AZ ELSŐFOKÚ BÍRÓSÁG ÍTÉLETE (első tanács)

2009. szeptember 29.*

A T-139/08. sz. ügyben,

The Smiley Company SPRL (székhelye: Brüsszel [Belgium], képviseli: A. Deutsch ügyvéd)

felperesnek

a **Belső Piaci Harmonizációs Hivatal (védjegyek és formatervezési minták) (OHIM)** (képviseli: J. Crespo Carrillo, meghatalmazotti minőségben)

alperes ellen

az OHIM negyedik fellebbezési tanácsának a smiley mosoly felét ábrázoló ábrás védjegynek az Európai Közösséget megjelölő nemzetközi lajstromozására vonatkozó, 2008. február 7-i határozata (R 958/2007-4. sz. ügy) ellen benyújtott keresete tárgyában,

* Az eljárás nyelve: angol.

AZ EURÓPAI KÖZÖSSÉGEK
ELSŐFOKÚ BÍRÓSÁGA (első tanács),

tagjai: V. Tiili elnök, F. Dehousse és I. Wiszniewska-Białecka (előadó) bírák,

hivatalvezető: K. Pocheć tanácsos,

tekintettel az Elsőfokú Bíróság Hivatalához 2008. április 11-én benyújtott keresetlevélre,

tekintettel az Elsőfokú Bíróság Hivatalához 2008. július 31-én benyújtott válaszbeadványra,

tekintettel az Elsőfokú Bíróságnak a felekhez intézett írásbeli kérdésére,

tekintettel a felek által az Elsőfokú Bíróság Hivatalához 2009. április 8-án, 15-én és 30-án benyújtott észrevételekre,

tekintettel a korábbi fél jogvitából való elbocsátását és helyette a másik fél megidézését engedélyező 2009. június 4-i végzésre,

a 2009. június 10-i tárgyalást követően,

meghozta a következő

Ítéletet

A jogvita előzményei

1 2006. április 14-én Franklin Loufrani elérte az alább ábrázolt ábrás megjelölésnek (a továbbiakban: a szóban forgó védjegy) az Európai Közösséget megjelölő, nemzetközi védjegyként történő lajstromozását:



2 A Belső Piaci Harmonizációs Hivatalt (védjegyek és formatervezési minták) (OHIM) 2006. szeptember 14-én értesítették a szóban forgó védjegy nemzetközi lajstromozásáról.

3 A bejelentést a védjegyekkel ellátható termékek és szolgáltatások nemzetközi osztályozására vonatkozó, felülvizsgált és módosított, 1957. június 15-i Nizzai Megállapodás szerinti 14., 18. és 25. osztályba tartozó árukkal kapcsolatban tették, az egyes osztályok tekintetében az alábbi árujegyzéknek megfelelően:

– 14. osztály: „Nemesfémek és ötvözeteik, a fogászati felhasználás kivételével, ékszerek, drágakövek, órák és más időmérő eszközök, ezüsttálak (edények), művészeti tárgyak nemesfémből, dobozok tokok és díszdobozok nemesfémből, karkötők (ékszerek), melltűk, brossok (ékszerek), napórák, hamutartók dohányosoknak (nemesfémből), láncok (ékszer), kalapdíszek (nemesfémből), kronográfok (órák), kronométerek, versenyórák, kulcskarikák (és hozzájuk tartozó díszek), nyakláncok (ékszer), nyakkendőtűk, háztartási tartályok, tartók nemesfémből, háztartási eszközök nemesfémből, tűk (ékszerek), órák (faliórák), jelvények nemesfémből, mandzsettagombok, medálok, pénztárcák nemesfémből, órák, óraszíjak, ötvösmunkák (kivéve a késműves árukat, a villákat és a kanalakat), díszek (ékszerek), ingaóra (órák), törülközőtartó nemesfémből, ébresztőórák, étkészletek (edénynemű) nemesfémből, urnák nemesfémből, szent edények nemesfémből”;

– 18. osztály: „bőröndök és kézitáskák, esernyők, napernyők és esernyőnyelek, korbácsok, ostorok és nyergesáruk, nyakörvek és pórázok állatoknak, dobozok bőrből vagy műbőrből, erszények, pénztárcák, botszékek, iskolatáskák, kártyatartók (levéltárcák), kalapdobozok bőrből, kulcstartók (bőráru), piperetáskák üresen, aktatáskák, iskolatáskák, bevásárlóhálók, takarók állatoknak, kofferek (kis utazóládák), erszények, pénztárcák (nem nemesfémből), napernyők, levéltárcák, hevedertáskák gyermekek hordozására, hátizsákok, kézitáskák, strandtáskák, útitáskák, táskák (zacskók, tasakok) csomagolásra (bőrből), ruhatáskák utazáshoz, aktatáskák (bőráruk), utazókészletek (bőráruk)”;

– 25. osztály: „ruházat, ruhaneműk, lábbelik (az ortopéd lábbelik kivételével), fürdőruhák, fürdőköpenyek, partedlik, nem papírból, svájcisapkák, barettek, kötöttáruk, magas szárú lábbelik, tartók (nadrághoz, harisnyához), alsónadrágok, sapkák, övek (ruházat), kalapok, sportlábbelik, jelmezek, nadrágpelenkák, fülvédők

(ruházat), nyakkendők, vállszalagok, sálak, kesztyűk (ruházat), csecsemőkelengyék, babakelengyék, papucsok, talpak lábbelikhez, alsóneműk, kötények (ruházat), sportruházat”.

4 2007. február 1-jén a szóban forgó védjegynek az Európai Közösségben való oltalma vonatkozásában az OHIM hivatalból ideiglenes elutasításról szóló értesítést bocsátott ki a védjegyek nemzetközi lajstromozásáról szóló, Madridi Megállapodáshoz kapcsolódó, 1989. június 27-én Madridban elfogadott jegyzőkönyv (HL 2003. L 296., 22. o.; magyar nyelvű különkiadás 17. fejezet, 1. kötet, 317. o.) 5. cikkének és a módosított, a közösségi védjegyről szóló 40/94/EK tanácsi 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.) 113. szabályának megfelelően a Közösséget megjelölő nemzetközi lajstromozás hatálya alá tartozó valamennyi áru vonatkozásában. A hivatkozott indok az volt, hogy a szóban forgó védjegy nem rendelkezik megkülönböztető képességgel a módosított, 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.) 7. cikke (1) bekezdésének b) pontja (jelenleg a közösségi védjegyről szóló, 2009. február 26-i 207/2009/EK tanácsi rendelet [HL L 78., 1. o.] 7. cikke (1) bekezdésének b) pontja) értelmében.

5 Mivel erre az értesítésre a megszabott határidőn belül nem kapott választ, az elbíráló a 2007. április 23-i határozatával a Közösséget megjelölő nemzetközi lajstromozás hatálya alá tartozó valamennyi áru vonatkozásában elutasította a szóban forgó védjegynek a Közösség területén történő oltalom alá helyezését azzal az indokkal, hogy a szóban forgó védjegy nem rendelkezik a 40/94 rendelet 7. cikke (1) bekezdése b) pontjának értelmében vett megkülönböztető képességgel.

6 F. Loufrani 2007. június 22-én fellebbezést nyújtott be az OHIM-nál ezen határozat ellen a 40/94 rendelet 57–62. cikke (jelenleg a 207/2009 rendelet 58–64. cikke) alapján.

7 Az OHIM negyedik fellebbezési tanácsa a 2008. február 7-i határozatával (a továbbiakban: megtámadott határozat) elutasította a fellebbezést. A fellebbezési tanács úgy vélte, hogy azok az áruk, amelyek vonatkozásában az oltalmat igényelték, közhasználati cikkek, az érintett vásárlóközönség a Közösség nagyközönsége, és tekintettel arra, hogy a „ékszer-, bőr- ruházati és hasonló árukról” van szó, a vásárlóközönség az áruk kiválasztása során viszonylag magas fokú figyelmet tanúsít. A szóban forgó védjegyet illetően a fellebbezési tanács egyrészt helyben hagyta az elbíráló

álláspontját, amely szerint nagyon egyszerű és szokványos, kizárólag díszítőfunkcióval rendelkező mintáról van szó, amelyre az érintett vásárlóközönség nem megkülönböztető megjelölésként fog emlékezni. Másrészt a fellebbezési tanács mint bizonyító erővel nem rendelkezőket elutasította a fellebbezés alátámasztására hivatkozott lajstromozott védjegyek példáit. A fellebbezési tanács ezekre a tényekre tekintettel megállapította, hogy a szóban forgó védjegy nem rendelkezik a 40/94 rendelet 7. cikke (1) bekezdésének b) pontja értelmében vett megkülönböztető képességgel, következésképpen a szóban forgó védjegynek a Közösség területére vonatkozó oltalmát el kell utasítani.

8 A szóban forgó védjegy nemzetközi lajstromozásának átruházását követően a felperes, a The Smiley Company SPRL, számára engedélyezték, hogy a jelen eljárásban F. Loufrani helyébe lépjen.

A felek kérelmei

9 A felperes azt kéri, hogy az Elsőfokú Bíróság:

– helyezze hatályon kívül a megtámadott határozatot;

– az OHIM-ot kötelezze a költségek viselésére.

10 Az OHIM azt kéri, hogy az Elsőfokú Bíróság:

– utasítsa el a keresetet;

– a felperest kötelezze a költségek viselésére.

A jogkérdésről

11 Keresete alátámasztásául a felperes egyetlen, a 40/94 rendelet 7. cikke (1) bekezdésének b) pontjára alapított jogalapot terjeszt elő. A felperes lényegében azt terjeszti elő, hogy az érintett vásárlóközönség átlagfogyasztókból áll, akik közül egyesek – legalábbis a szóban forgó áruk egy része vonatkozásában – rendkívül magas fokú figyelmet tanúsítanak, és hozzá vannak szokva, hogy számos, a szóban forgó védjegyhez hasonló megjelölést eredetmegjelölésként észleljenek. Ezenkívül a szóban forgó védjegyet bizonyos áruk kereskedelmi eredetmegjelöléseként használják, és annak elegendő sajátos jellemzője van ahhoz, hogy a Közösség területén való oltalomhoz szükséges megkülönböztető képesség minimumával rendelkezőnek lehessen tekinteni.

12 Az OHIM vitatja a felperes érvelését.

13 A 40/94 rendelet 146. cikkének (1) bekezdése (jelenleg a 207/2009 rendelet 151. cikkének (1) bekezdése) szerint a Közösséget megjelölő nemzetközi lajstromozásnak – a Madridi Jegyzőkönyv 3. cikkének (4) bekezdése napjától – ugyanaz a hatálya, mint a közösségi védjegybejelentésnek. A 40/94 rendelet 149. cikkének (1) bekezdése (jelenleg a 207/2009 rendelet 154. cikkének (1) bekezdése) úgy rendelkezik, hogy

a Közösséget megjelölő nemzetközi lajstromozást a közösségi védjegybejelentésekkel azonos eljárással alá kell vetni egy, a feltétlen kizáró okok alapján történő vizsgálatnak.

14 A 40/94 rendelet 7. cikke (1) bekezdésének b) pontja értelmében a megjelölés nem részesülhet védjegyoltalomban, ha nem rendelkezik megkülönböztető képességgel. Az állandó ítélkezési gyakorlat szerint a 40/94 rendelet 7. cikke (1) bekezdésének b) pontjában meghatározott védjegyek nem képesek betölteni a védjegy alapvető funkcióját, nevezetesen az áru vagy szolgáltatás kereskedelmi származásának azonosítását, lehetővé téve ily módon az adott védjeggyel megjelölt áru vagy szolgáltatás vásárlója számára, hogy egy későbbi vásárlás alkalmával pozitív tapasztalat esetén ugyanazt válassza, de amennyiben a védjegyről negatív tapasztalatot szerzett, mást válasszon (az Elsőfokú Bíróság T-34/00. sz., Eurocool Logistik kontra OHIM [EUROCOOL] ügyben 2002. február 27-én hozott ítéletének [EBHT 2002., II-683. o.] 37. pontja és a T-449/07. sz., Rotter kontra OHIM [kolbászok elrendezésének formája] 2009. május 5-én hozott ítéletének [EBHT 2009., II-1071. o.] 18. pontja).

15 A védjegy megkülönböztető képességét egyrészt a védjegy-bejelentési kérelemben vagy az oltalom iránti kérelemben szereplő áruk vagy szolgáltatások vonatkozásában, másrészt arra tekintettel kell megítélni, milyen képet alkot róla az érintett vásárlóközönség, amely az említett áruk vagy szolgáltatások átlagfogyasztóiból áll (az Elsőfokú Bíróság T-88/00. sz., Mag Instrument kontra OHIM [zseblámpák formája] ügyben 2002. február 7-én hozott ítéletének [EBHT 2002., II-467. o.] 30. pontja és a fenti 14. pontban hivatkozott „kolbászok elrendezésének formája”-ügyben hozott ítélet 19. pontja).

16 Mindazonáltal a megkülönböztető képesség minimális foka is elegendő ahhoz, hogy a 40/94 rendelet 7. cikke (1) bekezdésének b) pontjában foglalt feltétlen kizáró ok ne legyen alkalmazható (az Elsőfokú Bíróság T-337/99. sz., Henkel kontra OHIM [piros és fehér, kerek tabletta] ügyben 2001. szeptember 19-én hozott ítéletének [EBHT 2001., II-2597. o.] 44. pontja és a T-405/07. és T-406/07. sz., CFCMCEE kontra OHIM [P@YWEB CARD és PAYWEB CARD] ügyben 2009. május 20-án hozott ítéletének [EBHT 2009., II-1441. o.] 57. pontja).

17 A jelen esetben a szóban forgó védjegynek a Közösség területén való oltalmát az összes olyan áru vonatkozásában elutasították, amelyre az oltalmat igényelték. Lényegében a 14. osztályba tartozó nemesfémekről, nemesfémekből készült árukról, ékszerekről és órákról a 18. osztályba tartozó táska- és bőrárukról és a 25. osztályba tartozó ruházati árukról és ruházati kiegészítőkről van szó. Mivel ezeket az árukat lényegében a nagyközönségnek szánták, a fellebbezési tanács helyesen vélte úgy, hogy az érintett vásárlóközönség a Közösség nagyközönsége. Egyebekben a felperes ezt nem vitatta.

18 A védjegynek az érintett közönség általi észlelését mindazonáltal befolyásolja az átlagfogyasztó figyelmi szintje, amely a szóban forgó áruk vagy szolgáltatások kategóriáinak függvényében változhat (az Elsőfokú Bíróságnak a fenti 16. pontban hivatkozott „piros és fehér, kerek tabletta”-ügyben hozott ítéletének 48. pontja és a T-358/04. sz., Neumann kontra OHIM [mikrofonfej formája] ügyben 2007. szeptember 12-én hozott ítéletének [EBHT 2007., II-3329. o.] 40. pontja).

19 A jelen esetben, jóllehet az érintett vásárlóközönség – amint arra a fellebbezési tanács rámutatott – a szóban forgó áruk kiválasztása során viszonylag magas fokú figyelmet tanúsíthat, nem lehet úgy tekinteni, ahogy azt a felperes állítja, hogy az érintett vásárlóközönség, akár a szóban forgó áruk egy része vonatkozásában is, rendkívül magas fokú figyelmet tanúsítana. Ezeket az árukat ugyanis széles értelemben véve valóban a divatágazathoz tartozónak lehet tekinteni, és el lehet fogadni, hogy a nagyközönség bizonyos fokig figyel a megjelenésére, ennélfogva a vásárlása során értékeli ezen áruk stílusát, minőségét, kidolgozását és árát, a szóban forgó áruk leírásából nem tűnik ki, hogy luxuscikkekről vagy olyan kifinomultságú árukról volna szó, amelyek vonatkozásában az érintett vásárlóközönség feltehetően rendkívül figyelmes.

20 A szóban forgó védjegy megkülönböztető képességét azon áruk összessége vonatkozásában kell értékelni, amelyekre ezen védjegy oltalmát igényelték, figyelembe véve az átlagfogyasztó feltételezhető várakozásait, aki nem tanúsít rendkívül magas fokú figyelmet.

21 A szóban forgó védjegy egy negyedkörhöz hasonló görbe és emelkedő vonalból áll, amely alatt középen kis függőleges vonást ábrázoltak, és amely vonal a jobb oldali végén egy második rövid vonalban végződik, amely az első vonalra majdnem merőleges. Egy majdnem háromszög alak jelzi a két fő vonal kereszteződését. E különböző elemek egy egészet alkotnak.

22 A felperes a tárgyalás során előterjesztette, hogy a szóban forgó védjegy emelkedő görbéje alatt ábrázolt kis vonás nem a védjegy része, hanem az a rossz minőségű nyomtatás eredménye, amit az Elsőfokú Bíróság tudomásul vett. Az OHIM azonban úgy érvelt, hogy ez az érv elfogadhatatlan, mivel az módosítja a fellebbezési tanács előtti eljárás tárgyát, megsértve az Elsőfokú Bíróság eljárási szabályzata 135. cikkének 4. §-át, amit az Elsőfokú Bíróság szintén tudomásul vett.

23 Az OHIM előtti eljárás aktájából kitűnik, hogy az elbíráló a szóban forgó védjegyet így írta le: „emelkedő sötét vonal, amely fent, jobb oldalon egy ugyanezen vonalra merőleges rövid vonással végződik", és a fellebbezési tanács előtt a fellebbezésének indokait kifejtő beadványában F. Loufrani kijelentette: „fel kell hívni a figyelmet a görbe alján lévő kis függőleges vonásra […], amely elemről az elbíráló nem tesz említést". A fellebbezési tanács tehát F. Loufrani kifejezett kérelmére állapította meg, hogy ez a kis vonás a szóban forgó védjegy részét képezi.

24 Márpedig az ítélkezési gyakorlat szerint a 40/94 rendelet 63. cikkéből (jelenleg a 207/2009 rendelet 65. cikke) és az eljárási szabályzat 135. cikkének 4. §-ából kitűnik, hogy a felperes nem jogosult módosítani a jogvita tartalmát, amely az OHIM előtt előterjesztett indítványokból és előterjesztésekből következik. Következésképpen az első alkalommal az Elsőfokú Bíróság előtt előterjesztett, ilyen módosításra irányuló érvet el kell utasítani mint elfogadhatatlant (lásd ebben az értelemben a Bíróság C-412/05. P. sz., Alcon kontra OHIM ügyben 2007. április 26-án hozott ítéletének [EBHT 2007., I-3569. o.] 43–45. pontját és az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlatot).

25 A jelen esetben a felperes által a tárgyaláson előterjesztett érv azon védjegy módosítására irányul, amelynek a Közösség területén való oltalmát kérelmezi, és amely vonatkozásában a fellebbezési tanács határozatot hozott. Amint azt az OHIM előterjeszti, ez az érv módosítja a fellebbezési tanács előtti jogvita tárgyát, amely a felperes által az OHIM előtt előterjesztett indítványokból következik. Ennélfogva ezt az érvet mint elfogadhatatlant el kell utasítani, és a kis függőleges vonást a szóban forgó védjegy részének kell tekinteni.

26 Ezen védjegy megkülönböztető képességét illetően emlékeztetni kell arra, hogy az ítélkezési gyakorlat szerint a túlzottan egyszerű megjelölések, amelyek olyan alapvető mértani alakzatból állnak mint a kör, a vonal, a hagyományos négyszög vagy ötszög, nem alkalmasak olyan üzenet közlésére, amelyre a fogyasztók képesek emlékezni, ezért a fogyasztók azokat nem tekintik védjegynek, hacsak azok a használat révén meg nem szerezték a megkülönböztető képességet (az Elsőfokú Bíróság T-304/05. sz., Cain Cellars kontra OHIM [Egy ötszög ábrázolása] ügyben 2007. szeptember 12-én hozott ítéletének [az EBHT-ban nem tették közzé] 22. pontja).

27 Ebben a helyzetben a védjegy 40/94 rendelet 7. cikke (1) bekezdése b) pontjának értelmében vett megkülönböztető képességének megállapítása nem függ a védjegyjogosult bizonyos fokú kreativitásának, illetve nyelvi vagy művészi leleményességének megállapításától. Elegendő, ha a védjegy alkalmas arra, hogy rajta keresztül az érintett vásárlóközönség a közösségi védjegybejelentésben megjelölt árukat és szolgáltatásokat azonosítani tudja, és meg tudja azokat különböztetni más vállalkozások áruitól és szolgáltatásaitól (a Bíróság C-329/02. P. sz., SAT.1 kontra OHIM 2004. szeptember 16-án hozott ítéletének [EBHT 2004., I-8317. o.] 41. pontja és az Elsőfokú Bíróság T-23/07. sz., Borco-Marken-Import Matthiesen kontra OHIM [α] ügyben 2009. április 29-én hozott ítéletének [EBHT 2009., II-861. o.] 43. pontja).

28 A jelen esetben az nem vitatott, hogy a szóban forgó védjegy nem mértani alakzatot ábrázol. A feleknek mindazonáltal ellentétes az álláspontja ezen védjegy egyszerűségének mértékéről és ebből következően annak megkülönböztető képességéről, mivel a felperes lényegében azt terjeszti elő, hogy a szóban forgó védjegy „lényegében két vonal meglehetősen összetett kombinációjából [áll] […], amely kissé a »t« betűre hasonlít”, amely ennélfogva megkülönböztető jellegű.

29 Ebben a tekintetben először is rá kell arra mutatni, hogy a felperes állításával ellentétben a fellebbezési tanács nem hagyta figyelmen kívül a görbe jobb végén ábrázolt vonást és azt a tényt, hogy a szóban forgó védjegy ezáltal kelthet az egyszerű görbe vonaltól eltérő benyomást. A megtámadott határozatból kitűnik, hogy a fellebbezési tanács először is hallgatólagosan magáévá tette az elbírálónak a szóban forgó védjegyre vonatkozó, a fenti 23. pontban hivatkozott leírását, amelyet ezt követően – a fellebbezési tanács előtti fellebbezésben kifejtetteknek megfelelően – kiegészített, rámutatva a „görbe közepén megjelenő, lefelé irányuló kis vonásra", és végül megállapította, hogy ez a kis vonás nem módosítja a szóban forgó védjegy olyan észlelését, hogy az „nagyon egyszerű és szokványos, kizárólag díszítő funkcióval rendelkező minta, és nem az áruk kereskedelmi származásának megjelölése".

30 Másodszor, a felperes természetesen megalapozottan állította, hogy nincs befolyással a védjegy megkülönböztető képességének értékelésére az a tény, hogy az díszítő funkciót tölt be. Mindazonáltal az a megjelölés, amely a klasszikus értelemben vett védjegyfunkciókon túl további funkciókat is betölt, csak akkor megkülönböztető a 40/94 rendelet 7. cikke (1) bekezdésének b) pontja értelmében, ha egyúttal az az áru vagy szolgáltatás kereskedelmi származásának megjelölésként is felfogható, és ezáltal az érintett vásárlóközönség az összetévesztés veszélye nélkül meg tudja különböztetni a védjegyjogosult áruját vagy szolgáltatását a más kereskedelmi származású árutól vagy szolgáltatástól (az Elsőfokú Bíróság T-130/01. sz., Sykes Enterprises kontra OHIM [REAL PEOPLE, REAL SOLUTIONS] ügyben 2002. december 5-én hozott ítéletének [EBHT 2002., II-5179. o.] 20. pontja és a T-320/03. sz., Citicorp kontra OHIM [LIVE RICHLY] ügyben 2005. szeptember 15-én hozott ítéletének [EBHT 2005., II-3411. o.] 66. pontja). Szükséges tehát, hogy ez a megjelölés, még ha díszítő jellegű is, rendelkezzen a megkülönböztető képesség minimumával.

31 Márpedig a szóban forgó védjegy még a viszonylag figyelmes érintett vásárlóközönség esetében sem rendelkezik olyan könnyen és azonnal megjegyezhető vonással, amely lehetővé tenné, hogy a védjegyet az azonnal a szóban forgó áruk kereskedelmi származásának megjelöléseként fogja fel. Amint arra a fellebbezési tanács helyesen rámutatott, a védjegyet kizárólag díszítőelemként fogják észlelni akár a 14. osztályba tartozó árukról, akár a 18. és 25. osztályba tartozó árukról van szó**.** Következésképpen a szóban forgó védjegy a versenytársak áruihoz képest egyik szóban forgó terméket sem teszi egyedivé.

32 Nem teheti kétségessé a fenti megállapítást az a tény, hogy az érintett közönség hozzá van szokva, hogy a sávokból vagy csíkokból álló, egyszerű ábrás megjelöléseket védjegyként észlelje, vagy az sem, hogy számos gyártó lajstromoztatott ilyen védjegyeket a 25. osztályba tartozó áruk megjelölésére.

33 A felperes állításával ellentétben a fellebbezési tanács nem állította azt, hogy az érintett vásárlóközönség (különösen a 25. osztályba tartozó áruk fogyasztói) nincs hozzászokva, hogy a sávokból álló egyszerű megjelöléseket megkülönböztető jellegű megjelölésként észlelje. A fellebbezési tanács azt sem állította, hogy a fogyasztók az áruk közötti különbségtétel során nem figyelnek ezekre a sávokból álló megjelölésekre. A megtámadott határozatból kitűnik, hogy a fellebbezési tanács megelégedett azzal az észrevétellel, hogy nem meggyőzőek az elé terjesztett példák, mivel azokban a szóban forgó védjegytől eltérő és annál összetettebb védjegyekről van szó.

34 A fellebbezési tanács ezen álláspontját jóvá kell hagyni. Először is a jelen esetben annak meghatározásáról van szó, hogy magát a szóban forgó védjegyet olyan megjelölésként észlelheti-e az érintett vásárlóközönség, amely alapján képes a szóban forgó áru kereskedelmi származása megjelölésének azonosítására a más kereskedelmi származású árukkal való összetévesztés veszélye nélkül. Tehát önmagában annak a ténynek, hogy más védjegyek esetében, jóllehet azok úgyszintén egyszerűek, megállapították ezt a képességet, mivel azok rendelkeznek megkülönböztető képességgel, nincs bizonyító ereje annak meghatározása céljából, hogy a szóban forgó védjegyek is rendelkeznek-e a Közösség területén való oltalmazhatósághoz szükséges megkülönböztető képesség minimumával.

35 Másodszor, még annak feltételezése esetén is, hogy a felperes érvelése teljes egészében elfogadható, mivel bizonyos védjegyekre először az Elsőfokú Bíróság előtt hivatkoztak, el kell ismerni, hogy számos védjegy, amelyre a felperes utal, egyszerű. Azonban az összes ilyen védjegy nem csupán vonalakból vagy vonásokból áll, mint a szóban forgó védjegy, hanem vagy azonosítható és bizonyos (teljes vagy körvonalakból álló) felülettel rendelkező formákból, mint a sávok, parallelepipedonok, vesszők, stilizált betűk vagy az ilyen alakok összetétele. A fellebbezési tanács tehát helyesen mutatott rá, hogy az előtte hivatkozott védjegyek olyan rajzokból álltak, amelyek egy teljes felület benyomását keltik. Nem ez a helyzet a szóban forgó védjegy esetében. Következésképpen nem lehet elfogadni a felperes azon állítását, amely szerint azok a védjegyek, amelyekre utal, ugyanazokkal a jellemzőkkel rendelkeznek, mint a szóban forgó védjegy, vagy amely szerint a szóban forgó védjegy ugyanolyan összetett, mint a felperes

által hivatkozott védjegyek. Ebből következik, hogy a jelen esetben nem rendelkezik bizonyító erővel az a tény, hogy a 25. osztályba tartozó bizonyos áruk fogyasztója hozzá van szokva, hogy az ilyen formákat, vagy a formák ilyen összetételeit ezen áruk kereskedelmi származásának megjelöléseként észlelje.

36 Harmadszor, a lajstromozáshoz vagy a Közösség területén való oltalomhoz szükséges megkülönböztető képesség minimumát az eset körülményeihez képest kell értékelni. Ugyanis azok a határozatok, amelyeket a fellebbezési tanácsoknak a 40/94 rendelet alapján a megjelölés közösségi védjegyként történő lajstromozására vagy oltalmára vonatkozóan meg kell hozniuk, 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 Bíróság C-37/03. P. sz., BioID kontra OHIM ügyben 2005. szeptember 15-én hozott ítéletének [EBHT 2005., I-7975. o.] 47. pontja és a fenti 24. pontban hivatkozott Alcon kontra OHIM ügyben hozott ítéletének 65. pontja). Következésképpen az a tény, hogy az OHIM közösségi védjegyként lajstromozott egyszerű sávos vagy csíkos ábrás megjelöléseket, nem bír jelentőséggel annak elbírálása szempontjából, hogy a szóban forgó védjegy rendelkezik-e a 40/94 rendelet 7. cikke (1) bekezdésének b) pontja értelmében vett megkülönböztető képességgel.

37 Ebből következik, hogy a fellebbezési tanács helyesen állapította meg, hogy a szóban forgó védjegy nagyon egyszerű és szokványos, kizárólag díszítő funkcióval rendelkező minta, amelyet nem fognak a szóban forgó áruk kereskedelmi származásának megjelöléseként észlelni.

38 Ezt a következtetést nem teheti kérdésessé az arra alapított érv, hogy a szóban forgó védjegyet a kereskedelmi származás megjelöléseként már használják. A 40/94 rendelet 7. cikke (1) bekezdésének b) pontja előírja, hogy a védjegy megkülönböztető képességét az ugyanezen rendelet 7. cikke (3) bekezdésének (jelenleg a 207/2009 rendelet 7. cikkének (3) bekezdése) értelmében vett tényleges használattól függetlenül kell elemezni (az Elsőfokú Bíróság T-87/00. sz., Bank für Arbeit und Wirtschaft kontra OHIM [EASYBANK] ügyben 2001. április 5-én hozott ítéletének [EBHT 2001., II-1259. o.] 40. pontja és a T-360/03. sz., Frischpack kontra OHIM [Egy sajtdoboz formája] ügyben 2004. november 23-án hozott ítéletének [EBHT 2004., II-4097. o.] 29. pontja). Ezenkívül az Elsőfokú Bírósághoz benyújtott kereset az OHIM fellebbezési tanácsai által hozott határozatok jogszerűségének a 40/94 rendelet 63. cikke alapján történő vizsgálatára irányul. Ennélfogva az Elsőfokú Bíróságnak nem feladata a tényállásnak azon bizonyítékok fényében történő újbóli megvizsgálása, amelyeket első ízben terjesztettek elé. Ugyanis ezen bizonyítékok elfogadása ellentétes az eljárási szabályzat 135. cikkének 4. §-ával, amely szerint a felek beadványai nem változtathatják

meg a fellebbezési tanács előtti eljárás tárgyát (az Elsőfokú Bíróság T-128/01. sz., DaimlerChrysler kontra OHIM [Calandre] ügyben 2003. március 6-án hozott ítéletének [EBHT 2003., II-701. o.] 18. pontja és a fenti 27. pontban hivatkozott „α”-ügyben hozott ítélet 9. pontja). Márpedig az OHIM előtti eljárás aktájából kitűnik, hogy a felperes által ezen érv alátámasztására benyújtott fényképeket először az Elsőfokú Bírósághoz nyújtották be, és a felperes az OHIM előtt nem bizonyította, hogy a szóban forgó védjegy a használata révén megkülönböztető képességre tett szert. Következésképpen ezt az érvet és az alátámasztására előterjesztett bizonyítékokat mint elfogadhatatlanokat el kell utasítani.

39 Végül, még ha feltételezzük is az elfogadhatóságát, nem lehet helyt adni annak az, először az Elsőfokú Bíróság előtt előterjesztett érvnek, amely szerint a szóban forgó védjegyet az érintett vásárlóközönség „fél smiley szájként” azonosítja, magát a smileyt az 517 383. számon lajstromozták közösségi védjegyként, és a szóban forgó védjegy erre tekintettel megkülönböztető jellegű. Az OHIM kijelentése szerint ezen megközelítés követése annak elismerésével volna egyenértékű, hogy valamely lajstromozott védjegy bármely részlete, következésképpen egy megkülönböztető jellegű védjegy bármely részlete önmagában emiatt szintén megkülönböztető jellegű a 40/94 rendelet 7. cikke (1) bekezdése b) pontjának értelmében. Ez nem fogadható el. Ugyanis valamely védjegy e rendelkezés értelmében vett megkülönböztető képességének értékelése az ezen védjegy arra való alkalmasságán alapul, hogy a versenytársak azonos fajtájú áruihoz vagy szolgáltatásaihoz képest egyedivé tudja tenni a bejelentőnek a piacon lévő áruit és szolgáltatásait (az Elsőfokú Bíróság T-79/00. sz., Rewe-Zentral kontra OHIM [LITE] ügyben 2002. február 27-én hozott ítéletének [EBHT 2002., II-705. o.] 30. pontja). Ebben a vonatkozásban nincs jelentősége annak a ténynek, hogy a szóban forgó védjegy egy része egy már lajstromozott védjegyből áll.

40 Mindenesetre ha a védjegyeknek egymás melletti összehasonlítása során meg is lehet állapítani, hogy a szóban forgó védjegy hasonlít az 517 383. sz. közösségi védjegyben szereplő száj felére, emlékeztetni kell arra, hogy az átlagos fogyasztó kénytelen a védjegyről alkotott tökéletlen emlékképre hagyatkozni (az Elsőfokú Bíróság T-316/00. sz., Viking-Umwelttechnik kontra OHIM [zöld és szürke egymás mellé helyezése] ügyben 2002. szeptember 25-én hozott ítéletének [EBHT 2002., II-3715. o.] 28. pontja és a T-400/07. sz., GretagMacbeth kontra OHIM [24 négyzetből álló színkombináció] 2008. november 12-én hozott ítéletének [az EBHT-ban nem tették közzé] 47. pontja). Ezenkívül az érintett vásárlóközönség által a szóban forgó védjegyben az 517 383. sz. védjegy egy részének a felismerése azt feltételezi, hogy az érintett vásárlóközönség az utóbbi védjegyet ismeri, amit a felperes nem bizonyított.

Nem lehet tehát úgy tekinteni, hogy észlelve a szóban forgó védjegyet az érintett vásárlóközönség azt egy fél smiley szájjal, vagy az 517 383. sz. közösségi védjegyben megjelenő mosoly felével azonosítja. Ebben a tekintetben azt is meg kell állapítani, ahogy az OHIM is teszi, hogy a szóban forgó védjegy fő görbe vonala alatt elhelyezkedő kis függőleges vonás nem jelenik meg az 517 383. sz. védjegyben szereplő szájban. A szóban forgó védjegynek a felperes által hivatkozott védjeggyel való lehetséges társítása tehát nem bizonyított.

41 A fentiekből következik, hogy a fellebbezési tanács nem követett el hibát azzal, hogy álláspontja szerint a szóban forgó védjegy nem rendelkezik a megkülönböztető képesség azon szükséges minimumával, hogy ne vonatkozzon rá a 40/94 rendelet 7. cikke (1) bekezdése b) pontja szerinti feltétlen kizáró ok, és a Közösség területére vonatkozó oltalom iránti kérelmet emiatt el kell utasítani. Következésképpen a 40/94 rendelet 7. cikke (1) bekezdésének b) pontjára alapított egyetlen jogalapot mint megalapozatlant, valamint a keresetet teljes egészében el kell utasítani.

A költségekről

42 Az eljárási szabályzat 87. cikkének 2. §-a alapján az Elsőfokú Bíróság a pervesztes felet kötelezi a költségek viselésére, ha a pernyertes fél ezt kérte. Mivel a felperes pervesztes lett, az OHIM kérelmének megfelelően kötelezni kell a költségek viselésére, beleértve F. Loufrani korábbi felperes elbocsátásának és helyette a The Smiley Company SPRL felperesként való megidézésének költségeit is.

A fenti indokok alapján

AZ ELSŐFOKÚ BÍRÓSÁG (első tanács)

a következőképpen határozott:

1) A keresetet elutasítja.

2) Az Elsőfokú Bíróság a The Smiley Company SPRL-t kötelezi a költségek megfizetésére, beleértve azokat a költségeket, amelyek Franklin Loufrani jogvitából való elbocsátásával és a The Smiley Company SPRL megidézésével kapcsolatban merültek fel.

Tiili Dehousse Wiszniewska-Białecka

Kihirdetve Luxembourgban, a 2009. szeptember 29-i nyilvános ülésen.

Aláírások