JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
JULIANE KOKOTT
26 päivänä lokakuuta 2006 [1]

I Johdanto

1. Nyt esillä olevassa asiassa on kysymys siitä, onko kahden lääkkeitä varten käytettävän tavaramerkin – sanamerkin TRAVATAN ja aikaisemman italialaisen tavaramerkin TRIVASTAN – välillä sekaannusvaara, mistä seuraisi, ettei sanamerkkiä TRAVATAN voida rekisteröidä yhteisön tavaramerkiksi. Kaikki asiaa tähän mennessä käsitelleet elimet eli sisämarkkinoiden harmonisointiviraston (tavaramerkit ja mallit) (jäljempänä SMHV tai virasto) väiteosasto ja valituslautakunta sekä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ovat todenneet, että tällainen sekaannusvaara on olemassa.

2. Tässä muutoksenhakumenettelyssä on yhtäältä tutkittava, onko ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin hylännyt perustellusti valittajan kanneperusteet liian myöhään esitettyinä, ja toisaalta, onko ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin arvioinut asianmukaisesti sekaannusvaaraa erityisesti kohdeyleisön osalta.

II Asiaa koskevat oikeussäännöt

3. Yhteisön tavaramerkistä 20 päivänä joulukuuta 1993 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 40/94 [2] 8 artiklan 1 kohdan b alakohdassa säädetään sekaannusvaaraan perustuvasta suhteellisesta hylkäysperusteesta seuraavaa:

"Aikaisemman tavaramerkin haltijan vastustuksesta tavaramerkkiä ei rekisteröidä:

a) – –

1 – Alkuperäinen kieli: saksa.

2 – EYVL 1994, L 11, s. 1.

b) jos sen vuoksi, että se on sama tai samankaltainen kuin aikaisempi, samoja tai samankaltaisia tavaroita tai palveluja varten oleva tavaramerkki, [sen alueen, jolla aikaisempi tavaramerkki on suojattu,] yleisön keskuudessa on sekaannusvaara, joka sisältää vaaran tavaramerkin ja aikaisemman tavaramerkin välisestä mielleyhtymästä."

4. Asetuksen johdanto-osan seitsemännessä perustelukappaleessa selvitetään sekaannusvaaraa, joka on olemassa silloin, kun tavaramerkki ja merkki ovat samankaltaiset ja tavarat tai palvelut ovat samankaltaiset, ja siinä säädetään seuraavaa: "Sekaannusvaara, jonka arviointi riippuu lukuisista tekijöistä ja erityisesti siitä, kuinka hyvin tavaramerkki tunnetaan markkinoilla, vakiintuneeseen tai rekisteröityyn merkkiin liittyvistä mielleyhtymistä sekä samankaltaisuuden asteesta tavaramerkin ja merkin sekä niihin yhdistettyjen tavaroiden tai palvelujen välillä [on suojan erityinen edellytys]."

5. Aikaisempi tavaramerkki voi estää uuden merkin rekisteröinnin kuitenkin vain, jos aikaisempaa tavaramerkkiä käytetään edelleen tosiasiallisesti. Asetuksen N:o 40/94 43 artiklan 2 ja 3 kohdassa säädetään näin ollen seuraavaa:

"2 Väitteen tehneen aikaisemman yhteisön tavaramerkin haltijan on hakijan pyynnöstä toimitettava todisteet siitä, että yhteisön tavaramerkin julkaisemista edeltäneiden viiden vuoden aikana aikaisempaa yhteisön tavaramerkkiä on tosiasiallisesti käytetty yhteisössä niiden tavaroiden tai palvelujen osalta, joita varten se on rekisteröity ja joihin väite perustuu, tai että on olemassa perustellut syyt käyttämättä jättämiseen, jos tähän päivään mennessä aikaisempi tavaramerkki on ollut rekisteröitynä vähintään viisi vuotta. Jos näitä todisteita ei esitetä, väite hylätään. Jos aikaisempaa yhteisön tavaramerkkiä on käytetty ainoastaan joidenkin tavaroiden tai palvelujen osalta, joita varten se on rekisteröity, sitä pidetään väitteen tutkimisessa rekisteröitynä ainoastaan näiden tavaroiden tai palvelujen osalta.

3 Edellä 2 kohtaa sovelletaan 8 artiklan 2 kohdan a alakohdassa tarkoitettuihin aikaisempiin kansallisiin tavaramerkkeihin siten, että käyttö jäsenvaltiossa, jossa aikaisempi kansallinen tavaramerkki on suojattu, vastaa käyttöä [yhteisössä]."

III Asian tausta ja ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tuomio

6. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin kuvailee asian taustaa asiassa T-130/03 22.9.2005 annetun valituksenalaisen tuomion [3] 1–11 kohdassa seuraavasti:

"1 Alcon Inc. teki 11.6.1998 yhteisön tavaramerkistä 20 päivänä joulukuuta 1993 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 40/94 (EYVL 1994, L 11, s. 1), sellaisena kuin se on muutettuna, nojalla yhteisön tavaramerkkiä koskevan hakemuksen sisämarkkinoiden harmonisointivirastolle (tavaramerkit ja mallit) (SMHV).

2 Tavaramerkki, jonka rekisteröintiä haettiin, on sanamerkki TRAVATAN.

3 Tavarat, joita varten tavaramerkin rekisteröintiä haettiin, kuuluvat tavaroiden ja palvelujen kansainvälistä luokitusta tavaramerkkien rekisteröimistä varten koskevaan 15 päivänä kesäkuuta 1957 tehtyyn Nizzan sopimukseen, sellaisena kuin se on tarkistettuna ja muutettuna, pohjautuvan luokituksen luokkaan 5, ja ne vastaavat seuraavaa kuvausta: 'Silmälääketieteeseen liittyvät farmaseuttiset valmisteet'.

4 Tämä hakemus julkaistiin 22.3.1999 Yhteisön tavaramerkkilehdessä nro 23/99.

5 Biofarma SA teki 22.6.1999 asetuksen N:o 40/94 42 artiklan perusteella väitteen sitä vastaan, että tämä tavaramerkki rekisteröidään yhteisön tavaramerkiksi. Väitteen tueksi vedottiin asetuksen N:o 40/94 8 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitettuun perusteeseen. Väite perustui siihen, että oli olemassa kansallinen sanamerkki TRIVASTAN, joka oli rekisteröity Italiassa 27.1.1986 numerolla 394980.

6 Väite esitettiin kaikkien tavaramerkkihakemuksessa tarkoitettujen valmisteiden osalta. Sen perustana olivat kaikki luokkaan 5 kuuluvat, aikaisemman tavaramerkin kattamat tavarat eli 'farmaseuttiset tuotteet, eläinlääkintä- ja terveydenhoitotuotteet; dieettituotteet lapsille tai sairaille; laastarit, sidontatarvikkeet; hampaiden täyte- ja

3 – Alcon v. SMHV, Kok. 2005, s. II-3859.

jäljennösaineet; desinfiointiaineet; rikkakasvien ja tuhoeläinten hävitysvalmisteet'.

7 Kantaja vaati 5.5.2000 päivätyssä kirjeessään väliintulijaa esittämään asetuksen N:o 40/94 43 artiklan 2 ja 3 kohdan mukaisesti todisteet siitä, että yhteisön tavaramerkkiä koskevan hakemuksen julkaisemista edeltäneiden viiden vuoden aikana aikaisempaa tavaramerkkiä oli tosiasiallisesti käytetty jäsenvaltiossa, jossa tämä tavaramerkki on suojattu, kaikkien niiden tavaroiden osalta, joihin väite perustui. Väiteosasto kehotti 29.5.2000 päivätyssä tiedonannossaan väliintulijaa esittämään kyseiset todisteet kahden kuukauden kuluessa.

8 Väliintulija toimitti 28.7.2000 SMHV:lle asiakirjoja, joilla oli tarkoitus osoittaa, että aikaisempaa tavaramerkkiä oli tosiasiallisesti käytetty Italiassa. Näiden asiakirjojen joukossa oli muun muassa laskuja, väliintulijan lääkkeeseen liittyvä pakkausseloste, ote italialaisesta Informatore Farmaceutico -nimisestä luettelosta ja ote Pharmaceutical Trade Mark Directorysta.

9 Väiteosasto katsoi 26.9.2001 tekemässään päätöksessä, että oli osoitettu, että tietyn farmaseuttisen valmisteen – 'perifeerinen vasodilaattori ääreisverenkierron ja aivojen verenkierron häiriöiden sekä silmän ja korvan verenkiertoon liittyvien sairauksien hoitoon' – osalta aikaisempaa tavaramerkkiä oli tosiasiallisesti käytetty, ja se hyväksyi väitteen kaikkien tavaramerkkihakemuksessa mainittujen tavaroiden osalta. Näin ollen se epäsi tavaramerkin rekisteröinnin sillä perusteella, että Italiassa oli olemassa sekaannusvaara, joka sisältää vaaran mielleyhtymästä, kun otettiin huomioon, että tavaramerkit olivat ulkoasultaan ja lausuntatavaltaan samankaltaisia ja että tavarat olivat tietyllä tavoin samankaltaisia.

10 Kantaja haki 13.11.2001 väiteosaston päätökseen muutosta SMHV:ssa asetuksen N:o 40/94 57–62 artiklan mukaisesti.

11 Kolmas valituslautakunta hylkäsi valituksen 30.1.2003 tekemällään päätöksellä (jäljempänä riidanalainen päätös). Se katsoi, että koska kyseessä olevien tavaramerkkien kattamat tuotteet olivat hyvin samankaltaisia ja koska nämä tavaramerkit muistuttivat ulkoasultaan ja lausuntatavaltaan toisiaan merkittävästi, kyseessä olevien tavaramerkkien välillä oli olemassa sekaannusvaara, joka sisältää vaaran mielleyhtymästä."

7. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin hylkäsi kanteen, jonka Alcon nosti valituslautakunnan tekemästä päätöksestä.

8. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin jätti tutkimatta kanneperusteen, jonka mukaan tosiasiallisen käytön edellytykset eivät täyty asiassa MFE Marienfelde vastaan SMHV (HIPOVITON) annetun tuomion [4] mukaisesti, koska kanneperuste oli esitetty liian myöhään ja koska sitä ei ollut esitetty valituslautakunnassa (19 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

9. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen mukaan Alcon ei ollut myöskään osoittanut vääräksi valituslautakunnan toteamusta siitä, että väliintulijan toimittamat todisteet osoittivat, että aikaisempaa tavaramerkkiä oli tosiasiallisesti käytetty "ääreisverenkierron ja aivojen verenkierron häiriöiden sekä silmän ja korvan verenkiertoon liittyvien sairauksien hoitoon tarkoitettua perifeeristä vasodilaattoria" varten (29 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

10. Lisäksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoi valituslautakunnan todenneen perustellusti, että kyseessä olevien tavaramerkkien välillä on sekaannusvaara, koska sekä tuotteet (55 kohta ja sitä seuraavat kohdat) että vertailtavat merkit (65 kohta ja sitä seuraavat kohdat) ovat erittäin samankaltaisia. Erityisesti italialaiset kuluttajat voivat ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen mukaan sekoittaa merkit keskenään (72 ja 73 kohta).

IV Valitus

11. Alcon väittää, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on virheellisesti jättänyt tutkimatta Alconin esittämän kanneperusteen, joka koskee tosiasiallisen käytön edellytyksiä, ja katsoo, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tehnyt virheen arvioidessaan sekaannusvaaraa, koska se ei ole ottanut asianmukaisesti huomioon etenkään lääketieteen alan ammattilaisten roolia.

12. Alcon vaatii näin ollen, että yhteisöjen tuomioistuin

1) kumoaa valituksenalaisen tuomion

2) tarvittaessa palauttaa asian ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimeen

4 – Asia T-334/01, tuomio 8.7.2004 (Kok. 2004, s. II-2787).

3) velvoittaa sisämarkkinoiden harmonisointiviraston (tavaramerkit ja mallit) ja/tai väliintulijan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

V Asian arviointi

A *Ensimmäinen valitusperuste – aikaisemman tavaramerkin tosiasiallista käyttöä koskevan väitteen tutkittavaksi ottaminen*

13. SMHV katsoo, että valitus on oleellisilta osin perusteeton eikä se osittain täytä myöskään tutkittavaksi ottamisen edellytyksiä, ja vaatii näin ollen, että yhteisöjen tuomioistuin

1) jättää kanteen osittain tutkimatta ja hylkää sen osittain perusteettomana

2) velvoittaa valittajan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

14. Biofarma osallistui menettelyyn ensimmäistä kertaa suullisessa käsittelyssä ja yhtyy SMHV:n vaatimuksiin.

15. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa valituksenalaisen tuomion 20 kohdassa, että "kantaja ei moittinut kannekirjelmässään valituslautakuntaa siitä, että tämä olisi rikkonut asetuksen N:o 40/94 43 artiklan 2 ja 3 kohtaa siltä osin kuin aikaisemman tavaramerkin tosiasiallisen käytön edellytykset eivät täyttyneet, vaan ainoastaan siltä osin kuin väliintulijan esittämät todisteet aikaisemman tavaramerkin tosiasiallisesta käytöstä eivät osoittaneet, että aikaisempaa tavaramerkkiä olisi todella käytetty silmälääketieteeseen liittyviä valmisteita varten". Tämän perusteella ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi, että Alconin suullisessa käsittelyssä esittämä peruste, joka koski tosiasiallisen käytön edellytyksiä, on uusi kanneperuste ja ettei se näin ollen täytä tutkittavaksi ottamisen edellytyksiä.

16. Alcon katsoo sitä vastoin, että sen esittämä tosiasiallisen käytön edellytyksiä koskeva peruste on vain uusi argumentti, jolla se perustelee varsinaista kanneperustetta eli asetuksen N:o 40/94 43 artiklan 2 ja 3 kohdan rikkomista.

17. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 48 artiklan 2 kohdan nojalla asian käsittelyn kuluessa ei saa vedota uuteen perusteeseen, ellei se perustu käsittelyn aikana esille tulleisiin tosiseikkoihin tai oikeudellisiin seikkoihin. Perustelu, jolla laajennetaan aikaisemmin kannekirjelmässä, jolla asia on saatettu vireille, nimenomaisesti tai epäsuorasti esitettyä kanneperustetta, on kuitenkin otettava tutkittavaksi. [5]

18. Tämän prosessioikeudellisen määräyksen soveltamista selvitetään muihin oikeuden aloihin kuin tavaramerkkioikeuteen kuuluvien tapausten avulla. Yhteisöjen tuomioistuin on alun perin esitetyn useampien EY 87 artiklan 1 kohdassa määrättyjen edellytysten rikkomista koskevan väitteen yhteydessä katsonut, että ensi kertaa esitetyllä perusteella, jonka mukaan kyseessä oleva säännös hyödyttää valtiontukia koskevassa lainsäädännössä tarkoitettujen yritysten lisäksi muitakin henkilöitä, laajennetaan alun perin esitettyä kanneperustetta hyväksyttävällä tavalla. [6] Yhteisöjen tuomioistuin on katsonut myös väitteen siitä, ettei komissio ole tutkinut asianmukaisesti kauppaan kohdistuvia vaikutuksia, laajentavan hyväksyttävällä tavalla kanneperustetta, jonka mukaan kauppaan ei kohdistu minkäänlaisia vaikutuksia. [7] Sallittuna laajennuksena pidetään myös väitettä, joka koskee menettelyvirhettä, toisin sanoen kuulematta jättämistä koskevaa väitettä, kun alun perin on esitetty ainoastaan väite, jonka mukaan kyseessä olevan suojatoimenpiteen toteuttamiselle asetettuja aineellisia edellytyksiä ei ole selvitetty asianmukaisesti. [8] Yhteisöjen tuomioistuin on todennut myös, että ensimmäistä kertaa esitetyllä väitteellä, jonka mukaan ikärajasta pitäisi tiedottaa julkisesti jo työoikeudellisessa valintamenettelyssä, laajennetaan hyväksyttävällä tavalla kanneperustetta, jonka mukaan ikärajan soveltamiselle ei ole oikeudellista perustaa. [9]

19. Nyt esillä oleva asiassa on kyse vastaavanlaisesta tilanteesta. Alcon oli arvostellut kanteessaan asetuksen N:o 40/94 43 artiklan 2 ja 3 kohdassa tarkoitettua tosiasiallista käyttöä koskevia toteamuksia. Alconin mukaan Biofarma ei ollut näyttänyt toteen sellaista käyttöä, jonka perusteella olisi voitu päätellä, että tavaramerkki on riittävän tunnettu italialaisen kohdeyleisön keskuudessa. Alcon totesi myös, ettei lääkkeen käyttöä silmälääketieteellisiin tarkoituksiin ole näytetty toteen. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa valituksenalaisen tuomion 17 kohdassa, että Alcon vetosi istunnossa "ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen asiassa T-334/01, MFE Marienfelde vastaan SMHV – Vétoquinol (HIPOVITON), 8.7.2004 antamaan tuomioon (Kok. 2004, s. II-2787) korostaakseen, että tosiasiallisen käytön edellytykset eivät täyttyneet muun muassa aikaisemman tavaramerkin kaupallisen käytön vähäisyyden vuoksi".

5 – Samansisältöisestä yhteisöjen tuomioistuimen työjärjestyksestä ks. asia 306/81, Verros v. parlamentti, tuomio 19.5.1983 (Kok. 1983, s. 1755, 9 kohta); asia C-301/97, Alankomaat v. neuvosto, tuomio 22.11.2001 (Kok. 2001, s. I-8853, 166 ja 169 kohta) ja asia C-66/02, Italia v. komissio, tuomio 15.12.2005 (Kok. 2005, s. I-10901, 85 ja 86 kohta).

6 – Edellä alaviitteessä 5 mainittu asia Italia v. komissio, tuomion 87 ja 88 kohta.

7 – Edellä alaviitteessä 5 mainittu asia Italia v. komissio, tuomion 103 ja 108 kohta.

8 – Edellä alaviitteessä 5 mainittu asia Alankomaat v. neuvosto, tuomion 157 kohta ja sitä seuraavat kohdat ja 169 kohta.

9 – Edellä alaviitteessä 5 mainittu asia Verros v. parlamentti, tuomion 7 ja 10 kohta.

20. Tällä perusteella selvästikin täydennetään asetuksen N:o 40/94 43 artiklan 2 ja 3 kohdan rikkomista koskevan kanneperusteen perusteluja. Näin ollen kyse ei ole uudesta kanneperusteesta, jota ei voida ottaa tutkittavaksi, vaan oikeaan aikaan esitetyn kanneperusteen sallitusta laajennuksesta. Toteamus, että kyseinen peruste esitettiin oikeudenkäyntimenettelyssä liian myöhään, on näin ollen oikeudellisesti väärä.

21. Valituksenalaisen tuomion 23 kohdassa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on kuitenkin esittänyt edellä mainitun perustelun hylkäämiselle myös toisen perusteen. Se toteaa, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen harjoittamassa valvonnassa asian tosiseikat ja oikeudelliset seikat voidaan ottaa huomioon vain sellaisina kuin ne on esitetty valituslautakunnalle. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa lisäksi perustellusti, että toimitettujen asiakirjojen perusteella Alcon ei tosiasiassa kyseenalaistanut valituslautakunnassa ja väiteosastossa aikaisemman tavaramerkin tosiasiallista käyttöä ja jopa nimenomaisesti luopui tosiasiallisen näytön osoittamiseksi toimitettujen todisteiden riitauttamisesta. [10] Alcon kiisti ainoastaan sen, että tavaramerkkiä on käytetty vastaavanlaista tuotetta varten. [11] Tämän perusteella ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa, ettei aikaisemman tavaramerkin tosiasiallisen käytön kiistäviä väitteitä voida ottaa tutkittavaksi myöskään siksi, etteivät ne ole olleet valituslautakunnassa käydyn menettelyn kohteena.

22. Tämä toissijainen perustelu, joka on esitetty edellä aikaisemman tavaramerkin tosiasiallisen käytön riitauttavien väitteiden hylkäämiselle, perustuu ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 135 artiklan 4 kohtaan. Siinä todetaan, etteivät asianosaiset voi muuttaa riidan kohdetta siitä, mikä se on ollut valituslautakunnassa. Koska Alcon ei riitauttanut tosiasiallisen käytön osoittamiseksi toimitettuja todisteita, käytön tosiasiallisuus ei ollut valituslautakunnassa käydyn menettelyn kohteena. Näin ollen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin jätti tämän kanneperusteen perustellusti tutkimatta.

23. Alcon katsoo, että mikäli oikeudenkäyntimenettelyssä tutkittavaksi otettava riidan kohde rajoitetaan tällä tavoin valituslautakuntaan tehdyn valituksen kohteeseen, pidetään voimassa päätöksiä, jotka ovat myöhemmän oikeuskäytännön perusteella selvästi lainvastaisia. Tämä näkemys on kuitenkin väärä. Jos asianosainen vastustaa viraston oikeudenkäytön tiettyä osatekijää menettelyn kaikissa vaiheissa, se voi tietenkin menestyksekkäästi riitauttaa oikeudenkäytön, jos ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on sillä välin ratkaissut tämän oikeudellisen kysymyksen asianosaisen vaatimalla tavalla. Jos asianosainen kuitenkin – kuten nyt esillä olevassa Alconin tapauksessa – päättää olla riitauttamatta jotakin asiaa, se ei voi myöhempien tuomioiden perusteella esittää asiaa koskevaa kanneperustetta ensimmäistä kertaa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa.

24. Edellä esitetyn perusteella ensimmäinen valitusperuste on hylättävä.

10 – Näin todetaan väiteosastolle toimitetussa toisessa lausunnossa, ensimmäisessä oikeusasteessa vireille pannun kanteen liite 7, lehti 70.

11 – Ks. valituksen perustelut, ensimmäisessä oikeusasteessa vireille pannun kanteen liite 3, lehti 34.

B *Toinen valitusperuste – asetuksen N:o 40/94 8 artiklan 1 kohdan b alakohdan rikkominen*

25. Toisessa valitusperusteessaan Alcon arvostelee asetuksen N:o 40/94 8 artiklan 1 kohdan b alakohdan soveltamista ja ryhmittelee väitteensä kuuteen osaan.

1. Valitusperusteen kuudes osa – tavaroiden luettelon rajaaminen

26. Toisen valitusperusteen kuudennessa osassa, jota on käsiteltävä ensin, Alcon kiistää valituslautakunnan ja ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tekemän tuotteiden vertailun. Alcon toteaa rajoittaneensa valituslautakunnalle esittämässään kuvauksessa tuotteensa käyttötarkoituksen nimenomaisesti "glaukooman hoitoon tarkoitettuihin silmälääketieteeseen liittyviin farmaseuttisiin valmisteisiin", mikä vähentää edelleen tuotteiden samankaltaisuutta.

27. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa valituksenalaisen tuomion 51–55 kohdassa, ettei tavaroiden luetteloa ole rajoitettu asetuksen N:o 40/94 44 artiklassa ja yhteisön tavaramerkistä annetun neuvoston asetuksen N:o 40/94 täytäntöönpanosta 13 päivänä joulukuuta 1995 annetun komission asetuksen (EY) N:o 2868/95 [12] 13 säännössä asetettujen vaatimusten mukaisesti. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoo, että yhteisön tavaramerkkiä koskevaan hakemukseen sisältyvien tavaroiden luettelon rajoittaminen on toteutettava nimenomaisesti ja ilman ehtoja. Se toteaa, ettei Alcon ole jättänyt tuotteiden rajoittamista koskevaa hakemusta vaan ainoastaan vahvistanut olevansa valmis rajoittamaan niitä. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen mukaan tavaramerkkihakemuksen perusteella on näin ollen otettava huomioon kaikki silmälääketieteeseen liittyvät farmaseuttiset valmisteet.

28. Alconilla oli lähtökohtaisesti oikeus rajoittaa tuotteensa kuvausta valituslautakunnassa, koska asetuksen N:o 40/94 44 artiklan 1 kohdan nojalla hakija voi milloin tahansa rajoittaa tavaramerkkiä koskevan hakemuksen sisältämien tavaroiden tai palvelujen luetteloa. Ainoastaan oikeudenkäyntimenettelyssä tavaraluettelon rajoittaminen on ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 135 artiklan 4 kohdan vastaista, koska rajoitus muuttaisi riidan kohdetta. [13]

29. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin edellyttää kuitenkin vakiintuneessa oikeus-

12 – EYVL L 303, s. 1.

13 – Asia C-447/02 P, KWS Saat v. SMHV, tuomio 21.10.2004 (Kok. 2004, s. I-10107, 58 kohta).

käytännössä perustellusti, että tavaramerkkiä koskevaan hakemukseen sisältyvien tavaroiden luettelon rajoittaminen on toteutettava nimenomaisesti ja ilman ehtoja.[14] Tavaroiden luettelon rajoittaminen voi nimittäin vaikuttaa merkittävästi tavaramerkkisuojan soveltamisalan laajuuteen sekä – kuten nyt esillä olevassa asiassa on ilmeistä – tavaramerkin rekisteröintikelpoisuuteen.

30. Koska Alcon ei ole ilmoittanut tavaroiden luettelon rajoittamista vaan ainoastaan valmiutensa siihen, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin saattoi Alconin ilmoitusta vääristelemättä päätellä, ettei luetteloa ole rajoitettu.

31. Valituslautakunnan ei voida myöskään katsoa tehneen menettelyvirhettä siinä, ettei se kehottanut Alconia selventämään ilmoitustaan. Tällainen selvennys olisi ollut prosessiekonomisten seikkojen vuoksi luultavasti järkevää. Ei ole kuitenkaan mitään säännöstä, jolla valituslautakuntaa velvoitettaisiin pyytämään tällaista selvitystä. Asetuksessa N:o 2868/95 olevan 13 säännön 3 kohdassa mainitaan sitä vastoin muita (muodollisia) puutteita, joista viraston on ilmoitettava hakijalle samalla, kun se antaa tiedoksi niiden korjaamiseksi asetetun määräajan, jos hakemuksen muuttamiselle asetettuja vaatimuksia ei täytetä. Tämä velvoite syntyy kuitenkin vasta sen jälkeen, kun hakija on jättänyt muutoshakemuksen.

14 – Ks. valituksenalaisen tuomion 51 kohdan viittaukset.

32. Nyt esillä olevassa asiassa ei ole mitään perustetta asettaa SMHV:lle sellaisia muita ilmoitusvelvollisuuksia, joista ei ole säädetty nimenomaisesti. Useimpien SMHV:n menettelyihin osallistuvien tapaan Alcon on kansainvälistä toimintaa harjoittava suuryritys, jolla on oltava riittävä asiantuntemus, jotta se voi osallistua tavaramerkkioikeutta koskevaan menettelyyn joko suoraan tai – kuten nyt esillä olevassa asiassa – käyttämällä päteviä edustajia. Alconin olisi näin ollen pitänyt itse ymmärtää, ettei tavaroiden luettelon rajoittamisvalmiutta koskevaa ilmoitusta katsota luettelon rajoittamiseksi.

33. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei ole näin ollen tehnyt oikeudellista virhettä vertaillessaan tuotteita valituslautakunnan tapaan tavaramerkkihakemukseen sisältyvän tavaraluettelon eli silmälääketieteeseen liittyvien farmaseuttisten valmisteiden perusteella. Tämä valitusperusteen osa ei näin ollen ole perusteltu.

2. Valitusperusteen toinen osa – tuotteiden vertailu

34. Valitusperusteen kuudetta osaa koskevista toteamuksista käy lisäksi ilmi, että vaikka valitusperusteen toinen osa täyttäisikin tutkittavaksi ottamisen edellytykset, se on joka tapauksessa perusteeton.

35. Valitusperusteen tässä osassa Alcon väittää, ettei ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ole vaatinut Biofarmaa näyttämään toteen tuotteiden samankaltaisuutta. Travatania käytetään Alconin mukaan silmätippoina ja Trivastania tabletteina. Alcon katsoo, että tuotteet eroavat toisistaan jo tämän perusteella.

36. Valitusperusteen tätä osaa ei voida ottaa tutkittavaksi siltä osin kuin se esitetään ulkoisesti tuotteiden tosiasiallista vertailua koskevana väitteenä. Kuten EY 225 artiklasta ja yhteisöjen tuomioistuimen perussäännön 58 artiklan ensimmäisestä kohdasta ilmenee, muutosta voidaan hakea vain oikeuskysymysten osalta. Näin ollen ainoastaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on toimivaltainen määrittämään merkityksellisen tosiseikaston sekä arvioimaan sitä ja todistusaineistoa. Lukuun ottamatta sitä tapausta, että tuomioistuimelle esitetty selvitys on otettu huomioon vääristyneellä tavalla, tosiseikaston ja todistusaineiston arviointi ei näin ollen ole sellainen oikeuskysymys, että se sinänsä kuuluisi yhteisöjen tuomioistuimen muutoksenhakuasteena harjoittaman valvonnan piiriin.[15] Todistusaineistoa ei ole vääristetty nyt esillä olevassa asiassa, eikä Alcon ole myöskään väittänyt sellaista.

37. Valitusperusteen tässä osassa Alcon kuitenkin arvostelee myös vertailtavien tuotteiden määrittämistä. Tämän valituksen yhteydessä on tarkasteltava sitä oikeudellista kysymystä, onko vertailun rajoituttava kahteen tiettyyn lääkkeeseen ja niiden lääkemuotoon.

38. Alcon on kuitenkin väärässä väittäessään, että on otettava huomioon, että Travatan-lääkettä käytetään silmätippoina. Kuten edellä on jo todettu, tavaramerkin, jonka rekisteröintiä haettiin, tavararyhmäksi on katsottava tässä tapauksessa silmälääketieteeseen liittyvät farmaseuttiset valmisteet. Kyseiseen tavararyhmään kuuluu erilaisissa lääkemuodoissa kaupan pidettäviä lääkkeitä eli myös lääkkeitä, joita on verrattavan lääkkeen tavoin saatavilla tablettien muodossa.

39. Edellä esitetyn perusteella myös valitusperusteen tämä osa on hylättävä.

3. Valitusperusteen ensimmäinen osa – kohdeyleisö

40. Valitusperusteen ensimmäisessä osassa Alcon toteaa, että SMHV on rajannut kohdeyleisön väärin.

15 – Ks. erityisesti tavaramerkkioikeudesta asia C-136/02 P, Mag Instrument v. SMHV, tuomio 7.10.2004 (Kok. 2004, s. I-9165, 39 kohta) ja asia C-37/03 P, BioID v. SMHV, tuomio 15.9.2005 (Kok. 2005, s. I-7975, 43 kohta). Ks. vastaavasti myös asia C-104/00 P, DKV v. SMHV, tuomio 19.9.2002 (Kok. 2002, s. I-7561, 22 kohta) sekä yleisemmin asia C-390/95 P, Antillean Rice Mills ym. v. komissio, tuomio 11.2.1999 (Kok. 1999, s. I-769, 29 kohta); asia C-237/98 P, Dorsch Consult, tuomio 15.6.2000 (Kok. 2000, s. I-4549, 35 ja 36 kohta) ja yhdistetyt asiat C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P ja C-219/00 P, Aalborg Portland ym. v. komissio, tuomio 7.1.2004 (Kok. 2004, s. I-123, 49 kohta).

41. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa valituksenalaisen tuomion 49 kohdassa seuraavaa:

"On selvää, että kyseessä olevat tavarat ovat lääkkeitä, joiden myynti loppukuluttajille apteekeissa edellyttää lääkärin antamaa lääkemääräystä. Näin ollen kohdeyleisö muodostuu paitsi loppukuluttajista, myös ammattilaisista eli lääkemääräyksen antavista lääkäreistä sekä määräyksen mukaista lääkettä myyvistä apteekkareista." [16]

42. Valituksenalaisen tuomion 68 ja 69 kohdassa sekä 72 kohdassa ja sitä seuraavissa kohdissa, jotka koskevat sekaannusvaaraa, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin vahvistaa kuluttajille syntyvää käsitystä koskevat valituslautakunnan perustelut. Ammattilaiset mainitaan mahdollisena kohdeyleisönä ainoastaan 73 kohdassa, mutta siinäkin esitetyt toteamukset perustuvat kuluttajien käsitykseen.

43. Alcon kyseenalaistaa sen, että myös loppukuluttajien katsotaan kuuluvan kohdeyleisöön. Se toteaa, että koska kyseessä olevia tuotteita saa ainoastaan lääkemääräyksellä, niiden hankinnasta päättävät ainoastaan lääkärit, minkä vuoksi vain lääketieteen alan ammattilaisten käsityksellä on merkitystä. Alconin mukaan tällaiseen ratkaisuun ovat päätyneet aiemmin toinen SMHV:n valituslautakunta, [17] ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin [18] ja yhteisöjen tuomioistuin. [19]

44. Virasto ja Biofarma katsovat sitä vastoin, että tässä yhteydessä on tarkasteltava myös potilaille syntyvää käsitystä. Virasto painottaa, ettei potilas saa tavaramerkin nähdessään erehtyä tavaran alkuperästä. Viraston mukaan potilaan käsitys on merkityksetön vain silloin, kun potilas ei voi joutua tekemisiin tavaramerkin kanssa. [20] Biofarma täydentää tätä perustelua käytännön esimerkillä, joka koskee kahden kotilääkekaapissa säilytettävän lääkkeen välillä olevaa sekaannusvaaraa.

45. Valitusperusteen tämä osa koskee yhtäältä tosiseikkaa, nimittäin kyseessä olevien

16 – Ks. vastaavasti asia T-154/03, Biofarma v. SMHV – Bausch & Lomb Pharmaceuticals (ALREX), tuomio 17.11.2005 (Kok. 2005, s. II-4743, 45 kohta); asianumerolla C-95/06 P kirjattu valitus on peruutettu.

17 – Alcon vetoaa ensimmäisen valituslautakunnan asiassa R 304/2003-1, Pierre Fabre Medicament, SA v. Fujisawa Deutschland GmbH (RIBOMUSTIN/RIBOMUNYL) 12.5.2004 tekemään päätökseen.

18 – Alcon vetoaa asiaan T-237/01, Alcon v. SMHV – Dr. Robert Winzer Pharma (BSS), tuomio 5.3.2003 (Kok. 2003, s. II-411, 42 kohta).

19 – Alcon vetoaa asiaan C-192/03 P, Alcon v. SMHV – Dr. Robert Winzer Pharma (BSS), määräys 5.10.2004 (Kok. 2004, s. I-8993, 30 kohta).

20 – Tällainen tilanne näyttää olevan tavaramerkin BSS kohdalla, jota käytetään silmäkirurgiaan tarkoitettua tuotetta varten ja jonka erottamiskyvyn arvioimiseksi on oleellista tarkastella lääketieteen alan ammattilaisten käsitystä (ks. edellä alaviitteessä 19 mainittu tavaramerkkiä BSS koskevassa asiassa annettu määräys, 30 kohta).

tuotteiden kohdeyleisön toteamista, eikä sitä voida ottaa siltä osin tutkittavaksi. [21]

46. Toisaalta valitusperusteen tässä osassa vastustetaan samalla asetuksen N:o 40/94 8 artiklan 1 kohdan b alakohdan tulkintaa kohdeyleisön rajaamisen osalta. Lisäksi siinä viitataan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen toteamusten riittämättömiin perusteluihin, koska ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei ole perustellut loppukuluttajien sisällyttämistä kohdeyleisöön, vaikka sen kiistäviä väitteitä on esitetty. Molemmat näkökohdat koskevat oikeudellisia kysymyksiä, joten valitusperusteen tämä osa on otettava niiltä osin tutkittavaksi.

47. Yhteisöjen tuomioistuin arvioi asiaa sen perusteella, miten tämän tyyppisten tavaroiden tai palvelujen keskivertokuluttaja ymmärtää tavaramerkin. [22] Yleensä kuluttajien tai loppukäyttäjien näkemyksellä on ratkaiseva merkitys, sillä koko myyntiin liittyvän tapahtumaketjun tavoitteena on, että kyseiset tahot ostaisivat tavaraa. [23] Tämä pätee kuitenkin vain silloin, kun loppukäyttäjä päättää tavaran ostamisesta.

48. Lääkemääräystä edellyttävien lääkkeiden kohdalla tuotetta ei valita ostohetkellä vaan jo lääkärikäynnin aikana. Koska lääkemääräystä edellyttävien lääkkeiden käyttöön liittyy riskejä, ne ovat lääkärien ja apteekkarien erityisvalvonnan alaisia. Tällä voidaan perustella jopa yhteisön sisäisen kaupan rajoituksia, [24] ja siitä on säädetty asiaa koskevassa johdetussa oikeudessa. Ihmisille tarkoitettuja lääkkeitä koskevista yhteisön säännöistä 6 päivänä marraskuuta 2001 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2001/83/EY [25] 88 artiklan 1 kohdan ensimmäisen luetelmakohdan nojalla jäsenvaltioiden on nimittäin kiellettävä sellaisten lääkkeiden yleinen mainonta, jotka ovat saatavissa ainoastaan lääkemääräyksellä. Näin ollen lääketieteen alan ammattilaisten on loppukuluttajien sijasta lähtökohtaisesti päätettävä lääkemääräystä edellyttävien lääkkeiden ostosta.

49. Vaikka potilas tästä huolimatta otettaisiin lähtökohtaisesti huomioon, koska hän –

21 – Ks. edellä oleva 36 kohta.

22 – Asia C-251/95, Sabèl, tuomio 11.11.1997 (Kok. 1997, s. I-6191, 23 kohta) ja asia C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, tuomio 22.6.1999 (Kok. 1999, s. I-3819, 25 kohta), jotka koskevat asetuksen N:o 40/94 8 artiklan 1 kohdan b alakohtaa vastaavaa jäsenvaltioiden tavaramerkkilainsäädännön lähentämisestä 21 päivänä joulukuuta 1988 annetun ensimmäisen neuvoston direktiivin 89/104/ETY (EYVL 1989 L 40, s. 1) 4 artiklan 1 kohdan b alakohtaa.

23 – Asia C-371/02, Björnekulla Fruktindustrier, tuomio 29.4.2004 (Kok. 2004, s. I-5791, 24 kohta).

24 – Asia C-322/01, Deutscher Apothekerverband, tuomio 11.12.2003 (Kok. 2003, s. I-14887, 119 kohta).

25 – EYVL L 311, s. 67.

kuten erityisesti virasto totesi suullisessa käsittelyssä – voi vaikuttaa lääkärin antamaan lääkemääräykseen, potilaan vaikutuksella on lääkemääräystä edellyttävien lääkkeiden tapauksessa erittäin pieni merkitys verrattuna lääkärin päätösvastuuseen. [26]

50. Potilaan mahdollinen vaikutus ei voi etenkään johtaa siihen, että *häntä* pidetään kyseessä olevien tuotteiden tavanomaisena valistuneena ja kohtuullisen tarkkaavaisena ja huolellisena kuluttajana. Keskivertokuluttaja on sitä vastoin määriteltävä lääkemääräystä edellyttävän lääkkeen ostopäätöksen kannalta selkeästi merkityksellisimmän ryhmän, toisin sanoen lääkemääräyksiä antavien lääkärien, avulla.

51. Myös SMHV:n ja Biofarman korostamalla vaaralla, että potilas, joka kohtaa tavaramerkin lääkemääräyksestä riippumatta, sekoittaa tuotteet keskenään, on vähäinen merkitys ainakin tavaramerkkioikeuden kannalta. Asiassa Picasso antamassaan tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin nimittäin pitää hetkeä, jolloin valinta tavaroiden ja tavaramerkkien välillä tehdään, ratkaisevana sekaannusvaaraa arvioitaessa. [27] Muut hetket, joina kuluttaja saattaisi sekoittaa tuotteet heikomman tarkkaavaisuuden vuoksi, ovat valintahetkeen verrattuna toissijaisia. [28]

52. Näin ollen Alconin väite siitä, että lääketieteen alan ammattilaiset on otettava huomioon potilaiden sijasta lääkemääräystä edellyttävien lääkkeiden kohdeyleisöä määritettäessä, pitää paikkansa. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei tästä väitteestä huolimatta käsittele oikeudellista kysymystä siitä, miten asetuksen N:o 40/94 8 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitettu yleisö on rajattava, eikä perustele, miksi se sisällyttää loppukuluttajat yleisöön Alconin väitteen vastaisesti.

53. Edellä esitetyn perusteella ainakin valituksenalaisen tuomion perustelut ovat riittämättömät sekä asetuksen N:o 40/94 8 artiklan 1 kohdan b alakohdan tulkinnan että loppukuluttajien konkreettisen sisällyttämisen osalta. Jos ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin todellakin katsoo, että tavanomai-

26 – Vrt. asia I ZR 259/90 (CORVATON/CORVASAL), Bundesgerichtshofin (Saksa) tuomio 15.10.1992 (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 1993, s. 118, 119); asia I ZR 150/86 (sydänsymboli), Bundesgerichtshofin (Saksa) tuomio 2.2.1989 (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 1989, s. 425, 428) ja asia I ZR 83/88 (L-THYROXIN), Bundesgerichtshofin (Saksa) tuomio 25.1.1990 (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 1990, s. 453, 455). Ks. vastaavasti Patent Officen (Yhdistynyt kuningaskunta) Hearings Officerin S. J. Probertin 29.1.1998 tekemä päätös (Dallas Burston Ashbourne Limitedin hakemus nro 1582474 ja Warner-Lambert Companyn tekemä väite nro 42375 (DICLOTARD), http://www.patent.gov.uk/tm/legal/decisions/inter1998/o01198.pdf, s. 13, rivi 12 ja sitä seuraavat rivit).

27 – Asia C-361/04 P, Ruiz-Picasso ym. v. SMHV, tuomio 12.1.2006 (Kok. 2006, s. I-643, 40 kohta).

28 – Edellä alaviitteessä 27 mainittu asia Picasso, tuomion 41 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

nen loppukuluttaja on aina merkityksellinen kulloinkin kyseessä olevasta tuotteesta riippumatta, se tulkitsisi väärin asetuksen N:o 40/94 8 artiklan 1 kohdan b alakohtaa sen lisäksi, että sen esittämät perustelut ovat puutteelliset.

54. Nyt esillä olevassa asiassa loppukuluttajan sisällyttämisen tueksi voidaan kuitenkin esittää ainakin yksi muu perustelu. Nyt esillä olevassa asiassa ei nimittäin pidä vertailla kahta lääkemääräystä edellyttävää lääkettä vaan hakemuksessa ilmoitettua tavararyhmää "silmälääketieteeseen liittyvät farmaseuttiset valmisteet" ja lääkemääräystä edellyttävää lääkettä, jota myytiin tavaramerkillä TRIVASTAN. Kuten Alcon myönsi vastatessaan suullisessa käsittelyssä esitettyyn kysymykseen, kaikki silmälääketieteeseen liittyvät farmaseuttiset valmisteet eivät kuitenkaan edellytä lääkemääräystä Italian markkinoilla.

55. Ilman lääkemääräystä myytäviä lääkkeitä varten käytettävien tavaramerkkien kohdalla loppukäyttäjän käsityksellä on huomattavasti suurempi merkitys. Tällaisia lääkkeitä voidaan ostaa myös lääkärin määräyksestä, mutta monissa tapauksissa loppukuluttajat päättävät yksin niiden ostosta. Siksi näitä lääkkeitä mainostetaan myös loppukuluttajille. [29]

29 – Vrt. direktiivin 2001/83 88 artiklan 2 kohta.

56. Loppukuluttajien käsityksellä on merkitystä myös ja nimenomaan tarkasteltaessa sekaannusvaaraa, joka voi syntyä sekä ilman reseptiä myytäviä että lääkemääräystä edellyttäviä lääkkeitä sisältävän tavararyhmän ja lääkemääräystä edellyttävän lääkkeen välillä, ja nyt esillä olevassa asiassa on tarkasteltava juuri tällaista tilannetta. Jos loppukuluttaja haluaa ostaa ilman lääkemääräystä myytävän lääkkeen mutta kysyy sekaannuksen vuoksi lääkemääräystä edellyttävää lääkettä, apteekki kieltäytyy myymästä sitä. Jos hän taas kysyy sekaannuksen vuoksi ilman lääkemääräystä myytävää lääkettä, vaikka hänellä oli tosiasiassa tarkoitus ostaa vaivaansa lääkemääräystä edellyttävä lääke, hän saattaa saada lääkkeen, josta ei ole hänelle apua.

57. Nyt esillä olevassa asiassa kohdeyleisö voitaisiin näin ollen rajata lääkäreihin Alconin vaatimuksen mukaisesti vain, jos sekaannusvaaraa voitaisiin tarkastella erikseen lääkemääräystä edellyttävien silmälääketieteeseen liittyvien farmaseuttisten valmisteiden osalta. Tämä edellyttäisi, että tavaraluettelo voidaan jakaa.

58. Lähtökohtaisesti on mahdollista hyväksyä tai hylätä tavaramerkkihakemus vain tavaraluettelon tiettyjen osien osalta. Asetuksen N:o 40/94 43 artiklan 5 kohdan ensimmäisen virkkeen nojalla tavaramerkki-

hakemus hylätään ainoastaan niiden tavaroiden tai palvelujen osalta, joiden osalta rekisteröinti evätään väitteen perusteella.

59. Tällä ei ole kuitenkaan merkitystä nyt esillä olevassa asiassa, koska Alcon ei ole jaotellut tarkemmin silmälääketieteeseen liittyvien farmaseuttisten valmisteiden laajaa yläkäsitettä eivätkä virasto tai tuomioistuimet voi korjata tavaraluetteloa tältä osin. On mahdollista, että tavaramerkiltä evätään rekisteröinti yksittäisten, nimenomaisesti mainittujen tavaroiden tai tavararyhmien osalta, mutta jaottelemalla tavararyhmiä tarkemmin puututtaisiin hakijalle kuuluvaan määräämisvaltaan. Tavaraluettelon rajoittamista ei voitaisi ottaa huomioon myöskään muodollisten vaatimusten vuoksi, ja tosiseikasto, jonka perusteella virasto teki päätöksensä, muuttuisi, jos tavaraluetteloa jaoteltaisiin oikeudenkäyntimenettelyssä. [30]

60. Edellä esitetystä seuraa, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin saattoi todeta sekaannusvaaran pelkästään loppukuluttajan havainnoinnin perusteella. Valituksenalaiseen tuomioon sisältyvästä oikeudellisesta virheestä huolimatta tuomiota ei näin ollen voida kumota toisen valitusperusteen ensimmäisen osan perusteella.

4. Valitusperusteen kolmas ja neljäs osa – merkkien vertailu

61. Valitusperusteen kolmannessa ja neljännessä osassa Alcon arvostelee merkkien ulkoasun ja lausuntatavan vertailua. Alcon kuitenkin riitauttaa ainoastaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen esittämät tosiseikkoja koskevat toteamukset. Näin ollen valitus on jätettävä tältä osin tutkimatta. [31]

5. Valitusperusteen viides osa – sekaannusvaara

62. Moittiessaan sekaannusvaaran arviointia Alcon vetoaa lähinnä siihen, ettei lääkäreitä ja apteekkareita ole otettu asianmukaisesti huomioon. Kuten edellä on jo esitetty, loppukuluttajien keskuudessa oleva sekaannusvaara on kuitenkin riittävä peruste, koska tavaramerkin TRAVATAN tavaraluetteloon sisältyi myös ilman lääkemääräystä myytäviä lääkkeitä. [32] Näin ollen valitus on tältä osin perusteeton.

30 – Samaan tulokseen päädytään asiassa 30 W (pat) 123/97 (Plantapret), Bundespatentgerichtin (Saksa) tuomio 20.11.1997 (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 1998, s. 725, 727) ja asiassa I ZB 32/95 (salvent/Salventerol), Bundesgerichtshofin (Saksa) tuomio 12.2.1998 (BGH Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 1998, s. 924, 925).

31 – Ks. edellä oleva 36 kohta.

32 – Ks. edellä oleva 54 kohta.

VI Oikeudenkäyntikulut

63. Yhteisöjen tuomioistuimen työjärjestyksen 112 artiklan mukaan, luettuna yhdessä 118 artiklan ja 69 artiklan 2 kohdan kanssa, asianosainen, joka häviää asian, velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on sitä vaatinut. Koska Alcon on hävinnyt asian, se on velvoitettava korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

VII Ratkaisuehdotus

64. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin ratkaisee asian seuraavasti:

1) Valitus hylätään.

2) Alcon Inc. velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.