

ALCON MOD KHIM – BIOFARMA (TRAVATAN)

RETTENS DOM (Tredje Afdeling)

22. september 2005 *

I sag T-130/03,

Alcon Inc., Hünenberg (Schweiz), ved solicitor G. Breen og barrister J. Gleeson,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design)
(KHIM) ved S. Palmero Cabezas og S. Laitinen, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

den anden part i sagen for appelkammeret ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (varemærker og Design) og intervenient ved Retten:

Biofarma SA, Neuilly-sur-Seine (Frankrig), ved avocats V. Gil Vega, A. Ruiz Lopez og D. González Maroto,

* Processprog: engelsk.

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 30. januar 2003 af Tredje Appellkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 968/2001-3) vedrørende en indsigelsessag mellem Alcon Inc. og Biofarma SA,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Tredje Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M. Jaeger, og dommerne V. Tiili og O. Czúcz,
justitssekretær: fuldmægtig C. Kristensen,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 17. april 2003,

under henvisning til Harmoniseringskontorets svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 17. oktober 2003,

under henvisning til intervenientens svarskrift, som blev indleveret til Rettens Justitskontor den 6. oktober 2003,

efter retsmødet den 14. april 2005,

afsagt følgende

Dom

Sagens faktiske omstændigheder

- 1 Den 11. juni 1998 indgav Alcon Inc. en EF-varemærkeansøgning til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«) i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret.
- 2 Varemærket, der ansøgte registreret, var ordmærket TRAVATAN.
- 3 De varer, som registreringsansøgningen vedrører, henhører under klasse 5 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer til følgende beskrivelse: »Oftalmiske farmaceutiske præparater«.
- 4 Ansøgningen blev offentliggjort i *EF-Varemærketidende* nr. 23/99 af 22. marts 1999.

- 5 Den 22. juni 1999 rejste Biofarma SA indsigelse i henhold til artikel 42 i forordning nr. 40/94 mod registreringen af dette EF-varemærke. Til støtte for indsigelsen anførtes den hindring, der er anført i forordningens artikel 8, stk. 1, litra b). Indsigelsen var støttet på det nationale ordmærke TRIVASTAN, som blev registreret i Italien den 27. januar 1986 under nr. 394 980.
- 6 Indsigelsen omfattede alle varerne i varemærkeansøgningen. Den var støttet på samtlige varer, der er omfattet af det ældre varemærke, nemlig »farmaceutiske, veterinærmedicinske og sanitære præparater; diætetiske præparater til børn eller syge; plastre og forbindsstoffer; materiale til tandplombering og til tandaftryk; desinfektionsmidler; præparater til udryddelse af ukrudt og skadedyr«, der henhører under klasse 5.
- 7 Ved skrivelse af 5. maj 2000 anmodede sagsøgeren i henhold til artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 intervenienten om at godtgøre, at der inden for de seneste fem år forud for offentliggørelsen af EF-varemærkeansøgningen var gjort reel brug af det ældre varemærke for alle de varer, som indsigelsen var støttet på, i den medlemsstat, hvor dette varemærke er beskyttet. Ved meddelelse af 29. maj 2000 opfordrede Indsigelsesafdelingen intervenienten til at godtgøre dette inden for en frist på to måneder.
- 8 Den 28. juli 2000 fremsendte intervenienten nogle dokumenter til Harmoniseringskontoret, der skulle vise, at der var gjort reel brug af det ældre varemærke i Italien. Disse dokumenter omfattede bl.a. fakturaer, en vejledning vedrørende intervenientens præparat, et uddrag fra et italiensk katalog *L'Informatore Farmaceutico* og et uddrag fra *Pharmaceutical Trade Mark Directory*.

- 9 Ved afgørelse af 26. september 2001 fandt Indsigelsesafdelingen, at brugen af det ældre varemærke var godtgjort for et specifikt farmaceutisk præparat, nemlig »perifer vasodilatator til behandling af perifere vaskulære og cerebrale forstyrrelser samt vaskulære forstyrrelser i øjet og øret«, og den imødekom indsigelsen for alle de ansøgte varer. Indsigelsesafdelingen afslog derfor at registrere det ansøgte varemærke med den begrundelse, at der forelå en risiko for forveksling, herunder en associationsrisiko, i Italien, idet varemærkerne ud fra et visuelt og fonetisk synspunkt lignede hinanden, og der var en vis lighed mellem varerne.
- 10 Den 13. november 2001 indgav sagsøgeren i henhold til artikel 57-62 i forordning nr. 40/94 en klage til Harmoniseringskontoret over Indsigelsesafdelingens afgørelse.
- 11 Ved afgørelse af 30. januar 2003 (herefter »den anfægtede afgørelse«) afviste Tredje Appellkammer klagen. Appellkammeret anførte navnlig, at der forelå en risiko for forveksling, herunder en associationsrisiko, mellem varemærkerne, da de varer, der var omfattet af de omhandlede varemærker, frembød en høj grad af lighed, og der visuelt og fonetisk var en meget stærk lighed mellem varemærkerne.

Parternes påstande

- 12 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

13 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

14 Intervenienten har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger

Retlige bemærkninger

15 Til støtte for sin påstand har sagsøgeren i det væsentlige anført to anbringender i stævningen. Det første anbringende vedrører tilsidesættelsen af artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94, for så vidt som det bevis, som intervenienten har ført for, at reel brug har fundet sted, ikke godtgør, at der faktisk har været gjort brug af det ældre varemærke for oftalmiske præparater. Det andet anbringende vedrører tilsidesættelsen af samme forordnings artikel 8, stk. 1, litra b).

- 16 Under retsmødet har sagsøgeren tillige anført et anbringende vedrørende tilsidesættelsen af artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94, for så vidt som betingelserne for reel brug af det ældre varemærke ikke var opfyldt.

Spørgsmålet, om anbringendet fremsat under retsmødet kan antages til realitetsbehandling

- 17 Under retsmødet har sagsøgeren henvist til Rettens dom af 8. juli 2004, MFE Marienfelde mod KHIM — Vétoquinol (HIPOVITON) (sag T-334/01, Sml. II, s. 2787), til støtte for, at betingelserne for reel brug ikke var opfyldt, navnlig fordi det handelsmæssige omfang af brugen af det ældre varemærke var ringe.
- 18 Harmoniseringskontoret og intervenienten er af den opfattelse, at det anbringende eller argument, som er fremsat under retsmødet, ikke kan antages til realitetsbehandling, da det først er blevet fremsat for Retten.
- 19 I medfør af artikel 48, stk. 2, første afsnit, i Rettens procesreglement må nye anbringender ikke fremsættes under sagens behandling, medmindre de støttes på retlige eller faktiske omstændigheder, som er kommet frem under retsforhandlingerne.
- 20 For det første bemærkes, at sagsøgeren ikke i sin stævning har anført, at appelkammeret har tilsidesat artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94, fordi betingelserne for reel brug af varemærket ikke var opfyldt, men kun fordi, det ikke ved det bevis for reel brug, som intervenienten har fremlagt, er godtgjort, at der faktisk har været gjort brug af det ældre varemærke for oftalmiske præparater.

- 21 Det bemærkes dernæst, at sagsøgeren ikke på nogen måde har godtgjort, at der foreligger nye retlige eller faktiske omstændigheder i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i procesreglementets artikel 48, stk. 2, første afsnit.
- 22 Det under retsmødet fremsatte argument kan derfor ikke antages til realitetsbehandling.
- 23 Under alle omstændigheder bemærkes, at selv om dette anbringende skulle betragtes som et argument, der er knyttet til det første anbringende, der er anført i stævningen, er formålet med den foreliggende sag at efterprøve lovligheden af den afgørelse, der er truffet af Harmoniseringskontorets appelkammer (Rettens dom af 6.3.2003, sag T-128/01, DaimlerChrysler mod KHIM (kølergitter), Sml. II, s. 701, præmis 18, og af 3.7.2003, sag T-129/01, Alejandro mod KHIM — Anheuser-Busch (BUDMEN), Sml. II, s. 2251, præmis 67). Følgelig kan Rettens efterprøvelse ikke gå ud over den faktiske og retlige ramme for sagen, således som den forelå for appelkammeret (Rettens dom af 5.3.2003, sag T-194/01, Unilever mod KHIM (ægformet tablet), Sml. II, s. 383, præmis 16, og af 22.6.2004, sag T-66/03, »Drie Mollen sinds 1818« mod KHIM — Nabeiro Silveira (Galàxia), Sml. II, s. 1765, præmis 45).
- 24 I det foreliggende tilfælde har Indsigelsesafdelingen fastslået, at betingelserne for reel brug af det ældre varemærke var opfyldt. Det fremgår imidlertid af sagsakterne, at sagsøgeren ikke under sagen ved Harmoniseringskontoret — hverken for Indsigelsesafdelingen eller appelkammeret — bestred den omstændighed, at intervenientens bevis godtgjorde en reel brug af det ældre varemærke for en bestemt vare. Sagsøgeren gav endog over for Indsigelsesafdelingen udtryk for at have »taget den dokumentation, der er fremlagt for at godtgøre brugen af varemærket TRIVASTAN i Italien, til efterretning« og tilkendegav, at »dette punkt ikke vil blive bestridt«. Sagsøgeren har derimod gjort gældende, at de dokumenter, som intervenienten har fremlagt, ikke indeholdt oplysninger om, hvorvidt den omhandlede vare, som er omfattet af det ældre varemærke, var blevet anvendt som et oftalmisk præparat, men kun, at det kunne anvendes til dette formål.

- 25 Heraf følger, at sagsøgerens argumenter må forkastes. Det er således kun de anbringender, der er gjort gældende for Harmoniseringskontoret, der skal gøres til genstand for en retlig efterprøvelse, således som det fremgår af denne doms præmis 15.

Om det første anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94

Parternes argumenter

- 26 Efter sagsøgerens opfattelse har appelkammeret med urette fundet, at det med beviset for brugen af det ældre varemærke var godtgjort, at dette reelt var blevet brugt i Italien for oftalmiske præparater. De dokumenter, som intervenienten har fremlagt, viser blot, at præparatet kunne anvendes i forbindelse med en oftalmisk behandling.
- 27 Harmoniseringskontoret har bemærket, at intervenienten i henhold til artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 ikke er forpligtet til at godtgøre en specifik brug af sit varemærke som betegnelse for de varer, der er omfattet af registreringsansøgningen. Brugen af et varemærke som handelsmærke indebærer, at tegnet er blevet anvendt for bl.a. at opfylde funktionen som forbindelse mellem de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af varemærket, og den person eller det selskab, der er ansvarlig for deres markedsføring, dvs. som oprindelsesangivelse. Sagsøgeren har imidlertid ikke bestridt, at det ved de fremlagte dokumenter var godtgjort, at det ældre varemærke var brugt som handelsmærke, der betegnede en vare, som kunne anvendes i forbindelse med en oftalmisk behandling.
- 28 Intervenienten har anført, at selskabet har fremlagt beviser med henblik på at godtgøre, at den oftalmiske behandling hørte til de terapeutiske indikationer for

produktet, der var omfattet af det ældre varemærke, som de italienske sundhedsmyndigheder havde godkendt, og at lægemidlet var blevet solgt gennem flere år (dvs. fra 1995-1999). Der kan ikke kræves bevis for, at lægemidlet rent faktisk er blevet anvendt af patienter, der lider af vaskulære forstyrrelser i øjnene.

Retten's bemærkninger

- 29 For det første bemærkes, at selv om sagsøgeren ikke udtrykkeligt har påberåbt sig artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94, skal sagsøgerens argumenter forstås således, at selskabet gør et anbringende gældende, der er støttet på tilsidesættelsen af denne bestemmelse. Da sagsøgeren i det væsentlige har gjort gældende, at det bevis for brug, som intervenienten har fremført, ikke godtgør, at intervenienten har anvendt varemærket for oftalmiske præparater, indebærer dette argument, at der først skal tages stilling til, om der er sket en eventuel tilsidesættelse af denne bestemmelse, og først derefter, om der eventuelt er foretaget en ukorrekt sammenligning af varerne inde for rammerne af samme forordnings artikel 8, stk. 1, litra b).
- 30 Det er for Harmoniseringskontoret ubestridt, at det ældre varemærke er blevet anvendt til at betegne et lægemiddel. Det fremgår nemlig af sagen, herunder af vejledningen til intervenientens lægemiddel og af et uddrag fra det italienske katalog *L'Informatore Farmaceutico*, at varemærket TRIVASTAN betegner en perifer vasodilatator, som anvendes i neurologi, otorhinolaryngologi, oftalmologi, angiologi og geriatri, og at det nærmere bestemt er angivet, at midlet skal anvendes i behandlingen af »perifere vaskulære og cerebrale forstyrrelser samt vaskulære forstyrrelser i øjet og øret«.
- 31 Det fastslås, at såfremt en af de terapeutiske indikationer i et lægemiddel er at behandle vaskulære forstyrrelser i øjet, og det er godtgjort, at det er blevet solgt gennem flere år, hvilket er ubestridt, har det kunnet anvendes til behandlingen af disse forstyrrelser. Under disse omstændigheder er det overflødigt og endog vanskeligt at kræve bevis for, at dette lægemiddel reelt er blevet anvendt af patienter, der lider af vaskulære forstyrrelser i øjnene.

- 32 Der må følgelig fastslås, at appelkammeret ikke har tilsidesat artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94, da det fastslog, at det med intervenientens bevis var godtgjort, at der var gjort reel brug af det ældre varemærke for en »perifer vasodilatator til behandling af perifere vaskulære og cerebrale forstyrrelser samt vaskulære forstyrrelser i øjet og øret«.
- 33 Sagsøgerens første anbringende kan derfor ikke tiltrædes.

Om det andet anbringende vedrørende tilsidesættelsen af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94

Parternes argumenter

- 34 Sagsøgeren har anført, at de omhandlede varer ikke ligner hinanden tilstrækkeligt til at kunne begrunde Harmoniseringskontorets konklusion, at de omtvistede varemærker ikke ligner hinanden, henset til deres visuelle og fonetiske forskelle, og at der derfor ikke er nogen risiko for forveksling eller risiko for, at der antages at være en forbindelse mellem varemærkerne.
- 35 Hvad angår ligheden mellem varerne har sagsøgeren anført, at Harmoniseringskontoret ikke på korrekt vis har taget hensyn til varernes form. Intervenientens produkt er nemlig en tablet, der indtages oralt, mens sagsøgerens produkt er øjendråber.
- 36 Da disse produkter i øvrigt kun kan købes på apoteker og mod recept, køber forbrugeren et produkt, som en praktiserende læge allerede har udvalgt og bestemt

for ham. Da varemærket TRAVATAN efter sagsøgerens opfattelse anvendes for et oftalmisk præparat, der anvendes i glaukombehandlingen, skal en passende behandling ordineres af en øjenlæge, mens lægemidlet TRIVASTAN ordineres af en specialist inden for vaskulære forstyrrelser. De to produkter ordineres således af speciallæger, og de tilsvarende recepter udfyldes og udleveres af apotekere. Det er højest usandsynligt, at en apoteker forveksler produkternes form og indikationer (dvs. øjendråber, der anvendes ved glaukombehandling i forhold til en vasodilatator i pilleform, der generelt anvendes ved behandlingen af venøse forstyrrelser). Sagsøgeren har understreget, at intervenientens produkt synes at være et produkt, der skal anvendes i forbindelse med den generelle behandling af vaskulære problemer.

37 Sagsøgeren har desuden udtrykkeligt begrænset specifikationen af sit produkt til »oftalmiske farmaceutiske præparater til glaukombehandling«, hvilket yderligere mindsker ligheden mellem produkterne. Appellammeret har ikke vurderet dette element korrekt.

38 Med hensyn til den visuelle lighed mellem tegnene har sagsøgeren anført, at selv om lighederne er der, er det helhedsindtryk, man får, at de ikke er tilstrækkelige til, at tegnene ligner hinanden. I modsætning til, hvad appellammeret fastslog, udgør de to første bogstaver i hvert ord, »t« og »r«, ikke den dominerende bestanddel i hver af varemærkernes præfiks, idet præfikset »tr« er betydningsløst uden den vokal, som det er knyttet til, og det er netop denne vokal, der giver forbrugeren mulighed for at udtale stavelsen. En korrekt sammenligning bør derfor ske på grundlag af hver stavelse som helhed, nemlig præfikset »tra« og præfikset »tri«.

39 Hvad angår den fonetiske lighed har sagsøgeren anført, at forskellene er tilstrækkelige til at adskille varemærkerne, og hertil kommer, at disse forskelle underbygges af visuelle forskelle. Der er nemlig en meget tydelig forskel i udtalen på

italiensk af »tri« og »tra«. Desuden giver tilføjelsen af konsonanten »s« TRIVASTAN et særlig fonetisk kendetegn.

- 40 Med hensyn til den begrebsmæssige lighed har sagsøgeren anført, at varemærkerne er forskellige. Præfikset »tri« i det ældre varemærke betyder »tre gange«, og stavelsen »vas« henviser til »vaskulær«. Betydningen af det ældre varemærke TRIVASTAN er derfor let at forstå for fagfolk som læger og apotekere, idet det betyder, at produktet har en tredobbelt virkning og anvendes ved vaskulære forstyrrelser. Suffikset »tan« er uden betydning og særpræg, og selv om det forekommer i begge varemærker, forekommer det også i mange andre varemærker for varer i klasse 5. Det ansøgte varemærke TRAVATAN har ingen betydning, da det drejer sig om et opfundet ord, selv om de første fire bogstaver hidrører fra ordet »Travoprost«, som er den almindelige internationale betegnelse for sagsøgerens produkt.
- 41 Selv om man måtte mene, at der er en vis visuel eller fonetisk lighed mellem tegnene, må virkningen af denne lighed ikke overvurderes, navnlig ikke når der tages hensyn til forskellen mellem de to produkters form og den medicinske sammenhæng, hvori de sælges.
- 42 Sagsøgerne har endvidere anført, at det ældre varemærke ikke i sig selv har særpræg, og at der ikke er ført bevis for, at det er renommeret eller velkendt. Når et ældre varemærke ikke er særlig kendt i offentligheden og består af et billede, der ikke udviser nogen særlig fantasi, er den blotte lighed mellem tegnene ikke tilstrækkelig til at skabe en risiko for forveksling (Domstolens dom af 11.11.1997, sag C-251/95, SABEL, Sml. I, s. 6191, præmis 25).

- 43 Desuden har Det Europæiske Lægemiddelagentur givet sagsøgerens produkt med varemærket TRAVATAN en markedsføringstilladelse for hele Den Europæiske Unions område.
- 44 Harmoniseringskontoret og intervenienten støtter appelkammerets bedømmelse.

Rettens bemærkninger

- 45 Det fremgår af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, at hvis indehaveren af et ældre varemærke rejser indsigelse, er det varemærke, der søges registreret, udelukket fra registrering, såfremt der i offentlighedens bevidsthed inden for det område, hvor det ældre mærke er beskyttet, er risiko for forveksling, fordi det yngre mærke er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og varerne eller tjenesteydelserne er af samme eller lignende art. Risikoen for forveksling indbefatter risikoen for, at der antages at være en forbindelse med det ældre varemærke. Desuden følger det af artikel 8, stk. 2, litra a), nr. ii), i forordning nr. 40/94, at der ved »ældre varemærker« bl.a. forstås varemærker, som er registreret i en medlemsstat, hvis ansøgningsdato ligger før datoen for EF-varemærkeansøgningen.
- 46 Risikoen for forveksling er ifølge fast retspraxis risikoen for, at det i kundekredsen kan antages, at de pågældende varer eller tjenesteydelser hidrører fra den samme virksomhed eller i givet fald fra økonomisk forbundne virksomheder.

- 47 Ifølge samme retspraksis skal der foretages en helhedsvurdering af risikoen for forveksling i henhold til den opfattelse, som den relevante kundekreds har af de pågældende tegn og de omhandlede varer eller tjenesteydelser. Der skal herved tages hensyn til alle relevante faktorer i sagen, navnlig at ligheden mellem tegnene og ligheden mellem de pågældende varer eller tjenesteydelser står i et indbyrdes afhængighedsforhold (Rettens dom af 9.7.2003, sag T-162/01, Laboratorios RTB mod KHIM — Giorgio Beverly Hills (GIORGIO BEVERLY HILLS), Sml. II, s. 2821, præmis 31-33 og den deri nævnte retspraksis).
- 48 I det foreliggende tilfælde er det ældre varemærke TRIVASTAN registreret i Italien, som således udgør det relevante område i forhold til anvendelsen af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.
- 49 Det er ubestridt, at de omhandlede produkter er lægemidler, som en læge skal ordinere på recept, inden apotekerne kan sælge dem til de endelige forbrugere. Den relevante kundekreds består således ikke kun af de endelige forbrugere, men også af fagfolk, dvs. læger, der ordinerer lægemidlet, og apotekere, der sælger det ordinerede lægemiddel.
- 50 I lyset af disse betragtninger skal der foretages en sammenligning dels af de omhandlede produkter, dels af de omtvistede tegn.

— Om sammenligningen af varerne

- 51 Indledningsvis skal der tages stilling til den eventuelle begrænsning af fortegnelsen over varer til at omfatte »oftalmiske farmaceutiske præparater til glaukombehand-

ling«, som sagsøgeren angiveligt har anmodet om. I denne forbindelse erindres om, at vurderingen af risikoen for forveksling i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 skal foretages i forhold til alle de varer, som varemærkeansøgningen omfatter. En begrænsning af den fortegnelse over varer eller tjenesteydelser, der er angivet i en ansøgning om registrering af et EF-varemærke, kan kun komme i betragtning, hvis begrænsningen gennemføres efter visse nærmere bestemte regler. Der skal således indsendes en begæring om ændring af ansøgningen i henhold til artikel 44 i forordning nr. 40/94 og regel 13 i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 40/94 (EFT L 303, s. 1) (dommen i sagen om en ægformet tablet, præmis 13, og Rettens dom af 25.11.2003, sag T-286/02, Oriental Kitchen mod KHIM — Mou Dybfrost (KIAP MOU), Sml. II, s. 4953, præmis 30). Desuden skal begrænsningen af de varer, der er anført i en EF-varemærkeansøgning, ske udtrykkeligt og være ubetinget (jf. i denne retning Rettens dom af 27.2.2002, sag T-219/00, Ellos mod KHIM (ELLOS), Sml. II, s. 753, præmis 61 og 62, og af 10.11.2004, sag T-396/02, Storck mod KHIM (et bolsjes form), Sml. II, s. 3821, præmis 20).

- 52 I det foreliggende tilfælde har sagsøgeren i sin skriftlige begrundelse for klagen af 28. januar 2002 anført:

»For at lette opgaven [for appelkammeret] bekræfter ansøgerne, at de er indstillet på at begrænse fortegnelsen over de varer, der er genstand for ansøgning nr. 847 590, til »oftalmiske farmaceutiske præparater til glaukombehandling«.

- 53 Det bemærkes, at reglerne for begrænsning ikke er opfyldt ved formuleringen »bekræfter, at de er indstillet på«, idet sagsøgeren ikke har fremsat en hertil svarende begæring om ændring af varemærkeansøgningen i overensstemmelse med de ovennævnte bestemmelser.

- 54 Under disse omstændigheder kan det ikke lægges appelkammeret til last, at det ikke har taget hensyn til den påståede begrænsning af de varer, der var omfattet af EF-varemærkeansøgningen.
- 55 De varer, der skal foretages en sammenligning mellem, er herefter »oftalmiske farmaceutiske præparater« og »perifer vasodilatator til behandling af perifere vaskulære og cerebrale forstyrrelser samt vaskulære forstyrrelser i øjet og øret«.
- 56 Ved vurderingen af de omhandlede varers eller tjenesteydelsers lighed skal der tages hensyn til alle relevante faktorer, der kendetegner forbindelsen mellem disse varer eller tjenesteydelser, herunder navnlig deres art, anvendelsesformål og benyttelse, samt om de konkurrerer med eller supplerer hinanden (jf. analogt Domstolens dom af 29.9.1998, sag C-39/97, Canon, Sml. I, s. 5507, præmis 23).
- 57 Som Harmoniseringskontoret med rette har anført, er varerne i det foreliggende tilfælde af samme art (farmaceutiske præparater), har samme formål eller anvendelsesformål (behandling af forstyrrelser i øjet, uanset om disse er af vaskulær oprindelse eller ej), retter sig til de samme forbrugere (fagfolk, herunder læger og apotekere, og de egentlige endelige forbrugere, dvs. de patienter, der lider af øjenforstyrrelser), benytter de samme distributionskanaler (almindeligvis apotekerne) og kan muligvis supplere hinanden. Der er således ingen tvivl om, at de kunne være fremstillet eller markedsført af de samme erhvervsdrivende.
- 58 Sagsøgerens argument, hvorefter varerne ikke er af samme art, da intervenientens produkt er en tablet, der indtages oralt, mens sagsøgerens produkt tilbydes som

øjendråber, må afvises. Denne forskel i indtagelsesmåden kan nemlig ikke i det foreliggende tilfælde tillægges større betydning i betragtning af ligheden mellem de to produkter og deres fælles anvendelsesformål.

- 59 Endvidere er sagsøgerens argument, hvorefter selskabets lægemiddel ordineres af en øjenlæge, mens intervenientens lægemiddel ordineres af en specialist inden for vaskulære forstyrrelser, ikke relevant. Da intervenientens lægemiddel kan anvendes til behandling af vaskulære forstyrrelser i øjet, kan det ikke udelukkes, at det snarere er en øjenlæge end en specialist inden for området for vaskulære forstyrrelser, der behandler den patient, der lider af denne form for sygdom.
- 60 Da det produkt, der er omfattet af det ældre varemærke, kan anvendes til behandling af vaskulære forstyrrelser i øjet, selv om produktet er bestemt til at skulle anvendes i forbindelse med den generelle behandling af vaskulære problemer, som sagsøgeren har gjort gældende, skal det betragtes som ligestillet med et oftalmisk farmaceutisk præparat, idet det i begge tilfælde drejer sig om behandling af øjenforstyrrelser.
- 61 Appellammeret har derfor ikke begået en fejl ved at fastslå, at der var en høj grad af lighed mellem de omhandlede produkter.

— Om sammenligningen af de omhandlede tegn

- 62 Det følger af fast retspraksis, at helhedsvurderingen af risikoen for forveksling for så vidt angår de omtvistede varemærkers visuelle, fonetiske eller begrebsmæssige

lighed skal være baseret på helhedsindtrykket af varemærkerne, idet der bl.a. skal tages hensyn til de bestanddele, der er særprægede eller dominerende (Rettens dom af 14.10.2003, sag T-292/01, Phillips-Van Heusen mod KHIM — Pash Textilvertrieb und Einzelhandel (BASS), Sml. II, s. 4335, præmis 47 og den deri nævnte retspraksis).

63 De ordmærker, der skal sammenholdes, er følgende:

— TRAVATAN: det ansøgte varemærke

— TRIVASTAN: det ældre varemærke.

64 Sagsøgeren har gjort gældende, at lighederne mellem disse to tegn ikke er tilstrækkelige til at fastslå, at de er visuelt identiske, og at appelkammeret med urette har udskilt de to første bogstaver i de omhandlede tegn som dominerende bestanddel i hvert varemærkes præfiks frem for at betragte den første stavelse som helhed.

65 Sagsøgerens argument kan ikke tiltrædes. Appelkammeret har med rette fastslået, at de to tegn rent visuelt havde næsten samme længde og indeholdt syv fælles bogstaver »t«, »r«, »v«, »a«, »t«, »a« og »n«, der stod i samme rækkefølge. Appelkammeret anførte endvidere korrekt, at de begyndte med de samme bogstaver »t« og »r«, og at de begge sluttede på »tan«. Det bemærkes, at den omstændighed, at de to første bogstaver ikke udgør hele den første stavelse, ikke i det foreliggende tilfælde har betydning for den visuelle sammenligning. Det kan således fastslås, at

det helhedsindtryk, som disse visuelle ligheder skaber, er, at tegnene ligner hinanden. Appellammeret fastslog med rette, at forskellene mellem de omhandlede tegn, der følger af, at det tredje bogstav i hvert af tegnene er forskelligt (vokalerne »i« og »a«), og at der i midten af det ældre varemærke er yderligere et bogstav (konsonanten »s«), ikke kan slette dette indtryk, da disse bestanddele visuelt næppe bemærkes.

66 Appellammeret har således ikke begået en fejl ved at fastslå, at tegnene lignede hinanden ud fra et visuelt synspunkt.

67 Med hensyn til den fonetiske lighed har sagsøgeren gjort gældende, at appellammeret ikke i tilstrækkeligt omfang har taget hensyn til den fonetiske virkning af varemærkernes forskellige kendetegn, som appellammeret anså for at være ubetydelige. Forskellene mellem tegnene er imidlertid tilstrækkelige til at adskille dem fonetisk, idet de giver en markant forskel i udtalen på italiensk.

68 I denne forbindelse har appellammeret fastslået, at da gennemsnitsforbrugeren kun sjældent har mulighed for at foretage en direkte sammenligning af forskellige varemærker, men må stole på det ufuldstændige fonetiske indtryk af dem, han har bevaret i hukommelsen, og henset til, at de to første stavelser i de omtvistede tegn i høj grad ligner hinanden lydmæssigt, og at den sidste stavelse i tegnene er lydmæssigt identisk, giver de gennemsnitsforbrugeren et fonetisk ligeartet helhedsindtryk.

- 69 Det må i lighed med intervenientens opfattelse fastslås, at de to tegn består af ord, der har den samme fonetiske længde, den samme begyndelseslyd («tr»), den samme slutlyd (stavelsen »tan«), næsten identiske midterlyde («va«/»vas») og den samme rytme, idet størstedelen af fonemerne er identiske og forekommer i samme rækkefølge. Det bemærkes, at så mange fælles bestanddele udelukker, at den italienske forbruger klart kan skelne de små forskelle mellem disse tegn, hvilket kan give ham en vis anledning til forveksling.
- 70 Appellkammeret har således ikke begået en fejl ved at fastslå, at der var en fonetisk lighed mellem de omtvistede tegn.
- 71 Med hensyn til den begrebsmæssige sammenligning af tegnene har sagsøgeren gjort gældende, at tegnene adskiller sig begrebsmæssigt, idet det ansøgte varemærke TRAVATAN ikke har nogen betydning, mens den første stavelse i det ældre varemærke TRIVASTAN betyder »tredobbelt«, og dets anden stavelse »vas« henviser til adjektivet »vaskulær«. Den eneste stavelse, som er fælles for de to tegn, har ingen særlig betydning og savner særpræg i forhold til varerne i klasse 5.
- 72 Appellkammeret har fastslået, at ordene »trivastan« og »travatan« ikke har nogen betydning for den italienske forbruger.
- 73 Appellkammerets vurdering kan kun tiltrædes. Det forekommer nemlig ikke sandsynligt, at det ældre varemærke TRIVASTAN for den relevante kundekreds — selv om denne også omfatter fagfolk — betyder, at produktet har en tredobbelt virkning og anvendes ved vaskulære forstyrrelser. Selv om kundekredsen kunne forstå »tri« som en henvisning til »tredobbelt«, er det ikke oplagt, hvilken

»tredobbelt« der henvises til. Som Harmoniseringskontoret konstaterede, er der desuden på italiensk flere ord, som begynder med »tri«, men hvor dette »tri« ikke har betydningen »tredobbelt« (f.eks. »tributario« (skatte- eller afgiftspligtig) eller »tribolare« (plage)).

74 Ordene »travatan« og »trivastan« har således ikke nogen særlig betydning for den italienske forbruger, og derfor er der ikke nogen begrebsmæssig lighed mellem de omhandlede tegn.

75 Det kan herefter konkluderes, at der er en væsentlig visuel samt fonetisk lighed mellem de omtvistede tegn, men at der ikke foreligger nogen begrebsmæssig lighed mellem disse tegn.

76 Da der således er en væsentlig lighed mellem varerne samt en visuel og fonetisk lighed mellem tegnene, er der en risiko for forveksling mellem tegnene.

77 Hvad angår sagsøgerens argument, hvorefter det ældre varemærke ikke er velkendt, bemærkes, at intervenienten aldrig har påberåbt sig, at dennes varemærke var velkendt.

78 Sagsøgeren har intet anført til støtte for sit argument, hvorefter det ældre varemærke ikke i sig selv har særpræg. Desuden har appelkammeret ikke baseret sine

argumenter vedrørende risikoen for forveksling på det ældre varemærkes høje grad af særpræg. Selv om der skal tages hensyn til det ældre varemærkes særpræg for at bedømme risikoen for forveksling (jf. analogt Canon-dommen, præmis 24), er det nemlig kun et blandt flere momenter, der skal tages i betragtning ved denne bedømmelse. Selv hvor der foreligger et ældre varemærke med en svag grad af særpræg, kan der være risiko for forveksling, bl.a. som følge af ligheden mellem tegnene og mellem de omfattede varer eller tjenesteydelser (jf. i denne retning Rettens dom af 16.3.2005, sag T-112/03, L'Oréal mod KHIM — Revlon (FLEXI AIR), Sml. II, s. 949, præmis 61).

79 Med hensyn til sagsøgerens henvisning til, at Det Europæiske Lægemiddelagentur har givet sagsøgerens produkt med varemærket TRAVATAN en markedsførings-tilladelse, bemærkes blot, at sagsøgeren ikke har nævnt dette for Harmoniseringskontoret, ligesom sagsøgeren ikke har ført bevis herfor ved Harmoniseringskontoret, hvorfor dette argument ikke kan realitetsbehandles. Desuden er det ikke relevant i det foreliggende tilfælde, idet en sådan eventuel tilladelse ikke har nogen indflydelse på bedømmelsen af risikoen for forveksling i forbindelse med anvendelsen af forordning nr. 40/94.

80 Under disse omstændigheder kan det konkluderes, at lighedsgraden mellem de omhandlede varer og tegn er tilstrækkelig høj til, at det i kundekredsen kan antages, at de pågældende varer eller tjenesteydelser hidrører fra den samme virksomhed eller i givet fald fra økonomisk forbundne virksomheder.

81 Da sagsøgerens andet anbringende således må forkastes, frifindes Harmoniseringskontoret i det hele.

Sagens omkostninger

- 82 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Sagsøgeren har tabt sagen og bør derfor pålægges at betale de af Harmoniseringskontoret og intervenienten afholdte omkostninger i overensstemmelse med deres påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Tredje Afdeling)

- 1) **Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) frifindes.**
- 2) **Sagsøgeren betaler sagens omkostninger.**

Jaeger

Tiili

Czúcz

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 22. september 2005.

H. Jung

M. Jaeger

Justitssekretær

Afdelingsformand