

JULIANE KOKOTT
FŐTANÁCSNOK INDÍTVÁNYA
Az ismertetés napja: 2006. október 26.¹

I – Bevezetés

az összetéveszthetőséget, különösen az érintett vásárlóközönség tekintetében.

1. A szóban forgó jogvita arra a kérdésre vonatkozik, hogy összetéveszthető-e két gyógyszereket jelölő védjegy, a TRAVATAN szóvédjegy és a TRIVASTAN korábbi olasz szóvédjegy, amely azt eredményezné, hogy a TRAVATAN nem lajstromozható közösségi védjegyként. Mindeztidáig valamennyi fórum, így a Belső Piaci Harmonizációs Hivatal (védjegyek és formatervezési minták) (a továbbiakban: OHIM) felszólalási osztálya és fellebbezési tanácsa, valamint az Elsőfokú Bíróság azt állapította meg, hogy fennáll az összetévesztés veszélye.

II – Jogi háttér

3. A közösségi védjegyről szóló, 1993. december 20-i 40/94/EK módosított tanácsi rendelet² 8. cikke (1) bekezdésének b) pontja a viszonylagos kizáró okok körében szabályozza az összetéveszthetőséget:

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

2. A fellebbezési eljárásban egyrészt azt kell vizsgálni, hogy az Elsőfokú Bíróság jogszerűen utasította-e el a fellebbező előterjesztését mint elkésettet, másrészt pedig azt, hogy helyesen vizsgálta-e meg az Elsőfokú Bíróság

[...]

1 – Eredeti nyelv: német.

2 – HL 1994. L 11., 1. o., magyar nyelvű különkiadás 17. fejezet, 1. kötet, 146. o.

b) azt azon a területen, ahol a korábbi védjegy oltalom alatt áll, a fogyasztók összetéveszthetik a korábbi védjeggyel való azonossága vagy hasonlósága, valamint az érintett áruk, illetve szolgáltatások azonossága vagy hasonlósága miatt; az összetéveszthetőség magában foglalja azt az esetet is, ha a fogyasztók a megjelölést gondolati képzettársítás (asszociáció) útján kapcsolhatják a korábbi védjegyhez.”

4. A hetedik preambulumbekkezdés az összetéveszthetőség fogalmát a védjegyek és az áruk vagy a szolgáltatások hasonlósága esetében a következőképpen fejt ki:

„[...] számos tényezőtől – különösen a védjegy piaci ismertségétől, attól a képzettársítástól, amelyet a használt vagy a védjegyként lajstromozott megjelölés előidéz, valamint a védjegy és a megjelölés közötti, valamint a velük megjelölt áruk vagy szolgáltatások közötti hasonlóság mértékétől – függ, az oltalom szempontjából különös feltételt képez”.

5. Egy új védjegy lajstromozását korábbi védjegy csak akkor akadályozhatja meg, ha ez utóbbit ténylegesen használják. A 40/94

rendelet 43. cikkének (2) és (3) bekezdése szerint:

„(2) Ha a felszólalást korábbi közösségi védjegy jogosultja nyújtotta be, a bejelentő kérelmére igazolnia kell, hogy a közösségi védjegybejelentés meghirdetését megelőző öt évben a felszólalás alapjául szolgáló korábbi közösségi védjegy tényleges használatát az árujegyzékben szereplő és a felszólalásban hivatkozott árukkal, illetve szolgáltatásokkal kapcsolatban a Közösségben megkezdte, vagy kellőképpen igazolja a használat elmaradását, feltéve, hogy a korábbi közösségi védjegyet a közösségi védjegybejelentés meghirdetésének napjánál legalább öt évvel korábban lajstromozták. Ilyen igazolás hiányában a felszólalást el kell utasítani. Ha a korábbi közösségi védjegyet csak az árujegyzékben szereplő áruk, illetve szolgáltatások egy részével kapcsolatban használták, a felszólalás vizsgálata során úgy kell tekinteni, mintha a védjegyet csak a szóban forgó áruk, illetve szolgáltatások tekintetében lajstromozták volna.

(3) A 8. cikk (2) bekezdésének a) albekezdésében említett korábbi nemzeti védjegyre a (2) bekezdést kell alkalmazni, azzal az eltéréssel, hogy a Közösségben való használaton az abban a tagállamban való használatot kell érteni, amelyben a korábbi nemzeti védjegy oltalom alatt áll.”

III – A jogvita előzményei és az Elsőfokú Bíróság ítélete

Megállapodás szerinti 5. osztályba tartozó áruk vonatkozásában tették, az alábbi leírással: »Szemgyógyászati készítmények«.

6. Az Elsőfokú Bíróság a T-130/03. sz. ügyben 2005. szeptember 22-én hozott, megátadott ítéletének³ 1–11. pontjában ismereti a jogvita előzményeit:

- „1 1998. június 11-én az Alcon Inc. a közösségi védjegyről szóló, 1993. december 20-i 40/94/EK módosított tanácsi rendelet (HL 1994. L 11., 1. o., magyar nyelvű különkiadás 17. fejezet, 1. kötet, 146. o.) alapján közösségi védjegybejelentést nyújtott be a Belső Piaci Harmonizációs Hivatalhoz (védjegyek és formatervezési minták) (OHIM).
- 2 A lajstromoztatni kívánt védjegy a TRAVATAN szómegjelölés volt.
- 3 A bejelentést a védjegyekkel ellátható termékek és szolgáltatások nemzetközi osztályozására vonatkozó, felülvizsgált és módosított, 1957. június 15-i Nizzai
- 4 A védjegybejelentést a *Közösségi Védjegyértesítő* 1999. március 22-i 23/99. számában hirdették meg.
- 5 1999. június 22-én a Biofarma SA a 40/94 rendelet 42. cikke alapján felszólalt ezen közösségi védjegy lajstromozása ellen. Felszólalása alátámasztására a 40/94 rendelet 8. cikke (1) bekezdésének b) pontjára hivatkozott. Felszólalását az Olaszországban 1986. január 27-én a 394980. számon lajstromozott TRIVATAN nemzeti szóvédjegy fennállására alapította.
- 6 A felszólalás a bejelentés által érintett valamennyi áru ellen irányult. A felszólalás a korábbi védjeggyel megjelölt valamennyi árun, vagyis az 5. osztályba tartozó alábbi árukon alapult: »gyógyszerészeti, állatgyógyászati és egészségügyi készítmények; diétás készítmények gyermekek és betegek számára; gipszek
- 3 – Alcon kontra OHIM – Biofarma (TRAVATAN) (EBHT 2005., II-3859. o., a továbbiakban: megátadott ítélet).

orvosi célra, kötszeranyagok; fogtömő anyagok és fogászati mintázóanyagok; fertőtlenítőszeres; kártékony állatok és növények irtására szolgáló készítmények».

- 7 2000. május 5-i levelével a felperes azt kérte, hogy a 40/94 rendelet 43. cikke (2) és (3) bekezdésének megfelelően a beavatkozó igazolja a korábbi védjegy tényleges használatát a közösségi védjegybejelentés közzétételét megelőző öt évben az árujegyzékben szereplő és a felszólalásban hivatkozott árukkal kapcsolatban azon tagállamban, amelyben e védjegy oltalom alatt áll. 2000. május 29-i közlésével a felszólalási osztály felhívta a beavatkozót, hogy ennek igazolását két hónapos határidőn belül nyújtsa be.
- 8 2000. július 28-án a beavatkozó megküldte az OHIM részére a korábbi védjegy Olaszországban történő tényleges használatát igazoló dokumentumokat. Ezen dokumentumok között szerepeltek többek között számlák, a beavatkozó gyógyszerére vonatkozó magyarázó ismertetés, az olasz *L'Informatore Farmaceutico* szemle kivonata, valamint a *Pharmaceutical Trade Mark Directory* kivonata.
- 9 2001. szeptember 26-i határozatával a felszólalási osztály úgy ítélte meg, hogy a
- korábbi védjegy használata egy speciális gyógyszerészeti készítmény, nevezetesen »a periférikus, valamint agyi erek zavarainak, illetve a szem és a fül keringési rendellenességeinek megszüntetésére szolgáló periférikus értágító« tekintetében igazolást nyert, és az árujegyzékben szereplő valamennyi áru vonatkozásában helyt adott a felszólalásnak. A felszólalási osztály következőképpen elutasította a bejelentett védjegy lajstromozását azon okból, hogy Olaszországban összetéveszthetőség áll fenn, beleértve a gondolati képzettársítás esetét, tekintettel arra, hogy a védjegyek vizuális és hangzásbeli szinten hasonlóak, valamint az áruk között bizonyos hasonlóság áll fenn.
- 10 2001. november 13-án a 40/94 rendelet 57–62. cikke alapján a felperes fellebbezést nyújtott be az OHIM-hoz a felszólalási osztály határozata ellen.
- 11 2003. január 30-i határozatával (a továbbiakban: a megtámadott határozat) a harmadik fellebbezési tanács elutasította a fellebbezést. Lényegében úgy ítélte meg, hogy mivel a szóban forgó védjeggyel megjelölt áruk a hasonlóság jelentős fokát mutatják, és vizuális, illetve hangzásbeli szinten nagy köztük a hasonlóság, a szóban forgó védjegyek között fennáll az összetéveszthetőség, beleértve a gondolati képzettársítás esetét.”

7. Az Elsőfokú Bíróság elutasította az Alcon Inc.-nek (a továbbiakban: Alcon) a fellebbezési tanács határozata ellen irányuló fellebbezését.

8. Mivel elkésett, és a fellebbezési tanács előtt nem adták elő, elfogadhatatlan az érv, hogy a korábbi védjegy tényleges használatának feltételei nem teljesültek az MFE Marienfelde kontra OHIM (HIPOVITON) ügyben hozott ítélet⁴ alapján (19. és azt követő pontok).

9. Az Alcon nem mondott ellent a fellebbezési tanács azon megállapításának sem, hogy a beavatkozó által előterjesztett bizonyítékok azt támasztják alá, hogy a korábbi védjegyet „periferikus, valamint agyi erek zavarainak, illetve a szem és a fül keringési rendellenességeinek megszüntetésére szolgáló periferikus értágító” vonatkozásában ténylegesen használták (29. és azt követő pontok).

10. Végül a fellebbezési tanács az Elsőfokú Bíróság véleménye szerint jogosan állapította meg, hogy a két védjegy között fennáll az összetévesztés veszélye. Mind a mindenkori áruk (55. és azt követő pontok), mind az összehasonlítandó megjelölések (65. és azt követő pontok) nagyon hasonlóak. Különö-

sen az olasz fogyasztók téveszthetik össze a két megjelölést (72. és azt követő pontok).

IV – A fellebbezés

11. Az Alcon azt kifogásolja, hogy az Elsőfokú Bíróság a tényleges használatra vonatkozó előterjesztését mint elfogadhatatlant elutasította, és azon az állásponton van, hogy az Elsőfokú Bíróság az összetéveszthetőség megítélésénél hibát követett el, amennyiben különösen az egészségügyi szakemberek szerepét nem vette kellően figyelembe.

12. Az Alcon ezért azt kéri, hogy a Bíróság

1. helyezze hatályon kívül a megtámadott határozatot;
2. amennyiben szükséges, utalja vissza az ügyet az Elsőfokú Bíróság elé;

⁴ – Az Elsőfokú Bíróság T-334/01. sz. ügyben 2004. július 8-án hozott ítélete (EBHT 2004., II-2787. o.).

3. kötelezze a Belső Piaci Harmonizációs Hivatalt (OHIM) és/vagy a beavatkozót a költségek viselésére.

V – Álláspont

A – Az első jogalapról – A korábbi védjegy tényleges használatára vonatkozó előterjesztés elfogadhatósága

13. Az OHIM a jogorvoslatot lényegében megalapozatlannak tartja, néhány tekintetben elfogadhatatlannak is, és ezért azt kéri, hogy a Bíróság

1. utasítsa el a fellebbezést, mint részben elfogadhatatlant és részben megalapozatlant, és

15. Az Elsőfokú Bíróság a megtámadott ítélet 20. pontjában megállapítja, hogy „kéréslevelében a felperes nem azért róttá fel a fellebbezési tanácsnak, hogy megsértette a 40/94 rendelet 43. cikke (2) és (3) bekezdését, amiért a korábbi védjegy tényleges használatának feltételei nem teljesültek, csupán azért, amiért a beavatkozó által a tényleges használatra vonatkozóan benyújtott bizonyítékok nem igazolták megfelelő módon a korábbi védjegy tényleges használatát a személyzeti készítmények vonatkozásában.” Az Elsőfokú Bíróság ebből arra a következtetésre jutott, hogy az Alcon által a szóbeli tárgyaláson előadott, a tényleges használat feltételeire vonatkozó előterjesztés új jogalap, és ezért elfogadhatatlan.

2. kötelezze a fellebbezőt a költségek viselésére.

14. A Biofarma első ízben a szóbeli tárgyaláson vett részt az eljárásban és csatlakozik az OHIM kérelmeihez.

16. Az Alcon szerint ezzel szemben a tényleges használat feltételeire vonatkozó előterjesztése csupán a tulajdonképpeni jogalap, a 40/94 rendelet 43. cikke (2) és (3) bekezdése megsértésének alátámasztására irányuló új érv.

17. Az Elsőfokú Bíróság eljárási szabályzata 48. cikke 2. §-ának első bekezdése szerint az eljárás további részében semmilyen új jogalapot nem lehet felhozni, kivéve, ha az olyan jogi vagy ténybeli helyzetből származik, amely az eljárás során merült fel. Mindazonáltal elfogadható az az előterjesztés, amely a keresetlevélben korábban közvetlenül vagy közvetve már előadott jogalap kibővítése⁵.

18. Ennek az eljárásjogi rendelkezésnek az alkalmazása a védjegyjogon kívül más jogterületeken felmerült ügyekkel szemléltethető. Így az eredetileg az EK 87. cikk (1) bekezdésében foglalt feltételek megsértésére alapított kifogásnál az Elsőfokú Bíróság jogos kibővítésként ismerte el azt az elsőként előadott előterjesztést, hogy a kérdéses intézkedés nemcsak a támogatások joga szerinti vállalkozásokat részesíti előnyben, hanem más személyeket is⁶. Azt a kifogást, miszerint a Bizottság nem vizsgálta kellően a kereskedelem érintettségét, éppígy azon jogalap kibővítésének tekintette, hogy a kereskedelem érintettsége egyáltalán nem áll fenn⁷. Jogos kibővítésnek ismerte el a meg-

hallgatás elmaradásából eredő eljárási hiba miatti kifogást, jóllehet először csak azt hozták fel, hogy a kérdéses óvintézkedések kibocsátásának anyagi feltételeit nem tisztázták kellőképpen⁸. Végül az Elsőfokú Bíróság azt az elsőként előadott érvet, miszerint a közszolgálati felvételi eljárásban nyilvánosságra kellett volna hozni a korhatárt, annak a jogalapnak a kibővítéséeként ismerte el, hogy a korhatár alkalmazásának nincsen jogi alapja⁹.

19. A jelen ügyben is hasonló a helyzet. Az Alcon keresetében a 40/94 rendelet 43. cikkének (2) és (3) bekezdése szerinti tényleges használatra vonatkozó megállapítások ellen fordult. A Biofarma szerinte nem igazolta azt a használatot, amely alkalmas lett volna arra, hogy a védjegy elegendő hírnevet szerezzen a releváns olasz vásárlóközönség körében. A gyógyszer szemészeti célú használata sem nyert igazolást. A megtámadott ítélet 17. pontjában az Alcon „az Elsőfokú Bíróság T-334/01. sz., MFE Marienfelde kontra OHIM – Vétoquinol (HIPOVITON) ügyben 2004. július 8-án hozott ítéletére (EBHT 2004., II-2787. o.) hivatkozott annak bemutatása céljából, hogy a tényleges használat feltételei nem teljesültek, többek között a korábbi védjegy csekély kereskedelmi volumene következtében.”

5 – A Bíróság azonos szövegű eljárási szabályzatát illetően lásd a 306/81. sz., Verros kontra Parlament ügyben 1983. május 19-én hozott ítélet (EBHT 1981., 1755. o.) 9. pontját; a C-301/97. sz., Hollandia kontra Tanács ügyben 2001. november 22-én hozott ítélet (EBHT 2001., I-8853. o.) 166. és 169. pontját és a C-66/02. sz., Olaszország kontra Bizottság ügyben 2005. december 15-én hozott ítélet (EBHT 2005., I-10901. o.) 85. és azt követő pontját.

6 – A fenti 5. lábjegyzetben hivatkozott Olaszország kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 87. és azt követő pontja.

7 – A fenti 5. lábjegyzetben hivatkozott Olaszország kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 103. és 108. pontja.

8 – A fenti 5. lábjegyzetben hivatkozott Hollandia kontra Tanács ügyben hozott ítélet 157., 158. és 169. pontja.

9 – A fenti 5. lábjegyzetben hivatkozott Verros kontra Parlament ügyben hozott ítélet 7. és 10. pontja.

20. Ez az előterjesztés nyilvánvalóan a 40/94 rendelet 43. cikke (2) és (3) bekezdésének megsértésére alapított jogalap indokolását egészíti ki. Ezért nem elfogadhatatlan új jogalapról van szó, hanem egy időben előterjesztett jogalap elfogadható kibővítéséről. Jogilag téves ezért az a megállapítás, hogy késedelmesen terjesztették ezt elő az Elsőfokú Bíróság előtti eljárásban.

21. Kétségtelen, hogy az Elsőfokú Bíróság a megtámadott ítélet 23. pontjában ezt az előterjesztést egy második indoklásra alapítva utasította el. Az Elsőfokú Bíróság általi felülvizsgálat nem mehet túl a fellebbezési tanács előtti jogvita ténybeli és jogi keretein. Az Elsőfokú Bíróság továbbá helyesen állapította meg, hogy az Alcon az iratok szerint sem a fellebbezési tanács, sem a felszólalási osztály előtt nem vonta valójában kétségbe a korábbi védjegy tényleges használatát, sőt kifejezetten lemondott a tényleges használat igazolásának vitatásáról¹⁰. Csak az ellen emelt kifogást, hogy a védjegyet hasonló termékekre használták¹¹. Ezért az Elsőfokú Bíróság arra az eredményre jutott, hogy a korábbi védjegy tényleges használata ellen irányuló kifogások azért is elfogadhatatlanok, mert nem képezték tárgyát a fellebbezési tanács előtti eljárásnak.

10 – Lásd a felszólalási osztály előtti második észrevételt, az elsőfokú kereset 7. mellékletének 70. lapja.

11 – Lásd a fellebbezés indokolását, az elsőfokú kereset 3. mellékletének 34. lapja.

22. A tényleges használat elleni kifogások elutasításának e másik indokolása megfelel az Elsőfokú Bíróság eljárási szabályzata 135. cikke 4. §-ának. Eszerint a felek nem változtathatják meg a fellebbezési tanács előtti eljárás tárgyát. A használat ténylegesége nem volt tárgya a fellebbezési tanács előtti eljárásnak, mivel az Alcon lemondott a megfelelő igazolás vitatásáról. Az Elsőfokú Bíróság ezt a jogalapot ezért jogosan utasította el mint elfogadhatatlant.

23. Bár az Alcon szerint, ha ennek megfelelően az Elsőfokú Bíróság előtti eljárás elfogadható tárgya csak a fellebbezési tanács előtti fellebbezés tárgya lehet, akkor olyan határozatok maradnának érvényben, amelyek a későbbi ítélkezési gyakorlat fényében nyilvánvalóan jogellenesnek mutatkoznak. Ez a felfogás azonban téves. Ha az egyik fél általánosan az OHIM jogalkalmazásának meghatározott eleme ellen fordul, akkor ezt természetesen eredményesen kifogásolhatja, ha az Elsőfokú Bíróság időközben a javára döntött. Ha azonban az egyik fél – mint ez esetben az Alcon – lemond arról, hogy egy adott kérdéssel kapcsolatban kifogást tegyen, akkor újabb ítéletek sem teszik azt lehetővé számára, hogy erre vonatkozó jogalapot első ízben az Elsőfokú Bíróság előtt terjesszen elő.

24. Az első jogalapot ezért el kell utasítani.

B – A második jogalapról – a 40/94 rendelet 8. cikke (1) bekezdése b) pontjának megsértése

25. Második jogalapjával az Alcon a 40/94 rendelet 8. cikke (1) bekezdése b) pontjának megsértésére vonatkozóan hoz fel kifogásokat, amelyek hat részkifogásra bonthatók.

1. A hatodik részkifogásról – az árujegyzék korlátozása

26. Az elsőként tárgyalandó hatodik kifogással az Alcon a fellebbezési tanács és az Elsőfokú Bíróság által összehasonlított termékeket kifogásolja. Az Alcon a fellebbezési tanács előtt áruja meghatározását kifejezetten „glaukóma kezelésére szolgáló szemgyógyászati készítményre” korlátozta, amely még inkább csökkenti az áruk közötti hasonlóságot.

27. Az Elsőfokú Bíróság a megtámadott ítélet 51–55. pontjában kifejtette, hogy ez a leírás nem felel meg a 40/94 rendelet 44. cikkének és a közösségi védjegyről szóló

40/94/EK tanácsi rendelet végrehajtásáról szóló, 1995. december 13-i 2868/95/EK bizottsági rendelet¹² 13. szabályának. A közösségi védjegybejelentés árujegyzéke korlátozásának kifejezettnek és feltétlennek kell lennie. Az Alcon nem nyújtott be kérelmet a termékek korlátozására vonatkozóan, csupán megerősítette a korlátozásra irányuló készségét. Ezért a védjegybejelentésnek megfelelően valamennyi szemgyógyászati készítményt figyelembe kell venni.

28. Alapvetően az Alconnak jogában állt a termékek leírását korlátozni a fellebbezési tanács előtt, mivel a 40/94 rendelet 44. cikkének (1) bekezdése szerint a védjegybejelentésben szereplő áru- és szolgáltatásjegyzéket bármikor korlátozhatja. Csak a bírósági eljárásban nem lehetséges a korlátozás az eljárási szabályzat 135. cikkének 4. §-a alapján, mivel a korlátozás megváltoztatná az eljárás tárgyát¹³.

29. Az Elsőfokú Bíróság természetesen jogosan követeli meg ítélezési gyakorlatában,

12 – HL L 303., 1. o.; magyar nyelvű kiadás 17. fejezet, 1. kötet, 189. o.

13 – A C-447/02. P. sz., KWS Saat kontra OHIM ügyben 2004. október 21-én hozott ítélet (EBHT 2004., I-10107. o.) 58. pontja.

hogy a védjegybejelentésben szereplő árujegyzék korlátozása kifejezett és feltétlen legyen¹⁴. Az árujegyzék korlátozása ugyanis nagy jelentőséggel bír a védjegyhez kapcsolódó oltalom terjedelmére, valamint – mint a jelen ügyben nyilvánvaló – a védjegy lajstromozhatóságára vonatkozóan.

30. Mivel az Alcon nem nyilatkozott a korlátozásról, hanem csak arról, hogy késznek mutatkozik rá, az Elsőfokú Bíróság az Alcon nyilatkozatának elferdítése nélkül juthatott arra az eredményre, hogy a jegyzéket nem korlátozták.

31. Egyebekben nem tekinthető eljárási hibának az, hogy a fellebbezési tanács nem szólította fel az Alcont nyilatkozata tisztázására. Ez ugyan pergazdaságossági szempontból feltehetően helyes lett volna, ám semmilyen rendelkezés nem kötelezi a fellebbezési tanácsot arra, hogy ilyen tisztázást kérjen. A 2868/95 rendelet 13. szabályának (3) bekezdése viszont néhány más olyan (formai) hiányosságra vonatkozik, amelyet az OHIM-nak a pótlásra kitűzött határidő megjelölésével közölnie kell a bejelentővel, ha a bejelentés módosításával kapcsolatos követelmények nem teljesülnek. Ez a kötelezettség azonban csak akkor jön létre, miután a bejelentő ilyen kérelmet terjesztett elő.

14 – Lásd erre vonatkozóan a megtámadott ítélet 51. pontját.

32. A jelen ügyben nem indokolt az, hogy az OHIM további, kifejezetten nem szabályozott tájékoztatási kötelezettséget állapítson meg. Ahogyan az OHIM előtti eljárás legtöbb résztvevője, az Alcon is nemzetközi nagyvállalat, amelynek elegendő hozzáértéssel kell rendelkeznie ahhoz, hogy egy védjegyjogi eljárásban önállóan részt vegyen, vagy – mint itt – szakképzett képviselőket vegyen igénybe. Az Alconnak ezért magának is fel kellett volna ismernie, hogy a jegyzék korlátozására mutakozó készség nem azonos a jegyzék korlátozásával.

33. Az Elsőfokú Bíróság ezért nem alkalmazta tévesen a jogot, amikor a fellebbezési tanácshoz hasonlóan a termékek összehasonlításakor a védjegybejelentésben szereplő árujegyzéket vette alapul, vagyis a szemgyógyászati készítményeket. Ez a részki fogás tehát megalapozatlan.

2. A második részki fogásról – A termékek összehasonlítása

34. A hatodik kifogáshoz fűzött megállapításokból hasonlóképpen az derül ki, hogy a második részki fogás is – hacsak nem elfogadhatatlan – mindenesetre megalapozatlan.

35. Az Alcon ezzel a részkipfogással azt sérelmezi, hogy az Elsőfokú Bíróság nem kérte a Biofarmától mindkét termék hasonlóságának igazolását. A TRAVATAN-t szemcsepp formájában kell beadni, a TRISVATAN-t viszont tablettaként. Már csak ezért sem hasonlít egymásra a két termék.

36. Amennyiben ez a részkipfogás a termékek ténybeli összehasonlítására irányuló kifogásként jelenik meg, úgy elfogadhatatlan. Az EK 225. cikkéből és a Bíróság alapokmánya 58. cikkének első bekezdéséből következően a fellebbezés kizárólag jogkérdésre vonatkozhat. Az Elsőfokú Bíróság hatásköre ezért kizárólag a releváns tények megállapítására és értékelésére, valamint a bizonyítékok értékelésére terjed ki. Ezeknek a tényeknek és bizonyítékoknak az értékelése tehát – amennyiben nincsen szó az elferdítésükről – nem olyan jogkérdés, amely vizsgálata a fellebbezési eljárás keretein belül a Bíróságra tartozna¹⁵. A bizonyítékok elferdítése itt nem látható, és az Alcon sem hivatkozott erre.

37. Az Alcon ezen részkipfogása természetesen az összehasonlítás alá vont termékek

meghatározása ellen is irányul. Fellebbezésben vizsgálendő jogkérdés az, hogy az összehasonlításnak két meghatározott, adott módon beadandó gyógyszerre kell-e korlátozódnia.

38. Az Alcon azonban téved, amikor előadja, hogy arra kell figyelemmel lenni, hogy a TRAVATAN gyógyszer szemcseppként kell beadni. Mint már ismertetésre került, a védjegybejelentésben szemgyógyászati készítmények árucsoportja szerepel. Az árucsoportba olyan gyógyszerek tartoznak, amelyeket különböző beadási formában értékesítenek, és olyan gyógyszerek is, amelyeket az összehasonlítandó gyógyszerhez hasonlóan tablettáformában kínálnak.

39. Ezt a részkipfogást is el kell tehát utasítani.

15 – A védjegy jog vonatkozásában lásd különösen a C-136/02. sz., Mag Instrument kontra OHIM ügyben 2004. október 7-én hozott ítélet (EBHT 2004., I-9165. o.) 39. pontját és a C-37/03. P. sz., BioID kontra OHIM ügyben 2005. szeptember 15-én hozott ítélet (EBHT 2005., I-7975. o.) 43. pontját; ugyanebben az értelemben a C-104/00. P. sz., DKV kontra OHIM ügyben 2002. szeptember 19-én hozott ítélet (EBHT 2002., I-7561. o.) 22. pontját, valamint általánosabban a C-390/95. P. sz., Antillean Rice Mills és társai kontra Bizottság ügyben 1999. február 11-én hozott ítélet (EBHT 1999., I-769. o.) 29. pontját; a C-237/98. P. sz., Dorsch Consult kontra Tanács és Bizottság ügyben 2000. június 15-én hozott ítélet (EBHT 2000., I-4549. o.) 35–36. pontját, valamint a C-204/00. P., C-205/00. P., C-211/00. P., C-213/00. P., C-217/00. P. és C-219/00. P. sz., Aalborg Portland és társai kontra Bizottság egyesített ügyekben 2004. január 7-én hozott ítélet (EBHT 2004., I-123. o.) 49. pontját.

3. Az első részkipfogásról – Az érintett vásárlóközönség

40. Az első részkipfogással az Alcon azt adja elő, hogy az OHIM tévesen határozta meg az érintett vásárlóközönséget.

41. A megtámadott ítélet 49. pontjában az Elsőfokú Bíróság a következőket állapította meg:

„Nem vitatható, hogy a szóban forgó áruk olyan gyógyszerek, amelyeknek végfogyasztók számára gyógyszertárakban történő árusítása előtt orvos rendelvényére van szükség. Következésképpen az érintett vásárlóközön­séget nem csupán a végfogyasztók alkotják, hanem ugyanígy a szakmai közönség, vagyis a gyógyszert felíró orvosok, valamint a felírt gyógyszert árusító gyógyszerészek”¹⁶.

42. Az összetévesztés veszélyére vonatkozóan az ítélet 68–69. és 72. és azt követő pontjaiban tett megállapításaiban az Elsőfokú Bíróság helyben hagyta a fellebbezési tanácsnak a fogyasztói érzékelésre vonatkozó elemzését. Csak a 73. pontban említi úgy a szakembereket, hogy azok beletartozhatnak az érintett vásárlóközönség körébe, ám a megállapítások továbbra is a fogyasztói érzékelésen alapulnak.

43. Az Alcon kifogása szerint a végfogyasztók nem tartoznak bele az érintett vásárló-

közönségbe. Mivel a termékek vénykötelesek, így egyedül az orvos dönt a beszerzésükről. Ezért csak az egészségügyi szakemberek érzékelésének van jelentősége. Így döntött már korábban az OHIM fellebbezési tanácsa¹⁷, az Elsőfokú Bíróság¹⁸ és a Bíróság¹⁹ is.

44. Az OHIM és a Biofarma ezzel szemben azon az állásponton van, hogy a betegek érzékelése a döntő. Az OHIM hangsúlyozza, hogy ha a beteg a védjeggyel találkozik, akkor nem szabad, hogy tévedjen a jelölt áru eredetét illetően. Csak akkor nincsen jelentősége az érzékelésének, ha kizárt, hogy a védjeggyel találkozzon.²⁰ A Biofarma ezt azzal a gyakorlati példával egészíti ki, amikor két olyan gyógyszert cserélnek össze, ami az otthoni orvosságos szekrényben található.

45. Ez a rész kifogás egyrészt ténybeli elemre vonatkozik, másrészt annak megállapítá-

17 – Az Alcon az első fellebbezési tanács R 304/2003-1. sz., Pierre Fabre Médicament, SA kontra Fujisawa Deutschland GmbH [RIBOMUSTIN/RIBOMUNYL] ügyben 2004. május 12-én hozott határozatára hivatkozik.

18 – Az Alcon az Elsőfokú Bíróság T-237/01. sz., Alcon kontra OHIM – Dr. Robert Winzer Pharma (BSS) ügyben 2003. március 5-én hozott ítéletének (EBHT 2003., II-411. o.) 42. pontjára hivatkozik.

19 – Az Alcon a Bíróság C-192/03. P. sz., Alcon kontra OHIM – Dr. Robert Winzer Pharma (BSS) ügyben 2004. október 5-én hozott végzésének (EBHT 2004., I-8993. o.) 30. pontjára hivatkozik.

20 – Valószínűleg ez áll fenn a BSS védjegy esetében, amelyet szemsebészeti termékekre használnak, és amelynek megkülönböztető képessége tekintetében az egészségügyi szakemberek érzékelése mérvadó (lásd a fenti 19. lábjegyzetben hivatkozott BSS-végzés 30. pontját).

16 – Lásd ebben az értelemben az Elsőfokú Bíróság T-154/03. sz., Biofarma kontra OHIM – Bausch & Lomb Pharmaceuticals [ALREX] ügyben 2005. november 17-én hozott ítéletének (EBHT 2005., II-4743. o.) 45. pontját; a C-95/06. P. ügyszámú fellebbezést időközben visszavonták.

sára, hogy a kérdéses áruk milyen vásárlóközönset céloznak meg, és ennyiben elfogadhatatlan²¹.

46. Másrészt ez a kifogás egyúttal a 40/94 rendelet 8. cikke (1) bekezdése b) pontjának értelmezésére is irányul, tekintettel az érintett vásárlóközönset elhatárolására. Ezen túlmenően arra is kiterjed, hogy az Elsőfokú Bíróság nem indokolta meg kellően a megállapításait, mivel nem támasztotta alá, hogy az ezzel ellenkező előterjesztések ellenére miért vonta be a végfogyasztókat ebbe a körbe. Mindkét szempont jogkérdést érint, és így a részkifogások ennyiben elfogadhatóak.

47. A Bíróság abból indul ki, hogyan hat a védjegy az ilyenfajta áruk és szolgáltatások átlagos fogyasztójára²². Általában döntő szerepet játszik a fogyasztó vagy a végfelhasználó, mivel a teljes értékesítési folyamat

az árunak ebben a körben történő beszerzésére irányul²³. Ez persze csak akkor érvényes, ha a végfelhasználó dönt a beszerzésről.

48. Vényköteles gyógyszerek esetében a különböző termékek közötti választás nem a beszerzőkor, hanem már az orvossal folytatott konzultáció során eldől. A vényköteles gyógyszerek a hozzájuk kapcsolódó kockázatok miatt orvosi és gyógyszerészeti ellenőrzés alá tartoznak. Ez a Közösségen belüli kereskedelem korlátozását is igazolja²⁴, és szerepel a vonatkozó másodlagos jogban. Az emberi felhasználásra szánt gyógyszerek közösségi kódexéről szóló, 2001. november 6-i 2001/83/EK parlamenti és tanácsi irányelv²⁵ 88. cikkének (1) bekezdése szerint a tagállamok megtiltják azoknak a gyógyszereknek a nyilvános reklámozását, amelyek csak orvosi rendelvényre kaphatók. A vényköteles gyógyszerek területén így elvben az egészségügyi szakemberek döntenek a beszerzésről, nem pedig a végfogyasztók.

49. Még ha figyelembe vesszük a beteget is, mert hogy – ahogyan ezt többek között az

21 – Lásd a jelen indítvány 36. pontját.

22 – A C-251/95. sz. Sabèl-ügyben 1997. november 11-én hozott ítélet (EBHT 1997., I-6191. o.) 23. pontja és a C-342/97. sz., Lloyd Schuhfabrik Meyer ügyben 1999. június 22-én hozott ítélet (EBHT 1999., I-3819. o.) 25. pontja, a védjegyekre vonatkozó tagállami jogszabályok közelítéséről szóló, 1988. december 21-i 89/104/EGK első tanácsi irányelv (HL L 40., I. o., magyar nyelvű különkiadás 17. fejezet, I. kötet, 92. o.) 4. cikke (1) bekezdésének b) pontjára vonatkozóan, amely a 40/94 rendelet 8. cikke (1) bekezdése b) pontjának félel meg.

23 – A C-371/02. sz., Björnekulla Fruktindustrier ügyben 2004. április 29-én hozott ítélet (EBHT 2004., I-5791. o.) 24. pontja.

24 – A C-322/01. sz., Deutscher Apothekerverband ügyben 2003. december 11-én hozott ítélet (EBHT 2003., I-14887. o.) 119. pontja.

25 – HL L 311., 67. o., magyar nyelvű különkiadás 13. fejezet, 27. kötet, 69. o.

OHIM a szóbeli szakaszban előadta – az orvost befolyásolni tudja, úgy ennek a befolyásnak az orvos döntési felelősségéhez képest igen csekély szerep jut a vényköteles gyógyszereknél²⁶.

tóság megítélése szempontjából azt az időpontot tekintette meghatározónak, amikor a termékek és a védjegyek közötti választás megtörténik²⁷. Másodlagos jelentőségű ezzel szemben minden más olyan időpont, amikor a fogyasztó csekélyebb figyelmet tanúsítva összetévesztheti ezeket²⁸.

50. A beteg lehetséges befolyása nem eredményezheti különösen azt, hogy *őt* a termék átlagosan tájékozott, figyelmes és értelmes fogyasztójának tekintsük. Azt a csoportot tekintjük átlagos fogyasztónak, akik meghatározzák a vényköteles gyógyszerek beszerzését, azaz a receptet felíró orvosokat.

52. Ezért helytálló az Alcon megállapítása, hogy az érintett vásárlóközönség szempontjából az egészségügyi szakembereket kell figyelembe venni, nem pedig a betegeket. Az Elsőfokú Bíróság az előterjesztés ellenére sem foglalkozik azzal a jogkérdéssel, hogy hogyan kell meghatározni a 40/94 rendelet 8. cikke (1) bekezdésének b) pontja értelmében vett vásárlóközönséget, és nem indokolja meg azt sem, hogy az Alcon előadásával ellentétben miért sorolja a végfogyasztókat az így értett vásárlóközönség körébe.

51. Az OHIM és a Biofarma által hangsúlyozott azon veszély, hogy a védjeggyel a recepttől függetlenül találkozók beteg összetévesztheti őket, legalábbis védjegyjogi szempontból csekély jelentőségű. A Bíróság a Picasso-ítéletben ugyanis az összetéveszthe-

53. Következésképpen a megtámadott ítéletnek legalábbis az indokolása nem elegendő, sem a 40/94 rendelet 8. cikke (1) bekezdésének b) pontját illetően, sem a végfogyasztók konkrét besorolása tekintetében. Ha az Elsőfokú Bíróság valóban abból indult ki,

26 – Lásd a német Bundesgerichtshof (Németország) I ZR 259/90. sz., CORVATON kontra CORVASAL ügyben 1992. október 15-én hozott ítéletét (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 1993., 118, 119); az I ZR 150/86. sz. Herzsymbol-ügyben 1989. február 2-án hozott ítéletét (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 1989., 425, 428) és az I ZR 83/88. sz., L-THYROXIN-ügyben 1990. január 25-én hozott ítéletét (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 1990., 453, 455). Hasonló értelemben lásd a UK Patent Office (Egyesült Királyság) Hearings Officer S. J. Probert ügyben 1998. január 29-én hozott határozatát (bejelentési szám: 1582474., bejelentő: Dallas Burston Ashbourne Limited, és a Warner-Lambert Company 42375. számú felszólalás (DICLOTARD), <http://www.patent.gov.uk/tm/legal/decisions/inter1998/o01198.pdf>, 13. o., 12. és azt követő sor).

27 – A C-361/04. P. sz., Ruiz-Picasso és társai kontra OHIM ügyben 2006. január 12-én hozott ítélet (EBHT 2006., I-643. o.) 40. pontja.

28 – A fenti 27. lábjegyzetben hivatkozott Picasso-ítélet 41. pontja.

hogy a mindenkori terméktől függetlenül mindig az átlagos végfogyasztó a mérvadó, akkor az indokolás hiányosságán túl a 40/94 rendelet 8. cikke (1) bekezdése b) pontjának téves értelmezése is fennáll.

54. A végfogyasztók figyelembevétele ugyan fenntartható a jelen ügyben, ám más indokolással. Itt ugyanis nem két vényköteles gyógyszert kell összehasonlítani, hanem egyrészt a szemgyógyászati készítmények bejelentésben megadott árucsoportját, másrészt a TRIVASTAN védjeggyel forgalmazott vényköteles gyógyszert. Mint azt az Alcon a szóbeli szakaszban adott felvilágosításában közölte, az olasz piacon azonban nem minden szemgyógyászati készítmény vényköteles.

55. A nem vényköteles gyógyszerek védjegyeire vonatkozóan a végfogyasztó érzékelése sokkal nagyobb jelentőséggel bír. Ez a gyógyszer ugyan szintén beszerezhető orvosi rendelvényre, de a végfogyasztók sokszor maguk döntenek a megvásárlásukról. Ezért ezen gyógyszerek hirdetései a végfogyasztóknak is szólnak²⁹.

56. A végfogyasztó érzékelésének a vényköteles és nem vényköteles gyógyszereket is felsoroló, illetve a csak vényköteles gyógyszer tartalmazó árujegyzék közötti összetéveszthetőség vizsgálatánál is különös jelentősége van, mint a jelen ügyben is. Ha a végfogyasztó a nem vényköteles gyógyszert akarja megvenni, de összetévesztve a másikkal, a vényköteles gyógyszert kéri, akkor a gyógyszerész nem fogja neki kiadni. Ha azonban összetévesztve őket egymással, a nem vényköteles gyógyszert kéri, holott panaszai alapján valójában a vényköteles gyógyszert szeretné, akkor esetleg olyan gyógyszert kap, ami nem lesz hasznára.

57. Az Alcon azon kérése, hogy az érintett vásárlóközönség körébe csak az orvosok tartozzanak bele, a jelen esetben tehát csak akkor lenne elfogadható, ha az összetéveszthetőséget a vényköteles szemgyógyászati készítmények tekintetében külön lehetne vizsgálni. Ez az árujegyzék szétválasztását feltételezné.

58. Elvben lehetséges a védjegybejelentésnek csak az árujegyzék bizonyos elemei vonatkozásában történő elfogadása, illetve elutasítása. A 40/94 rendelet 43. cikke (5) bekezdé-

29 – Lásd a 2001/83 irányelv 88. cikkének (2) bekezdését.

sének első mondata szerint a védjegybejelentést csak azon áruk, illetve szolgáltatások tekintetében lehet elutasítani, amelyek tekintetében a megjelölés felszólalás alapján nem részesülhet oltalomban.

ezért a megtámadott ítélet jogi hibája ellenére nem eredményezi az ítélet hatályon kívül helyezését.

59. A jelen ügyben ez azonban nem játszik szerepet, mivel az Alcon a szemgyógyászati készítmények átfogó fogalmát nem bontotta fel továbbiakra, és az árujegyzéket sem az OHIM, sem pedig a bíróságok nem javíthatják ki megfelelően. Meg lehet ugyan tagadni a lajstromozást egyes, kifejezetten megnevezett áruk vagy árucsoportok vonatkozásában, de az árujegyzék további felosztása a bejelentő hatáskörébe tartozik. Ez továbbá ellentmondana az árujegyzék korlátozására vonatkozó formális követelményeknek, és – ha a felosztás a bírósági eljárásban történik – megváltoztatná azt a tényállást, amelyről az OHIM határozott³⁰.

60. Következésképpen az Elsőfokú Bíróság az összetéveszthetőséget kizárólag a végfogyasztó érzékelése alapján tudta megállapítani. A második jogalap első részkifogása

4. A harmadik és a negyedik jogalpról – A megjelölések összehasonlítása

61. A harmadik és a negyedik jogalpról az Alcon a megjelölések vizuális és hangzásbeli összehasonlítását kifogásolja. Ezzel azonban az Alcon kizárólag az Elsőfokú Bíróság ténybeli megállapításai ellen fordul. A fellebbezés ezért ebben a részében elfogadhatatlan³¹.

5. Az ötödik jogalpról – Az összetévesztés veszélye

62. Amennyiben az Alcon az összetéveszthetőség megítélését kifogásolja, lényegében azt veszi alapul, hogy nem vették kellően figyelembe az orvosokat és a gyógyszerészeket. Mint már kifejtésre került, a végfogyasztóknál fennálló összetéveszthetőség is elegendő, mivel a TRAVATAN védjegy árujegyzékében nem vényköteles gyógyszerek is szerepeltek³². A fellebbezés ezért ebben a részében megalapozatlan.

30 – Lényegében hasonló a Bundespatentgericht (Németország) 30 W (pat) 123/97. sz. „Plantapret”-ügyben 1997. november 20-án hozott ítélete (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 1998., 725 [727]) és a Bundesgerichtshof (Németország) I ZB 32/95. sz., salvent kontra Salventerol ügyben 1998. február 12-én hozott ítélete (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 1998., S. 924 [925]).

31 – Lásd a jelen indítvány 36. pontját.

32 – Lásd a jelen indítvány 54. pont.

VI – A költségekről

63. A Bíróság eljárási szabályzata 118. cikkével és 69. cikke 2. §-ával összefüggésben

értelmezett 122. cikke alapján a Bíróság a pervesztes felet kötelezi a költségek viselésére. Mivel az Alcon pervesztes lett, kötelezni kell a költségek viselésére.

VII – Véggövetkeztetések

64. Ezért a következőket indítványozom a Bíróságnak:

1. Utasítsa el a fellebbezést.
2. Kötelezze az Alcon Inc.-t a költségek viselésére.