

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIMEN MÄÄRÄYS (kuudes jaosto)

5 päivänä lokakuuta 2004\*

Asiassa C-192/03 P,

jossa on kyse yhteisöjen tuomioistuimen perussäännön 56 artiklaan perustuvasta valituksesta,

joka on pantu vireille 2.5.2003,

**Alcon Inc.**, aiemmin Alcon Universal Ltd, kotipaikka Hünenberg (Sveitsi), edustajinaan C. Morcom, QC, ja solicitor S. Clark, prosessiosoite Luxemburgissa,

valittajana,

ja jossa vastapuolena ja muuna osapuolena ovat

**sisämarkkinoiden harmonisointivirasto (tavaramerkit ja mallit) (SMHV)**,  
asiamiehinään S. Laitinen ja A. Sesma Merino,

vastaajana ensimmäisessä oikeusasteessa,

\* Oikeudenkäyntikieli: englantia.

**Dr. Robert Winzer Pharma GmbH**, kotipaikka Olching (Saksa), edustajanaan  
Rechtsanwalt S. Schneller,

väliintulijana ensimmäisessä oikeusasteessa,

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN (kuudes jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja J.-P. Puissochet (esittelevä tuomari)  
sekä tuomarit F. Macken ja U. Löhmus,

julkisasiamies: M. Poiares Maduro,  
kirjaaja: R. Grass,

on antanut seuraavan

**määräyksen**

- 1 Alcon Inc. (jäljempänä valittaja) vaatii valituksessaan yhteisöjen tuomioistuinta kumoamaan Euroopan yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen (toinen jaosto) asiassa T-237/01, Alcon Inc. vastaan SMHV — Dr. Robert Winzer Pharma (BSS), 5.3.2003 antaman tuomion (Kok. 2003, s. II-411; jäljempänä valituksenalainen tuomio), jossa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on hylännyt sen nostaman kanteen sisämarkkinoiden harmonisointiviraston (tavaramerkit ja mallit) (jäljempänä SMHV) ensimmäisen valituslautakunnan 13.7.2001 tekemästä päätöksestä (asia R 273/2001-1) (jäljempänä riidanalainen päätös), jossa yhteisön tavaramerkki BSS julistettiin mitättömäksi.

## Asiaa koskevat oikeussäännöt

- 2 Yhteisön tavaramerkistä 20 päivänä joulukuuta 1993 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 40/94 (EYVL 1994, L 11, s. 1) 4 artiklassa säädetään seuraavaa:

”Yhteisön tavaramerkkinä voi olla mikä tahansa merkki, joka voidaan esittää graafisesti, erityisesti sanat, henkilönnimet mukaan lukien, kuviot, kirjaimet, numerot taikka tavaroiden tai niiden päällyksen muoto, jos sellaisella merkillä voidaan erottaa yrityksen tavarat tai palvelut muiden yritysten tavaroista tai palveluista.”

- 3 Saman asetuksen 7 artiklassa säädetään seuraavaa:

”1. Seuraavia merkkejä ei rekisteröidä:

— —

- d) tavaramerkit, jotka muodostuvat yksinomaan sellaisista merkeistä tai merkinnoistä, jotka ovat tulleet tavallisiksi yleisessä kielenkäytössä tai hyvän kauppataivan mukaan;

— —

2. Edellä 1 kohtaa sovelletaan, vaikka rekisteröinnin esteet olisivat olemassa ainoastaan osassa yhteisöä.

3. Edellä 1 kohdan b, c ja d alakohdtaa ei sovelleta, jos tavaramerkki on käytössä tullut erottamiskykyiseksi niiden tavaroiden tai palveluiden osalta, joille rekisteröintiä haetaan.”

4 Asetuksen N:o 40/94 51 artiklassa säädetään seuraavaa:

”1. Yhteisön tavaramerkki julistetaan mitättömäksi virastolle tehdyllä vaatimuksella tai loukkauskanteeseen kohdistuvalla vastakanteella, jos:

a) yhteisön tavaramerkki on rekisteröity 5 artiklan tai 7 artiklan säännösten vastaisesti;

— —

2. Jos yhteisön tavaramerkki on rekisteröity 7 artiklan 1 kohdan b, c tai d alakohdan vastaisesti, sitä ei kuitenkaan voida julistaa mitättömäksi, jos se on rekisteröinnin jälkeen käytön seurauksena tullut erottamiskykyiseksi niiden tavaroiden ja palvelujen osalta, joita varten se on rekisteröity.

— —”

5 Asetuksen N:o 40/94 63 artiklan 1, 2 ja 3 kohdassa säädetään seuraavaa:

”1. Valituslautakuntien valitusta koskevat päätökset voidaan saattaa yhteisön tuomioistuimen käsiteltäväksi.

2. Kanteen perusteena voi olla puuttuva toimivalta, olennaisen menettelymääräyksen rikkominen, perustamissopimuksen, tämän asetuksen tai niiden soveltamista koskevan oikeussäännön rikkominen taikka harkintavallan väärinkäyttö.

3. Yhteisön tuomioistuimella on toimivalta sekä kumota kiistetty päätös että muuttaa sitä.”

### **Tosiseikat**

6 Alcon Pharmaceuticals Ltd haki 1.4.1996 SMHV:ltä sanamerkin BSS rekisteröimistä yhteisön tavaramerkiksi seuraavia tavaroita varten: ”Oftalmiset farmaseuttiset valmisteet; steriilit liokset silmäkirurgiaan”, jotka kuuluvat tavaroiden ja palvelujen kansainvälistä luokitusta tavaramerkkien rekisteröimistä varten koskevaan, 15 päivänä kesäkuuta 1957 tehtyyn Nizzan sopimukseen pohjautuvan luokituksen luokkaan 5, sellaisena kuin tämä sopimus on tarkistettuna ja muutettuna.

7 Tavaramerkki rekisteröitiin 7.8.1998 ja julkaistiin 19.10.1998. Tavaramerkki siirrettiin 29.11.1999 valittajan pyynnöstä tämän nimiin.

- 8 Yhtiö Dr. Robert Winzer Pharma GmbH (jäljempänä väliintulija) esitti 7.12.1998 SMHV:lle vaatimuksen tavaramerkin julistamisesta mitättömäksi asetuksen N:o 40/94 51 artiklan 1 kohdan nojalla. Väliintulija katsoi, että BSS on lyhennys sanoista "balanced salt solution" (tasapainotettu suolaliuos) tai sanoista "buffered saline solution" (puskuroitu suolaliuos), joten tavaramerkki kuvailee siten tällaisia tuotteita ja on rekisteröity asetuksen N:o 40/94 7 artiklan vastaisesti.
- 9 Mitättömyysoasto hyväksyi tämän vaatimuksen 15.12.1999 tekemällään päätöksellä sillä perusteella, että tavaramerkki muodostuu merkistä, joka on tullut tavalliseksi yleisessä kielenkäytössä asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan d alakohdassa tarkoitetulla tavalla, ja sillä perusteella, että valittaja ei ollut osoittanut, että merkki oli tullut käytössä erottamiskykyiseksi asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 3 kohdassa ja sen 51 artiklan 2 kohdassa tarkoitetulla tavalla. Valittaja haki 15.2.2000 SMHV:ssä muutosta tähän päätökseen.
- 10 SMHV:n ensimmäinen valituslautakunta hylkäsi tämän valituksen riidanalaisella päätöksellä, koska lyhennettä BSS käytetään joko saksassa tai englannissa yleisessä kielenkäytössä tarkoittamaan oftalmista farmaseuttista valmistetta ja koska valittaja ei ollut näyttänyt toteen, että tämä merkki olisi tullut käytössä erottamiskykyiseksi.

### **Valituksenalainen tuomio**

- 11 Valittaja nosti 18.9.2001 ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa kanteen, jossa vaadittiin riidanalaisen päätöksen kumoamista. SMHV ja väliintulija vaativat kanteen hylkäämistä.

- 12 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi valituksenalaisen tuomion 35–48 kohdassa, että valituslautakunta oli perustellusti katsonut, että väliintulija oli esittänyt riittävät todisteet siitä, että sanamerkistä BSS oli tullut tavallinen asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan d alakohdassa tarkoitetulla tavalla.
- 13 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin viittasi yhteisöjen tuomioistuimen asiassa C-517/99, Merz & Krell, 4.10.2001 antamaan tuomioon (Kok. 2001, s. I-6959) ja katsoi, että lyhenteestä BSS oli tullut tavallinen yleisnimitys tasapainotetulle suolaliuokselle ("balanced salt solution") valittajan tavaramerkkiä BSS koskevan rekisteröintihakemuksen tekopäivänä kyseessä olevien tuotteiden kohdeyleisön eli silmälääkäreiden ja silmäkirurgioiden keskuudessa. Tämä ilmeni useista sanakirjoista ja tieteellisistä artikkeleista sekä siitä, että monet yhtiöt markkinoivat oftalmisia tuotteita nimityksin, joissa esiintyy lyhenne BSS.
- 14 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi lisäksi valituksenalaisen tuomion 49–60 kohdassa valituslautakunnan katsoneen perustellusti, että valittaja ei ollut osoittanut, että tavaramerkki BSS olisi tullut käytössä erottamiskykyiseksi asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 3 kohdassa ja sen 51 artiklan 2 kohdassa tarkoitetulla tavalla.
- 15 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoi, että valittajan SMHV:n mitättömyysoastossa ja tämän jälkeen valituslautakunnassa esittämät asiakirjat eivät osoittaneet, että kohdeyleisö ei pitäisi kirjainyhdistelmää BSS kyseessä olevan tuotteen yleisnimityksenä, vaan tietyn yrityksen tunnusmerkkinä. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoi, että valittajan esittämien "BSS:n valvontaluettelon" sekä sen kolmansien kanssa tekemien sopimusten, jotka osoittaisivat sellaisen ohjelman olemassaolon, jolla valvotaan kolmansien tavaramerkin BSS käyttöä, vaikutukset ja tulokset kohdeyleisön tietoisuuden lisäämisessä eivät kuitenkaan olleet tiedossa.
- 16 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin hylkäsi kanteen näillä perusteilla.

## Muutoksenhaku

- 17 Valittaja vaatii, että yhteisöjen tuomioistuin kumoaa valituksenalaisen tuomion sekä riidanalaisen päätöksen ja määrää oikeudenkäyntikulujen korvaamisesta.
- 18 SMHV ja väliintulija vaativat, että yhteisöjen tuomioistuin hylkää valituksen ja velvoittaa valittajan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.
- 19 Yhteisöjen tuomioistuimen työjärjestyksen 119 artiklassa määrätään, että jos valitus on selvästi perusteeton, yhteisöjen tuomioistuin voi milloin tahansa esittelevän tuomarin kertomuksen perusteella julkisasiamiestä kuultuaan hylätä valituksen perustellulla määräyksellä.

### *Asianosaisten väitteet*

- 20 Valittaja väittää ensinnäkin, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on soveltanut virheellisesti asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan d alakohtaa katsoessaan, että kirjainyhdistelmä BSS on tullut tavalliseksi.
- 21 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on valittajan mukaan perusteetta ottanut huomioon väliintulijan esittämiä todisteita, jotka ovat joko peräisin tavaramerkkiä BSS koskevan rekisteröintihakemuksen tekopäivää — joka on ainoa ajankohta, jonka perusteella tulee arvioida kyseessä olevan mitättömyyden perusteita, tässä tapauksessa 1.4.1996 — myöhäisemmältä ajalta taikka julkaistu Euroopan unionin ulkopuolella. Väliintulija ei ole valittajan mukaan esittänyt yhdenkään sellaisen tahon, joka käy kauppaa kyseessä olevilla tuotteilla, antamaa todistetta, joka osoittaisi, että tavaramerkistä BSS on tullut tavallinen. Merkin mainitseminen sanakirjassa tai muussa julkaisussa nimenä tai tuotteen kuvauksena ei valittajan



mukaan riittää osoittamaan, että merkistä on tullut yleisessä kielenkäytössä tavallinen kohdeyleisön keskuudessa.

- 22 Lisäksi valittaja katsoo, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen olisi pitänyt ottaa huomioon sen esittämät väitteet aloitteista, joita se oli tehnyt kolmansien tavaramerkin BSS käytön valvomiseksi ja kolmansien toimesta tapahtuvan tavaramerkin epäasiallisen käytön estämiseksi.
- 23 Toiseksi valittaja katsoo, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on perusteetta jättänyt huomioimatta todisteet, jotka valittaja oli esittänyt osoittaakseen, että tavaramerkki BSS oli tullut käytössä erottamiskykyiseksi asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 3 kohdassa ja 51 artiklan 2 kohdassa tarkoitetulla tavalla. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on valittajan mukaan nojautunut valituksenalaisen tuomion 56 kohdassa erityisesti näytön puuttumiseen tavaramerkin valvontaohjelman vaikutuksista kohdeyleisöön, mutta se ei ole kuitenkaan soveltanut samaa vaatimusta väliintulijan esittämiin todisteisiin. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei ole siten valittajan mukaan arvioinut samalla tavalla oikeudenkäynnin osapuolten esittämiä todisteita.
- 24 SMHV tarkentaa, että tässä muutoksenhaussa on kysymys ensimmäisestä yhteisön tavaramerkin mitättömyysvaatimusta koskevasta asiasta, jota käsitellään ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa ja yhteisöjen tuomioistuimessa.
- 25 SMHV väittää yhteisöjen tuomioistuimen asiassa C-104/00 P, DKV vastaan SMHV, 19.9.2002 antaman tuomion (Kok. 2002, s. I-7561) perusteella ensisijaisesti, että ainakin pääosa, elleivät jopa kaikki valittajan esittämistä valitusperusteista, koskee tosiseikkoja ja erityisesti ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tekemää todistusaineiston harkintaa, jonka arviointi ei kuulu yhteisöjen tuomioistuimen toimivaltaan muutoksenhakuasiassa.

- 26 Toissijaisesti SMHV katsoo, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei ole tehnyt oikeudellista virhettä asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan d alakohdan eikä 7 artiklan 3 kohdan taikka 51 artiklan 2 kohdan tulkinnassa. Mikäli yhteisöjen tuomioistuin kuitenkin voisi arvioida väliintulijan esittämiä todisteita, SMHV korostaa, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on arvioinut perustellusti niiden osoittavan, että lyhenne BSS oli jo tullut tavalliseksi rekisteröintihakemuksen tekopäivänä ja että tavaramerkki oli siten menettänyt erottamiskykynsä.
- 27 Väliintulija katsoo, että sen SMHV:n mitättömyysoasastossa, valituslautakunnassa ja ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa esittämät todisteet osoittavat selvästi, että tavaramerkki BSS on yleisnimitys kysymyksessä oleville tuotteille hyvän kauppatavan mukaan ja että SMHV sekä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ovat asianmukaisesti ottaneet huomioon nämä todisteet.

*Yhteisöjen tuomioistuimen arviointi asiasta*

- 28 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on perustellusti todennut valituksenalaisen tuomion 39 kohdassa, että arvioitaessa sitä, muodostuuko tavaramerkki BSS yksinomaan merkeistä tai merkinnöistä, jotka ovat tulleet tavallisiksi yleisessä kielenkäytössä kohderyhmän keskuudessa niiden tavaroiden tai palvelujen osoittajina, joita varten kyseinen tavaramerkki on rekisteröity, ja sitä, onko tavaramerkki laillisesti julistettu mitättömäksi tällä perusteella riidanalaisessa päätöksessä, ei tule nojautua tavaramerkin kuvailevuuteen vaan sen tämänhetkiseen käyttöön aloilla, joihin niiden tavaroiden kauppa kuuluu (ks. jäsenvaltioiden tavaramerkkilainsäädännön lähentämisestä 21 päivänä joulukuuta 1988 annetun ensimmäisen neuvoston direktiivin 89/104/ETY (EYVL 1989, L 40, s. 1) sisällöltään vastaavanlaisen 3 artiklan 1 kohdan d alakohdan osalta em. asia Merz & Krell, tuomion 35 kohta).
- 29 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on niin ikään soveltanut oikein asetuksen N:o 40/94 7 artiklan 1 kohdan d alakohtaa todetessaan valituksenalaisen tuomion 40 kohdassa, että sellaisten tavaramerkin muodostavien merkkien tai merkintöjen perusteella, jotka ovat tulleet tavallisiksi yleisessä kielenkäytössä tai hyvän

kauppatavan mukaan kyseisen tavaramerkin kattamien tavaroiden tai palvelujen osoittajina, ei voida erottaa tietyn yrityksen tavaroita tai palveluja muiden yritysten tavaroista tai palveluista eivätkä ne siis täytä tavaramerkin keskeistä tehtävää, paitsi jos nämä merkit tai merkinnät ovat tulleet käytössä erottamiskykyisiksi (ks. vastaavasti em. asia Merz & Krell, tuomion 37 kohta).

- 30 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei ole myöskään tehnyt oikeudellista virhettä todetessaan valituksenalaisen tuomion 42 kohdassa, että arvioitaessa riidan kohteena olevan tavaramerkin tavallisuutta, asiaa on tarkasteltava lääketieteen alan erityisyleisön eli Euroopan unionissa toimivien silmälääkäreiden ja silmäkirurgien näkökulmasta.
- 31 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on määritellyään asianmukaisesti asiaan soveltuvat oikeussäännöt ja arvioituaan sekä valittajan että väliintulijan esittämiä todisteita katsonut näistä seuraavan, että tavaramerkki BSS oli tullut tavalliseksi kohderyhmän keskuudessa ja että se ei ollut tullut käytössä erottamiskykyiseksi.
- 32 Valittaja esittää valituksenalaista tuomiota koskevien vaatimustensa tueksi ensinnäkin, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei ole riittävästi ottanut huomioon sen mitättömyysostossa ja SMHV:n valituslautakunnassa esittämiä todisteita ja että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on toisaalta painottanut liikaa väliintulijan samoissa elimissä esittämiä todisteita.
- 33 Kuitenkin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen toteamukset, joiden mukaan valittaja ei ole esittänyt väitteidensä tueksi tarpeellisia tietoja tai osoittanut niiden paikkansapitävyyttä, ovat tosiseikkoja koskevia toteamuksia, jotka kuuluvat yksinomaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen toimivaltaan ja joista ei voida valittaa valitusmenettelyssä (ks. vastaavasti asia C-283/90 P, Vidrányi v. komissio, tuomio 1.10.1991, Kok. 1991, s. I-4339, 16 ja 17 kohta ja asia C-191/98 P, Tzoanos v. komissio, tuomio 18.11.1999, Kok. 1999, s. I-8223, 23 kohta), ellei ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ole ottanut sille esitettyjä todisteita vääristyneellä tavalla

huomioon (ks. vastaavasti asia C-237/98 P, Dorsch Consult v. neuvosto ja komissio, tuomio 15.6.2000, Kok. 2000, s. I-4549, 35 ja 36 kohta).

- 34 Kuten SMHV perustellusti toteaa, valittaja rajoittuu todellisuudessa kiistämään tosiseikaston arvioinnin, jonka ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tehnyt, vetoamalla siihen, että kyseiselle tuomioistuimelle esitetty asiakirja-aineisto on otettu huomioon vääristyneellä tavalla. Tämä arviointi ei kuitenkaan ole sellainen oikeuskysymys, että se sinänsä kuuluisi yhteisöjen tuomioistuimen muutoksenhakuasteena harjoittaman valvonnan piiriin (em. asia DKV v. SMHV, tuomion 22 kohta ja asia C-326/01 P, Telefon & Buch v. SMHV, määräys 5.2.2004, Kok. 2004, s. I-1371, 35 kohta). Valittaja ei myöskään väitä, että valituksenalaisessa tuomiossa olisi oikeudellinen virhe todistustaakkaa koskevien oikeussääntöjen soveltamisen osalta (ks. tältä osin asia C-199/92 P, Hüls v. komissio, tuomio 8.7.1999, Kok. 1999, s. I-4287, 64 ja 65 kohta).
- 35 Valittaja väittää toiseksi, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisen virheen, koska se ei ole tarkastellut asiaa tavaramerkin BSS rekisteröintihakemuksen tekopäivänä eli 1.4.1996 vallinneen tilanteen perusteella. Yksinomaan tätä ajankohtaa on pidettävä ratkaisevana arvioitaessa sitä, onko yhteisön tavaramerkki tullut tavalliseksi sillä tavalla, että se voidaan julistaa mitättömäksi asetuksen N:o 40/94 51 artiklan 1 kohdan nojalla. Tämä virhe ilmenee valittajan mukaan siitä, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on maininnut erityisesti valituksenalaisen tuomion 45 kohdassa tätä ajankohtaa myöhäisemmältä ajalta peräisin olevia asiakirjoja. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on valittajan mukaan myös ottanut virheellisesti huomioon valituksenalaisen tuomion 44 kohdassa asiakirjoja, jotka on julkaistu Euroopan unionin ulkopuolella ja jotka eivät voi kuvata edellä mainitun kohdeyleisön havaintoja.
- 36 Tässä toisessa valitusperusteessa voidaan erottaa kaksi erillistä kohtaa.
- 37 Valitusperusteen ensimmäinen kohta liittyy siihen, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on ottanut huomioon asiakirjoja, jotka ovat peräisin rekisteröintihakemusta myöhäisemmältä ajalta, arvioidessaan sitä, onko tavaramerkki tullut tavalliseksi. Mikäli valittaja pyrkii tällä perusteella riitauttamaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tekemän harkinnan tavaramerkin tavallisuudesta rekisteröintihakemuksen tekopäivänä näiden asiakirjojen perusteella, on muistettava, että todistusaineiston harkinta ei muodosta sellaista oikeuskysymystä, jonka arviointi kuuluisi yhteisöjen tuomioistuimelle. Mikäli valittaja sitä vastoin pyrkii osoittamaan, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on ottamalla huomioon

nämä asiakirjat epäsuorasti valinnut rekisteröintihakemuksen tekopäivää myöhäisemmän päivän ratkaisevaksi ajankohdaksi, jonka perusteella arvioidaan termin BSS tavallisuutta, tällainen väite sisältää oikeuskysymyksen, joka yhteisöjen tuomioistuimen on tutkittava.

38 Tässä tapauksessa valitusperusteen ensimmäinen kohta ei kuitenkaan ole perusteltu.

39 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on nimittäin nimenomaisesti todennut valituksenalaisen tuomion 46 kohdassa, että valituslautakunta oli perustellusti katsonut riidanalaisen päätöksen 19 kohdassa, että väliintulijan esittämät todisteet osoittavat kirjainyhdistelmän BSS tulleen tavalliseksi hakemuksen tekopäivänä. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei siten ole tarkastellut väitetyn mitättömyyden perusteita muun kuin valittajan esittämän ajankohdan perusteella.

40 SMHV on katsonut tässä suhteessa perustellusti, että yhteisön tavaramerkin rekisteröintihakemuksen tekopäivä on tässä arvioinnissa ratkaiseva ajankohta.

41 Lisäksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on pystynyt ilman ristiriitaisia perusteluja tai oikeudellista virhettä ottamaan huomioon seikkoja, jotka siitä huolimatta, että ne ovat hakemuksen tekopäivää myöhäisemmältä ajalta, mahdollistavat johtopäätösten tekemisen tilanteesta sellaisena, kuin se oli tänä samana ajankohtana (ks. vastaavasti asia C-259/02, La Mer Technology, määräys 27.1.2004, Kok. 2004, s. I-1371, 31 kohta).

42 Valitusperusteen toisessa kohdassa valittaja väittää, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on ottanut huomioon valituksenalaisen tuomion 44 kohdassa eräitä asiakirjoja, jotka on julkaistu Yhdysvalloissa. Kuitenkaan tämän perusteella ei voida päätellä, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin olisi perustanut arviointinsa sellaisiin todisteisiin, jotka eivät mitenkään liity kohdeyleisöön. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen on täytynyt katsoa todetessaan valituksenalaisen tuomion 42 kohdassa, että englanti on tämän alan asiantuntijoiden tekninen kieli, ja viitattaessaan valituksenalaisen tuomion 43 kohdassa siihen, että alan tiedeyhteisö pitää sanamerkkiä BSS yleisterminä, että nämä asiakirjat, siitä huolimatta, että ne on

julkaistu Euroopan unionin ulkopuolella, tukevat johtopäätöstä, jonka mukaan kohdeyleisö piti sanamerkkiä tavallisena. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on siten tehnyt tosiseikkoihin perustuvan arvioinnin, johon valittaja ei voi hakea muutosta.

- 43 Valitusperusteen toinen kohta on siten hylättävä.
- 44 Edellä todetusta seuraa, että valitus on selvästi perusteeton ja on tämän vuoksi hylättävä.

### **Oikeudenkäyntikulut**

- 45 Yhteisöjen tuomioistuimen työjärjestyksen 69 artiklan 2 kohdan mukaan, jota 118 artiklan perusteella sovelletaan valituksen käsittelyyn, asianosainen, joka on hävinnyt asian, veloitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on sitä vaatinut. SMHV ja väliintulija ovat vaatineet valittajan velvoittamista korvaamaan oikeudenkäyntikulut. Koska valittaja on hävinnyt asian, se on velvoitettava korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

Näillä perusteilla

### **YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN (kuudes jaosto)**

on määrännyt seuraavaa:

- 1) Valitus hylätään.**
- 2) Alcon Inc. veloitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.**

Allekirjoitukset