FŐTANÁCSNOK INDÍTVÁNYA

DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

Az ismertetés napja: 2006. március 23. [1]

I – Bevezetés

1. A jelen fellebbezés az Európai Közösségek Elsőfokú Bírósága (negyedik tanács) 2004. november 10-én [2] hozott azon ítélete ellen irányul, amely elutasította a Belső Piaci Harmonizációs Hivatal (védjegyek és formatervezési minták) (OHIM) [3] második fellebbezési tanácsának egy aranysárga pillangós (szaloncukorszerű) cukorkacsomagolást megjelenítő ábrás védjegy lajstromozását elutasító határozatának hatályon kívül helyezésére irányuló keresetet.

2. A jogvita a lajstromozás alapvető feltételét jelentő megkülönböztető képesség kérdését veti fel, amely alapjául szolgál a közösségi védjegyről szóló rendelet 7. cikke, (1) bekezdése b) pontjának értelmezésével [4] kapcsolatos ítélkezési gyakorlatnak, ami kellően gazdag ahhoz, hogy a felperes fél állításairól – aki a jogvitát kiterjesztette a megkülönböztető képesség használat révén történő megszerzésének kérdéskörére – határozatot lehessen hozni.

3. A fellebbezés az indokolási és a tények hivatalból történő vizsgálatára vonatkozó kötelezettség tekintetében a jogvitát kiterjeszti az OHIM fellebbezési tanácsai előtti eljárás egyes kérdéseire, amelyeket a jelen főtanácsnoki indítvány is érint.

II – A jogi háttér

4. A fellebbezés ügyében történő határozathozatalhoz szükséges rendelkezések a 40/94 rendeletben találhatók.

5. A 4. cikk értelmében közösségi védjegyoltalom tárgya lehet „minden grafikailag ábrázolható megjelölés, így különösen szó – beleértve a személyneveket –, ábra, kép,

1 – Eredeti nyelv: spanyol.

2 – A T-402/02. sz., Storck kontra OHIM (pillangós csomagolás) ügyben 2004 november 10-én hozott ítélet (EBHT 2004., II-3849. o., a továbbiakban: megtámadott ítélet).

3 – Az R 0256/2001-4. sz. ügyben 2002. október 18-án hozott határozat.

4 – Az Uruguayi Forduló keretében megkötött megállapodások végrehajtása érdekében az 1994. december 22-i 3288/94/EK rendelettel (HL L 349., 83. o.; magyar nyelvű különkiadás 17. fejezet, 1. kötet, 185. o.) és a 2004. február 19-i 422/2004 tanácsi rendelettel HL L 70., 1. o.; magyar nyelvű különkiadás 17. fejezet 2. kötet 3. o.) módosított, 1993. december 20-i 40/94/EK tanácsi rendelet (HL 1994. L 11., 1. o.; magyar nyelvű különkiadás 17. fejezet, 1. kötet, 146. o.).

alakzat, betű, szám, az áru vagy a csomagolás formája, ha e megjelölés alkalmas arra, hogy valamely vállalkozás áruit vagy szolgáltatásait megkülönböztesse más vállalkozások áruitól vagy szolgáltatásaitól."

6. „Feltétlen kizáró okok" címet viselő 7. cikk (1) bekezdése szerint a megjelölés nem részesülhet védjegyoltalomban, ha

„a) nem felel meg a 4. cikkben meghatározott követelményeknek;

b) nem alkalmas a megkülönböztetésre;

[...]"

7. A 7. cikk (2) bekezdése így rendelkezik:

„Az (1) bekezdést akkor is alkalmazni kell, ha a kizáró ok csak a Közösség egy részében áll fenn."

8. A 7. cikk (3) bekezdése szerint „az (1) bekezdés b), c) és d) albekezdése alapján a megjelölés nincs kizárva a védjegyoltalomból, ha az árujegyzékben szereplő áruk, illetve szolgáltatások tekintetében használata révén megszerezte a megkülönböztető képességet".

9. „A határozatok indokolása" címet viselő 73. cikk előírja, hogy „a Hivatal [OHIM] határozatait indokolni kell. A határozatok csak olyan érveken és bizonyítékokon alapulhatnak, amelyekkel kapcsolatban az érintett feleknek módjukban állt nyilatkozatot tenni".

10. A tényállás hivatalból történő vizsgálatával kapcsolatban a 74. cikk így rendelkezik:

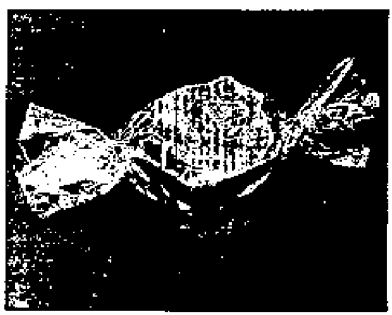
„A Hivatal [OHIM] az előtte folyó eljárásban a tényeket hivatalból vizsgálja. A lajstromozás viszonylagos kizáró okaival összefüggő eljárásban azonban a Hivatal [OHIM] a vizsgálat során a felek által előterjesztett tényálláshoz, bizonyítékokhoz és érvekhez, valamint a kérelem szerinti igényekhez kötve van.

[...]"

III – A jogvita előzményei

A – *Az eljárás alapjául szolgáló tényállás*

11. 1998. március 30-án az August Storck KG a 40/94 rendelet alapján közösségi védjegybejelentést tett az OHIM-nál, az alább ábrázolt aranysárga pillangós (szaloncukorszerű) csomagolásba csomagolt cukorka perspektivikus síkbeli ábrázolásának megfelelő ábrás védjegy lajstromoztatása iránt:



12. A bejelentést a Nizzai Megállapodás [5] szerinti 30. osztályba tartozó árukkal kapcsolatban tették, az alábbi leírással: „cukorkák".

13. 2001. január 19-i határozatával az elbíráló azzal az indokolással utasította el a védjegybejelentést, hogy az a 40/94 rendelet 7. cikk (1) bekezdésének b) pontja értelmében nem alkalmas a megkülönböztetésre, és használat révén sem szerzett megkülönböztető képességet a karamell cukorkák (toffees) tekintetében ugyanezen cikk (3) bekezdése értelmében.

14. 2001. március 13-án a felperes a 40/94 rendelet 59. cikke alapján fellebbezést nyújtott be az OHIM-hoz, amelyben kérte az elbíráló határozatának hatályon kívül helyezését.

15. Az OHIM második fellebbezési tanácsa 2002. október 18-i határozatával elutasította a fellebbezést a megtámadott ítéletben kimondottakkal azonos okokból.

16. Úgy ítélte meg, hogy a csomagolás színe alapján a bejelentett megjelölés grafikai ábrázolásán a felperes által emlegetett három színt nem lehet megkülönböztetni. Ráadásul a cukorkák csomagolásánál ez a szín szokványos, és gyakran előfordul a kereskedelemben.

17. Azt is megállapította, hogy a fellebbező által előterjesztett bizonyítékok nem támasztják azt alá, hogy ez a védjegy használata révén megszerezte a megkülönböztető képességet, általában a cukorkák vagy különösen a karamell cukorkák tekintetében.

5 – A védjegyekkel ellátható termékek és szolgáltatások nemzetközi osztályozására vonatkozó, módosított 1957. június 15-i Nizzai Megállapodás.

18. A közigazgatási eljárás befejezése után, 2003. május 26-án az August Storck KG hatályon kívül helyezés iránti keresetet nyújtott be az Elsőfokú Bíróság Hivatalához.

B – *A megtámadott ítélet*

19. Állításai alátámasztására az August Storck KG a 40/94 rendelet 7. cikke (1) bekezdése b) pontjának, 7. cikke (3) bekezdésének, 74. cikke (1) bekezdése első mondatának és 74. cikkének megsértésére alapított négy jogalapra hivatkozott.

20. A hivatkozott jogalapok elemzése előtt az Elsőfokú Bíróság körülhatárolta a per tárgyát, mivel a felperes és az OHIM a megjelöléssel kapcsolatban eltérő álláspontot képviseltek, és megállapította, hogy olyan, a cukorkák vonatkozásában lajstromoztatni kívánt [6] ábrás megjelölésről van szó, amely aranysárga [7], pillangós (szaloncukorszerű) [8] csomagolás formájából áll.

21. Az első jogalapban az eljáró Elsőfokú Bíróság a megjelölés megkülönböztető képességét vizsgálta egyrészt a védjegybejelentésben szereplő áruk vagy szolgáltatások vonatkozásában, másrészt arra tekintettel, hogy milyen képet alkot róla az érintett vásárlóközönség [9]. Ezt követően annak értékelésekor, hogy a szóban forgó csomagolás formájának és színének kombinációját a közönség eredetmegjelölésnek érzékeli-e, az Elsőfokú Bíróság a kombináció egésze által keltett benyomást vizsgálta [10], és azt a következtetést vonta le, hogy ezen jellemzők nem különböznek kellő mértékben a cukorkák esetében gyakran használt csomagolások alapformájától, és ezért a releváns közönség nem tudja azt a gyártóra vagy forgalmazóra utaló megjelöléseként megjegyezni.

22. Az Elsőfokú Bíróság is a fellebbezési tanácshoz hasonlóan felismerte a megjelölés kisajátításának kockázatát a cukorkák tekintetében, ez utóbbi maga is megerősítette – a 40/94 rendelet 7. cikke (1) bekezdésének b) pontja szerinti feltétlen kizáró ok mögött álló közérdekkel összhangban [11] –, hogy ezen cukorkák esetében a megkülönböztető képesség hiányzik.

23. Az Elsőfokú Bíróság a fenti megfontolások alapján azt a következtetést vonta le, hogy egy szokásosan tájékozott, ésszerűen figyelmes és körültekintő átlagos fogyasztó észlelése alapján a megjelölés nem képes az érintett árukat egyénivé tenni, és az egyéb kereskedelmi eredetű áruktól megkülönböztetni, következésképpen a kérelmet mint megalapozatlant elutasítja.

6 – 21. és 22. pont.
7 – 23–28. pont.
8 – 29–38. pont.
9 – 48–53. pont.
10 – 54–58. pont.
11 – 60. pont.

24. A 40/94 rendelet 7. cikke (3) bekezdésének megsértésére vonatkozó második jogalapot is elutasította az Elsőfokú Bíróság, mivel a felperes nem bizonyította, hogy a védjegy használata révén megszerezte a megkülönböztető képességet.

25. Először az Elsőfokú Bíróság felidézte az ítélkezési gyakorlat által kidolgozott, ezen képesség elnyerése érdekében teljesítendő alábbi követelményeket: a kereskedelmi eredet pontos megjelölése [12], az Európai Unió azon részének megemlítése, ahol a megjelölés nem rendelkezik megkülönböztető képességgel [13], és néhány olyan objektív tényező figyelembevétele, amelyek e minőség meglétének mérlegeléséhez szükségesek [14].

26. Ezt követően az Elsőfokú Bíróság vitatta az August Storck KG-nak a forgalmi adatokkal és a „Werther's Original" („Werther's Echte") cukorka népszerűsítésére költött jelentős reklámkiadásokkal kapcsolatos érveit, mivel a felperes által csatolt reklámanyag nem tartalmazott semmilyen bizonyítékot arra vonatkozóan, hogy a megjelölést úgy használják, ahogyan a lajstromozását kérték, hiszen azt szó- és ábrás megjelölések kísérték, és a felperes azt sem közölte, hogy a reklámkiadások mekkora hányadát fordította az egyes megjelölésekre [15]. Ráadásul ezek a reklámkiadások nem bizonyítják, hogy a Közösség egészében a vásárlók a csomagolást gyártóra utaló megjelölésként érzékelték [16].

27. Az Elsőfokú Bíróság végül elutasította azt az érvelést, mely szerint a felperes által beterjesztett közvélemény-kutatási eredmények azt bizonyítják, hogy az August Storck KG által forgalomba hozott cukorka mint ipari tulajdon ismertsége nem a „Werther's" elnevezésen, hanem a formán alapul [17].

28. A harmadik jogalapban a felperes a 40/94 rendelet 74. cikke (1) bekezdése első mondatának megsértésre hivatkozott, mivel a fellebbezési tanácsnak további vizsgálatot kellett volna tartania a védjegy használatának bizonyítására.

29. Az Elsőfokú Bíróság cáfolta ezeket az érveket, és kijelentette, hogy az OHIM csak azokat a tényeket köteles vizsgálni, amelyek a védjegynek használat révén szerzett megkülönböztető képességet kölcsönöznek a 40/94 rendelet 7. cikkének (3) bekezdése értelmében. Mivel nem vitatott, hogy az August Storck KG e vonatkozásban az OHIM elé terjesztett olyan bizonyítékokat,

12 – A C-108/97. és a C-109/97. sz ., Windsurfing Chiemsee ügyben 1999. május 4-én hozott ítélet [EBHT 1999., I-2779. o.] 52. pontja és a C-299/99. sz. , Philips-ügyben 2002. június 18-án hozott ítélet [EBHT 2002., I-5475. o.] 61. és 62. pontja.

13 – Az Elsőfokú Bíróság T-91/99. sz. , Ford Motor kontra OHIM (OPTIONS) ügyben 2000. március 30-án hozott ítéletének [EBHT 2000., II-1925. o.] 27. pontja, valamint a T-399/02. sz. , Eurocermex kontra OHIM („Egy sörösüveg formája") ügyben 2004. április 29-én hozott ítéletének [EBHT-2004., II-1391. o.] 43–47. pontja alapján.

14 – A fent hivatkozott Windsurfing Chiemsee ügyben hozott ítélet 51. és 52. pontja, valamint a fent hivatkozott Philips-ügyben hozott ítélet 60. és 61. pontja.

15 – 82–84. pont.

16 – 85–87. pont.

17 – 88. pont.

amelyeket a fellebbezési tanács értékelésénél figyelembe vett, így az OHIM fórumainak további ilyen irányú kötelezettségük nem volt. Különösen nem voltak kötelesek kiegészíteni az ügy iratait azért, hogy pótolják az állítások alátámasztására beterjesztett bizonyítékok bizonyító erejének hiányát [18].

30. Nem fogadta el az Elsőfokú Bíróság a negyedik jogalapot sem, amelyet a felperes a 40/94 rendelet 73. cikkének megsértésére alapított, azzal az indoklással, hogy az Elsőfokú Bíróság nem vizsgálta meg az általa benyújtott összes dokumentumot, illetve hogy sérült a meghallgatáshoz való joga.

31. Az Elsőfokú Bíróság elutasította ezt a jogalapot egyrészt azért, mert hibás feltevésből indul ki, hiszen a fellebbezési tanács ezeket a szempontokat megvizsgálta, de úgy ítélte meg, hogy azok nem elegendőek annak bizonyításához, hogy a megjelölés használat révén megkülönböztető képességet szerzett. Ezt meghaladóan az Elsőfokú Bíróság kiemelte, hogy a felperes saját maga csatolta ezeket a dokumentumokat az ügy irataihoz, így lett volna lehetősége arra, hogy ezeknek a helytállóságáról nyilatkozzon [19].

IV – Az Elsőfokú Bíróság előtti eljárás

32. Az August Storck KG 2005. január 26-án fellebbezést nyújtott be az Elsőfokú Bírósághoz, amelyre az OHIM 2005. április 18-án válaszolt. Válaszbeadvány és viszonválasz benyújtására nem volt szükség.

33. A tárgyalásra, amelyen mindkét fél képviselője részt vett, 2006. február 16-án került sor; tekintettel arra, hogy ugyanazok a szembenálló felek, ezért jelen ügyet egyesítették a C-24/05. P. sz. üggyel.

V – A hatályon kívül helyezésre vonatkozó jogalapok elemzése

34. A felperes vállalkozás az Elsőfokú Bíróság előtt felhozott négy jogalapra hivatkozik, amelyeket a 40/94 rendelet 7. cikke (1) bekezdése b) pontjának, 74. cikke (1) bekezdése első mondatának, a 73. cikkének, valamint ugyanezen rendelet 7. cikke (3) bekezdésének megsértésére alapított.

35. Mivel az OHIM az első jogalap harmadik részét, valamint a második jogalapot egészében elfogadhatatlannak ítélte, ezért először is ezeket az állításokat kell megvizsgálni.

18 – 96. pont.
19 – 100. és 101. pont.

A – *Egyes jogalapok elfogadhatóságának vizsgálata*

1. A hatályon kívül helyezésre vonatkozó első jogalap harmadik részének elfogadhatatlanságáról

36. Ebben a jogalapban az August Storck AG a csomagolás megkülönböztető képességének értékelésekor elkövetett tévedést rója fel az Elsőfokú Bíróságnak, amely e tévedéssel a 40/94 rendelet 7. cikke (1) bekezdésének b) pontját sértette meg.

37. A felperes a csomagolás színkombinációjára vonatkozó értékelés hiányára és a vásárlói magatartás elemzésének hiányos jellegére hivatkozik, az OHIM azonban úgy véli, hogy mivel ezek ténykérdések, ezért a fellebbezési eljárásban nem vizsgálhatók.

38. Az e jogvitában benyújtott fellebbezésből egyértelműen kitűnik, hogy a felperes egyes ténybeli szempontok értékelésének eredményét kifogásolja. A Bíróság azonban alapokmányának 58. cikke szerint az ilyen körülményeket és bizonyítékokat nem vizsgálhatja, kivéve az elferdítés és a tárgyi tévedés esetét [20]. Ebből kifolyólag csak azt tudom javasolni a Bíróságnak, hogy állapítsa meg az első jogalap harmadik részének elfogadhatatlanságát.

2. A második jogalap elfogadhatatlanságáról

39. Az OHIM azt kifogásolja, hogy az August Storck KG azokat az érveket ismétli meg, amelyekre már az első fokon előadott jogalap alátámasztásánál is hivatkozott, és ugyanazon ítélkezési gyakorlatra [21] utal, amikor a kérelem elfogadhatatlanságára hivatkozik.

40. Nyilvánvaló, hogy a 40/94 rendelet 74. cikke (1) bekezdése első mondatának a megtámadott határozatban elkövetett megsértése alátámasztására a felperes az első fokon már előadott állításokat ismétli meg, azonban – eltekintve attól, hogy nem volt más választása – a 32. pont utolsó mondata alátámasztja az Elsőfokú Bíróság ellen intézett kifogást, amely megerősítette az OHIM által megfogalmazott kritériumot.

41. Ebben az összefüggésben annak ellenére, hogy az August Storck KG által e bíróság előtt előadott érvelés hasonlít arra, amit a

20 – A C-104/00. P. sz., DKV kontra OHIM ügyben 2002. szeptember 19-én hozott ítélet [EBHT 2002., I-7561. o.] 22. pontja. A felülvizsgálat terjedelmével kapcsolatban lásd még a jelen ügyre vonatkozó főtanácsnoki indítványom 58–60. pontját.

21 – A felperes a C-62/94. P. sz., Turner kontra Bizottság ügyben 1995. október 17-én hozott végzés [EBHT 1995., I-3177. o.] 17. pontjára és a C-87/95. P. sz., CNPAAP kontra Tanács ügyben 1996. április 24-én hozott végzés [EBHT 1996., I-2003. o.] 29. pontjára és azt követő pontjaira hivatkozik.

jelen hatályon kívül helyezési eljárásban terjesztett elő, jogszerű az, hogy a fent hivatkozott 74. cikk Elsőfokú Bíróság által elkövetett megsértését ugyanazon indokokra hivatkozva támasztja alá. Következésképpen, az OHIM által a felperesnek címzett azon bírálat, mely szerint a felperes nem cáfolta az ítéletben megjelent egyetlen új megjegyzést e jogalap keretében, irreleváns, mivel a felek maguk döntik el, hogy mit kívánnak vitatni.

42. Következésképpen azt javaslom, hogy a Bíróság az OHIM által, e jogalappal kapcsolatban előterjesztett elfogadhatatlanság megállapítása iránti kérelmet utasítsa el.

B – *A hatályon kívül helyezésre vonatkozó jogalapok részletes elemzése*

1. A hatályon kívül helyezésre vonatkozó első jogalap első részeiről: a 40/94 rendelet 7. cikke (1) bekezdése b) pontjának megsértése

a) Az első rész elemzése

43. A felperes azt kifogásolja, hogy az Elsőfokú Bíróság a megjelölés megkülönböztető képességének értékelésekor a megjelöléssel szemben szigorúbb követelményeket támasztott, mivel azt követelte, hogy az lényegesen térjen el a többi csomagolástól, miközben a közösségi védjegy bejegyzéséhez a 7. cikk (1) bekezdésének b) pontja értelmében a csekély megkülönböztető képesség is elegendő.

44. Az OHIM azt állítja, hogy ez a megállapítás figyelmen kívül hagyja az ilyen típusú védjegyeket illetően kidolgozott ítélkezési gyakorlatot, még akkor is, ha jelen pillanatban a térbeli megjelölés síkbeli ábrázolásáról (fénykép) van szó.

45. Nem kétséges, hogy a vitatott jogi norma szó szerinti jelentése a minimális megkülönböztető képességgel rendelkező megjelölések lajstromozása mellett szól.

46. A Bíróság kimondta, hogy noha az áru formájából álló védjegyek megkülönböztető képességének értékelési szempontjai megegyeznek azokkal, amelyek a védjegyek többi csoportjára alkalmazandók [22], bizonyos egyetértés alakult ki azzal kapcsolatban, hogy a gyakorlatban az említett védjegytípus esetében a megkülönböztető képességet nehezebb meghatározni, mint a szó- vagy ábrás védjegyek esetében [23].

22 – A fent hivatkozott Philips-ügyben hozott ítélet 48. pontja, és a C-53/01–C-55/01. sz., Linde és társai egyesített ügyekben 2003. április 8-án hozott ítélet (EBHT 2003., I-3161. o.) 42. pontja.

23 – A fent hivatkozott Linde-ügyben hozott ítélet 48. pontja.

47. Ezt meghaladóan a Bíróság már több alkalommal kifejtette, hogy az átlagfogyasztó észlelése, amely a lajstromoztatni kívánt megjelölések megkülönböztető képességének megítélésekor meghatározó tényező, nem szükségszerűen azonos a térbeli védjegy és az olyan egyéb más típusú védjegyek esetében, amikor a megjelölések függetlenek az áruk külső megjelenésétől. A vásárlók ugyanis – bármiféle grafikai vagy szöveges elem hiányában – nem szoktak az áruk eredetére következtetni a formájuk alapján [24].

48. Ezért a Bíróság kimondta, hogy az ágazat szabványától vagy szokásaitól való egyszerű eltérés nem elegendő a 89/104/EGK irányelv 3. cikke (1) bekezdésének b) pontjában [25] meghatározott kizáró ok elvetéséhez, és hogy ezzel szemben viszont az olyan védjegy, amely jelentős mértékű eltérést mutat, és amely alapvető eredeti rendeltetését betölti, rendelkezik megkülönböztető képességgel [26].

49. A megtámadott határozat 56–58. pontjában az Elsőfokú Bíróság – az OHIM-hoz hasonlóan – elemezte a szóban forgó tárgy esetében legáltalánosabban alkalmazott formát, pontosan és világosan alkalmazva a jelen indítvány előző pontjaiban megfogalmazott elveket, melyeket úgy ültette át a konkrét esetre, hogy nem ferdítette el azokat, és nem szigorította a térbeli védjegyek esetében alkalmazandó feltételeket. Következésképpen az August Storck KG által hivatkozott jogalap megalapozatlan.

50. Így azt indítványozom a Bíróságnak, hogy a jogalap első részét mint megalapozatlant utasítsa el.

b) A második részről

51. A felperes fél bírálja az Elsőfokú Bíróságnak a megtámadott határozat 60. pontjában, a szaloncukorszerű csomagolás kisajátításának kockázatával kapcsolatban tett kijelentését. Álláspontja szerint a megkülönböztető képesség vizsgálata során, amely a 40/94 rendelet 7. cikk (1) bekezdésének b) pontjával összhangban történt, az Elsőfokú Bíróság olyan a rendelet közérdekű célkitűzéseivel össze nem egyeztethető bizonyítékokat terjesztett elő, amelyek az alkalmazandó ítélkezési gyakorlattal is ellentétesek.

52. Az OHIM megjegyzi, hogy az említett veszélyre nem azzal a szándékkal célzott, hogy a védjegy lajstromozásának megtagadását igazolja, hanem azért, hogy jóváhagyja a fellebbezési tanács azon véleményét, mely

24 – A C-104/01. sz. Libertel-ügyben 2003. május 6-án hozott ítélet [EBHT 2003., I-3793. o.] 65. pontját a színre vonatkozóan, valamint a C-218/01. sz., Henkel-ügyben 2004. február 12-én hozott ítélet (EBHT 2004., I-1725. o.) 52. pontja a csomagolással kapcsolatban.

25 – A védjegyekre vonatkozó tagállami jogszabályok közelítéséről szóló, 1988. december 21-i első tanácsi irányelv (HL 1989. L 40., 1. o.; magyar nyelvű különkiadás 17. fejezet, 1. kötet, 92. o.).

26 – A fent hivatkozott Henkel-ügyben hozott ítélet 49. pontja a 89/104 irányelv 3. cikke (1) bekezdése b) pontjával kapcsolatban, amely rendelkezés megegyezik a 40/94 rendelet 7. cikkének (3) bekezdésével.

szerint indokolt erre a veszélyre felhívni a figyelmet, mivel az a csomagolás megkülönböztető képességével kapcsolatban megfogalmazott elutasítást megerősítette.

53. Ezzel kapcsolatban teljes mértékben osztom az OHIM véleményét, hiszen a vitatott ítélet felépítése jelzi, hogy a vállalkozások közötti versennyel és a rendelkezésre állás követelményével összefüggő érvelés a „tárgyhoz nem tartozó módon" szerepel, még akkor is, ha ez a kifejezés nem szerepel magában a szövegben, így a felperes állítása úgy tűnik, nem helyénvaló, mivel a megkülönböztető képesség hiányát ugyanazon ítélet korábbi pontjaiban már bizonyították.

54. Következésképpen anélkül, hogy szükséges lenne vizsgálni, hogy mennyiben támasztja alá közérdek a 40/94 rendelet 7. cikke (1) bekezdésének b) pontjában [27] szabályozott kizáró okot, az elutasítást javaslom.

55. Az előbbiekben kifejtettekre figyelemmel az első jogalapot illetően azt javaslom, hogy a jogalapot alkotó első és második részt mint megalapozatlant és hatástalant utasítsa el a Bíróság.

27 – A felperes a C-456/01. P. és C-457/01. P. sz., Henkel kontra OHIM egyesített ügyre vonatkozó indítványom (a 2004. április 29-én hozott ítélet [EBHT 2004., I-5089. o.]) 78–80. pontja, valamint Jacobs főtanácsnoknak a C-329/02. P. sz., SAT.1 kontra OHIM ügyre vonatkozó indítványának (2004. szeptember 16-án hozott ítélet [EBHT 2004., I-8317. o.]) 24. pontja alapján arra hivatkozott, hogy a közérdeket és a rendelkezésre állási követelményt a 40/94 rendelet 7. cikk (1) bekezdésének b) pontja tekintetében nem kell figyelembe venni. Bár én fenntartom ezen indítványban előadott álláspontomat, a Bíróság eltérő véleményt fogalmazott meg (a fent hivatkozott SAT.1 kontra OHIM ügyben hozott ítélet 25. pontja, valamint a fent hivatkozott Henkel kontra OHIM ügyben hozott ítélet 45. és 46. pontja).

2. A második és harmadik jogalapról

56. A megtámadott határozat 55–58. pontjában az Elsőfokú Bíróság helyben hagyta a fellebbezési tanácsnak a szaloncukorszerű csomagolás „szokványos" jellegére vonatkozó megállapításait, mivel az nem különbözik kellő mértékben a cukorkák piacán található szokásos modellektől.

57. Az August Storck KG azt állítja, hogy a 40/94 rendelet 74. cikke (1) bekezdésének első mondatában megfogalmazott, a tények hivatalból történő vizsgálatának elve (második jogalap) megsértésre került, valamint ugyanezen rendelet 73. cikkének második mondatában meghatározott elv, mely szerint az OHIM határozatai a felek által beterjesztett érveken és bizonyítékokon alapulhatnak, továbbá arra hivatkozik, hogy ezen mulasztás csorbította a védelemhez való jogát (harmadik jogalap).

58. Az OHIM, amely korábban a második jogalap elfogadhatatlanságára hivatkozott – osztva az Elsőfokú Bíróság ítéletében szereplő vélekedéseket –, másodlagosan kéri a Bíróságtól, hogy azt mint megalapozatlant utasítsa el a harmadik jogalappal megegyező okból.

59. Úgy vélem, hogy a felperes magyarázata a hivatkozott elvek téves értelmezésén alapul a következő okok miatt.

60. Elsősorban, az OHIM előtti eljárásra a feltétlen kizáró ok tekintetében az inkvizitórius elv vonatkozik, amely szerint a közigazgatási szervnek nemcsak vizsgálnia kell hivatalból a tényeket, hanem tisztáznia is kell a határozat alapjául szolgáló tényeket, függetlenül a felek nyilatkozataitól [28].

61. Ez az iránymutatás nem köti korlátlan módon az OHIM-ot, mivel vannak bizonyos határok, például az OHIM mérlegelési jogköre, amely alapján meghatározhatja, mikor elegendő a tények egyszerű objektív felülvizsgálata [29], illetve a felek közötti együttműködési kötelezettség.

62. Másodsorban az említett felülvizsgálati jogkör megfelelő gyakorlása esetén - mint ahogy azt az Elsőfokú Bíróság megállapította a megtámadott ítélet 58. pontjában - a fellebbezési tanácsnak nemcsak *lehetősége van* arra, hogy elemzését olyan mindenki által ismert tényekre alapozza, amelyek az általános fogyasztási cikkek kereskedelmének általánosan megszerzett gyakorlati tapasztalataiból adódnak, hanem kötelessége is. Ha ezt az elgondolást nem fogadnánk el, akkor a vitatott esetben ez a releváns körülmények figyelmen kívül hagyását és a *facta pro infectis haberi non possunt* elv megsértését jelentené.

63. Mindent összevetve, a józan ész és a közösségi védjegyről szóló rendelet 79. cikkére vonatkozó, a tagállamokban általánosan elismert elvek alapján a fellebbezési tanácsok számára biztosítani kell annak lehetőséget, hogy a hivatalból történő vizsgálat során a „közismert tényeket" bizonyítékként felhasználhassák.

64. Megállapítható, hogy az említett közismert tényeket nem kell vizsgálni, a *res ipsa loquitur* elv alapján azon van a bizonyítási teher, aki ezeket vitatja. Ebből az következik, hogy még ha el is fogadnánk azt az érvelést, mely szerint a felperesnek nem állt módjában nyilatkozni a bizonyítékként felhasznált közismert tényekről a fellebbezési tanács előtt, lehetősége volt azonban arra, hogy előadja észrevételeit az Elsőfokú Bíróság előtt, amely a mérlegelési jogkör korlátlan gyakorlása során úgy ítélte meg, hogy nem elegendőek a bizonyítékok. Következésképpen a védelemhez való jog állítólagos megsértésével kapcsolatos érvelés anélkül omlik össze, hogy szükséges lenne vizsgálni a korlátozott terjedelmű felülvizsgálat során az állítások valószerűségét.

65. A fentiek alapján az eljáró Elsőfokú Bíróság – megerősítve a fellebbezési tanács

28 – Martín Mateo, R./Díez Sánchez, J. J., La marca comunitaria. Derecho público, Ed. Trivium, Madrid, 1996, 111. o.

29 – Von Mühlendahl, A./Ohlgart, D. C., Die Gemeinschaftsmarke, Verlag C. H. Beck/Verlag Stämpfli + Cie AG, Berna/Múnich, 1998, 93. o., 9. szám. Lásd még También Bender, A., «Artikel 74», en Ekey, D. L., és Klippel, D., Heidelberger Kommentar zum Markenrecht, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2003, 1183. o., 3. számát.

közismert tényekre alapított megállapításait – nem sértette meg a 40/94 rendelet 74. cikke (1) bekezdésének első mondatát, és August Storck KG-nak módjában állt nyilatkozni, legkésőbb az eljáró Elsőfokú Bíróság előtt, amely ennélfogva nem sértette meg a felperesnek ezen közösségi bíróság előtt fennálló védelemhez való jogát.

66. Következésképpen álláspontom szerint a hatályon kívül helyezésre vonatkozó második és harmadik jogalapot mint megalapozatlant el kell utasítani.

3. A negyedik jogalapról

67. Két állításon alapul az a jogalap, amely szerint az Elsőfokú Bíróság tévesen alkalmazta a jogot, amikor a 40/94 rendelet 7. cikke (3) bekezdése értelmében nem ismerte el, hogy a megjelölés rendelkezik megkülönböztető képességgel. Az első állítás azoknak a dokumentumoknak tulajdonított bizonyító erőre vonatkozik, amelyek a használat révén szerzett megkülönböztető képesség alátámasztására szolgálnak, a második pedig ugyanezen vonatkozásban a védjegy használatának elterjedtségére.

a) Egyes üzleti adatok értékelése

68. A csomagolás megkülönböztető képességének bizonyítása érdekében a felperes az iratokhoz csatolt egy sor a forgalommal és a szaloncukorszerű csomagolás elterjesztésére és népszerűsítésére költött jelentős reklámkiadásokkal kapcsolatos adatot.

69. Az August Storck KG megállapításai a fellebbezési tanács által támasztott és az Elsőfokú Bíróság által megerősített azon követelményre vonatkoznak, amely szerint a szóban forgó védjeggyel jelölt áruk által elfoglalt piaci részesedést forgalmi adatok alapján kell kiszámítani. Ezt a számítást a két szerv álláspontja szerint nem a felperes által szolgáltatott adatok alapján kell elvégezni. A felperes egyébként azt állítja, hogy a hosszú időn keresztül tartó, magas forgalommal alátámasztott széles elterjedtség bizonyítására nem volt szükség.

70. A jogalap ezen részének elfogadhatatlanságát azonban meg kell állapítani, mivel a felperes a bizonyítékoknak az Elsőfokú Bíróság által történt értékelését vitatja. Az elfogadhatatlanság kérdését azonban részletezni kell, mivel ez a rész olyan téves jogalkalmazással kapcsolatos panaszon alapul, amely lényeges bizonyító erővel nem rendelkező dokumentumok – például piaci részesedés – bekérésével valósult meg.

71. Az állandó ítélkezési gyakorlat szerint egy védjegy megkülönböztető képességének megítélésénél tekintetbe kell venni a védjegy által elfoglalt piaci részesedést, az intenzitást, a védjegy használatának földrajzi kiterjedését és tartamát, a vállalkozás által a védjegy reklámozása céljából megvalósított beruházások jelentőségét, az érdekelt fogyasztók azon hányadát, amely a védjegy miatt úgy azonosítja az árukat és szolgáltatásokat, mint amelyek egy meghatározott vállalkozástól származnak, továbbá a kereskedelmi és iparkamaráktól és egyéb szakmai szervezetektől származó nyilatkozatokat. [30]

72. Ezen adatok helytállóságának és bizonyító erejének megítélése kizárólag az eljáró bíró feladata, ennek felülvizsgálata nem lehetséges. Az ügy tényállására tekintettel az Elsőfokú Bíróság mindent megvizsgált, amit a megjelölés használat révén szerzett megkülönböztető képességének igazolása érdekében a felperes az iratokhoz csatolt. Az Elsőfokú Bíróság arra a következtetésre jutott, hogy ez nem elegendő, és megállapította, hogy e tekintetben a piaci részesedés vizsgálata hatékony eszköz.

73. Miután a Bíróság megállapította, hogy ez az egyik olyan tényező, amely alkalmas a felperest érintő hatások bemutatására, a megtámadott határozatban semmilyen jogi hiba sem fedezhető fel, hiszen az a hivatkozott ítélkezési gyakorlatnak megfelel.

74. Ebből kifolyólag a negyedik jogalap első részét megalapozatlannak kell tekinteni.

b) A védjegy használatának területi hatályáról

75. A felperes álláspontja szerint az Elsőfokú Bíróság megsértette a fent hivatkozott 7. cikk (3) bekezdését azzal, hogy megerősítette a fellebbezési tanács azon állítását, mely szerint az Unió valamennyi tagállama tekintetében bizonyítani kell, hogy a védjegy használata megszerezte a megkülönböztető képességet. Véleménye szerint ezen állítás ellentétes a fent említett rendelet 142a. cikkével [31], amelynek teleologikus értelmezése alapján ezt a feltételt a Közösség „jelentős részében" kell teljesíteni.

76. Az OHIM álláspontja szerint nem az Európai Unió „jelentős részében", hanem azon részében történő használatról van szó, amelyben a védjegy jellegzetességeinél fogva nem tudja betölteni az ipari tulajdonra jellemző funkciót.

30 – A fent hivatkozott Windsurfing Chiemsee ügyben hozott ítélet 51. és 52. pontja, valamint a fent hivatkozott Philips-ügyben hozott ítélet 60. és 61. pontja.

31 – Az OHIM által előkészített egységes szerkezetű változatban ennek a rendelkezésnek a számozása 159a.-ra módosult (http://oami.eu.int/fr/mark/aspects/reg.htm).

77. A jogvita eldöntéséhez értelmezni kell a 40/94 rendelet 7. cikke által létrehozott rendszert.

78. A 7. cikk (2) bekezdésével összefüggésben értelmezett 7. cikk (1) bekezdésének b) pontja arra enged következtetni, hogy az elv teljes mértékben alkalmazható, és a bejegyzést el kell utasítani, amennyiben a megjelölés a Közösség egy részében nem rendelkezik megkülönböztető képességgel.

79. Bár a (2) bekezdés nem utal a (3) bekezdésre, nem állíthatjuk azt, hogy a megkülönböztető képesség mértéke csekély intenzitású lehet, mivel nem lenne logikus ezt a követelményt csökkenteni olyan megjelölések esetében, amelyekről azt állítják, hogy használat révén megszerezték e képességet azon megjelölések vonatkozásában, amelyeket elsőként jelentettek be, korábbi piaci tapasztalatok nélkül. Nehéz elképzelni, hogy miért is akart volna a jogalkotó a bánásmód tekintetében ilyen különbséget tenni. Valójában ez az érvelés ellentétes lenne a rendelkezés által létrehozott rendszerrel, hiszen a megjelölés tartós használat révén szerzett megkülönböztető képességével kapcsolatos követelményszint csökkentésével értelmetlen lenne – kétség esetén – először az OHIM-tól kérni a lajstromozást.

80. A 40/94 rendelet 159a. cikkére alapított felperesi állítás megalapozatlan, mivel e jogi norma politikai megoldást nyújtott – amelynek természetesen voltak jogi következményei is – a Közösség bővítésével megjelenő azon problémára, amely a 2004. május 1-jét követően lajstromozott vagy bejelentett közösségi védjegyek érvényességével kapcsolatban merült fel, és egyben biztosította az új tagállamok nemzeti szabályozása által védett védjegyek és védett megjelölések jogosultjainak a szükséges jogbiztonságot. Ez tűnik ki a 159a cikk (2) bekezdéséből, amely szerint „nem tagadható meg a 7. cikk (1) bekezdésében felsorolt feltétlen kizáró okok miatt a csatlakozás időpontjában védjegybejelentési eljárás tárgyát képező közösségi védjegy lajstromozása, *ha ezek az okok kizárólag az új tagállam csatlakozása folytán keletkeztek*".

81. Az OHIM [32] hivatalos magyarázata szerint az új tagállamban a közösségi védjegynél korábbi jog jogosultja területén megtilthatja a közösségi védjegy használatát, amennyiben e két védjegy ütközik a 40/94 rendelet 106. és 107. cikke értelmében. Az említett cikkek a nemzeti szabályozás szerint lajstromozott védjegyek tekintetében már rendelkeznek a 40/94 rendelet hatálybalépésével keletkezett konfliktusok feloldásról.

32 – A Hivatal [OHIM] elnökének 2003. október 16-i 5. sz. közleménye (megtekinthető a következő címen: http://oami.eu.int/fr/office/aspects/communications/05–03.htm).

82. A 40/94 rendelet 7. cikke (3) bekezdése alkalmazási területének kifejtésekor a fent hivatkozott 159a. cikk felperes által előadott értelmező rendelkezései nem tartoznak a tárgyhoz, és nem is relevánsak.

83. Következésképpen ezt az állítást sem lehet elfogadni, így a negyedik jogalapot is, és ebből kifolyólag a fellebbezést is egészében el kell utasítani.

VI – Költségek

84. A Bíróság eljárási szabályzatának 122. cikke szerint, annak 69. cikke 2. §-ával összefüggésben, amely a 118. cikk értelmében a fellebbezésekre is alkalmazandó, a pervesztes felet kell kötelezni a költségek viselésére. Ezért amennyiben a fellebbező által hivatkozott kereseti kérelmek a javaslatomnak megfelelően elutasításra kerülnek, őt kell kötelezni a jelen fellebbezéssel kapcsolatos költségek megfizetésére.

VII – Végkövetkeztetések

85. A fentiekben kifejtett érvekre tekintettel azt indítványozom a Bíróságnak, hogy az August Storck KG által az Elsőfokú Bíróság T-402/02. sz., Storck kontra OHIM (pillangós csomagolás formája) ügyben 2004. november 10-én hozott ítélete ellen benyújtott fellebbezést utasítsa el, és a fellebbezőt kötelezze az eljárása során keletkezett költségek viselésére.