezdésének megsértéséből eredő első jogalapról*

Az Elsőfokú Bíróság elé terjesztett jogi elemek elfogadhatóságáról

A felek érvei

18 Az OHIM kiemeli, hogy az Elsőfokú Bíróság eljárási szabályzata 135. cikkének 4. §-a szerint a felek beadványai nem változtathatják meg a fellebbezési tanács előtti eljárásnak a felperes keresetlevelében és kérelmeiben foglalt tárgyát.

19 Az OHIM álláspontja szerint nem került véglegesen meghatározásra, hogy a fellebbezési tanács előtti ellenérdekű fél milyen mértékben járulhat hozzá a jogvita tárgyának meghatározásához azáltal, hogy válaszbeadványában megtámadja az előzőleg eljáró fórum fellebbező fél által nem vitatott megállapításait, ugyanakkor ő maga nem nyújt be fellebbezést. Hasonlóképpen az sem került véglegesen megállapításra, hogy a fellebbezési tanácsnak a megtámadott határozatot egészében kell-e megvizsgálnia, vagy szorítkozhat a határozat azon szempontjaira, amelyekre kifejezetten hivatkoztak a fellebbezés indokait bemutató beadványban a felülvizsgáló fórum előtt. Az OHIM ezzel kapcsolatban emlékeztet az Elsőfokú Bíróság vonatkozó, egymásnak ellentmondó megállapításaira a T-308/01. sz. Henkel kontra OHIM – LHS (UK) (KLEENCARE) ügyben 2003. szeptember 23-án hozott ítéletének (EBHT 2003., II-3253. o.) 29. pontjában és a T-183/02. sz. és T-184/02. sz. El Corte Inglés kontra OHIM González Cabello és Iberia Líneas Aéreas de España (MUNDICOR) ügyben 2004. március 17-én hozott ítéletének (EBHT 2004., II-965. o.) 76. pontjában.

20 Az OHIM felhívja a figyelmet arra, hogy a felszólalási osztály azon megállapításai, amelyeket a fellebbezési tanács előtti eljárás ellenérdekű fele nem vitatott, nem lehet első ízben tárgya az Elsőfokú Bíróság előtti jogvitának.

21 Az OHIM rámutat, hogy jelen ügyben a felperes, aki a fellebbezési tanács előtt az ellenérdekű fél volt, a fellebbezési eljárásban kifejezetten elismerte, hogy a felszólalási osztály megállapításai pontosak, mivel kijelentette, hogy „osztja a felszólalási osztály álláspontját az áruk hasonlósága és e hasonlóságnak a védjegyek, illetve az áruk vagy szolgáltatások kölcsönös függőségére gyakorolt jelentőségének tekintetében". Ugyanis a felperes kizárólag a felszólalási osztály határozatának a fellebbezési tanács általi megváltoztatását vitatta a beavatkozó áruival analógoknak tekintendő áruk és szolgáltatások körének kiszélesítéséről. Az OHIM úgy véli, hogy a fellebbezési tanács előtti eljárás tárgyát kizárólag az a kérdés képezte, hogy a felszólalási osztály által kezdetben beazonosított árukon és szolgáltatásokon kívüli áruk és szolgáltatások a korábbi védjeggyel megjelölt árukhoz hasonlóak-e. Márpedig, amennyiben a felperes jelen kereset keretén belül vitatja a megjelölések hasonlóságát, ahogyan azt a felszólalási osztály megállapította és a fellebbezési tanács megerősítette, ez a jogalap elfogadhatatlan, mivel megváltoztatná a jogvita tárgyát az Elsőfokú Bíróság eljárási szabályzata 135. cikke 4. §-ának értelmében. Ezen túl ez a jogalap elfogadhatatlan azon okból kifolyólag is, hogy sérti a *venire contra factum proprium* elvét.

Az Elsőfokú Bíróság álláspontja

22 Előzetesen azt kell meghatározni, hogy amint arra az OHIM hivatkozik, a felperes kifejezetten elismerte-e a fellebbezési tanács előtt az ütköző védjegyek hasonlóságát, oly módon, hogy azt többé nem vitathatja az Elsőfokú Bíróság előtt.

23 E tekintetben emlékeztetni kell arra, hogy a felperes a fellebbezési tanács előtt 2003. február 13-án benyújtott beadványának második bekezdésében kijelentette, hogy „osztja a felszólalási osztály álláspontját az áruk hasonlósága és e hasonlóságnak a védjegyek, illetve az áruk vagy szolgáltatások kölcsönös függőségére gyakorolt jelentőségének tekintetében".

24 Meg kell állapítani, hogy, ellentétben az OHIM álláspontjával, nem lehet kijelenteni, hogy a felperes ezen bekezdésben kifejezetten elismerte az ütköző védjegyek hasonlóságát. Ugyanis a felperes nem mutat rá egyértelműen és pontosan, hogy nem vitatja e védjegyek hasonlóságát, csupán arra szorítkozik, hogy nem vitatja azon jelentőséget, amelyet a felszólalási osztály az ütköző védjegyek közti hasonlóság és az érintett áruk és szolgáltatások közti hasonlóság közötti kölcsönös függőségnek tulajdonít.

25 Az ütköző védjegyek hasonlósága felperes által történő elismerésének hiányát megerősíti az említett beadvány első bekezdése, amelyben a felperes kijelenti, hogy „az összetévesztés veszélye nem áll fenn egyrészt az AMS AMBICOR, AMS SECURO-T, AMS és AMERICAN MEDICAL SYSTEMS, másrészt az AMS Advanced Medical Services védjegyek között az ezek árujegyzékében jelenleg szereplő áruk és szolgáltatások vonatkozásában, mivel a felszólaló AMS Advanced Medical Services közösségi védjegye a felszólalási eljárás során korlátozásra került". E kijelentésből az következik ugyanis, hogy a felperes vitatja a fellebbezési tanács előtt az e védjegyek közötti hasonlóságot az 5. osztályba tartozó áruk és a 42. osztályba tartozó szolgáltatások tekintetében, amit egyébiránt meg is erősített egy, az Elsőfokú Bíróság által feltett kérdésre adott válaszában a 2003. február 13-i beadványa első két bekezdésének hatálya és tartalma tárgyában. Az első bekezdésben tehát a felperes mindössze azt állítja, hogy az összetévesztés veszélye csupán a 10. osztályba tartozó áruk tekintetében áll fenn, amelyek vonatkozásában egyébként nem vitatta a felszólalási osztály határozatát.

26 Végezetül maga a fellebbezési tanács egyáltalán nem értelmezte úgy a felperes 2003. február 13-i beadványát, mint amely kifejezetten elismeri a felszólalási osztály védjegyek hasonlóságának hiányára vonatkozó megállapításait, mivel e hasonlóság

vonatkozásában kijelentette, hogy „a védjegyek nagyfokú hasonlóságot mutatnak, lévén, hogy az azonos AMS akronimát tartalmazzák”, anélkül, hogy bármiféle utalást tett volna a felperes állítólagos, kifejezett elismerésére e tekintetben.

27 Mindenesetre, még ha feltételezzük is, hogy a felperes 2003. február 13-i beadványában kifejezetten elismerte az ütköző védjegyek hasonlóságát, emlékeztetni kell arra, hogy a 40/94. rendelet 63. cikkének (2) bekezdése alapján az Elsőfokú Bíróság előtt indított eljárások célja a fellebbezési tanács által hozott határozatok jogszerűségének a vizsgálata (lásd az Elsőfokú Bíróság T-247/01. sz., eCopy kontra OHIM [ECOPY] ügyben 2002. december 12-én hozott ítéletének [EBHT 2002., II-5301. o.] 46. pontját és a T-311/01. sz. Éditions Albert René kontra OHIM – Trucco [Starix] ügyben 2003. október 22-én hozott ítéletének [EBHT 2003., II-4625. o.] 70. pontját, valamint a hivatkozott ítélkezési gyakorlatot). A 40/94 rendelet keretében, e rendelet 74. cikkének alkalmazásával, ezt a vizsgálatot a jogvita – a fellebbezési tanács előtt előadott – ténybeli és jogi hátterének alapján kell lefolytatni (az Elsőfokú Bíróság T-194/01 sz., Unilever kontra OHIM [Tojásdad tabletta] ügyben 2003. március 5-én hozott ítéletének [EBHT 2003., II-383. o.] 16. pontja és a T-57/03. sz. SPAG kontra OHIM – Dann és Backer [HOOLIGAN] ügyben 2005. február 1-jén hozott ítéletének [EBHT 2005., II-287. o.] 17. pontja). Továbbá az eljárási szabályzat 135. cikke 4. §-a bekezdésének értelmében a felek beadványai nem változtathatják meg a fellebbezési tanács előtti eljárás tárgyát.

28 E tekintetben meg kell állapítani, hogy valamely közösségi védjegy lajstromozása ellen benyújtott felszólalás során, amennyiben a 40/94 rendelet 8. cikke (1) bekezdésének b) pontján alapul, az OHIM-nak az ütköző védjegyek által érintett áruk és szolgáltatások azonossága vagy hasonlósága, illetve ezen védjegyek közötti hasonlóság hiánya kérdésében kell döntenie (e tekintetben lásd a fenti 27. pontban hivatkozott HOOLIGAN-ügyben hozott ítélet 24. és 25. pontját).

29 Következésképen az a tény, hogy a felperes a fellebbezési tanács előtt nem vitatta az ütköző védjegyek hasonlóságát, egyáltalában nem akadályozza az OHIM-ot, hogy vizsgálja annak kérdését, hogy e védjegyek hasonlóak vagy azonosak-e. Az ilyen

körülmény tehát olyan hatással sem bír, hogy megfossza a felperest azon jogától, hogy fellebbezési tanács által meghatározott tényállás és jogi háttér szabta határok között megtámadja ez utóbbi fórum megállapításait (e tekintetben lásd a fenti 27. pontban hivatkozott HOOLIGAN-ítélet 24. és 25. pontját).

30 Márpedig meg kell állapítani, hogy a felperesnek az Elsőfokú Bíróság előtt az ütköző védjegyek hasonlóságára vonatkozóan tett megállapításai nem tér el a fellebbezési tanács előtt folyamatban levő jogvita keretétől, amely tanács többek között az ütköző védjegyek hasonlóságának kérdésében is állást foglalt. Ugyanis a felperes e fórum vonatkozó megállapításait és okfejtését vitatja csupán. Következésképpen a felperes ezen megállapításaival nem változtatta meg a jogvita tárgyát, azok tehát elfogadhatóak az Elsőfokú Bíróság előtt.

31 Ilyen körülmények között az OHIM elfogadhatatlanságra vonatkozó kifogását el kell utasítani.

Az ügy érdeméről

A felek érvei

32 A felperes arra hivatkozik, hogy nem áll fenn hasonlóság, ennél fogva az összetévesztés veszélye sem egyrészt a beavatkozó AMS AMBICOR, AMS SECURO-T és AMERICAN MEDICAL SYSTEMS védjegyei, másrészt a bejelentett AMS Advanced Medical Services védjegy között. Ezt a megállapítást, amelyet egyébiránt a fellebbezési tanács is megerősített, senki nem vitatta.

33 A felperes ezen túl azt állítja, hogy ellentétben azzal, ami a megtámadott határozatban szerepel, nem áll fenn az összetévesztés veszélye a korábbi védjegy és a bejelentett védjegy között azért sem, mivel nincs hasonlóság sem az ütköző megjelölések, sem pedig az érintett áruk és szolgáltatások között.

34 Először is, a megjelölések hasonlóságával kapcsolatban a felperes úgy véli, hogy minden esetben a két érintett megjelölés által keltett összbenyomásra kell támaszkodni. Ugyanakkor a fellebbezési tanács eljárása, miszerint a megjelölés egyik elemét vizsgálja külön, nem megengedhető. Ugyanis egy közösségi ábrás védjegy lajstromozása csupán a bejelentett védjegy mint egész vonatkozásában, nem pedig nevek vagy betűk egyes részei vonatkozásában nyújt oltalmat.

35 E tekintetben a felperes arra hivatkozik, hogy a bejelentett védjegyet ábrás védjegyként jelentették be, és tartalmaz egy grafikailag megjelenített kört, valamint az „ams” és „advanced medical services” szóelemeket, amelyek e körtől jobbra helyezkednek el. A felperes hozzáteszi, hogy a grafikailag megjelenített nyilakból álló kört és a szóelemeket egy, a kört átszelő vonal köti össze, és pontosítja, hogy az ams elem a vonal felett jelenik meg, míg az „advanced medical services” elem közvetlenül alatta helyezkedik el. A felperes kifejti, hogy az „AMS” betűszó az „advanced medical services” elem három kezdőbetűjét tartalmazza, amely egyben a társaság cégneve is, és a bejelentett védjegyet mindig „ams advanced medical services”-ként ejtik ki mint egészet és sohasem önmagában a kevésbé kifejező AMS betűszóval. Az „ams” elemről, amely önmagában csekély megkülönböztető képességgel bír, nem feltételezhető tehát, hogy olyan mértékben jellemzi a védjegyet, hogy ezzel minden más elemet háttérbe szorít.

36 Másodsorban, az áruk hasonlósága tekintetében a felperes azt állítja, hogy nem áll fenn semmiféle hasonlóság a beavatkozó által hivatkozott 10. osztályba tartozó, igen speciális áruk és az 5. és 42. osztályba tartozó áruk és szolgáltatások között, amelyeket

a védjegybejelentés érint. Még ha mindkét esetben a gyógyászati ágazat érintett is, ez a körülmény nem elégséges az áruk közötti hasonlóság fennállásának elismeréséhez. A gyógyászati ágazat rendkívül széles, és magában foglalhat számos, más osztályba tartozó árut is, ami azt eredményezheti, hogy egy konkrét és rendkívül speciális gyógyászati területen lajstromozott áru megnevezésének nyújtott oltalom terjedelme védjegyjogi szempontból lefed egészen távoli árukat is.

37 Harmadsorban a felperes úgy véli, hogy a korábbi védjegy, amely csupán három, az „a", „m" és „s" betűkből áll mint rövidítés, csekély megkülönböztető képességgel bír, így legfeljebb korlátozott oltalmat élvezhet. A felperes hozzáteszi, hogy a két megjelölés közötti összetéveszthetőség vizsgálata során kölcsönös függőség áll fenn egyrészt a megjelölések hasonlósága, másrészt az áruk és szolgáltatások hasonlósága között, amennyiben a csekély megkülönböztető képességgel rendelkező védjegyek vonatkozásában az adott áruk és szolgáltatások közötti távolság csekélyebb lehet, ezáltal megállapítható az összetévesztés veszélyének hiánya. Ez az eset áll fenn jelen ügyben, amikor is a korábbi védjegy csekély megkülönböztető képességgel rendelkezik és úgy az ütköző megjelölések, mint az érintett áruk és szolgáltatások közötti különbségek kellően jelentősek ahhoz, hogy megállapítható legyen az összetéveszthetőség hiánya.

38 Az OHIM előadja, hogy azon lényeges elemek között, amelyeket jelen esetben az összetévesztés veszélyének átfogó vizsgálata során figyelembe kell venni (a Bíróság C-251/95. sz. SABEL-ügyben 1997. november 11-én hozott ítéletének [EBHT 1997., I-6191. o.] 22. pontja, a C-342/97. sz. Lloyd Schuhfabrik Meyer ügyben 1999. június 22-én hozott ítéletének [EBHT 1999., I-3819. o.] 18. pontja és a C-425/98. sz. Marca Mode ügyben 2000. június 22-én hozott ítéletének [EBHT 2000., I-4861. o.] 40. pontja), az áruk versengő vagy kiegészítő jellege fontos tényező, és amennyiben megállapítható, hogy a fogyasztó szempontjából egyes áruk között versengő vagy kiegészítő kapcsolat áll fenn, ezen áruk *prima facie* általában hasonlóaknak tekinthetőek védjegyjogi értelemben.

39 Az a megközelítés, amely az áruk és szolgáltatások közötti kiegészítő kapcsolattal igazolja az áruk hasonlóságát, tekintettel az érintett piacra, jelen van az Elsőfokú Bíróság ítélkezési gyakorlatában is (lásd e tekintetben az Elsőfokú Bíróság T-388/00. sz., Institut für Lernsysteme kontra OHIM – Educational Services [ELS] ügyben 2002. október 23-án hozott ítéletének [EBHT 2002., II-4301. o.] 55. és 56. pontját).

40 Az OHIM megjegyzi, hogy osztja a fellebbezési tanács álláspontját, és arra hivatkozik, hogy az 5., valamint a 10. osztályba tartozó, ütköző védjegyekkel megjelölt áruk hasonlóak, mivel egyidejűleg használják őket, ugyanazon célból, amely a terápiás kezelés. Ami a 42. osztályba tartozó szolgáltatásokat illeti, amelyek tekintetében a bejelentett védjegy lajstromozását jelen ügyben megtámadták, ezek hasonlóak a 10. osztályba tartozó árukhoz, amennyiben ez utóbbiakat általában az említett szolgáltatások nyújtása során használják. A kutatás területére tartozó szolgáltatásokkal kapcsolatban továbbá szem előtt kell tartani azt a tényt, hogy a 10. osztályba tartozó gyógyászati eszközöket gyártó gyógyszerészeti vállalkozások általában a kutatás és fejlesztés területén is működnek, és feltételezhető hogy ez a helyzet ismert az ilyen eszközöket használó, szakmai közönség körében.

41 A beavatkozó lényegében az OHIM által kifejtett érvelésre hagyatkozik, és azt állítja, hogy azon áruk és szolgáltatások, amelyek vonatkozásában a védjegy lajstromozását kérték, hasonlóak a korábbi védjeggyel ellátott árukhoz és szolgáltatásokhoz.

Az Elsőfokú Bíróság álláspontja

42 A 40/94 rendelet 8. cikke (1) bekezdésének b) pontja értelmében a korábbi védjegy jogosultjának felszólalása alapján a megjelölés nem részesülhet védjegyoltalomban, ha „azt azon a területen, ahol a korábbi védjegy oltalom alatt áll, a fogyasztók

összetéveszthetik a korábbi védjeggyel való azonossága vagy hasonlósága, valamint az érintett áruk, illetve szolgáltatások azonossága vagy hasonlósága miatt; az összetéveszthetőség magában foglalja azt az esetet is, ha a fogyasztók a megjelölést gondolati képzettársítás (asszociáció) útján kapcsolhatják a korábbi védjegyhez".

43 Egyébiránt a 40/94 rendelet 8. cikke (2) bekezdése a) pontjának i. és ii. alpontja értelmében korábbi védjegy minden olyan közösségi védjegy vagy valamely tagállamban lajstromozott védjegy, amelynek bejelentési napja korábbi, mint a közösségi védjegybejelentés bejelentési napja.

44 Az állandó ítélkezési gyakorlat értelmében összetéveszthetőséget okozhat az, ha a közönség azt hiheti, hogy a szóban forgó áruk vagy szolgáltatások ugyanattól a vállalkozástól, vagy adott esetben gazdaságilag egymással kapcsolatban álló vállalkozásoktól származnak (a Bíróság C 39/87. sz. Canon-ügyben 1998. szeptember 29-én hozott ítéletének [EBHT 1998., I-5507. o.] 29. pontja, a C 342/97. sz. Lloyd Schuhfabrik Meyer ügyben 1999. június 22 én hozott ítéletének [EBHT 1999., I-3819.] 17. pontja; az Elsőfokú Bíróság T-104/01. sz., Oberhauser kontra OHIM – Petit Liberto [Fifties] ügyben 2002. október 23-án hozott ítéletének [EBHT 2002., II-4359. o.] 25. pontja; a T-186/02. sz. BMI Bertollo kontra OHIM – Diesel [DIESELIT] ügyben 2004. június 30-án hozott ítéletének [EBHT 2004., II-1887. o.] 34. pontja és a T-31/04. sz. Eurodrive Services and Distribution kontra OHIM – Gómez Frías [euroMASTER] ügyben 2006. március 15-én hozott ítéletének [az EBHT-ban nem tették közzé – EBHT 2006., II-27. o.*] 28. pontja).

45 Továbbá vitathatatlan, hogy a vásárlóközönség szemszögéből fennálló összetévesztés veszélyét az adott ügy minden lényeges elemét figyelembe véve, átfogóan kell vizsgálni (a fenti 38. pontban hivatkozott SABEL-ügyben hozott ítélet 22. pontja; a fenti 44. pontban hivatkozott Canon ítélet 16. pontja; a fenti 38. pontban hivatkozott Llyod Schuhfabrik Meyer ügyben hozott ítélet 18. pontja; a fenti 38. pontban hivatkozott Marca Mode ügyben hozott ítélet 40. pontja; a fenti 44. pontban hivatkozott Fifties-ügyben hozott ítélet 26. pontja és a fenti 44. pontban hivatkozott DIESELIT-ügyben hozott ítélet 35. pontja).

46 Ez az átfogó értékelés bizonyos kölcsönös függőséget tételez fel a figyelembe vett tényezők, különösen a védjegyek és a megjelölt áruk vagy szolgáltatások hasonlósága között. Így a megjelölt áruk vagy szolgáltatások kisebb mértékű hasonlóságát

ellensúlyozhatja a védjegyek közötti hasonlóság magasabb foka, és fordítva (a fenti 44. pontban hivatkozott Canon-ügyben hozott ítélet 17. pontja, a fenti 38. pontban hivatkozott Lloyd Schuhfabrik Meyer ügyben hozott ítélet 19. pontja; a fenti 38. pontban hivatkozott Marca Mode ügyben hozott ítélet 40. pontja és az Elsőfokú Bíróság T-6/01. sz., Matratzen Concord kontra OHIM – Hukla Germany [MATRATZEN] ügyben 2002. október 23-án hozott ítéletének [EBHT 2002., II-4335. o.] 25. pontja, melyet fellebbezés után helyben hagyott a Bíróság C-3/03. P. sz., Matratzen Concord kontra OHIM ügyben 2004. április 28-án hozott végzése [EBHT 2004., I-3657. o.]. E tényezők közötti kölcsönös függésre utal a 40/94 rendelet hetedik prembulumbekezdése, amely rögzíti, hogy az összetéveszthetőséggel összefüggésben a hasonlóság fogalmát értelmezni kell, amelynek értékelése számos tényezőtől függ, különösen a védjegy piaci ismertségétől, attól a képzettársítástól, amelyet a használt vagy a lajstromozott megjelölés előidéz, valamint a védjegy és a megjelölés közötti, valamint a velük megjelölt áruk vagy szolgáltatások közötti hasonlóság mértékétől (lásd a fenti 44. pontban hivatkozott DIESELIT-ügyben hozott ítélet 36. pontja és a hivatkozott ítélkezési gyakorlat).

47 Egyébiránt az összetéveszthetőség átfogó értékelésénél az ütköző megjelölések vizuális, hangzásbeli és fogalmi hasonlósága tekintetében az ezek által keltett együttes benyomást kell alapul venni, különösen a megkülönböztető és domináns jegyeik figyelembevételével. Hiszen a 40/94 rendelet 8. cikke (1) bekezdésének b) pontjából, amely szövegezése az alábbi: „[…] a fogyasztók összetéveszthetik […]” következik, hogy az összetéveszthetőség átfogó értékelésénél az játszik meghatározó szerepet, hogy a védjegyet hogyan érzékeli a szóban forgó áruk vagy szolgáltatások átlagos fogyasztója. A fogyasztó rendszerint egészében érzékeli a védjegyet, és nem vizsgálja egyenként a részleteit (a fenti 38. pontban hivatkozott SABEL ügyben hozott ítélet 23. pontja; a fenti 38. pontban hivatkozott Lloyd Schuhfabrik Meyer ügyben hozott ítélet 25. pontja, a fenti 46. pontban hivatkozott Matratzen Concord kontra OHIM ügyben hozott végzés 29. pontja, valamint a fenti 44. pontban hivatkozott DIESELIT-ügyben hozott ítélet 38. pontja.)

48 Az összetéveszthetőség átfogó értékelése során az érintett áruk fogyasztóiról általában feltételezni kell, hogy szokásosan tájékozott, ésszerűen figyelmes és körültekintő, átlagos fogyasztók. Egyebekben figyelembe kell venni, hogy az átlagos fogyasztónak csak ritkán adódik lehetősége közvetlenül összehasonlítani a különböző védjegyeket, és így a védjegyekről az emlékezetében megőrzött tökéletlen képre kell hagyatkoznia. Tekintettel kell lenni arra is, hogy az átlagos fogyasztó figyelme

változó lehet a kérdéses áruk vagy szolgáltatások kategóriájától függően (a fenti 38. pontban hivatkozott Lloyd Schuhfabrik Meyer ügyben hozott ítélet 26. pontja, a fenti 44. pontban hivatkozott Fifties-ügyben hozott ítélet 28. pontja és a fenti 44. pontban hivatkozott DIESELIT-ügyben hozott ítélet 38. pontja).

49 Végezetül pedig a közösségi védjegynek a 40/94 rendelet 1. cikke (2) bekezdésében szabályozott egységes jellegéből következik, hogy a korábbi közösségi védjegy valamennyi tagállam területén azonos védelmet élvez. A korábbi közösségi védjegyek alapján tehát fel lehet szólalni valamennyi későbbi, a védelmüket érintő védjegybejelentéssel szemben, akár a Közösség területe egy részének a fogyasztóiban keltett képre alapozva. Ebből következően a 40/94 rendelet 7. cikke (2) bekezdésében foglalt elv, amely szerint valamely védjegy lajstromozásának elutasításához elegendő, hogy a feltétlen kizáró ok csak a Közösség egy részében álljon fenn, ennek megfelelően ugyanígy alkalmazható a 40/94 rendelet 8. cikke (1) bekezdésének b) pontja szerinti viszonylagos kizáró ok esetén (a fenti 46. pontban hivatkozott MATRATZEN-ügyben hozott ítélet 59. pontja; az Elsőfokú Bíróság T-117/03–T-119/03. és T-171/03. sz., New Look kontra OHIM – Naulover [NLSPORT, NLJEANS, NLACTIVE és NLCollection] ügyben 2004. október 6-án hozott ítéletének [EBHT 2004., II-3471. o.], 34. pontja és a T-185/03. sz. Fusco kontra OHIM – Fusco International [ENZO FUSCO] ügyben 2005. március 1-jén hozott ítéletének [EBHT 2005., II-715. o.] 33. pontja).

50 Jelen ügyben a védjegyek, amelyeken a felszólalás alapult, Németországban, Spanyolországban, Franciaországban, Olaszországban, az Egyesült Királyságban és a Benelux-államokban lajstromozott nemzeti védjegyek. A felszólalási osztály határozata és a megtámadott határozat kizárólag az Egyesült Királyságban lajstromozott korábbi védjegyen alapult, amit a felek nem vitattak. Ennélfogva a vizsgálatot az Egyesült Királyság területére kell korlátozni.

51 Az érintett vásárlóközönséget, amint azt a fellebbezési tanács megállapította a megtámadott határozat 12. pontjában, az Egyesült Királyság feltételezhetően szokásosan tájékozott és ésszerűen figyelmes átlagos fogyasztói, valamint az Egyesült Királyság gyógyászati ágazatának szakemberei és szakmai közönsége alkotják.

52 A fellebbezési tanács ütköző megjelölések közötti összetéveszthetőségre vonatkozó értékelését a fenti megfontolások fényében kell megvizsgálni.

– Az áruk és szolgáltatások hasonlóságáról

53 Az állandó ítélkezési gyakorlat értelmében az érintett áruk vagy szolgáltatások hasonlóságának értékelésénél figyelembe kell venni az áruk vagy szolgáltatások kapcsolatát jellemző összes releváns tényezőt. Ezek közé tartozik különösen az áruk vagy szolgáltatások természete, rendeltetése, használata, valamint versengő vagy kiegészítő volta (a Bíróság C-416/04. P. sz., Sunrider kontra OHIM ügyben 2006. május 11-én hozott ítéletének [EBHT 2006., I-4237. o.] 85. pontja, lásd még az Elsőfokú Bíróság T-99/01. sz., Mystery Drinks kontra OHIM – Karlsberg Brauerei [MYSTERY] ügyben 2003. január 15-én hozott ítéletének [EBHT 2003., II-43. o.] 39. pontja és a hivatkozott ítélkezési gyakorlat; a T-385/03. sz. Miles International kontra OHIM – Biker Miles [Biker Miles] ügyben 2005. július 7-én hozott ítéletének [EBHT 2005., II-2665. o.] 31. pontja és a fenti 44. pontban hivatkozott euroMASTER-ügyben hozott ítélet 31. pontja).

54 A szóban forgó áruk hasonlóságának értékelésével kapcsolatban a fellebbezési tanács a megtámadott határozat 8–13. pontjaiban nem vonta kétségbe a felszólalási osztály értékelését a „bébiételek; kártékony állatok irtására szolgáló készítmények; gombaölő szerek (fungicidek), gyomirtó szerek (herbicidek)” vonatkozásában, azzal az indokkal, hogy ezen árukat a korábbi védjeggyel ellátott gyógyászati, sebészeti és egyéb ilyen jellegű áruktól kellően távolinak lehet tekinteni ahhoz, hogy kizárható legyen az összetévesztés veszélye.

55 Meg kell állapítani, hogy ezt az álláspontot a beavatkozó jelen kereset keretén belül nem vitatta.

56 A fellebbezési tanács ezzel ellentétben hatályon kívül helyezte a felszólalási osztály határozatát a többi 5. osztályba tartozó áru, illetve a 42. osztályba tartozó említett szolgáltatások összessége vonatkozásában.

57 A fellebbezési tanács úgy vélte ugyanis a megtámadott határozat 8. pontjában, hogy a „gyógyszerészeti és állatgyógyászati készítmények; egészségügyi készítmények; diétás anyagok gyógyászati használatra; tapaszok, kötszeranyagok; fogtömő anyagok és fogászati mintázóanyagok; fertőtlenítőszerek (5. osztály)", valamint a 42. osztályba tartozó valamennyi, a fellebbezési tanács előtti eljárás tárgyát képező szolgáltatások „mind, csakúgy, mint a korábbi védjegy oltalma alatt álló áruk, a gyógyászat területét érintik, és rendeltetésük a fizikai fájdalmak gyógyítása, ami összetéveszthetőséghez vezet tekintettel az ütköző megjelölések hasonlóságára".

58 A fellebbezési tanács e tekintetben pontosította a megtámadott határozat 9–11. pontjában, hogy a szóban forgó áruk a gyógyászati ágazathoz tartoznak és a bejelentett védjeggyel ellátott szolgáltatások hasonlóak a korábbi védjeggyel ellátott szolgáltatásokhoz, mert hasonló területekre vonatkoznak, mint amilyen a bakterológia, gyógyszerészet és más hasonló ágazat, és magas fokú specializációjuk folytán szorosan kötődnek egymáshoz.

59 Ezen megállapításoknak helyt kell adni.

60 E vonatkozásban meg kell állapítani, hogy a korábbi védjeggyel ellátott, valamint a bejelentett védjegy árujegyzékében szereplő áruk mindegyike a gyógyászati ágazat körébe tartozik, és mint ilyenek, terápiás kezelés keretében alkalmazandók.

61 Ezen kívül a bejelentett védjegy árujegyzékében szereplő valamennyi áru kiegészítő vagy versengő kapcsolatban áll a korábbi védjeggyel megjelölt árukkal. Így a gyógyszerészeti és egészségügyi készítmények, diétás anyagok gyógyászati használatra, tapaszok, kötszeranyagok, fogtömő anyagok és fogászati mintázóanyagok, fertőtlenítőszerek a korábbi védjeggyel ellátott áruk kiegészítői, mivel általában a protézist vagy mesterséges sphynctert behelyező sebészeti műtétek során használják őket.

62 Amint arra a beavatkozó helyesen rámutat, egy protézis behelyezése során az orvos mindenekelőtt fertőtleníti a protézist egy fertőtlenítőszer segítségével, ezt követően helyezi be a protézist, majd beköti a sebet ilyen célú kötés alkalmazásával, és végül e kötést tapasz segítségével erősíti fel. Felírhat továbbá egészségügyi készítményt vagy gyógyszerészeti termékeket is.

63 Az állatgyógyászati készítmények vonatkozásában meg kell állapítani, hogy ezek ugyancsak a korábbi védjeggyel megjelölt állatgyógyászati készülékek kiegészítői. A fogtömő anyagok és fogászati mintázóanyagok pedig versengő kapcsolatban állnak a korábbi védjeggyel megjelölt gyógyászati eszközökkel, és kiegészítő kapcsolatban az ugyancsak a korábbi védjegy által megjelölt sebészeti és gyógyászati készülékekkel.

64 Az ütköző szolgáltatások hasonlóságának értékelése során mindenekelőtt meg kell állapítani, amint azt a fellebbezési tanács helyesen megjegyezte, hogy a gyógyászati, bakterológiai vagy vegyészeti kutatás és értékelés, köztük a közösségi védjegybejelentésben felsoroltak, szoros kapcsolatban állnak a gyógyszerekkel, gyógyászati eszközökkel vagy cikkekkel, amilyenek a korábbi védjeggyel megjelölt áruk. Továbbá a korábbi védjeggyel megjelölt gyógyászati eszközök és cikkek, köztük a protézisek, általában kórházi- vagy magánintézményben nyújtott gyógyászati beavatkozás során kerülnek behelyezésre, csakúgy, mint a közösségi védjegybejelentésben szereplők. Végezetül pedig a különféle jellegű tudományos és ipari kutatások folytathatók ugyanazon a területen, mint a korábbi védjeggyel megjelölt áruk területe.

65 Ebből következően, tekintettel a szóban forgó áruk és szolgáltatások rendeltetését érintő szoros kapcsolatra, valamint az áruk kiegészítő jellegére a szolgáltatásokkal kapcsolatban, a fellebbezési tanács helyesen vélte úgy, hogy ezen áruk és szolgáltatások hasonlóak.

66 Következésképpen a fellebbezési tanács helyesen vélte úgy, hogy a vitatott áruk és szolgáltatások hasonlóak a korábbi védjeggyel megjelölt árukhoz (e tekintetben lásd a fenti 39. pontban hivatkozott ELS-ügyben hozott ítélet 56. pontját).

– A megjelölések hasonlóságáról

67 Amint az a fenti 47. pontban megállapításra került, az összetéveszthetőség átfogó értékelésénél az ütköző megjelölések vizuális, hangzásbeli és fogalmi hasonlósága tekintetében az ezek által keltett együttes benyomást kell alapul venni, különösen a megkülönböztető és domináns jegyeik figyelembevételével (a fenti 38. pontban hivatkozott SABEL ügyben hozott ítélet 23. pontja; a fenti 38. pontban hivatkozott Lloyd Schuhfabrik Meyer ügyben hozott ítélet 25. pontja, az Elsőfokú Bíróság T-292/01. sz., Phillips-Van Heusen kontra OHIM – Pash Textilvertrieb und Einzelhandel (BASS) ügyben 2003. október 14-én hozott ítéletének [EBHT 2003., II-4335. o.] 47. pontja és a hivatkozott ítélkezési gyakorlat, valamint a T-135/04. sz. GfK kontra OHIM – BUS [Online Bus] ügyben 2005. november 24-én hozott ítéletének [EBHT 2005., II-4865. o.] 57. pontja és a hivatkozott ítélkezési gyakorlat).

68 Ugyanezen ítélkezési gyakorlat értelmében valamely összetett védjegyet nem lehet hasonlónak tekinteni egy másik azonos vagy az összetett védjegy egyes összetevőivel hasonló védjeggyel, hacsak az összetett védjegy által keltett benyomás egészének nem ezen összetevő a domináns eleme. Ez az eset akkor áll fenn, ha ez az összetevő olyan mértékben meghatározza a védjegy által keltett, az érintett vásárlóközönség emlékezetében rögzített benyomást, hogy a védjegy többi összetevője elhanyagolható

a domináns összetevő által keltett benyomás egésze vonatkozásában (a fenti 46. pontban hivatkozott MATRATZEN-ügyben hozott ítélet 33. pontja és az Elsőfokú Bíróság T-40/03. sz., Murúa Entrena kontra OHIM – Bodegas Murúa [Julián Murúa Entrena] ügyben 2005. július 13-án hozott ítéletének [EBHT 2005., II-2831. o.] 52. pontja).

69 Az ítélkezési gyakorlat pontosította, hogy ezen megközelítés nem kizárólag az összetett védjegy egy alkotóelemét veszi tekintetbe és hasonlítja össze egy másik védjegygyel. Ellenkezőleg, ezt az összehasonlítást a kérdéses védjegyeket megvizsgálva kell elvégezni, mindegyiket egészében tekintve. Ez azonban nem jelenti azt, hogy az összetett védjegy által az érintett fogyasztókban keltett összbenyomás szempontjából bizonyos körülmények esetén ne lehetne domináns a védjegy egy vagy több alkotóeleme (lásd az Elsőfokú Bíróság T-31/03. sz., Grupo Sada kontra OHIM – Sadia [GRUPO SADA] ügyben 2005. május 11-én hozott ítéletének [EBHT 2005., II-1667. o.] 49. pontja és a hivatkozott ítélkezési gyakorlat).

70 Az összetett védjegyek alkotóelemének vagy alkotóelemeinek domináns jellegét illetően a konkrét esetben ezeknek az alkotóelemeknek a lényeges jellemzőit kell figyelembe venni, és azokat összehasonlítani a többi összetevő-elemmel. Másrészről, kiegészítő jelleggel figyelembe lehet venni a különböző összetevők egymáshoz viszonyított helyzetét az összetett védjegyen belül (a fenti 46. pontban hivatkozott MATRATZEN-ügyben hozott ítélet 35. pontja; a fenti 69. pontban hivatkozott GRUPO SADA ügyben hozott ítélet 49. pontja és a fenti 68. pontban hivatkozott Julián Murúa Entrena ügyben hozott ítélet 54. pontja).

71 A fellebbezési tanács úgy ítélte meg a megtámadott határozat 9. pontjában, hogy a korábbi védjegy és a bejelentett védjegy jelentős mértékű hasonlóságot mutat, mivel mindkettő tartalmazza az azonos AMS betűszót.

72 A felperes felrója a fellebbezési tanácsnak, hogy a megjelölés egyetlen elemét önmagában vizsgálta, noha valamely közösségi ábrás védjegy lajstromozása kizárólag a bejelentett védjegy egésze, nem pedig szavak vagy betűk egyes részei számára biztosít oltalmat.

73 A megtámadott határozat 9. pontjából, valamint 3. pontjából azt a következtetést kell levonni, hogy a fellebbezési tanács megerősítette a felszólalási osztály álláspontját, amelynek értelmében a szóban forgó megjelölések hasonlóak, mivel ugyanaz a domináns elemük, nevezetesen az „ams” elem.

74 E tekintetben ténylegesen meg kell állapítani, hogy az ütköző megjelölések egyik eleme, nevezetesen az „ams” elem, azonos.

75 A két összehasonlítandó megjelölés az alábbi:

AMS



76 Először is, a vizuális összehasonlítást illetően meg kell állapítani egyrészt, hogy az AMS betűszót teljes egészében magában foglalja az AMS Advanced Medical Services bejelentett védjegy.

77 Másrészt a bejelentett védjegy ábrás védjegy, amely vastag, dőlt, nagybetűs írásmóddal tartalmazza az „a”, „m” és „s” betűket, melyek előtt kört alkotó hét nyíl helyezkedik el. Ezt a körábrát kettészeli egy fekete vonal, amely aláhúzza az „ams” elemet, amely alatt az „Advanced Medical Services” kerül feltüntetésre dőlt betűkkel apróbb, a szavak kezdőbetűit kivéve, kisbetűs írásmóddal.

78 Vagyis az AMS betűszó hasonló módon kerül megjelenítésre a korábbi védjegyben és a bejelentett védjegyben, azaz nyomtatott nagybetűs írásmóddal. Az, hogy a bejelentett védjegy dőltbetűvel van szedve, nem teszi lehetővé a különbségtételt, mivel ez a különbség gyakorlatilag nem érzékelhető a fogyasztó számára.

79 A bejelentett védjegy ábrás elemének jelenléte ugyancsak nem teszi lehetővé annak megkülönböztetését a korábbi védjegytől, mivel az érintett vásárlóközönség e nyilakat a szóelem egyszerű díszítésének is tekintheti. Az „ams" elem ugyanis a bejelentett védjegy ábrás eleménél jobban magára vonja a figyelmet, és a védjegy észlelése során tényelegesen előtérben van, mérete és helyzete folytán, ellentétben a kört alkotó nyilakkal, amelyeknek csupán díszítő funkciójuk van, ennélfogva nem tekinthetők a bejelentett védjegy domináns elemének. Ebből következik, hogy a fellebbezési tanács egyáltalában nem követett el hibát, amikor megállapította, hogy a bejelentett védjegy domináns eleme az „ams" elem.

80 A bejelentett védjegy ezen felül természetesen az „advanced medical services" elemet is magában foglalja.

81 Mindenekelőtt meg kell állapítani, hogy az „ams" elem nem írja le a bejelentett védjegy árujegyzékében szereplő árukat és szolgáltatásokat, ennélfogva e szóösszetétel rendelkezik bizonyos megkülönböztető képességgel. Az „advanced medical services" kifejezés azonban meglehetősen korlátozott megkülönböztető képességgel bír a gyógyászati terület alá tartozó áruk tekintetében. Hiszen az „advanced" kifejezés csupán arról a tényről tájékoztatja a közönséget, hogy az érintett társaság az „élen" jár a kutatás, ismeretek vagy tapasztalatok terén; a „medical" („gyógyászati") kifejezés a gyógyászat területén leíró jellegű az érintett áruk és szolgáltatások tekintetében; a „services", („szolgáltatások") kifejezés pedig ezen összefüggésben nem rendelkezhet megkülönböztető képességgel.

82 E tekintetben először is emlékeztetni kell arra, hogy általában a célközönség az összetett védjegy részét képező leíró elemet nem tekinti a védjegy által keltett összbenyomás megkülönböztető és domináns elemének (lásd a fenti 53. pontban hivatkozott Biker Miles ügyben hozott ítélet 44. pontját és a hivatkozott ítélkezési gyakorlatot).

83 A fenti megfontolásokból következik, hogy a bejelentett védjegy vizuális hasonlóságot mutat a korábbi védjeggyel.

84 Ami a megjelölések hangzásbeli összehasonlítását illeti, a két ütköző megjelölés közös eleme az „AMS" betűszó, amely azok központi magvát alkotja. Noha a bejelentett védjegy tartalmazza az „advanced medical services" kifejezést is, nem kizárt, hogy az átlagfogyasztó mindkét védjegyre kizárólag „AMS" betűszóval utal, mivel ezen betűösszetétel megfelel az „advanced medical services" kifejezés rövidítésének. Ezt a benyomást méginkább megerősíti az a tény, hogy e kifejezés minden betűje kisebb betűtípussal van megjelenítve.

85 Következésképpen az ütköző megjelölések hangzásbeli szempontból ugyancsak hasonlóak.

86 Ami a fogalmi összehasonlítást illeti, meg kell állapítani, hogy az „ams" elemnek nincs különösebb jelentése, önkényes szóalkotás eredménye, és híján van a jelentésnek, az „advanced medical services" kifejezést pedig úgy érzékeli az átlagfogyasztó mint az érintett társaság nevét vagy mint egy, a gyógyászat területére vonatkozó dicsérő jellegű kifejezést. Ezen felül, azok a fogyasztók, akik látták a korábbi védjegyet, az AMS betűszónak ugyanezen jelentést tulajdoníthatják. Következésképpen az ütköző megjelölések fogalmi szinten is hasonlóak.

87 Következésképpen a fellebbezési tanács helyesen vélte úgy, hogy az ütköző megjelölések hasonlóak, mivel a bejelentett védjegy szómegjelölésének domináns eleme és a korábbi védjegy egyetlen eleme azonos (e tekintetben lásd a fenti 53. pontban hivatkozott Biker Miles ügyben hozott ítélet 45. pontját és a fenti 68. pontban hivatkozott Julián Murúa Entrena ügyben hozott ítélet 76. pontját).

– Az összetéveszthetőségről

88 Amint az a fenti 53–66. pontokban megállapításra került, a szóban forgó áruk és szolgáltatások hasonlóak a korábbi védjeggyel megjelölt árukkal. Továbbá az ütköző megjelölések által keltett összbenyomás, tekintettel azok megkülönböztető és domináns elemeire, alkalmas arra, hogy elegendő hasonlóságot eredményezzen, amely összetéveszthetőséghez vezethet a fogyasztó tudatában.

89 A fellebbezési tanács tehát helyesen vélte úgy, hogy az összetévesztés ilyen veszélye fennáll, és helyesen utasította el az AMS lajstromozás iránti kérelmét a szóban forgó áruk és szolgáltatások vonatkozásában.

90 Ezt a megállapítást nem gyengítheti a felperes azon érve, amely szerint a megjelölések összehasonlítása során a korábbi védjegyet a használt és nem a lajstromozott formájában kellett volna tekintetbe venni.

91 Emlékeztetni kell ugyanis arra, hogy az összehasonlítást a megjelölések lajstromozott vagy a védjegybejelentésben szereplő formája között kell elvégezni, függetlenül attól, hogy azokat egyéb védjegyektől vagy jelzésektől elszigetelten vagy azokkal együttesen használják. Ennélfogva az összehasonlítandó megjelölések pontosan

azok voltak, amelyeket a fellebbezési tanács vizsgált (lásd e tekintetben az Elsőfokú Bíróság T-29/04. sz., Castellblanch kontra OHIM – Champagne Roederer [CRISTAL CASTELLBLANCH] ügyben 2005. december 8-án hozott ítéletének [EBHT 2005., II-5309. o.] 57. pontját).

92 A fenti megfontolásokból következően az első jogalapot el kell utasítani.

2. A beavatkozó védjegyei tényleges használatának hiányából eredő második jogalapról

A felek érvei

93 A felperes azt állítja, hogy a beavatkozó védjegyei nem képezik a megszerzett jogok fenntartását eredményező használat tárgyát a Közösség területén. A felperes kifejti, hogy a beavatkozó székhelye az Egyesült Államokban van, és tevékenységének középpontjában az urológiai készülékek állnak. Az urológiai termékek, amelyeket az „ams" elemet tartalmazó összetett megnevezések (AMS 700 CX™/CXM™ Penile Prostheses, AMS 700 Ultrex™/Ultrex™ Plus Penile Prostheses, AMS Ambicor® Penile Prostheses, AMS Malleable 600M™/650M™ Penile Prostheses, AMS Sphincter 800™ Urinary Control System) alatt forgalmaznak, a 10. osztályba tartozó rendkívül speciális termékek, jelesül a péniszprotézis és urológiai ellenőrző rendszerek. A termékek egyike sem kizárólag az AMS megjelöléssel van ellátva. A felperes ebből arra következtet, hogy nincs szó semmiféle megszerzett jog fenntartásáról, mivel a lajstromozott védjegy olyan mértékben megváltoztatott formában történő használatáról van szó, mely által a megjelölés megkülönböztető képessége is átalakult.

94 Ezen túl a felperes előadja, hogy a beavatkozó egyáltalában nem használja védjegyeit a Közösség területén, mivel termékeit kizárólag az amerikai fogyasztóknak kínálja.

95 Az OHIM megállapítja, hogy a felperes a védjegyek beavatkozó általi tényleges használatának hiányára első ízben a fellebbezési tanács előtt hivatkozik, ennélfogva a fellebbezési tanács, a 40/94 rendelet 74. cikke alkalmazásában, helyesen utasította el az első ízben előtte benyújtott kérelmet.

96 E tekintetben az OHIM emlékeztet arra, hogy a 40/94 rendelet 43. cikke értelmében a korábbi közösségi védjegy jogosultjának a bejelentő kérelmére igazolnia kell, hogy a közösségi védjegybejelentés meghirdetését megelőző öt évben a felszólalás alapjául szolgáló korábbi közösségi védjegy tényleges használatát az árujegyzékben szereplő és a felszólalásban hivatkozott árukkal, illetve szolgáltatásokkal kapcsolatban a Közösségben megkezdte, és ezen igazolást a közösségi védjegyről szóló, 1995. december 13-i 2868/95/EK bizottsági rendelet (HL L 303., 1. o.) 22. szabályában foglalt határidőn belül kell benyújtani. Az OHIM álláspontja szerint ezen hatás létrejöttéhez a kérelmet kifejezetten és kellő időben kell előterjeszteni. A tényleges használat igazolásának elmaradása csak akkor eredményezi a felszólalás elutasítását, ha a bejelentő ezt kifejezetten és kellő időben kérte az OHIM előtt (lásd a fenti 19. pontban hivatkozott MUNDICOR-ügyben hozott ítélet 36–39. pontjait).

97 A beavatkozó lényegében osztja az OHIM álláspontját, és kiemeli, hogy jelenléte erős az európai piacon, ahol valamennyi termékét forgalmazza.

Az Elsőfokú Bíróság álláspontja

98 Előzetesen meg kell állapítani, hogy a felperes keresetlevelében nem vitatja különösképpen a megtámadott határozatot azon részében, amely elutasítja a tényleges használatra vonatkozó igazolás iránti kérelmét azon okból, hogy azt a felszólalási osztály

előtt nem kellő időben nyújtotta be, sokkal inkább a beavatkozó védjegyei tényleges használatát vitatja. Mindamellett úgy kell tekinteni érvelését, mint amely a fellebbezési tanácsnak arra vonatkozó vizsgálatát érinti, hogy a tényleges használat mely pillanatig nyújtható be. Egyébiránt az OHIM és a beavatkozó is ilyen értelemben vizsgálták meg beadványaikban a felperes második jogalapját és tett ez utóbbi ezekre észrevételt a szóbeli szakasz folyamán.

99 Ilyen körülmények között azt kell meghatározni, hogy vajon a fellebbezési tanács megsértette-e a közösségi jogot, amikor azt a döntést hozta, hogy a tényleges használat igazolása iránti kérelmet kellő időben kellett volna benyújtani a felszólalási osztály előtt.

100 Emlékeztetni kell arra, hogy a 40/94 rendelet „A felszólalás vizsgálata" című 43. cikke (1) bekezdésében úgy rendelkezik, hogy a felszólalás vizsgálata során az OHIM – ahányszor csak szükséges – felhívja a feleket, hogy az általa megjelölt határidőn belül nyújtsák be az ellenérdekű fél nyilatkozatával vagy az OHIM felhívásával kapcsolatos észrevételeiket. Ugyanezen cikk (2) bekezdése akként rendelkezik, hogy ha a felszólalást korábbi közösségi védjegy jogosultja nyújtotta be, a bejelentő kérelmére igazolnia kell, hogy a közösségi védjegybejelentés meghirdetését megelőző öt évben a felszólalás alapjául szolgáló korábbi közösségi védjegy tényleges használatát az árujegyzékben szereplő és a felszólalásban hivatkozott árukkal, illetve szolgáltatásokkal kapcsolatban a Közösségben megkezdte. E cikk (3) bekezdése pontosítja, hogy a 8. cikk (2) bekezdésének a) pontjában említett korábbi nemzeti védjegyre a (2) bekezdést kell alkalmazni, azzal az eltéréssel, hogy a Közösségben való használaton az abban a tagállamban való használatot kell érteni, amelyben a korábbi nemzeti védjegy oltalom alatt áll.

101 Először is jelen ügyben vitathatatlan, hogy a korábbi védjegy nemzeti védjegy, pontosan az Egyesült Királyságban lajstromozott védjegy (lásd a fenti 5–6. pontot), és a felszólalási osztály megállapította határozatában, hogy az Egyesült Királyság területén fennáll az összetévesztés veszélye a 10. osztályba tartozó áruk vonatkozásában.

102 Ilyen körülmények között módosítani kell a 40/94 rendelet 43. cikke (2) bekezdésére történő hivatkozást, mellyel a fellebbezési tanács élt, mivel ez a rendelkezés kizárólag egy korábbi közösségi védjegy használata elmaradásának következményeire vonatkozik, míg jelen ügyben a korábbi védjegy nemzeti védjegy. A vonatkozó rendelkezések valójában tehát a fenti cikk (2) és (3) bekezdésének kombinált rendelkezései, mivel a (3) bekezdés a 8. cikk (2) bekezdésének a) pontjában említett korábbi nemzeti védjegyre rendeli alkalmazni a (2) bekezdést, azzal az eltéréssel, hogy a Közösségben való használaton az abban a tagállamban való használatot kell érteni, amelyben a korábbi nemzeti védjegy oltalom alatt áll (e tekintetben lásd a fenti 19. pontban hivatkozott MUNDICOR-ügyben hozott ítélet 33. pontját és a T-194/03. sz. Ponte Finanziaria kontra OHIM – Marine Enterprise Projects [BAINBRIDGE] ügyben 2006. február 23-án hozott ítéletének [EBHT 2006., II-445. o.] 31. pontját).

103 Másodsorban meg kell állapítani, hogy a felperes első ízben a fellebbezési tanács előtt hivatkozott a korábbi védjegy tényleges használatának hiányára, és a fellebbezési tanács, a 40/94 rendelet 43. cikke (2) bekezdésére alapozva döntését, e kérelmet elutasította azzal az indokkal, hogy azt kellő időben kellett volna és lehetett volna a felszólalási osztály előtt benyújtani.

104 E tekintetben emlékeztetni kell arra, hogy a 40/94 rendelet 43. cikkének megfelelően valamely korábbi védjegy jogosultja kizárólag a bejelentő kérelmére köteles igazolni, hogy a közösségi védjegybejelentés meghirdetését megelőző öt évben a felszólalás alapjául szolgáló korábbi közösségi védjegy tényleges használatát az árujegyzékben szereplő és a felszólalásban hivatkozott árukkal, illetve szolgáltatásokkal kapcsolatban a Közösség területén megkezdte, vagy kellőképpen igazolja e használat elmaradását (a fenti 19. pontban hivatkozott MUNDICOR-ügyben hozott ítélet 37. pontja).

105 Lényegében, a 40/94 rendelet 43. cikkének (2) és (3) bekezdése értelmében az ugyanezen rendelet 42. cikke alapján benyújtott felszólalás vizsgálata céljából a korábbi védjegy tényleges használatát mindaddig feltételezni kell, amíg ezen használat bizonyítására irányuló kérelem nem kerül benyújtásra. A bejelentő ilyen kérelme esetén

tehát a felszólalót terheli a tényleges használat (vagy ennek elmaradása) bizonyításának terhe, különben a felszólalása elutasításra kerül. Ez csak akkor jár ilyen következménnyel, ha a kérelmet kifejezett módon és kellő időben az OHIM elé terjesztik (a fenti 19. pontban hivatkozott MUNDICOR-ügyben hozott ítélet 38. pontja, az Elsőfokú Bíróság T-112/03. sz., L'Oréal kontra OHIM – Revlon [FLEXI AIR] ügyben 2005. március 16-én hozott ítéletének [EBHT 2005., II-949. o.] 24. pontja, melyet helyben hagyott a Bíróság C-235/05. P. sz., L'Oréal kontra OHIM ügyben 2005. június 7-én hozott ítéletének [az EBHT-ban nem tették közzé – EBHT 2006., I-57. o.*] végzése és a T-303/03. sz. Lidl Stiftung kontra OHIM – REWE-Zentral [Salvita] ügyben 2005. június 7-én hozott ítéletének [EBHT 2005., II-1917. o.] 77. pontja).

106 Ahhoz, hogy egy ilyen kérelmet úgy lehessen tekinteni, mint amit kellő időben nyújtottak be az OHIM-hoz, még a felszólalási osztály előtt elő kell terjeszteni, mivel a korábbi védjegy tényleges használata olyan kérdés, amelyet, ha a védjegybejelentő egyszer felvet, azelőtt kell még tisztázni, hogy magának a felszólalásnak a tárgyában határoznának (a fenti 105. pontban hivatkozott FLEXI AIR ügyben hozott ítélet 26. pontja).

107 Ugyanis a 40/94 rendelet 43. cikkének és a 2868/95 rendelet 22. szabályának egymással összefüggésben való értelmezéséből az következik, hogy miután az OHIM-hoz felszólalást nyújtanak be egy közösségi védjegy lajstromozásával szemben, az OHIM e felszólalást megküldi az érintett védjegy jogosultjának, és határidőt jelöl meg számára, hogy észrevételeit megtegye. Mivel a 40/94 rendelet 43. cikke (2) bekezdése értelmében a védjegy tényleges használatának igazolása kizárólag a közösségi védjegy bejelentője által benyújtott kérelemre végezhető, azt kifejezetten így kell szövegezni a felszólalási osztály előtt, mivel e kérelemnek az a hatása, hogy megváltoztatja a jogvita természetét azzal, hogy a felszólalóra olyan kötelezettséget ró, amely nem szükségszerűen terhelte volna.

108 Amennyiben ilyen kérelem nem került benyújtásra a felszólalási osztály előtt, valamint ha a felszólalási osztály nem határozott a korábbi védjegy tényleges használatának kérdésében, a fellebbezési tanácsnak, amely előtt első ízben benyújtásra került a védjegy tényleges használatának igazolása iránti kérelem, valamely határozatot

olyan új kérelem alapján kellene felülvizsgálnia, amely olyan kérdést vet fel, melyet a felszólalási osztály tehát nem vizsgálhatott, és amelynek tárgyában nem foglalt állást a határozatában.

109 A fentiekből következik, hogy a korábbi védjegy tényleges használatának igazolása iránti kérelmet kizárólag a felszólalási osztály előtt lehet benyújtani.

110 Ez az értelmezés nem ellentétes az OHIM fórumai közötti funkcionális folyamatosság felperes által a szóbeli szakasz folyamán hivatkozott elvével, melyet az Elsőfokú Bíróság ítélkezési gyakorlata is idéz (a fenti 19. pontban hivatkozott KLEENCARE-ügyben hozott ítélet 25. és 26. pontja; a fenti 27. pontban hivatkozott HOOLIGAN-ítélet 18. pontja és az Elsőfokú Bíróság T-323/03. sz., La Baronia de Turis kontra OHIM – Baron Philippe de Rothschild [LA BARONNIE] ügyben 2006. július 10-én hozott ítéletének [EBHT 2006., II-2085. o.] 57. és 58. pontja).

111 Jelen esetben ugyanis egyáltalán nem olyan ténybeli vagy jogi elemekről van szó, amelyekre a felperes nem hivatkozott a felszólalási osztály előtt, hanem a korábbi védjegy tényleges használatának igazolása iránti kérelemről, tehát egy újabb eljárási kérelemről, amely megváltoztatja a felszólalás tartalmát, és amely tehát szükségszerűen olyan kérdés, amely megelőzi a felszólalás vizsgálatát, vagyis azt kellő időben a felszólalási osztály elé kellett volna terjeszteni.

112 A tényleges használat igazolása iránti kérelem tehát a felszólalási eljárást kiegészíti ezen előzetes kérdéssel, és e tekintetben megváltoztatja annak tartalmát. E kérelem első alkalommal a fellebbezési tanács előtt történő benyújtása azt eredményezi, hogy a fellebbezési tanácsnak egy újabb és speciális kérelmet kell megvizsgálnia, amely más ténybeli és jogi megállapításokhoz kapcsolódik, mint amelyek alapján az, egy közösségi védjegybejelentés ellen irányuló felszólalást benyújtották.

113 Ugyanakkor, jóllehet a fenti 110. pontban hivatkozott ítélkezési gyakorlatban említett, felszólalási osztály és a fellebbezési tanács közötti funkcionális folyamatosság az ügy ezen utóbbi fórum által történő felülvizsgálatát eredményezi, ugyanezen ítélkezési gyakorlat semmi esetre sem igazolhatja a tényleges használat megállapítása iránti kérelemnek első ízben a fellebbezési tanács előtt történő benyújtását, mivel egyáltalán nem feltételezi, hogy a fellebbezési tanács egy, a felszólalási osztály előtti ügytől eltérő ügyet vizsgáljon, tehát egy olyan ügyét, amelynek tárgya kibővült a korábbi védjegy tényleges használatának kérdésével.

114 Ilyen körülmények között a fellebbezési tanács helyesen határozott úgy a megtámadott határozat 14. pontjában, hogy „az [AMS Advanced Medical Services GmbH] tényleges használat igazolása iránti kérelmét el kell utasítani, mert arra első ízben ezen eljárás során hivatkoztak, noha azt a felszólalási osztály előtt kellő időben elő lehetett és kellett volna terjeszteni”.

115 Következésképpen a második jogalapot el kell utasítani.

116 A fenti megfontolások együtteséből következik, hogy a keresetet el kell utasítani.

A költségekről

117 Az Elsőfokú Bíróság eljárási szabályzata 87. cikkének 2. §-a alapján az Elsőfokú Bíróság a pervesztes felet kötelezi a költségek viselésére, ha a pernyertes fél ezt kérte. Mivel a felperes pervesztes lett, az OHIM és a beavatkozó kérelmének megfelelően kötelezni kell a költségek viselésére.

A fenti indokok alapján

AZ ELSŐFOKÚ BÍRÓSÁG (ötödik tanács)

a következőképpen határozott:

1) Az Elsőfokú Bíróság a keresetet elutasítja.

2) Az Elsőfokú Bíróság az AMS Advanced Medical Services GmbH-t kötelezi a költségek viselésére.

Vilaras Martins Ribeiro Jürimäe

Kihirdetve Luxembourgban, a 2007. október 18-i nyilvános ülésen.

E. Coulon M. Vilaras

hivatalvezető elnök