A BÍRÓSÁG ÍTÉLETE (harmadik tanács)

2007. április 26.*

A C-412/05. P. sz. ügyben,

az **Alcon Inc.**, (székhelye: Hünenberg [Svájc], képviselik: G. Breen solicitor és J. Gleeson SC, kézbesítési cím: Luxembourg)

fellebbezőnek

a Bíróság alapokmányának 56. cikke alapján 2005. november 23-án benyújtott fellebbezése tárgyában,

a többi fél az eljárásban:

a **Belső Piaci Harmonizációs Hivatal (védjegyek és formatervezési minták) (OHIM)**, (képviseli: A. Folliard-Monguiral, meghatalmazotti minőségben),

alperes az elsőfokú eljárásban,

* Az eljárás nyelve: angol.

támogatja:

a **Biofarma SA** (székhelye: Neuilly-sur-Seine [Franciaország], képviselik: V. Gil Vega és A. Ruiz López abogados),

beavatkozó az elsőfokú eljárásban,

A BÍRÓSÁG (harmadik tanács),

tagjai: A. Rosas tanácselnök, A. Tizzano, A. Borg Barthet, J. Malenovský és A. Ó Caoimh (előadó) bírák,

főtanácsnok: J. Kokott,
hivatalvezető: J. Swedenborg tanácsos,

tekintettel az írásbeli szakaszra és a 2006. szeptember 27-i tárgyalásra,

a főtanácsnok indítványának a 2006. október 26-i tárgyaláson történt meghallgatását követően,

meghozta a következő

Ítéletet

1 Az Alcon Inc. a fellebbezésével az Európai Közösségek Elsőfokú Bírósága T-130/03. sz., Alcon kontra OHIM – Biofarma (TRAVATAN) ügyben 2005. szeptember 22-én hozott ítéletének (EBHT 2005., II-3859. o.; a továbbiakban: a megtámadott ítélet) a hatályon kívül helyezését kéri, amellyel az Elsőfokú Bíróság elutasította a Belső Piaci Harmonizációs Hivatal (védjegyek és formatervezési minták) (OHIM) harmadik fellebbezési tanácsa 2003. január 30-i, a TRAVATAN szómegjelölés közösségi védjegyként történő lajstromozását megtagadó határozatának (R 968/2001-3. sz. ügy) (a továbbiakban: megtámadott határozat) hatályon kívül helyezés iránti keresetét.

Jogi háttér

2 Az Elsőfokú Bíróság eljárási szabályzata 48. cikke 2. §-ának első francia bekezdése a következőképpen rendelkezik: „[a]z eljárás további részében semmilyen új jogalapot nem lehet felhozni, kivéve, ha az olyan jogi vagy ténybeli helyzetből származik, amely az eljárás során merült fel."

3 Az említett eljárási szabályzat 35. cikkének 4. §-a szerint „[a] felek beadványai nem változtathatják meg a fellebbezési tanács előtti eljárás tárgyát".

4 A közösségi védjegyről szóló, 1993. december 20-i 40/94/EK tanácsi rendelet (HL 1994. L 11., 1. o.; magyar nyelvű különkiadás 17. fejezet, 1. kötet, 146. o.) 8. cikkének (1) bekezdése a következőképpen rendelkezik:

„A korábbi védjegy jogosultjának felszólalása alapján a megjelölés nem részesülhet védjegyoltalomban, ha

[...]

b) 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."

5 E rendelet 8. cikke (2) bekezdése a) és ii) pontja a következőket írja elő:

„Az (1) bekezdés alkalmazásában »korábbi védjegy«:

a) a következőkben felsorolt minden olyan védjegy, amelynek bejelentési napja korábbi, mint a közösségi védjegybejelentés bejelentési napja – ha ennek helye van –, figyelembe véve az igényelt elsőbbségek napját:

[...]

ii) valamely tagállamban [...] lajstromozott védjegy".

6 A rendelet 43. cikkének (2) és (3) bekezdése a következőképpen rendelkezik:

„(2) 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, vagy kellőképpen igazolja a használat elmaradását, feltéve, hogy a korábbi közösségi védjegyet a közösségi védjegybejelentés meghirdetésének napjánál legalább öt évvel korábban lajstromozták. Ilyen igazolás hiányában a felszólalást el kell utasítani. Ha a korábbi közösségi védjegyet csak az árujegyzékben szereplő áruk, illetve szolgáltatások egy részével kapcsolatban használták, a felszólalás vizsgálata során úgy kell tekinteni, mintha a védjegyet csak a szóban forgó áruk, illetve szolgáltatások tekintetében lajstromozták volna.

(3) A 8. cikk (2) bekezdésének a) albekezdésében 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."

7 Az említett rendelet 44. cikkének (1) bekezdése szerint a bejelentő a közösségi védjegybejelentést bármikor visszavonhatja, illetve az abban szereplő árujegyzéket bármikor korlátozhatja.

8 A 40/94 rendelet 63. cikkének (1)–(3) bekezdése a következőket írja elő:

„(1) A fellebbezési tanácsok fellebbezés tárgyában hozott határozatai [az Elsőfokú Bíróság] előtt keresettel támadhatók meg.

(2) A kereset hatáskör hiányára, lényeges eljárási szabálysértésre, a Szerződés vagy e rendelet, illetve ezek alkalmazásával kapcsolatos bármely jogszabály megsértésére vagy hatáskörrel való visszaélésre alapítva indítható.

(3) [Az Elsőfokú Bíróság] a jogvita tárgyát képező határozatot megsemmisítheti [hatályon kívül helyezheti]vagy megváltoztathatja".

9 A 40/94/EK rendelet végrehajtásáról szóló, 1995. december 13-i 2868/95/EK bizottsági rendelet (HL L 303., 1. o.; magyar nyelvű különkiadás 17. fejezet, 1. kötet, 189. o.) a 13. szabály (1) bekezdésében felsorolja, hogy a védjegybejelentés módosítása iránt a 40/94 rendelet 44. cikke alapján benyújtott kérelemnek mely információkat kell tartalmaznia.

A jogvita előzményei

10 1998. június 11-én a fellebbező közösségi védjegybejelentést tett az OHIM-nál a „TRAVATAN" szómegjelölés „szemgyógyászati készítményekre" vonatkozó lajstromoztatását érintően. A bejelentést a védjegyekkel ellátható termékek és szolgálta-

tások nemzetközi osztályozására vonatkozó, felülvizsgált és módosított, 1957. június 15-i Nizzai Megállapodás (a továbbiakban: a nizzai megállapodás) szerinti 5. osztályba, nevezetesen a „gyógyszerészeti és állatgyógyászati készítmények; egészségügyi készítmények orvosi célra; diétás készítmények orvosi használatra, élelmiszer újszülöttek számára; gipszek orvosi célra, kötszeranyagok; fogtömő anyagok és fogászati mintázóanyagok; fertőtlenítőszerek; kártékony állatok és növények irtására szolgáló készítmények; gombaölők és gyomirtók" közé tartozó áruk vonatkozásában tették.

11 1999. június 22-én a Biofarma SA (a továbbiakban: Biofarma) a 40/94 rendelet 42. cikke alapján felszólalt ezen közösségi védjegy lajstromozásával szemben. A felszólalás az Olaszországban 1986. január 27-én lajstromozott TRIVASTAN nemzeti szóvédjegy (a továbbiakban: a korábbi védjegy) fennállásán alapult, és az e védjeggyel megjelölt valamennyi árun, vagyis az 5. osztályba tartozó alábbi árukon alapult:„gyógyszerészeti, állatgyógyászati és egészségügyi készítmények; diétás készítmények gyermekek és betegek számára; gipszek orvosi célra, kötszeranyagok; fogtömő anyagok és fogászati mintázóanyagok; fertőtlenítőszerek; kártékony állatok és növények irtására szolgáló készítmények". Az említett felszólalás a megtámadott közösségi védjegybejelentés által érintett valamennyi áru ellen irányult.

12 A Biofarma a korábbi védjegynek az Olaszországban történő tényleges használatára vonatkozó bizonyíték benyújtására történő felhívást követően 2000. július 28-án a tényleges használat igazolása céljából számos dokumentumot nyújtott be az OHIM-nak.

13 A Biofarma felszólalásának az OHIM felszólalási osztálya a 2001. szeptember 26-i határozatával helyt adott, és úgy ítélte meg, hogy a korábbi védjegy használata egy

speciális gyógyszerészeti készítmény, nevezetesen „a periferikus, valamint agyi erek zavarainak, illetve a szem és a fül keringési rendellenességeinek megszüntetésére szolgáló periferikus értágító" tekintetében igazolást nyert. A felszólalási osztály következésképpen elutasította a TRAVATAN szómegjelölés közösségi védjegyként történő lajstromozását azon okból, hogy nem áll fenn az összetévesztés veszélye, beleértve a gondolati képzettársítás esetét a korábbi védjeggyel, tekintettel arra, hogy a szóban forgó védjegyek mind vizuálisan, mind hangzásban hasonlóak, valamint az áruk között bizonyos hasonlóság áll fenn.

14 2001. november 13-án a fellebbező a felszólalási osztály e határozata ellen fellebbezést nyújtott be az OHIM harmadik fellebbezési tanácsához, amely a megtámadott határozatban elutasította a fellebbezést, és ezáltal megerősítette a felszólalási osztály határozatát, melynek indokolását lényegében átvette.

A megtámadott ítélet

15 Az Elsőfokú Bíróság Hivatalához 2003. április 17-én érkezett kérelmével a fellebbező keresetet nyújtott be, melyben kérte a megtámadott határozat hatályon kívül helyezését. Ennek alátámasztása érdekében a 40/94 rendelet 43. cikke (2) és (3) bekezdésének, illetve 8. cikke (1) bekezdése b) és c) pontjának megsértésére alapított két jogalapot terjesztett elő.

16 E jogalapok vizsgálatát megelőzően az Elsőfokú Bíróság a megtámadott ítélet 17.–22. pontjában mindenekelőtt megállapította, hogy a fellebbező által a tárgyaláson előterjesztett, az Elsőfokú Bíróság T-334/01. sz. MFE Marienfelde kontra OHIM –

Vétoquinol (HIPOVITON) ügyben 2004. július 8-án hozott ítéletére (EBHT 2001., II-2787. o.) alapított jogalapot, amely szerint a korábbi védjegy tényleges használata fennállásának megállapításához szükséges feltételek többek között a korábbi védjegy csekély kereskedelmi volumene következtében nem teljesültek, el kell utasítani mint elfogadhatatlant. E tekintetben az Elsőfokú Bíróság, miután emlékeztetett az eljárási szabályzata 48. cikke 2. §-a első albekezdésének feltételeire, megállapította egyrészt, hogy keresetlevelében a felperes nem azért rótta fel a fellebbezési tanácsnak, hogy megsértette a 40/94 rendelet 43. cikke (2) és (3) bekezdését, amiért a korábbi védjegy tényleges használatának feltételei nem teljesültek, hanem csupán azért, amiért a Biofarma által a tényleges használatra vonatkozóan benyújtott bizonyítékok nem igazolták megfelelő módon a korábbi védjegy tényleges használatát a szemészeti készítmények vonatkozásában, és másrészt az Elsőfokú Bíróság megállapította, hogy a fellebbező egyáltalában nem mutatott be az említett 48. cikk értelmében új ténybeli vagy jogi elemet.

17 A megtámadott ítélet 23. pontjában az Elsőfokú Bíróság hozzáfűzte, hogy „mindenesetre", ha e jogalapot úgy is kellene értelmezni, mint a keresetlevélben előterjesztett jogalaphoz kapcsolódó érvet, az Elsőfokú Bíróság által a megtámadott határozat jogszerűségének vizsgálata keretében gyakorolt ellenőrzés nem léphet túl a jogvita ténybeli és jogi keretén, ahogyan az a fellebbezési tanács előtt bemutatásra került. Az Elsőfokú Bíróság azonban a megtámadott ítélet 24. pontjában megállapította, hogy az OHIM előtti eljárás folyamán a felperes nem vitatta azt a tényt, hogy a Biofarma által benyújtott bizonyíték igazolta a korábbi védjegy tényleges használatát egy bizonyos áru vonatkozásában; a felszólalási osztály előtt még azt is kijelentette, hogy „tanulmányozta a TRIVASTAN védjegy olaszországi használatának bizonyítása céljából benyújtott dokumentációt" és ennek kapcsán „nem kíván vitába bocsátkozni". Az Elsőfokú Bíróság következésképpen az említett ítélet 25. pontjában megállapította, hogy a fellebbező érveit el kell utasítani.

18 Az Elsőfokú Bíróság ezt követően a megtámadott ítélet 29–33. pontjában elutasította a fellebbező által előterjesztett első jogalapot azzal az indokolással, hogy a

fellebbezési tanács helyesen állapította meg, hogy a Biofarma által benyújtott bizonyíték igazolta a korábbi védjegy tényleges használatát. E vonatkozásban az Elsőfokú Bíróság az említett ítélet 30. és 31. pontjában lényegében megállapította, hogy ha a TRIVASTAN védjeggyel ellátott gyógyszer egyik terápiás indikációja az, hogy a szem keringési rendellenességeit kezelje, és bizonyított, hogy több éven keresztül értékesítették, felesleges annak bizonyítását követelni, hogy ezt a gyógyszert ténylegesen szedték-e szem-keringési rendellenességben szenvedő betegek.

19 A második jogalapot illetően az Elsőfokú Bíróság, miután emlékeztetett a megtámadott ítélet 45–47. pontjára, az alkalmazandó rendelkezésekre, valamint a korábbi védjeggyel való összetéveszthetőséghez kapcsolódó ítélkezési gyakorlatra, az említett ítélet 48. és 49. pontjában megállapította a következőket:

„48 Jelen ügyben a TRIVASTAN korábbi védjegy Olaszországban került lajstromozásra, így ez az érintett terület a 40/94 rendelet 8. cikke (1) bekezdésének b) pontja alkalmazásában.

49 Nem vitatható, hogy a szóban forgó áruk olyan gyógyszerek, amelyeknek végfogyasztók számára gyógyszertárakban történő árusítása előtt orvos rendelvényére van szükség. Következésképpen az érintett vásárlóközönséget nem csupán a végfogyasztók alkotják, hanem ugyanígy a szakmai közönség, vagyis a gyógyszert felíró orvosok, valamint a felírt gyógyszert árusító gyógyszerészek".

20 Az Elsőfokú Bíróság így a megtámadott ítélet 50. pontjában arra az álláspontra jutott, hogy e megfontolások fényében kell elvégezni egyrészt az érintett áruk, másrészt az ütköző megjelölések összehasonlítását.

21 Ami elsőként az áruk összehasonlítását illeti, az Elsőfokú Bíróság a megtámadott ítélet 51–53. pontjában először is elutasította az árujegyzék követelt korlátozását, amelynek ügyében a felperes állítása szerint már eljárt, és az említett ítélet 53. pontjában megállapította, hogy a fellebbező nem nyújtott be ezirányú, a védjegybejelentés módosítására irányuló kérelmet a 40/94 rendelet 44. cikkének és a 2868/95 rendelet 13. cikkének megfelelően.

22 Az Elsőfokú Bíróság következésképpen az említett ítélet 55. pontjában megállapította, hogy az összehasonlítandó áruk „a szemgyógyászati készítmények" és „a periferikus valamint agyi erek zavarainak, illetve a szem és a fül keringési rendellenességeinek megszüntetésére szolgáló periferikus értágító".

23 Az Elsőfokú Bíróság ezt illetően elsőként a megtámadott ítélet 57. pontjában rámutatott, hogy ezek az áruk azonos jellegűek (gyógyászati), azonos a céljuk vagy rendeltetésük (keringési vagy más jellegű szemrendellenességek kezelése), azonos fogyasztóknak szánják őket (szakmabelieknek, ideértve az orvosokat és gyógyszerészeket és a valódi végfogyasztóknak, vagyis a szemrendellenességben szenvedő betegeknek), azonos értékesítési csatornákon elérhetők (általános szabályként a gyógyszertárakban) és potenciálisan kiegészítő jellegűek. Az Elsőfokú Bíróság ebből arra következtetett, hogy nincs semmiféle kétség afelől, hogy gyárthatnák vagy értékesíthetnék őket ugyanazon gazdasági szereplők.

24 Ezt követően a megtámadott ítélet 58. pontjában az Elsőfokú Bíróság elutasította a fellebbező azon érvét, mely szerint az áruk nem hasonlóak, mivel a Biofarma áruja szájon át szedhető tabletta, míg a fellebbező áruja szemcsepp-kiszerelésű. Az Elsőfokú Bíróság álláspontja szerint valójában a gyógyszer bevételének módjában lévő különbség a jelen ügyben nincs hatással a két áru közös természetére és rendeltetésére.

25 Az Elsőfokú Bíróság végezetül a megtámadott ítélet 59. és 60. pontjában irrelevánsként elutasította a fellebbező azon tényre alapított érvét, hogy az ő gyógyszerét szemorvos írja fel, míg a Biofarma gyógyszerét keringési problémákra szakosodott szakorvos.

26 Másodszor, a kérdéses megjelölések összehasonlítása tekintetében az Elsőfokú Bíróság elsőként a megtámadott ítélet 66. pontjában megállapította, hogy a fellebbezési tanács nem követett el hibát, amikor megállapította, hogy a megjelölések vizuális szinten hasonlóak. Ehhez kapcsolódóan az Elsőfokú Bíróság az említett ítélet 65. pontjában a következőket állapította meg:

„65. [...] A fellebbezési tanács helyesen állapította meg, hogy vizuális síkon a két megjelölés szinte azonos hosszúságú, és hét közös, egymást azonos sorrendben követő betűből: t, r, v, a, t, a és n áll. A fellebbezési tanács arra is jogosan mutatott rá, hogy a két megjelölés ugyanúgy t és r betűvel kezdődik és -tan-ra végződik. Meg kell állapítani, hogy az a tény, hogy a két első betű még nem teljes

egészében adja ki az első szótagot, nem bír jelentőséggel jelen ügyben a vizuális hasonlóság folytán. Azt a következtetést kell tehát levonni, hogy e vizuális hasonlóságok által keltett együttes benyomás az, hogy a megjelölések hasonlóak. A fellebbezési tanács helyesen állapította meg, hogy a szóban forgó megjelölések közti különbségek, melyek egyrészt abból adódnak, hogy a megjelölések harmadik betűje különböző (i és a magánhangzó), másrészt hogy a korábbi védjegyben egy plusz betű is szerepel (az s mássalhangzó), nem képesek semlegesíteni ezt a benyomást, hiszen ezen elemek vizuálisan kevéssé érzékelhetők."

27 Az Elsőfokú Bíróság ezt követően a megtámadott ítélet 70. pontjában leszögezte, hogy a fellebbezési tanács annak megállapításával sem követett el hibát, hogy az ütköző megjelölések között hangzásbeli hasonlóság áll fenn. Erre vonatkozóan az Elsőfokú Bíróság az említett ítélet 69. pontjában megállapította:

„69 [...] a két megjelölés hangzásban azonos hosszúságú szavakból áll, kezdőhangjuk (tr) azonos, végződésük (a tan szótag) azonos, közepük közel hasonló (va és vas), és ugyanaz a ritmusuk, mivel a fonémák nagy része azonos, és ugyanabban a sorrendben szerepel. Meg kell állapítani, hogy a közös elemek ilyen jelentős száma megakadályozza, hogy az olasz fogyasztó egyértelműen érzékelje a megjelölések közötti kicsiny különbségeket, ami bizonyos mértékű összetévesztéshez vezethet számára."

28 Az Elsőfokú Bíróság végezetül a megtámadott ítélet 74. pontjában megállapította, hogy a kérdéses megjelölések között nem áll fenn fogalmi hasonlóság.

29 E körülmények között az Elsőfokú Bíróság az említett ítélet 75., 76. és 80. pontjában megállapította, hogy tekintettel az érintett áruk jelentős hasonlóságára, és a kérdéses megjelölések vizuális és hangzásbeli hasonlóságára, fennáll e megjelölések összetévesztésének veszélye annyiban, hogy a vásárlóközönség azt hiheti, hogy a szóban forgó áruk ugyanattól a vállalkozástól, vagy adott esetben gazdaságilag egymással kapcsolatban álló vállalkozásoktól származnak. Következésképpen az Elsőfokú Bíróság a fellebbező második jogalapját – és ezáltal a keresetet összességében – elutasította.

A felek kérelmei

30 Fellebbezésében a fellebbező azt kéri, hogy a Bíróság:

– helyezze hatályon kívül a megtámadott ítéletet;

– amennyiben szükséges, utalja vissza az ügyet az Elsőfokú Bíróság elé; és

– az OHIM-ot és/vagy a Biofarmát kötelezze a költségek viselésére.

31 Az OHIM azt kéri, hogy a Bíróság utasítsa el a fellebbezést, és kötelezze a fellebbezőt a költségek viselésére.

32 A Biofarma nem nyújtott be válaszbeadványt, de a tárgyaláson meghallgatták, és csatlakozik az OHIM kérelmeihez.

A fellebbezés

33 A megtámadott ítélet hatályon kívül helyezésére irányuló kérelmének alátámasztása érdekében a fellebbező a 40/94 rendelet 43. cikke (2) és (3) bekezdésének megsértésére alapított jogalap elfogadhatóságára vonatkozó, valamint az említett rendelet 8. cikke (1) bekezdése b) pontjának megsértésére alapított jogalapot terjeszt elő.

Az első, a 40/94 rendelet 43. cikke (2) és (3) bekezdésének megsértésére alapított jogalap elfogadhatóságára vonatkozó jogalapról

A felek érvei

34 A fellebbező álláspontja szerint az Elsőfokú Bíróság hibát követett el azáltal, hogy a 40/94 rendelet 43. cikke (2) és (3) bekezdésének a korábbi védjegy tényleges

használata fennállásának megállapításához szükséges feltételek betartása tekintetében történő megsértésére alapított jogalap elfogadhatatlanságát állapította meg annak új jellege miatt. A fellebbező, mivel az OHIM előtt vitatta a korábbi védjegy használatának kontextusát, nevezetesen azt a tényt, hogy a korábbi védjegyet ténylegesen használták Olaszországban szemgyógyászati készítményekre vonatkozóan, azzal érvel, hogy az e jogalap keretében az Elsőfokú Bíróság előtt előterjesztett másodlagos kereseti kérelmeket elfogadhatóknak kellett volna minősíteni.

35 A fellebbező mindenesetre úgy véli, hogy az említett jogalap az eljárásban már előterjesztett jogkérdéseken alapul, nevezetesen a fent hivatkozott MFE Marienfelde kontra OHIM – Vétoquinol (HIPOVITON) ügyben hozott ítéleten. Mivel az Elsőfokú Bíróság ezen ítélet 35. pontjában – a megtámadott ítélet alapját képező kereset benyújtását követően – megállapította, hogy a korábbi védjegy használatának jelentőségét illetően figyelembe kell venni többek között az összes használati ügylet kereskedelmi volumenét egyrészről, és annak az időszaknak a tartamát, melynek során a használati ügyletek történtek, valamint másrészről ezeknek az ügyleteknek a gyakoriságát, más jogértelmezést alkalmazott, mint amely a C-40/01. sz. Ansul ügyben 2003. március 11-én hozott ítéletből (EBHT 2003., I-2439. o.) következik.

36 A fellebbező álláspontja szerint az Elsőfokú Bíróság ezenfelül téves jogalkalmazást követett el azáltal, hogy a megtámadott ítélet 23–25. pontjában azt állapította meg, hogy az Elsőfokú Bíróságnak még a kérdéses jogalap elfogadhatósága esetén is a fellebbezési tanács határozata jogszerűségének a fellebbezési tanács tudomására hozott ténybeli és jogi kereteken belül történő ellenőrzésére kell szorítkoznia. Ha ez az érvelés helytálló lenne, a fellebbezési tanács vitatott határozatait nem lehetne hatályon kívül helyezni még akkor sem, ha az Elsőfokú Bíróság vagy a Bíróság legutóbbi jogértelmezése alapján a határozat nyilvánvalóan téves.

37 Az OHIM álláspontja szerint a fellebbező azon állítása, mely szerint a védjegy tényleges használata nem állt fenn, új jogalapnak minősül, mivel a fellebbezési tanács előtt előterjesztett eredeti jogalappal a fellebbező kizárólag azt állította, hogy nem bizonyított a korábbi védjegynek a különleges terápiás alkalmazásokra – nevezetesen szemgyógyászati célokra – szánt áruk tekintetében történő használata, és nem vitatta a használat tényleges voltát. Ez az új állítás az Elsőfokú Bíróság eljárási szabályzata 135. cikkének 4. §-ával ellentétes módon megváltoztatja az eljárásnak a fellebbezési tanács előtt előterjesztett tárgyát, mivel a megtámadott határozatnak a jogvita eredeti tárgya által nem érintett kérdésekben történő felülvizsgálatára irányult.

A Bíróság álláspontja

38 A jelen jogalap keretében előterjesztett érvek első részében a fellebbező által felhozott azon kifogást illetően, hogy az Elsőfokú Bíróság tévesen értelmezte az eljárási szabályzata 48. cikke 2. §-a első albekezdésének hatályát, emlékeztetni kell arra, hogy e rendelkezés szerint az eljárás további részében semmilyen új jogalapot nem lehet felhozni, kivéve, ha az olyan jogi vagy ténybeli elemből származik, amely az eljárás során merült fel.

39 A jelen ügyben a megtámadott ítélet 17–22. pontjából következik, hogy az Elsőfokú Bíróság úgy vélte, hogy új ténybeli vagy jogi helyzet hiányában a fellebbező által a tárgyaláson előterjesztett azon jogalapot, amely szerint a korábbi védjegy tényleges használata fennállásának megállapításához szükséges feltételek többek között a

korábbi védjegy csekély kereskedelmi volumene következtében nem teljesültek, el kell utasítani mint elfogadhatatlant, mivel az az Elsőfokú Bíróság eljárási szabályzatának az említett rendelkezése értelmében új jogalapnak minősül. A fellebbező a keresetlevelében valójában nem azért rótta fel a fellebbezési tanácsnak, hogy megsértette a 40/94 rendelet 43. cikke (2) és (3) bekezdését, amiért az említett feltételek nem teljesültek, hanem csupán azért, amiért a Biofarma által a tényleges használatra vonatkozóan benyújtott bizonyítékok nem igazolták megfelelő módon a korábbi védjegy tényleges használatát a szemészeti készítmények vonatkozásában.

40 Amint arra a főtanácsnok indítványának 20. pontjában is rámutat, meg kell állapítani, hogy az Elsőfokú Bíróság által alkalmazott értékelés jogban való tévedést foglal magában. Az az érv ugyanis, amely szerint a korábbi védjegy tényleges használata fennállásának megállapításához szükséges feltételek nem teljesültek, logikusan illeszkedik az ilyen tényleges használat a szemgyógyászati termékek tekintetében történő fennállása bizonyítékának hiányára alapított jogalap keretébe. Ez az érvelés, azon felül, hogy a 40/94 rendelet ugyanazon rendelkezésének megsértésén alapul, mint az utóbbi jogalap állításai, e jogalaphoz hasonlóan a korábbi védjegy a kereskedelemben történő használata ténylegességének vitatására irányul. Ebből következően ez az említett jogalap kibővítése, melyet elfogadhatónak kell tekinteni (a 306/81. sz. Verros kontra Parlament ügyben 1983. május 19-én hozott ítélet [EBHT 1983., 1755. o.] 9. pontja, és a C-66/02. sz. Olaszország kontra Bizottság ügyben 2005. december 15-én hozott ítélet [EBHT 2005., 10901. o.] 86. pontja).

41 A megtámadott ítélet 17–22. pontját érintő jogban való tévedés azonban nem olyan jellegű, hogy az ítélet érvénytelenségét vonná maga után, következésképpen a felperes által erre vonatkozóan előterjesztett érveket el kell utasítani mint irreleváns érveket. A korábbi védjegy tényleges használata fennállásának megállapításához szükséges feltételekre vonatkozó érvelésnek az Elsőfokú Bíróság által történő elutasítása ugyanis az említett ítéletben elfogadott más indokok alapján jogilag kellően megalapozott (lásd ebben az értelemben a C-496/99. P. sz. Bizottság kontra

CAS Succhi di Frutta ügyben 2004. április 29-én hozott ítélet [EBHT 2004., I-3801. o.] 68. pontját, és a C-447/02. sz. KWS Saat kontra OHIM ügyben 2004. október 21-én hozott ítélet [EBHT 2004., I-10107. o.] 46–51. pontját.)

42 E tekintetben a megtámadott ítéletnek a „mindenesetre" kifejezéssel bevezetett 23–25. pontjaiból, melyek a felperes által a jelen jogalap keretében előterjesztett érvek második részének tárgyát képezik, az következik, hogy az Elsőfokú Bíróság úgy vélte, hogy még ha a korábbi védjegy tényleges használata fennállásának megállapításához szükséges feltételekre vonatkozó érvelést úgy is kellene értelmezni, mint a keresetlevélben előterjesztett jogalaphoz kapcsolódó érvet, akkor is el kellene azt utasítani egy másik indok alapján, amely azon alapul, hogy mivel az Elsőfokú Bíróság előtt előterjesztett kereset a megtámadott határozat jogszerűségének ellenőrzésére irányul, az általa gyakorolt ellenőrzés nem léphet túl a jogvita ténybeli és jogi keretén, ahogyan az a fellebbezési tanács előtt bemutatásra került. Az említett ítélet 24. pontjában az Elsőfokú Bíróság a tényállásra vonatkozó önálló értékelése keretében megállapította – és ezen megállapítása a jelen fellebbezés keretében sem képezi vita tárgyát –, hogy az OHIM előtti eljárás folyamán a fellebbező kifejezetten kijelentette, hogy nem vitatja azt a tényt, hogy a Biofarma által szolgáltatott bizonyíték igazolta a korábbi védjegy tényleges használatát egy bizonyos áru vonatkozásában.

43 A fellebbező érvelésével ellentétben az Elsőfokú Bíróság jogosan utasította el e második indok alapján a vitatott érvelést mint elfogadhatatlant. A fellebbező ugyanis nem volt jogosult módosítani az Elsőfokú Bíróság előtt a jogvita tartalmát, amely az általa, illetve az OHIM előtt felszólaló fél által előterjesztett indítványokból és állításokból következik (lásd ebben az értelemben a C-106/03. P. sz. ügyben 2004. október 12-én hozott ítélet [EBHT 2004., I-9573. o.] 26. pontját, és a fent hivatkozott KWS Saat kontra OHIM ítélet 58. pontját).

44 Egyrészt a 40/94 rendelet 63. cikkéből következik, hogy az OHIM fellebbezési tanácsai határozatainak hatályon kívül helyezésére vagy megváltoztatására hatáskör

hiánya, lényeges eljárási szabálysértés, az EK-Szerződés vagy a 40/94 rendelet, illetve ezek alkalmazásával kapcsolatos bármely jogszabály megsértése vagy hatáskörrel való visszaélés esetén kerülhet sor. Következésképpen a közösségi bíróság e határozat felett gyakorolt ellenőrzése nem terjed túl e határozat jogszerűségének ellenőrzésén, nem tárgya tehát az OHIM fórumai által értékelt ténybeli körülmények olyan felülvizsgálata, amelyhez az előtte újonnan előterjesztett tények figyelembe vétele szükséges. (lásd ebben az értelemben a C-214/05. P. sz., Rossi kontra OHIM ügyben 2006. július 18-án hozott ítélet [EBHT 2006., I-7057. o.] 50. pontját, valamint a C-29/05. P. sz. OHIM kontra Kaul ügyben 2007. március 13-án hozott ítélet [EBHT 2007., I-2213. o.] 54. pontját).

45 Másrészt az Elsőfokú Bíróság eljárási szabályzata 135. cikkének 4. §-ából következik, hogy az említett bíróság előtti eljárás felei nem változtathatják meg a fellebbezési tanács előtti eljárás tárgyát.

46 Következésképpen, mivel az Elsőfokú Bíróság önállóan megállapította, hogy a fellebbező kifejezetten lemondott arról, hogy az OHIM előtt vitassa azt a tényt, hogy a korábbi védjegy esetében teljesültek a tényleges használata fennállásának megállapításához szükséges feltételek, jogban való tévedés elkövetése nélkül megállapíthatta az előtte első alkalommal a tárgyaláson előterjesztett, vitatott érvelés elfogadhatatlanságát.

47 Az első jogalapot tehát el kell utasítani mint részben irrelevánst, részben megalapozatlant.

A második, a 40/94 rendelet 8. cikke (1) bekezdése b) pontja megsértésének megsértésére alapított jogalapról

Az érintett vásárlóközönség meghatározására vonatkozó első részkifogásról

– A felek érvei

48 A második jogalap első részkifogásával a fellebbező azt állítja, hogy az Elsőfokú Bíróság a megtámadott ítélet 49. pontjában a „vásárlóközönség" fogalmának értelmezése során jogban való tévedést követett el, mivel elmulasztotta annak megállapítását, hogy a végfogyasztók az orvosi rendelvényre vásárolt áru vásárlásakor nem választanak az áruk között. Ez a körülmény valójában azt is jelenti, hogy a végfogyasztó által történő vásárláskor az árun feltüntetett védjegy nem tölti be azt a rendeltetést, amely abban áll, hogy az említett áru származását tanúsítsa, és lehetővé tegye a fogyasztók számára, hogy azt a más származású áruktól megkülönböztessék. A végfogyasztó esetében következésképpen semmiképp sem áll fenn az összetévesztés veszélye. Ezt a megközelítést megerősítette mind a fellebbezési tanács, mind a közösségi bíróságok (az Elsőfokú Bíróság T-237/01. sz., Alcon kontra OHIM – Dr. Robert Winzer Pharma (BSS) ügyben 2003. március 5-én hozott ítélet [EBHT 2003., II-411. o.] 42. pontja, amelyet a Bíróság megerősített a C-192/03. P. sz. Alcon kontra OHIM ügyben 2004. október 5-én hozott végzésének [EBHT 2004., I-8993. o.] 30. pontjában.

49 Ebből következően az Elsőfokú Bíróságnak a vásárlóközönség fogalmát a szakmai közönségre kellett volna korlátoznia, nevezetesen az orvosokra és a gyógyszerészekre, és a végfogyasztókat az összetéveszthetőség értékelésekor nem kellett volna figyelembe vennie.

50 Az OHIM álláspontja szerint az összetéveszthetőség nem korlátozódik a közvetlen összetévesztés esetére, melyben a meghatározott védjeggyel ellátott árut összetévesztik egy olyan áruval, amelyen egy versenytárs védjegyét tüntették fel. Mivel ugyanis a közösségi védjegy alapvető rendeltetése abban áll, hogy az áru származását jelezze, elég, ha az érintett vásárlóközönség két azonos vagy hasonló védjeggyel ellátott áruhoz ugyanazt a származást társítja. A betegek pedig a kérdéses árukhoz akkor is társíthatják ugyanazt a származást, ha a vásárlás során a választásuk irányított, és még akkor is, ha a két kérdéses védjeggyel eltérő időpontokban, külön vásárlások során találkoznak. A fellebbezési tanács által elfogadott, ezzel ellenkező határozatok a közösségi bíróságokat nem kötelezik. A fellebbező által hivatkozott ítéletekkel kapcsolatban az OHIM álláspontja az, hogy azok a 40/94 rendelet más rendelkezéseire vonatkoznak, nevezetesen 7. cikke (1) bekezdésének d) pontjára, és 50. cikke (1) bekezdésének a) pontjára.

– A Bíróság álláspontja

51 A 40/94 rendelet 8. cikke (1) bekezdésének b) pontja szerint az egyrészt a bejelentett megjelölés és a korábbi védjegy közötti, és másrészt az ezek által érintett áruk, illetve szolgáltatások közötti hasonlóságból adódó összetéveszthetőség fennállását azon terület vásárlóközönségének alapul vételével kell értékelni, ahol a korábbi védjegy oltalom alatt áll.

52 A jelen ügyben az Elsőfokú Bíróság, miután a megtámadott ítélet 48. pontjában megállapította, hogy mivel a korábbi védjegy Olaszországban került lajstromozásra, e tagállam területe minősül az említett 8. cikk e rendelkezése értelmében érintett

területnek, a megtámadott ítélet 49. pontjában arra a következtetésre jutott, hogy tekintettel arra, hogy nem vitatható, hogy a szóban forgó áruk olyan gyógyszerek, amelyeknek végfogyasztók számára gyógyszertárakban történő árusítása előtt orvosi rendelvényre van szükség, az érintett vásárlóközönséget nem csupán a végfogyasztók alkotják, hanem ugyanígy a szakmai közönség, vagyis a gyógyszert felíró orvosok, valamint a felírt gyógyszert árusító gyógyszerészek.

53 Az ítélkezési gyakorlat alapján a védjegy alapvető rendeltetése elsősorban az, hogy tanúsítsa a fogyasztó vagy a végső felhasználó számára a védjeggyel megjelölt áru vagy szolgáltatás származását, lehetővé téve számukra, hogy az összetévesztés lehetősége nélkül megkülönböztethessék azokat más eredetű áruktól vagy szolgáltatásoktól (lásd többek között a C-299/99. sz. Philips-ügyben 2002. június 18-án hozott ítélet [EBHT 2002., I-5475. o.] 30. pontját, és a C-37/03. P. sz. BioID kontra OHIM ügyben 2005. szeptember 15-én hozott ítélet [EBHT 2005., I-7975. o.) 27. pontját).

54 Annak érdekében, hogy a védjegy betölthesse alapvető fontosságú szerepét a Szerződés által létrehozni kívánt torzításmentes verseny rendszerében, ténylegesen tanúsítania kell, hogy a védjegy által jelölt valamennyi árut vagy szolgáltatást egyetlen vállalkozás ellenőrzése alatt gyártották vagy nyújtották, amely felelős azok minőségéért (lásd ebben az értelemben a C-39/97. sz. Canon ügyben 1998. szeptember 29-én hozott ítélet [EBHT 1998.,I-5507. o.] 28. pontját.

55 Következésképpen a 40/94 rendelet 8. cikke (1) bekezdése b) pontjának 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 (lásd ebben az értelemben a fent hivatkozott Canon-ügyben hozott ítélet 29. pontját, és a C-342/97. sz. Lloyd Schuhfabrik Meyer ügyben 1999. június 22-én hozott ítéletének [EBHT 1999., I-3819.] 17. pontját.)

56 A jelen ügyben, tekintettel erre az ítélkezési gyakorlatra, az Elsőfokú Bíróság jogosan állapította meg – és a jelen fellebbezés keretében egyik fél sem vitatja egyébként –, hogy a kérdéses szakmai közönség a 40/94 rendelet 8. cikke (1) bekezdésének b) pontja értelmében vett érintett fogyasztók közé sorolandó, tekintve, hogy a védjegy a származás tanúsítására irányuló rendeltetése azon közvetítők számára is fontos, akik az áru forgalmazásában részt vesznek, mivel befolyásolja a piaci magatartásukat (lásd ebben az értelemben a C-371/02. sz. Björnekulla Fruktindustrier ügyben 2004. április 29-én hozott ítélet [EBHT 2004., I-5791. o.] 23. és 24. pontját).

57 Ugyanakkor a fellebbező érvelésével ellentétben az a tény, hogy a közvetítők, mint a szakmai közönség befolyásolhatják, vagy akár meg is határozhatják a végfogyasztók választását, önmagában nem olyan jellegű, hogy e fogyasztók tekintetében a kérdéses áruk származását illetően mindenfajta összetéveszthetőséget kizárjon.

58 Az Elsőfokú Bíróság abban a tekintetben, hogy a megtámadott ítélet 49. pontjában a tényállás értékelésére vonatkozó önálló értékelése keretében megállapította, hogy a szóban forgó árukat a végfogyasztók számára gyógyszertárakban árusítják, jogosan juthatott arra a következtetésre, hogy még ha ez ezen áruk közötti választást befolyásolják is, illetve meg is határozzák a közvetítők, az ilyen összetéveszthetőség az említett fogyasztók tekintetében is fennáll, hiszen a fogyasztók is kapcsolatba kerülnek ezekkel az árukkal, még akkor is, ha a vásárlások minden egyes áru vonatkozásában más időpontokban történnek.

59 Az állandó ítélkezési gyakorlat értelmében az, hogy az átlagfogyasztó miként észleli a védjegyet a szóban forgó áruk és szolgáltatások tekintetében, meghatározó szerepet

játszik az összetéveszthetőség átfogó értékelése során (a fent hivatkozott Lloyd Schuhfabrik Meyer ítélet 25. pontja, és a C-360/04. P. sz. Ruiz-Picasso és társai ügyben 2006. december 12-én hozott ítélet [EBHT 2006., I-643. o.] 38. pontját).

60 Ezenfelül a Bíróság már megállapította, hogy az átlagos fogyasztónak csak ritkán adódik lehetősége közvetlenül összehasonlítani a különböző védjegyeket, és így a védjegyről az emlékezetében megőrzött tökéletlen képre kell hagyatkoznia (a fent hivatkozott Lloyd Schuhfabrik Meyer ítélet 26. pontja, és a C-107/03. P. sz. Procter & Gamble kontra OHIM ügyben 2004. szeptember 23-án hozott ítélet [az EBHT-ban nem tették közzé] 44. pontja).

61 Mivel ugyanakkor nem vitatott, hogy a kérdéses áruk teljes forgalmazási folyamatának az a célja, hogy a végfogyasztók ezen árukat megszerezzék, az Elsőfokú Bíróság jogosan állapíthatta meg, hogy a közvetítők szerepét – még ha az egészségügyi szakmai közönségről van is szó, amelynek előzetes közvetítő szerepe szükséges az áruknak a végfogyasztók számára történő értékesítéséhez – részben össze kell vetni azzal a nagyfokú figyelemmel, amelyet e fogyasztók a vény kiállításakor tanúsíthatnak, tekintve, hogy a kérdéses áruk gyógyszeripari áruk, és e fogyasztók azon képességével, amellyel a szakmai közönséget arra késztetik, hogy a kérdéses védjegyek általuk történő érzékelését, különösen elvárásaikat vagy preferenciáikat, figyelembe vegyék.

62 E tekintetben emlékeztetni kell arra, hogy a Bíróság már megállapította, hogy amennyiben az oltalomban részesítendő áruk vagy szolgáltatások az érintett vásárlóközönség egészét célozzák, úgy kell tekinteni, hogy az érintett közönség

szokásosan tájékozott, ésszerűen figyelmes és körültekintő, átlagos fogyasztókból áll (a C-473/01. P. és C-474/01. P sz. Procter & Gamble kontra OHIM ügyben 2004. április 29-én hozott ítélet [EBHT 2004., I-5173. o.] 33. pontja, és a C-329/02. P. sz. SAT.1 ügyben 2004. szeptember 16-án hozott ítélet [EBHT 2004., I-8317. o.] 24. pontja].

63 Mindezek alapján az Elsőfokú Bíróság nem követett el jogban való tévedést annak megállapításával, hogy a végfogyasztók a 40/94 rendelet 8. cikke (1) bekezdése b) pontjának értelmében vett érintett fogyasztók közé tartoznak.

64 A fellebbezőnek a fellebbezési tanácsok vagy a közösségi bíróságok bizonyos határozataira alapított érvei sem alkalmasak arra, hogy ezt a következtetést ismételten vita tárgyává tegyék.

65 A fellebbezési tanácsoknak a megjelölés közösségi védjegyként történő lajstromozására vonatkozó, a 40/94 rendelet alapján meghozandó határozatok nem mérlegelési jogkörbe, hanem mérlegelést nem engedő hatáskörbe tartoznak. Ezért ezeknek a határozatoknak a jogszerűségét kizárólag a rendelet alapján kell megítélni, ahogyan azt a közösségi bíróság értelmezi, nem pedig a fellebbezési tanácsok korábbi döntési gyakorlata alapján (a korábban említett C-37/03. P. sz., BioID kontra OHIM ügyben 2005. szeptember 15-én hozott ítéletének 47. pontja, és a C-173/04. P. sz. Deutsche SiSi-Werke kontra OHIM ügyben 2006. január 12-én hozott ítélet [EBHT 2006., I-551. o.] 48. pontja).

66 A fellebbező által az érvelésének alátámasztása érdekében hivatkozott, az Elsőfokú Bíróság a fent hivatkozott Alcon kontra OHIM – Dr. Robert Winzer Pharma (BSS) ítéletének tárgyát képező ügy és a Bíróságnak a fent hivatkozott Alcon kontra OHIM ügyben hozott végzése tekintetében elég azt megállapítani, hogy az említett ügy tárgya nem a végfogyasztók számára gyógyszertárakban értékesített árukra vonatkozó védjegy bejelentése volt, hanem „szemgyógyászati készítmények, steril szemsebészeti oldatok", melyek tekintetében az Elsőfokú Bíróság jogban való tévedés elkövetése nélkül állapíthatta meg, hogy a kérdéses védjegy szokásos jellegét az orvosi szakmai célközönség – nevezetesen a tevékenységüket az Európai Unióban gyakorló szemészek és szemsebészek – szempontjából kell értékelni.

67 Következésképpen a második jogalap első részkifogását el kell utasítani mint megalapozatlant.

A második, az áruk hasonlóságára vonatkozó részkifogásról

– A felek érvei

68 A fellebbező álláspontja szerint az Elsőfokú Bíróság jogban való tévedést követett el azáltal, hogy nem kérte a Biofarmától a két érintett áru állítólagos hasonlóságának igazolását. Az Elsőfokú Bíróság az árukkal kapcsolatos releváns tényezőket, különösen az áruk jellegét és formáját, valamint az ezen árukat előíró és kiadó egészségügyi szakmai közönség szerepét sem vette figyelembe, vagy legalábbis nem kellő mértékben.

69 Az OHIM érvelése szerint az áruk hasonlóságának fogalma olyan jogkérdésnek minősül, amelyet az eljárás során az OHIM fórumainak hivatalból kell vizsgálniuk. Az áruk formái figyelembe vételének szükségességét illetően az OHIM álláspontja az, hogy ez a tényező nem releváns, kivéve azt az esetet, ha a bejelentésben az árujegyzék magában foglalja a használati formát, amely a jelen ügyben nem áll fenn. A forma valójában csupán a bejelentett védjegy szempontjából irreleváns forgalmazási tényező, amely az idővel változhat. Ugyanez vonatkozik arra a tényre, hogy az árukat orvosi rendelvényre értékesítik, e tény ugyanis szintén a kérdéses közösségi védjegybejelentés árujegyzékében szereplő áruk szempontjából irreleváns tényező.

– A Bíróság álláspontja

70 Teljességében el kell utasítani elfogadhatatlanként azt az érvet, mellyel a fellebbező olyan bizonyítékra hivatkozva, amelyet a Biofarmától kellett volna kérni, valójában az Elsőfokú Bíróságnak a megtámadott ítélet 57–60. pontjában foglalt tisztán ténybeli értékelését kívánja vitatni, mely értékelés alapján az Elsőfokú Bíróság a megtámadott ítélet 61. pontjában arra a következtetésre jutott, hogy a fellebbezési tanács nem követett el hibát, amikor megállapította, hogy a kérdéses áruk között jelentős mértékű hasonlóság áll fenn.

71 A fellebbező ugyanis nem kérheti a Bíróságot arra, hogy e tekintetben a saját értékelését alkalmazza az Elsőfokú Bíróság értékelése helyett. Az állandó ítélkezési gyakorlat értelmében az EK 225. cikkéből és a Bíróság alapokmánya 58. cikkének

első albekezdéséből következően a fellebbezés kizárólag jogkérdésre vonatkozhat. Az Elsőfokú Bíróság hatásköre ezért kizárólag a releváns tények megállapítására és értékelésére, valamint a bizonyítékok értékelésére terjed ki. Ezeknek a tényeknek és bizonyítékoknak az értékelése tehát – amennyiben nincsen szó az elferdítésükről – nem jogkérdés, amelynek vizsgálata a fellebbezési eljárás keretein belül a Bíróságra tartozna (lásd a C-206/04. P. sz. Mülhens kontra OHIM ügyben 2006. március 23-án hozott ítélet [EBHT 2006., I-2717. o.] 41. pontját, és a fent hivatkozott Rossi kontra OHIM ügyben hozott ítélet 26. pontját).

72 Azon érv tekintetében, mely szerint az Elsőfokú Bíróság a kérdéses áruk hasonlóságának értékelésekor releváns kritériumokat figyelmen kívül hagyott, emlékeztetni kell arra, hogy az ítélkezési gyakorlat szerint az ilyen hasonlóság értékelésénél figyelembe kell venni az áruk vagy szolgáltatások kapcsolatát jellemző összes releváns tényezőt. E tényezők magukban foglalják különösen az áruk vagy szolgáltatások természetét, rendeltetését, használatát, valamint versengő vagy kiegészítő voltukat (lásd ebben az értelemben a fent hivatkozott Canon–ítélet 23. pontját).

73 A jelen ügyben meg kell állapítani, hogy ezen ítélkezési gyakorlatnak megfelelően az Elsőfokú Bíróság a megtámadott ítélet 61. pontjában foglalt azon megállapítása tekintetében, hogy a fellebbezési tanács nem követett el hibát, amikor megállapította, hogy a kérdéses áruk között jelentős mértékű hasonlóság áll fenn, jogszerűen megvizsgálta a megtámadott ítélet 57. pontjában az áruk jellegét, célját, rendeltetését, forgalmazási módját, valamint versengő vagy kiegészítő jellegét. A fellebbező ezért tévesen kifogásolja, hogy az Elsőfokú Bíróság az említett áruk hasonlóságának értékelésénél releváns tényezőket hagyott figyelmen kívül.

74 Ezenfelül a fellebbező azon kifogása tekintetében, hogy az Elsőfokú Bíróság nem vette kellőképpen figyelembe a kérdéses áruk formájához kapcsolódó kritériumot,

meg kell állapítani, hogy az Elsőfokú Bíróság a megtámadott ítélet 58. pontjában megvizsgálta e kritérium alkalmazását az említett áruk közötti hasonlóság értékelése céljából. Arra az álláspontra jutott azonban, hogy a gyógyszerek bevételének módjában lévő különbség a jelen ügyben nincs hatással a két áru közös természetére és rendeltetésére.

75 A fellebbező tehát azzal a kifogásával, mely szerint az Elsőfokú Bíróság nem vette kellő mértékben figyelembe a kérdéses áruk formájának kritériumát, valójában azt kívánja elérni, hogy a Bíróság e pont vonatkozásában a saját értékelését alkalmazza az Elsőfokú Bíróság értékelése helyett. Következésképpen, mivel a fellebbező nem hivatkozik a tényeknek vagy a bizonyítékoknak az Elsőfokú Bíróság általi elferdítésére, az ehhez kapcsolódóan előterjesztett érvet a jelen ítélet 71. pontjában hivatkozott állandó ítélkezési gyakorlatnak megfelelően el kell utasítani mint elfogadhatatlant.

76 Végezetül, a fellebbező azon kifogását illetően, hogy az Elsőfokú Bíróság nem vette figyelembe azt a tényt, hogy a kérdéses árukat az egészségügyi szakmai közönség rendelvényére adják ki, ezt az érvet ugyanazon indokok miatt, mint amelyeket a jelen ítélet 51–63. pontjai felsorolnak, el kell utasítani mint megalapozatlant, mivel e kifogás az érintett fogyasztók fogalmára vonatkozóan a megtámadott ítéletben megadott meghatározásnak az ismételt vitatására irányul.

77 Következésképpen a jelen jogalap második részkifogását el kell utasítani, mint részben elfogadhatatlant, és részben megalapozatlant.

A harmadik, a megjelölések hasonlóságára vonatkozó részkifogásról

– A felek érvei

78 A fellebbező kifogásolja, hogy az Elsőfokú Bíróság jogban való tévedést követett el, amikor a kérdéses megjelölések összehasonlításakor nem határozta meg megfelelő módon az összetéveszthetőség értékelése szempontjából alapul veendő érintett fogyasztókat.

79 A vizuális hasonlóság tekintetében a fellebbező azzal érvel, hogy az Elsőfokú Bíróság tévesen állapította meg, hogy a vizuális hasonlóságok által keltett együttes benyomás az, hogy a kérdéses megjelölések hasonlóak. Az átfogó értékelés keretében ugyanis, még ha vannak is hasonlóságok, ezek nem elegendőek annak megállapításához, hogy a megjelölések között vizuális hasonlóság áll fenn. A vizuális összehasonlítást az érintett fogyasztók közé tartozó személy szemszögéből kellene elvégezni.

80 A hangzásbeli hasonlóságot illetően a fellebbező álláspontja az, hogy az Elsőfokú Bíróság tévesen állapította meg a kérdéses megjelölések e tekintetben fennálló hasonlóságát. Az egyes megjelölések előtagjainak domináns elemei egyértelműen megkülönböztethetők, és teljes mértékben eltérő a kiejtésük. Az a tény továbbá, hogy az átlagos fogyasztónak csak ritkán adódik lehetősége közvetlenül össze-

hasonlítani a különböző védjegyeket, a jelen ügyben irreleváns, hiszen a kérdéses árukat szakorvosok írják elő. Az esetleges hasonlóságokat mindenesetre nem szabad túlértékelni, tekintettel különösen a két érintett áru formája közötti különbségre, illetőleg az értékesítésük sajátos orvosi kontextusára.

81 Az OHIM érvelése szerint ezek az érvek elfogadhatatlanok, mivel azok a fellebbezőnek az Elsőfokú Bíróság által végzett ténybeli értékelésének vitatására szorítkoznak.

– A Bíróság álláspontja

82 Azt az érvet, mely szerint az Elsőfokú Bíróság jogban való tévedést követett el, amikor a kérdéses megjelölések összehasonlításakor nem határozta meg megfelelő módon az érintett fogyasztókat, teljességében el kell utasítani mint megalapozatlant, ugyanazon indokok miatt, mint amelyeket a jelen ítélet 51–63. pontjai felsorolnak, ez az érv ugyanis az érintett fogyasztók fogalmára vonatkozóan a megtámadott ítéletben megadott meghatározásnak az ismételt vitatására irányul.

83 A fellebbező azon érvelését illetően, mely szerint a kérdéses megjelölések vizuális és hangzásbeli szempontból nem összetéveszthetők, különös tekintettel a két érintett áru formája közötti különbségre, illetőleg az értékesítésük sajátos orvosi kontextusára, rá kell mutatni, hogy az Elsőfokú Bíróság ehhez kapcsolódóan a megtámadott ítélet 64–70. pontjában tisztán ténybeli jellegű értékelést alkalmazott, melynek alapján az említett ítélet 75. és 76. pontjában a kérdéses megjelölések között vizuális és hangzásbeli hasonlóság fennállását állapította meg.

84 Következésképpen, mivel a jelen ügyben a fellebbező nem hivatkozik a tényeknek vagy a bizonyítékoknak az Elsőfokú Bíróság általi elferdítésére, a második jogalap harmadik részkifogását a jelen ítélet 71. pontjában hivatkozott állandó ítélkezési gyakorlatnak megfelelően el kell utasítani, mint elfogadhatatlant.

85 Ezenfelül a fellebbező azon kifogása vonatkozásában, hogy az Elsőfokú Bíróság a kérdéses megjelölések vizuális és hangzásbeli hasonlóságának értékelésekor nem vette figyelembe azt a tényt, hogy az érintett fogyasztók magukban foglalják a végső fogyasztókon kívül az egészségügyi szakmai közönséget, az e pontot érintő érveket a fellebbező összetéveszti a jelen jogalap negyedik részkifogásával. Ezek az érvek ezért annak keretében kerülnek vizsgálatra.

A negyedik, az összetéveszthetőségre vonatkozó részkifogásról

– A felek érvei

86 A fellebbező érvelése szerint, bár az Elsőfokú Bíróság azt állapította meg, hogy az érintett fogyasztók magukban foglalják a végső fogyasztókon kívül a gyógyszerészeket és az orvosokat is, valójában nem vette őket figyelembe, és az összetéveszthetőség fennállását kizárólag annak alapján értékelte, hogy az átlagos fogyasztó mit érzékel. A felszólalási osztály azonban határozatában azt állapította meg, hogy a kérdéses áruk összetéveszthetősége az orvosok és a gyógyszerészek tekintetében kis mértékű.

87 Az OHIM érvelése szerint az e ponthoz kapcsolódóan előterjesztett érvek elfogadhatatlanok, amennyiben nem minősülnek olyan jogi érveknek, amelyekkel a fellebbező azt állítja, hogy az Elsőfokú Bíróság tévesen értelmezte a 40/94 rendelet 8. cikke (1) bekezdésének b) pontját, vagy elferdítette a tényeket.

– A Bíróság álláspontja

88 A második jogalap e részkifogásával a fellebbező azt kívánja bizonyítani, hogy az Elsőfokú Bíróság jogban való tévedést követett el abban a tekintetben, hogy a kérdéses megjelölések összetéveszthetőségét nem a 40/94 rendelet 8. cikke (1) bekezdése b) pontjának értelmében vett, a megtámadott ítéletben meghatározott érintett fogyasztók alapján vizsgálta.

89 Az OHIM állításaival ellentétben az Elsőfokú Bíróság által az e rendelkezés alkalmazása tekintetében követett indokolás koherenciájának ily módon történő vitatásával a fellebbező a közösségi jognak az Elsőfokú Bíróság általi alkalmazására vonatkozó jogkérdést vet fel. A második jogalap e részkifogása ezért elfogadható.

90 E részkifogás megalapozottságát illetően emlékeztetni kell arra, hogy a megtámadott ítélet 48. pontjában az Elsőfokú Bíróság megállapította, hogy a jelen ügyben Olaszország az érintett terület. A jelen ítélet 61–53. pontjából továbbá az következik,

hogy az Elsőfokú Bíróság a megtámadott ítélet 49. pontjában jogosan állapította meg, hogy az érintett fogyasztók közé tartoznak mind a végfogyasztók, mind bizonyos egészségügyi szakmai közönség. Ebből következően a 40/94 rendelet 8. cikke (1) bekezdése b) pontjának alkalmazásakor a kérdéses áruk közötti összetéveszthetőség fennállását – amint azt az Elsőfokú Bíróság a megtámadott ítélet 50. pontjában megállapította – az így meghatározott érintett fogyasztók általi érzékelés alapján kell értékelni.

91 Következésképpen az Elsőfokú Bíróság a megtámadott ítélet 62–76. pontjában jogszerűen járt el, amikor a kérdéses megjelölések összetéveszthetőségének fennállását a végfogyasztók tekintetében vizsgálta.

92 Ezzel szemben a megtámadott ítéletből nem következik a jogszerűséghez szükséges mértékben, hogy az Elsőfokú Bíróság módszeresen vizsgálta az összetévesztés veszélyének fennállását a kérdéses egészségügyi szakmai közönség tekintetében.

93 A megtámadott ítélet 65. pontjában ugyanis az Elsőfokú Bíróság a kérdéses megjelölések közötti vizuális hasonlóságot általános módon értékelte, anélkül, hogy az elemzésnek az érintett fogyasztók releváns része alapján történő felbontása vagy részletezése mellett meghatározta volna, hogy az értékelés milyen mértékben vonatkozik a végfogyasztókra, és adott esetben az egészségügyi szakmai közönségre.

94 A kérdéses megjelölések hangzásbeli hasonlósága tekintetében hasonló módon az Elsőfokú Bíróság, bár az értékelését e tekintetben a megtámadott ítélet 69. pontjában arra alapozta, hogy azt hogyan érzékeli az „olasz fogyasztó", e pontban nem jelezte, hogy ezek a megállapítások mennyiben vonatkoznak mind a végfogyasztókra, mind az egészségügyi szakmai közönségre. Igaz ugyan, hogy az említett ítéletnek a kérdéses áruk közötti hasonlóságra vonatkozó 57. pontjában az Elsőfokú Bíróság kifejezetten a „fogyasztók" fogalomba sorolja a végső felhasználókat, valamint a szakmabelieket. Ez a kifejezés azonban az ítélet más részében, kizárólag az érintett nemzeti fogyasztók meghatározása mellett, más jelzés hiányában inkább a végső felhasználókra utal, mint a szakmai közönségre, és ezt még valószínűbbé teszi az, hogy a Bíróság előtti iratokból az tűnik ki, hogy a megtámadott határozat, melynek jogszerűségét az Elsőfokú Bíróság a megtámadott ítélet keretében vizsgálta, kizárólag a végfogyasztókat sorolta az érintett fogyasztók közé.

95 Az érintett megjelölések az egészségügyi szakmai közönség általi érzékelésének kérdése azonban a központi részét képezte a fellebbező által az Elsőfokú Bíróság előtt előterjesztett, a 40/94 rendelet 8. cikke (1) bekezdése b) pontjának hatályára vonatkozó érvelésnek, és jelenleg is igaz ez a Bíróság előtt a fellebbezési szakaszban.

96 E körülmények között meg kell állapítani, hogy a megtámadott ítélet indokolása e pontok tekintetében hiányos, és a Bíróságnak nem áll rendelkezésére elég információ ahhoz, hogy e tekintetben ellenőrzési jogkörét gyakorolja.

97 Az ítélkezési gyakorlat szerint az a kérdés, hogy az Elsőfokú Bíróság által meghozott ítélet indokolása ellentmondásos vagy hiányos-e, jogkérdésnek minősül, amelyre,

mint ilyenre, a fellebbezés keretében hivatkozni lehet (a C-401/96. P. sz. Somaco kontra Bizottság ügyben 1998. május 7-én hozott ítélet [EBHT 1998., I-2587. o.] 53. pontja, és a C-446/00. P. sz. Cubero Vermurie ügyben 2001. december 13-án hozott ítélet [EBHT 2001., I-10315. o.] 20. pontja).

98 Ennek megfelelően meg kell állapítani, hogy az Elsőfokú Bíróság a megtámadott ítélet 65. és 69. pontjában hiányosan indokolta a kérdéses megjelölések az érintett fogyasztók tekintetében vizsgált vizuális és hangzásbeli hasonlóságának fennállására vonatkozó megállapításait, mely fogyasztók bizonyos egészségügyi szakmai közönséget is magukban foglalnak.

99 Ez az indokolási hiányosság azonban nem olyan természetű, hogy érvénytelenné tenné a megtámadott ítéletet. Mivel ugyanis az Elsőfokú Bíróság a megtámadott ítélet 56–75. pontjában a tények általa történő önálló értékelése keretében az érintett áruk jelentős hasonlóságának fennállását, valamint a kérdéses megjelölések a végfogyasztókból álló érintett fogyasztók tekintetében vizsgált vizuális és hangzásbeli hasonlóságának fennállását állapította meg, a 40/94 rendelet 8. cikke (1) bekezdése b) pontja hatályának téves értelmezése nélkül következtethetett arra a megtámadott ítélet 76. és 80. pontjában, hogy az említett megjelölések közötti összetévesztés veszélye e rendelkezés értelmében fennáll.

100 E megfontolások alapján a megtámadott ítélet 65. és 69. pontját érintő indokolási hiányosság ellenére nincs helye az említett ítélet hatályon kívül helyezésének, mivel annak indokai mindenesetre elegendőek a rendelkező résznek, nevezetesen, a megtámadott határozat ellen benyújtott kereset az Elsőfokú Bíróság általi elutasításának a megalapozásához (lásd ebben az értelemben a fent hivatkozott Bizottság kontra CAS Succhi di Frutta ügyben hozott ítélet 68. pontját, és a fent hivatkozott KWS Saat kontra OHIM ügyben hozott ítélet 46–51. pontját).

101 Következésképpen a második jogalap negyedik részkifogását el kell utasítani, mint irrelevánst.

Az ötödik, a közösségi védjegybejelentésben szereplő árujegyzék korlátozására vonatkozó részkifogásról

– A felek érvei

102 A fellebbező álláspontja szerint az Elsőfokú Bíróság jogban való tévedést követett el, mikor megállapította, hogy az OHIM fellebbezési tanácsával szemben nem hozható fel kifogásként, hogy elmulasztotta annak megállapítását, hogy a fellebbezőnek az említett tanácshoz benyújtott beadványában foglalt azon nyilatkozata, amely szerint megerősíti, hogy eljárt a bejelentésben szereplő árujegyzék a glaukóma kezelésére szolgáló szemgyógyászati készítményekre történő korlátozása érdekében, kifejezett módosítási javaslatnak minősül arra az esetre, ha a fellebbezési tanács azt tervezi, hogy a felszólalásnak helyt ad. Szóbeli szakasz hiányában a fellebbezőnek nem adódhatott valós lehetősége arra, hogy a határozat elfogadása előtt előre lássa az említett tanács valószínű álláspontját. Az árujegyzék javasolt módosítása lehetővé tenné, hogy a fellebbező és a Biofarma árui közötti különbség még inkább tisztázódjon.

103 Az OHIM álláspontja szerint a fellebbezési tanács által alapul vett értékelés az eljárás e szakaszában nem vitatható. A fellebbező ezenfelül semmilyen jogi alapú vagy a

tények elferdítésére vonatkozó olyan indokot nem terjesztett elő, amely lehetővé tenné azoknak a megfontolásoknak a megcáfolását, amelyek alapján az Elsőfokú Bíróság a megtámadott ítélet 53. pontjában azt a megállapítást tette, hogy a korlátozás módja nem teljesül. Az a kérdés, hogy a fellebbező által javasolt korlátozás megfelel-e a 40/94 rendelet 44. cikkének, és a 2868/95 rendelet 13. szabályának, olyan ténykérdés, amely nem tartozik a Bíróság hatáskörébe. A második jogalapot tehát e tekintetben el kell utasítani.

– A Bíróság álláspontja

104 A második jogalap jelen részkifogásának elfogadhatósága tekintetében meg kell állapítani, hogy a részkifogással a fellebbező az OHIM érvelésével ellentétben nem azt állítja, hogy a fellebbezési tanács előtt a beadványában előterjesztett nyilatkozat megfelel a 40/94 rendeletben és a 2868/95 rendeletben előírt módoknak, hanem azt kifogásolja, hogy az Elsőfokú Bíróság nem vette figyelembe az említett nyilatkozatot, még akkor sem, ha az nem felelt meg az említett módoknak.

105 Meg kell állapítani, hogy a fellebbező ezzel azt kifogásolja, hogy az Elsőfokú Bíróság jogban való tévedést követett el a közösségi jog értelmezése során, és ezért ez jogkérdésnek minősül. A második jogalap e részkifogása tehát elfogadható.

106 E részkifogás megalapozottságát illetően emlékeztetni kell arra, hogy a 40/94 rendelet 8. cikke (1) bekezdése b) pontjának alkalmazásában az áruk összetéveszthetőségét a közösségi védjegybejelentésben megjelölt áruk együttesére nézve kell értékelni.

107 Az említett rendelet 44. cikkének (1) bekezdése szerint a bejelentő a közösségi védjegybejelentésben szereplő árujegyzéket bármikor korlátozhatja. Az e rendelkezés alapján benyújtott, a bejelentés módosítása iránti kérelemnek meg kell felelnie a 2868/95 rendelet 13. szabályában meghatározott módoknak.

108 A második jogalap e részkifogásával a fellebbező nem vitatja, hogy nem nyújtott be ilyen kérelmet. Azt állítja azonban, hogy a fellebbezési tanács előtti szóbeli szakasz hiányában a kifejezett korlátozási javaslatot, amelyet a jelen ügyben az említett tanács előtt a beadványában előterjesztett, figyelembe kellett volna venni akkor, amikor a fellebbezési tanács azt tervezte, hogy a felszólalásnak helyt ad.

109 Meg kell azonban állapítani, hogy sem a 40/94 rendelet, sem a 2868/95 rendelet nem ír elő ilyen kötelezettséget. Amint az a jelen ítélet 70. pontjából következik, e rendeletek értelmében minden korlátozás iránti kérelmet olyan módosítás iránti kérelem formájában kell előterjeszteni, amely bizonyos módokat betart. Amint azt az Elsőfokú Bíróság a megtámadott ítélet 51. pontjában jogosan megállapította, az ilyen kérelmet kifejezett és feltételhez nem kötött módon kell előterjeszteni.

110 Következésképpen, mivel a jelen ügyben nem vitatott, hogy a fellebbező által a fellebbezési tanács előtt a beadványában előterjesztett javaslat nem felelt meg ezeknek a követelményeknek, az Elsőfokú Bíróság a megtámadott ítélet 53. és 54. pontjában jogosan állapította meg, hogy a fellebbezési tanáccsal szemben nem kifogásolható, hogy ezt a javaslatot nem vette figyelembe.

111 Mindezek alapján a második jogalap ötödik részkifogását el kell utasítani, mint megalapozatlant.

112 Mivel a felperes valamennyi jogalapja tekintetében pervesztes lett, a fellebbezést el kell utasítani.

A költségekről

113 Az eljárási szabályzat 69. cikkének 2. §-a alapján, mely annak 118. cikke alapján a fellebbezési eljárásra is alkalmazandó, a Bíróság a pervesztes felet kötelezi a költségek viselésére, ha a pernyertes fél ezt kérte. A fellebbezőt, mivel pervesztes lett, az OHIM kérelmének megfelelően kötelezni kell az OHIM költségeinek viselésére. A Biofarma, mivel nem terjesztett elő kérelmet a fellebbezőnek a költségek viselésére történő kötelezése iránt, maga viseli költségeit.

A fenti indokok alapján a Bíróság (harmadik tanács) a következőképpen határozott:

1) A fellebbezést elutasítja.

2) Az Alcon Inc. a saját költségein felül a Belső Piaci Harmonizációs Hivatal (OHIM) (védjegyek és formatervezési minták) költségeit is viseli.

3) A Biofarma SA maga viseli saját költségeit.

Aláírások