

RETTENS DOM (Femte Afdeling)

17. oktober 2006*

I sag T-483/04,

Armour Pharmaceutical Co., Bridgewater, New Jersey (USA), ved advokat
R. Gilbey,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design)
(KHIM) ved S. Pétrequin, som befuldmægtiget,

sagsøgt,

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

Teva Pharmaceutical Industries Ltd, Jerusalem (Israel),

* Processprog: fransk.

angående en sag om annullation af afgørelse truffet den 7. september 2004 af Fjerde Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 295/2003-4) vedrørende en indsigelsessag mellem Armour Pharmaceutical Co. og Teva Pharmaceutical Industries Ltd,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M. Vilaras, og dommerne E. Martins Ribeiro og K. Jürimäe,

justitssekretær: fuldmægtig K. Pocheć,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 8. december 2004,

under henvisning til svarskriftet indleveret til Rettens Justitskontor den 2. maj 2005,

og efter retsmødet den 31. januar 2006,

afsagt følgende

Dom

Faktiske omstændigheder

- 1 Den 12. april 2000 indgav Teva Pharmaceutical Ltd. i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som

ændret, en EF-varemærkeansøgning til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«).

- 2 Varemærket, der er søgt registreret, er ordmærket GALZIN.

- 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: »farmaceutiske præparater til behandling af Wilsons sygdom«.

- 4 Varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EF-Varemærketidende* nr. 2/2001 den 2. januar 2001.

- 5 Den 28. marts 2001 rejste Armour Pharmaceutical Co. i medfør af artikel 42 i forordning nr. 40/94 indsigelse mod registrering af det ansøgte varemærke for alle de heraf omfattede varer, idet selskabet påberåbte sig det ældre nationale ordmærke CALSYN registreret i Frankrig den 3. februar 1983 under nr. 1 226 303 for varer i klasse 5 i Nice-arrangementet og svarende til følgende beskrivelse: »farmaceutiske og medicinske præparater og særligt præparater på grundlag af kalcium«.

- 6 Den begrundelse, der var anført til støtte for indsigelsen, var risikoen for forveksling i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

- 7 Ved afgørelse af 28. februar 2003 tog Harmoniseringskontorets Indsigelsesafdeling indsigelsen til følge og afslog varemærkeansøgningen i sin helhed.
- 8 Den 17. april 2003 klagede den anden part i sagen for appelkammeret i medfør af artikel 57-62 i forordning nr. 40/94 over Indsigelsesafdelingens afgørelse.
- 9 Ved afgørelse af 7. september 2004 (herefter »den anfægtede afgørelse«) tog Fjerde Appelkammer ved Harmoniseringskontoret klagen til følge og annullerede Indsigelsesafdelingens afgørelse, idet det pålagde sagsøgeren at betale sagens omkostninger. Appelkammeret mente nærmere bestemt at det ældre varemærke i henhold til artikel 43, stk. 2, in fine, i forordning nr. 40/94 var anset for at være registreret for »farmaceutiske præparater på grundlag af kalcium«, at Indsigelsesafdelingens opfattelse på dette punkt i dens afgørelse ikke var blevet anfægtet af parterne, og appelkammeret delte denne opfattelse. Det følger desuden af den anfægtede afgørelse, at uanset at der eksisterer en vis grad af lighed mellem varerne og varemærkerne, er ligheden ikke tilstrækkelig til, at det indebærer, at der i den franske kundekreds' bevidsthed er risiko for forveksling mellem varerne, som markedsføres under hvert af disse varemærker, når henses til dels forskellene mellem de omtvistede tegn — navnlig fonetisk — dels at de omhandlede varer ikke skal behandle de samme lidelser. Henset til varernes beskaffenhed mente appelkammeret endelig, at kundekredsen, som både omfatter forbrugere af lægemidler og medicinske fagfolk, er særligt opmærksomme på de tegn, der identificerer varerne.

Parternes påstande

- 10 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

- Indsigelsesafdelingens afgørelse stadfæstes.

 - Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.
- 11 Harmoniseringskontoret har overladt det til Retten at fastslå, hvorvidt der er en risiko for forveksling mellem de to omhandlede varemærker. For det tilfælde, at Retten ikke mener, at der er en risiko for forveksling hos de franske forbrugere, har Harmoniseringskontoret nedlagt påstand om frifindelse, og om, at sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger. For det tilfælde, at Retten mener, at der er en risiko for forveksling hos de franske forbrugere, har Harmoniseringskontoret nedlagt påstand om, at den anfægtede afgørelse annulleres, og at den anden part i sagen for appelkammeret, hvis denne giver møde, tilpligtes at betale sagens omkostninger, eller at hver part tilpligtes at bære sine egne sagsomkostninger.

Antagelse af Harmoniseringskontorets påstande til realitetsbehandling

- 12 I henhold til procesreglementets artikel 113 kan Retten til enhver tid af egen drift efterprøve, om en sag skal afvises, hvis ufravigelige procesforudsætninger ikke er opfyldt.
- 13 I den forbindelse henvises til retspraksis, hvorefter der intet er til hinder for, at Harmoniseringskontoret tilslutter sig sagsøgerens påstand eller endog nøjes med at overlade afgørelsen til Rettens skøn, samtidig med at alle de argumenter, som Harmoniseringskontoret finder relevante, anføres til Rettens oplysning (Rettens dom af 30.6.2004, sag T-107/02, GE Betz mod KHIM — Atofina Chemicals (BIOMATE), Sml. II, s. 1845, præmis 36, og af 25.10.2005, sag T-379/03, Peek & Cloppenburg (Cloppenburg), Sml. II, s. 4633, præmis 22). Til gengæld kan Harmoniseringskontoret ikke nedlægge påstand om ophævelse eller omgørelse af appelkammerets afgørelse på et punkt, der ikke er nævnt i stævningen, eller gøre

anbringender gældende, der ikke nævnt i stævningen (jf. i denne retning Domstolens dom af 12.10.2004, sag C-106/03 P, Vedral mod KHIM, Sml. I, s. 9573, præmis 34, og Cloppenburg-dommen, præmis 22).

- 14 I det foreliggende tilfælde skal lovligheden af den anfægtede afgørelse i henhold til denne retspraksis efterprøves under hensyntagen til de anbringender, der er gjort gældende i stævningen, og idet de af Harmoniseringskontoret fremsatte argumenter også tages i betragtning.

Realiteten

- 15 Sagsøgeren har til støtte for sagen gjort to anbringender gældende, nemlig tilsidesættelse af artikel 43, stk. 2 og 3, og af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

Første anbringende vedrørende en tilsidesættelse af artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94

Parternes argumenter

- 16 Sagsøgeren har gjort gældende, at selskabet under indsigelsessagen har fremlagt bevis for, at det ældre varemærke CALSYN var blevet anvendt for farmaceutiske præparater på grundlag af kalcium, uanset at det omfatter farmaceutiske og medicinske præparater i almindelighed som anført i klasse 5 i Nice-arrangementet.

Ved i indsigelsessagen kun at inddrage farmaceutiske præparater på grundlag af kalcium har appelkammeret ifølge sagsøgeren tilsidesat artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94.

- 17 Sagsøgeren mener nærmere bestemt, at det, når det ældre varemærke omfatter et antal varer og tjenesteydelser af forskellig art, kan tænkes at være et rimeligt krav, at der i indsigelsessagen kun tages hensyn til det område, inden for hvilket det mere end fem år gamle varemærke har været anvendt, for dermed at undgå misbrug i påberåbelsen af varemærker, der omfatter et antal varer og/eller tjenesteydelser i én eller flere klasser. Hvis imidlertid den særlige vare, for hvilken anvendelsen er bevist, henhører under en bestemt kategori, der søges registreret, ville det indebære en uforholdsmæssig begrænsende virkning, hvis det alene er denne specifikke vare, som inddrages i bedømmelsen. Dette ville være tilfældet i den foreliggende sag, da farmaceutiske præparater på grundlag af kalcium er en del af farmaceutiske præparater.
- 18 En fortolkning af artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94, der er så restriktiv som den, appelkammeret har anlagt, ville ikke ifølge sagsøgeren være i overensstemmelse med definitionen på ejendomsretten, som denne er opstillet i harmoniserede lovgivninger om varemærker, og den er diskriminerende i forhold til den betydning, som en ikke-anvendt registrering, der er mindre end fem år gammel, tilkendes i en indsigelsessag.
- 19 Harmoniseringskontoret har indledningsvis redegjort for de principper, som regulerer bevisførelsen for brugen af et varemærke. I denne forbindelse har det gjort gældende, at når et varemærke er registreret for alle generelt benævnte kategorier i en given klasse, og det er anvendt for specifikke varer eller tjenesteydelser, som er omfattet af denne klasse, må det principielt antages, at der er gjort brug af varemærket for disse specifikke varer eller tjenesteydelser. Det er også muligt at skønne, at der er gjort brug af varemærket for en særlig underkategori — hvis det er muligt at identificere en sådan — når de specifikke varer eller tjenesteydelser har kendetegn, der er tilstrækkeligt ens. Harmoniseringskontoret har

imidlertid tilføjet, at denne form for generalisering skal anvendes med den største forsigtighed uden at glemme, at beskyttelsen af det ældre varemærke kun er begrundet, i det omfang der reelt er gjort brug heraf.

- 20 I det foreliggende tilfælde har Harmoniseringskontoret bemærket, at det ældre varemærke er registreret for »farmaceutiske og medicinske præparater og særligt præparater på grundlag af kalcium«, og at brugen heraf kun er bevist for farmaceutiske præparater på grundlag af kalcium, idet sagsøgeren i formuleringen af varerne, der er omfattet af dennes varemærke, selv har angivet præparater på grundlag af kalcium separat.
- 21 Sagsøgeren kan således ikke foreholde Indsigelsesafdelingen og appelkammeret, at de har fundet, at selskabets varemærke med henblik på indsigelsesbehandlingen kun var registreret for farmaceutiske præparater på grundlag af kalcium. Hvis man skønner, at det ældre varemærke er blevet anvendt for hele kategorien af farmaceutiske præparater, uanset at det kun har været anvendt for et meget specifikt præparat, ville det ifølge Harmoniseringskontoret give det ældre varemærke en ugrundet beskyttelse, som ville være i strid med principperne i artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94.
- 22 Harmoniseringskontoret har anført, at den anfægtede afgørelse i hvert fald ikke indeholder en lakune, eftersom sagsøgeren ikke på dette punkt har indgivet klage over Indsigelsesafdelingens afgørelse og ikke har fremført dette argument for appelkammeret.

Rettens bemærkninger

- 23 Som det følger af niende betragtning til forordning nr. 40/94, har fællesskabslovgiver ment, at beskyttelsen af et ældre varemærke kun er berettiget, i det omfang de

pågældende mærker rent faktisk bruges. I overensstemmelse med denne betragtning bestemmer artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94, at den, der ansøger om et EF-varemærke, kan begære, at det bevises, at der er gjort reel brug af det ældre varemærke på det område, hvor det er beskyttet, inden for de seneste fem år forud for offentliggørelsen af den varemærkeansøgning, der er rejst indsigelse imod (Rettens dom af 12.12.2002, sag T-39/01, Kabushiki Kaisha Fernandes mod KHIM — Harrison (HIWATT), Sml. II, s. 5233, præmis 34, og af 6.10.2004, sag T-356/02, Vitakraft-Werke Wührmann mod KHIM — Krafft (VITAKRAFT), Sml. II, s. 3445, præmis 25).

24 I medfør af regel 22, stk. 2, i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 40/94 (EFT L 303, s. 1) skal det af beviset for brug fremgå, hvor, hvornår samt i hvilket omfang og i hvilken form det ældre varemærke er blevet brugt (VITAKRAFT-dommen, præmis 27).

25 I det foreliggende tilfælde er det ubestridt, at det ældre varemærke er blevet registreret for »farmaceutiske og medicinske præparater og særligt præparater på grundlag af kalcium« henhørende under klasse 5 i Nice-arrangementet. Det er også ubestridt, at sagsøgeren efter anmodning fra den anden part i sagen for appelkammeret godtgjorde, at der var gjort reel brug af det ældre varemærke på grundlag af dokumenter, der viser, at det faktisk blev brugt til markedsføring af farmaceutiske præparater og nærmere bestemt præparater på grundlag af kalcium.

26 Artikel 43, stk. 2, sidste punktum, i forordning nr. 40/94 og samme forordnings artikel 43, stk. 3, hvorefter artikel 43, stk. 2, finder anvendelse på ældre nationale varemærker, skal derfor fortolkes således, at de tilsigter at undgå, at et varemærke, der kun er brugt for en del af varerne, gives en vid beskyttelse, alene fordi det er blevet registreret for et omfattende sortiment af varer eller tjenesteydelser. Der bør således ved anvendelsen af disse bestemmelser tages hensyn til bredden af de kategorier af varer eller tjenesteydelser, for hvilke det ældre varemærke er blevet registreret, herunder hvor almindelige de ord, der er anvendt med henblik på at

beskrive de nævnte kategorier, er, og denne vurdering skal ske i forhold til de varer og tjenesteydelser, for hvilke reel brug af varemærket rent faktisk kan antages at have fundet sted (Rettens dom af 14.7.2005, sag T-126/03, Reckitt Benckiser (España) mod KHIM — Aladin (ALADIN), Sml. II, s. 2861, præmis 44).

27 Når et varemærke er blevet registreret for en kategori af varer og tjenesteydelser, der er tilstrækkelig bred til, at der inden for denne kategori kan foretages en opdeling i flere underkategorier, der kan betragtes selvstændigt, følger det af de nævnte bestemmelser, at beviset for, at en reel brug af varemærket for en del af disse varer eller tjenesteydelser har fundet sted, i en indsigelsessag kun medfører en beskyttelse for den eller de underkategorier, som de varer eller tjenesteydelser, for hvilke varemærket rent faktisk er blevet brugt, tilhører. Er et varemærke derimod blevet registreret for varer eller tjenesteydelser, der er defineret på en så præcis og afgrænset måde, at det ikke er muligt at opdele den pågældende kategori i underkategorier af betydning, må beviset for, at der er gjort reel brug af varemærket for de nævnte varer eller tjenesteydelser, nødvendigvis omfatte hele denne kategori med henblik på indsigelsen (ALADIN-dommen, præmis 45).

28 I denne forbindelse skal det bemærkes, at det ældre varemærke er blevet registreret for »farmaceutiske og medicinske præparater og særligt præparater på grundlag af kalcium«. Denne beskrivelse omfatter tydeligvis en produktkategori, som er tilstrækkelig bred — nemlig indeholdende farmaceutiske præparater i almindelighed — til, at der inden for denne kategori kan foretages en opdeling i forskellige underkategorier, der kan betragtes selvstændigt. Begrebet farmaceutiske præparater omfatter nemlig varer, der er tilstrækkeligt forskellige i forhold til deres formål og endelige forbrugere i kraft af deres specielle terapeutiske formål, samt i forhold til deres salgskanaler afhængig af, om de er receptpligtige eller kan fås i håndkøb, for at man kan opdele dem i forskellige underkategorier. I øvrigt har sagsøgeren selv i beskrivelsen af de varer, som varemærket omfatter, separat angivet underkategorien »præparater på grundlag af kalcium«.

- 29 Under disse omstændigheder anses det kun for godtgjort, at der var gjort reel brug af det ældre varemærke i forhold til en del af de varer eller tjenesteydelser, som henhører under en bred kategori af varer, der kan indeholde forskellige underkategorier, der kan betragtes selvstændigt.
- 30 Ved i behandlingen af indsigelsen kun at tage hensyn til »præparater på grundlag af kalcium« har appelkammeret således foretaget en korrekt anvendelse af artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94.
- 31 Denne konklusion er ikke draget i tvivl af sagsøgerens argumenter.
- 32 Indledningsvis har sagsøgeren nærmere bestemt bemærket, at uanset at det i situationer, hvor det ældre varemærke omfatter et antal varer og tjenesteydelser af forskellig art, er rimeligt, at der i indsigelsessagen kun tages hensyn til det område, inden for hvilket det mere end fem år gamle varemærke har været anvendt, for dermed at undgå misbrug i påberåbelsen af varemærker, der omfatter et antal varer og/eller tjenesteydelser i én eller flere klasser, er det ikke desto mindre et uforholdsmæssigt indgreb at begrænse denne hensyntagen alene til specifikke varer inden for en kategori.
- 33 I denne forbindelse mener Retten for det første, at artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94 henviser til varer og tjenesteydelser og ikke til kategorier eller klasser af varer, som varemærket er registreret for. For det andet omfatter udtrykket »præparater på grundlag af kalcium«, som behandlingen af indsigelsen har taget hensyn til, ikke kun en specifik vare, men en underkategori, der kan betragtes selvstændigt og er tilstrækkelig bred, hvilket ikke i det foreliggende tilfælde kan anses for en uforholdsmæssig begrænsning. Som det fremgår af præmis 29 og 30 ovenfor er denne holdning i overensstemmelse med Rettens praksis.

- 34 Hvad angår sagsøgerens argument, hvorefter en fortolkning af artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94, der er så restriktiv, ville være diskriminerende i forhold til den betydning, som en ikke-anvendt registrering, der er mindre end fem år gammel, tilkendes i en indsigelsessag, mener Retten, at det er tilstrækkeligt at fastslå, at der ikke foreligger nogen forskelsbehandling, i det omfang de to situationer ikke er sammenlignelige. Godtgørelsen af, at der var gjort reelt brug af et varemærke, hvis registrering er mindre end fem år gammel, er nemlig ikke påkrævet netop af den grund, at denne periode på fem år tilsigter at muliggøre den erhvervsmæssige brug af varemærket. I henhold til artikel 50 i forordning nr. 40/94 er det først ved udløbet af en sammenhængende periode på fem år, inden for hvilken der ikke inden for Fællesskabet er gjort reel brug af varemærket for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, at registreringsbeskyttelsen kan erklæres fortabt som følge af manglende reel brug.
- 35 I lyset af ovenstående må det første anbringende forkastes som ugrundet.

Andet anbringende vedrørende en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94

Parternes argumenter

- 36 Sagsøgeren har for det første anfægtet appelkammerets konklusion, hvorefter der ikke er en tilstrækkelig grad af lighed mellem de omhandlede varer.
- 37 Ifølge sagsøgeren er de to foreliggende typer varer farmaceutiske præparater af lignende art, stammer fra samme type producenter, og fremstilles og sælges via samme kanaler. Det ene præparat beskrives med henvisning til dets aktive

ingrediens og det andet med henvisning til dets terapeutiske formål. Uanset denne umiddelbare lighed påhviler det ifølge sagsøgeren den anden part i sagen for appelkammeret at bevise, at de faktiske omstændigheder, hvorunder de to præparater ordineres og anvendes, udelukker enhver risiko for, at forbrugeren får begge præparater i hænde samtidigt. Der er dog ikke fremlagt noget bevis herfor. Det er heller ikke bevist, at varernes fremstillings- og indtagelsesform udelukker enhver risiko for forveksling.

- 38 Sagsøgeren har tilføjet, at det ikke er tilstrækkeligt til at udelukke risikoen for forveksling at fastslå, at to farmaceutiske præparater har til formål at behandle forskellige lidelser. Ifølge sagsøgeren påhviler det den anden part i sagen for appelkammeret at bevise og at sikre sig, at den samme sygdomsramte ikke får ordineret eller indtager begge præparater samtidigt, og dette er ikke sket.
- 39 For det andet har sagsøgeren gjort gældende, at appelkammeret har undladt at definere den kundekreds, der skal tages i betragtning, og at vurdere risikoen for forveksling i forhold til denne. Sagsøgeren har påpeget, at den kundekreds, der skal tages i betragtning på lægemiddelområdet, udgøres af hele befolkningen, herunder dels medicinske fagfolk såsom læger, apotekere og sygeplejere, dels alle potentielle forbrugere af farmaceutiske præparater, herunder personer, der allerede har nedsat syn, eller mindskede kognitive eller intellektuelle evner, og som tilmed kan være svækket af sygdommen.
- 40 Sagsøgeren har desuden gjort gældende, at der i kundekredsens bevidsthed ikke kun foreligger risiko for forveksling på købstidspunktet, da forveksling efter købet er et forhold, man længe har taget højde for i USA. I reglen indtages lægemidler nemlig over en vis periode, og når den sygdomsramte vælger et præparat i sit medicinskab, vejledes denne ikke længere af en fagmand på sundhedsområdet.

- 41 For det tredje har sagsøgeren foretaget en sammenligning af de omtvistede tegn.
- 42 Indledningsvis har sagsøgeren anført, at tegnene CALSYN og GALZIN, sådan som appelkammeret anerkendte, er uden begrebsmæssig betydning for gennemsnitsforbrugeren, således at de to omtvistede tegn har en høj grad af særpræg. Sagsøgeren har påberåbt sig Domstolens og Rettens praksis, hvorefter risikoen for forveksling er større, jo stærkere det ældre varemærkes særpræg er. Ved at anerkende, at varemærket CALSYN er fantasifuldt og har særpræg, burde appelkammeret have tillagt de overordnede lighedspunkter større betydning end de detaljerede forskelle. Appelkammeret gjorde dog det præcis modsatte.
- 43 I denne forbindelse har sagsøgeren foreholdt appelkammeret, at det fejlagtigt har koncentreret sin vurdering om de detaljerede visuelle og fonetiske forskelle mellem de to varemærker, hvorimod det burde have sammenlignet det helhedsindtryk, som de to varemærker giver visuelt, fonetisk og begrebsmæssigt.
- 44 Hvad angår den visuelle sammenligning har sagsøgeren bemærket, at de to tegn har antallet af bogstaver til fælles og udviser en slående lighed med hensyn til, at de fælles bogstaver »a«, »l« og »n« står i samme rækkefølge. Hertil har sagsøgeren foreholdt appelkammeret, at det ikke har taget hensyn til den visuelle lighed mellem de store bogstaver »C« og »G«, der kun adskiller sig ved en lille streg, som let kan forsvinde, når bogstavet »G« skrives i hånden. Tilsvarende er bogstaverne »s« og »z« meget ens, idet deres geometriske form ganske enkelt er spejlvendt.
- 45 Hvad angår den fonetiske sammenligning har sagsøgeren foreholdt appelkammeret, at det har foretaget en subtil vurdering af de detaljerede forskelle mellem de to tegn,

som den relevante kundekreds ikke kan skelne mellem. Sagsøgeren mener, at bogstaverne »c« og »g« lydmæssigt er meget ens, og at de ikke nødvendigvis opfattes, navnlig ikke af den del af kundekredsen, som ikke har normal hørelse, eller som er gamle eller udlændinge. Det samme gælder for bogstaverne »s« og »z«.

46 Desuden har sagsøgeren foreholdt appelkammeret, at det på vilkårlig vis har konkluderet, at endelserne »yn« og »in« udtales forskelligt. Sagsøgeren har bemærket, at bogstavkombinationen »yn« ikke er særlig udbredt på fransk, hvor bogstavet »y« fonetisk er identisk med bogstavet »i«, således at kundekredsen, bortset fra den minoritet, der kan engelsk eller kender til de fonetiske regler, som Harmoniseringskontoret har henvist til, instinktivt vil udtale »yn« som »in«. Den eneste forskel i »betoning« mellem »c« og »g« og mellem »z« og »s« — og eventuelt også i udtalen mellem »yn« og »in« — mindsker således på ingen måde de samlede fonetiske ligheder mellem de to varemærker.

47 Endelig har sagsøgeren påstået, at den overordnede sammenligning bør tage hensyn til den omstændighed, at den visuelle og fonetiske opfattelse ikke kan efterprøves isoleret hver for sig, da det menneskelige sind for at kunne udtale et ord — og navnlig et fantasifuldt ord — anstrenger sig for at visualisere det mentalt, og det modsatte er også tilfældet. De to varemærkernes udprægede fonetiske lighed medfører således, at forbrugerne husker dem visuelt og dermed skriftligt gengiver dem næsten ens, når de ikke har dem foran sig samtidigt. Tilsvarende medfører en høj grad af visuel lighed en udtale, der er næsten ens, når forbrugeren trækker på sin visuelle hukommelse.

48 Sammenfattende har sagsøgeren gjort gældende, at appelkammeret burde have konstateret, at lighederne mellem de to tegn vejer tungere end forskellene, og at

præparaterne uanset deres forskellige terapeutiske formål burde anses for værende af lignende art.

- 49 Harmoniseringskontoret har for det første anført, at det deler sagsøgerens og Indsigelsesafdelingens opfattelse hvad angår fastlæggelsen af den relevante kundekreds, nemlig fagfolk på sundhedsområdet og den franske befolkning i almindelighed.
- 50 For det andet har Harmoniseringskontoret vurderet varernes lighed. I denne henseende har det påpeget, at farmaceutiske præparater i henhold til retningslinjerne for indsigelsesproceduren generelt anses for at have en høj grad af lighed med andre farmaceutiske præparater, uanset at graden af lighed kan være mindre, hvis de farmaceutiske anvendelser klart er forskellige.
- 51 I det foreliggende tilfælde er de varer, der er omfattet af det ældre varemærke CALSYN, og for hvilke brugen er bevist, farmaceutiske præparater på grundlag af kalcium. Det fremgår af beviset for brug, at præparatet CALSYN er en injektionsopløsning på grundlag af calcitonin, der kun sælges på recept (»Liste II«) og navnlig ordineres til patienter, som lider af hypercalcæmi (kalciummangel og progressiv afkalkning af knoglerne), og med henblik på at behandle sygdomme, der angriber knoglerne (navnlig Pagets sygdom, som er en sygdom i menneskets skelet, der medfører knogledeformering).
- 52 De farmaceutiske præparater til behandling af Wilsons sygdom, der er omfattet af den omtvistede ansøgning, har til formål at behandle en sjælden genetisk betinget arvelig sygdom, som medfører en akkumulation af kobber i kroppen. Henset til de helt særlige terapeutiske formål med sådanne præparater ordineres de af læger og udleveres på recept.

- 53 Sammenfattende har Harmoniseringskontoret påstået, at de omhandlede varer er af lignende art, fordi der er tale om farmaceutiske præparater, men det er en mindre grad af lighed henset til deres forskellige terapeutiske formål. Appellammeret har derfor foretaget en korrekt vurdering på dette punkt.
- 54 For det tredje har Harmoniseringskontoret foretaget en sammenligning på det visuelle, det fonetiske og det begrebsmæssige plan.
- 55 Hvad angår den visuelle sammenligning har kontoret bemærket, at der er visuelle ligheder mellem de omtvistede tegn, da de har antallet af bogstaver (seks) til fælles, hvoraf tre identiske bogstaver står i samme rækkefølge (»a«, »l« og »n«), og at de store bogstaver »C« og »G«, og bogstaverne »s« og »z« ligner hinanden. Som appellammeret har anført, adskiller bogstavet »y« i det ældre varemærke imidlertid tegnene.
- 56 På det fonetiske plan har Harmoniseringskontoret gjort gældende, at de to tegn er tostavellesord, og at stavelserne »cal« og »gal« samt »zin« og »syn« ligger meget tæt på hinanden. Endelserne »in« og »yn« kan på fransk udtales på samme måde [in] (som i ordene *sinistre*, *sinusite* eller *synonyme*, *synergi*, eller [é] (som i ordene *sincère*, *singe*, *lapin* eller *synthèse* og *syndicat*), idet vokalen »y« følger samme udtaleregler som vokalen »i«. Harmoniseringskontoret overlader det til Retten at udtale sig om den af appellammeret foretagne fonetiske analyse.
- 57 Hvad angår den begrebsmæssige sammenligning af tegnene har Harmoniseringskontoret hævdet, at som anført af appellammeret har varemærkerne ikke noget

betydningsindhold for den relevante kundekreds, således at der ikke kan drages nogen konklusion i denne henseende.

- 58 På baggrund af de visuelle og fonetiske ligheder, der er blevet påpeget, har Harmoniseringskontoret konkluderet, at tegnene som helhed ligner hinanden.
- 59 For det fjerde har Harmoniseringskontoret foretaget en helhedsvurdering af risikoen for forveksling. I denne forbindelse har det indledningsvis henvist til retspraksis, hvorefter en svag grad af lighed mellem de af varemærkerne omfattede varer eller tjenesteydelser kan opvejes af en høj grad af lighed mellem varemærkerne og omvendt. Ifølge Harmoniseringskontoret skal man i vurderingen af risikoen for forveksling tage hensyn til gennemsnitsforbrugeren, der må anses for at være almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet. Imidlertid skal der tages hensyn til, at gennemsnitsforbrugeren opmærksomhedsniveau kan variere, alt efter hvilken kategori af varer eller tjenesteydelser der er tale om.
- 60 Herefter har Harmoniseringskontoret anført, at gennemsnitsforbrugeren generelt er mere opmærksom i forhold til receptpligtige farmaceutiske præparater end i forhold til dem, man kan få i håndkøb, da forbrugeren opmærksomhed desuden afhænger af præparatets farmaceutiske anvendelse. I det foreliggende tilfælde har Harmoniseringskontoret gjort gældende, at de omhandlede farmaceutiske præparater er receptpligtige, således at det i overensstemmelse med appelkammerets opfattelse kan antages, at forbrugerne udviser en ganske høj grad af opmærksomhed.
- 61 Endelig overlader Harmoniseringskontoret det til Retten at tage stilling til, hvorvidt ligheden mellem tegnene og mellem varerne kan medføre en risiko for forveksling i de franske forbrugeres bevidsthed.

Rettens bemærkninger

- 62 Det bestemmes i 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, når »der i offentlighedens bevidsthed inden for det område, hvor det ældre varemærke er beskyttet, er risiko for forveksling, fordi det yngre varemærke er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og varerne eller tjenesteydelserne, som omfattes af de to varemærker, er af samme eller lignende art; risikoen for forveksling indbefatter risikoen for, at der antages at være en forbindelse med det ældre varemærke«. Det fremgår endvidere af artikel 8, stk. 2, litra a), nr. ii), i forordning nr. 40/94, at der ved ældre varemærker forstås varemærker, som er registreret i en medlemsstat, og hvis ansøgningsdato ligger før datoen for EF-varemærkeansøgningen.
- 63 Vurderingen af, om der i offentlighedens bevidsthed består en risiko for forveksling, og som defineres som risikoen for, at det i den relevante kundekreds kan antages, at de pågældende varer eller tjenesteydelser hidrører fra den samme virksomhed eller i givet fald fra økonomisk forbundne virksomheder, foretages som en helhedsvurdering under hensyntagen til alle de relevante faktorer i det foreliggende tilfælde (Domstolens dom af 29.9.1998, sag C-39/97, Canon, Sml. I, s. 5507, præmis 16 og 29, og af 22.6.1999, sag C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Sml. I, s. 3819, præmis 17 og 18, samt Rettens dom af 23.10.2002, sag T-104/01, Oberhauser mod KHIM — Petit Liberto (Fifties), Sml. II, s. 4359, præmis 25 og 26).
- 64 Denne helhedsvurdering indebærer en vis indbyrdes afhængighed mellem de faktorer, der kommer i betragtning, og især ligheden mellem varemærkerne og ligheden mellem de varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af varemærkerne. En svag grad af lighed mellem de af varemærkerne omfattede varer eller tjenesteydelser kan således opvejes af en høj grad af lighed mellem varemærkerne og omvendt (Canon-dommen, præmis 17, Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 19, og Fifties-dommen, præmis 27).
- 65 I det foreliggende tilfælde er det ældre varemærke registreret i Frankrig. Ved anvendelsen af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 skal der således tages hensyn til opfattelsen i den franske kundekreds.

- 66 I det omfang de omhandlede varer er farmaceutiske præparater består den relevante kundekreds desuden dels af medicinske fagfolk, dels af patienter i kraft af endelige forbrugere (Rettens dom af 22.9.2005, sag T-130/03, Alcon mod KHIM — Biofarma (TRAVATAN), Sml. II, s. 3859, præmis 49, og af 17.11.2005, sag T-154/03, Biofarma mod KHIM — Bauch & Lomb Pharmaceuticals (ALREX), Sml. II, s. 4743, præmis 46).
- 67 I denne forbindelse skal sagsøgerens påstand om, at appelkammeret undlod at definere den relevante kundekreds, forkastes. Den fremgår nemlig klart af den anfægtede afgørelses punkt 10, at appelkammeret efter at have henvist til den franske forbruger anførte, at kundekredsen omfattede »både forbrugere af lægemidler og medicinske fagfolk«. Retten mener således, at appelkammeret har opstillet en korrekt definition af den relevante kundekreds.
- 68 Ved bedømmelsen af ligheden mellem de pågældende varer skal der tages hensyn til alle de relevante faktorer, der kendetegner forbindelsen mellem varerne, idet disse faktorer omfatter navnlig deres art, deres anvendelsesformål og benyttelsen af dem, samt om de er i et konkurrenceforhold eller supplerer hinanden (Canon-dommen, præmis 23).
- 69 I det foreliggende tilfælde skal det fastslås, at appelkammeret nærmere bestemt skønnede, at de omtvistede varer begge var farmaceutiske præparater og dermed af lignende art, idet forskellen mellem dem vedrørte deres forskellige terapeutiske formål. Det er også dette forhold, som anerkendes af sagsøgeren, når selskabet anfører, at farmaceutiske præparater a priori bør anses for værende af lignende art på den ene side, og at de pågældende præparater er tiltænkt behandling af forskellige lidelser på den anden side. Det følger af sagsøgerens skriftlige indlæg, at denne kun

anfægter appelkammerets vurdering for så vidt angår graden af lighed mellem varerne.

- 70 Det er i denne forbindelse tilstrækkeligt at bemærke, at de pågældende varer er af samme art (farmaceutiske præparater), har samme formål eller anvendelsesformål (behandling af menneskers sundhedsmæssige problemer), retter sig til de samme forbrugere (fagfolk i medicinalbranchen og patienter), benytter de samme distributionskanaler (almindeligvis apotekerne) og eventuelt kan supplere hinanden. Deres forskel vedrører derimod deres forskellige terapeutiske formål.
- 71 Under disse omstændigheder må det konkluderes, at lighederne mellem varerne er større end forskellene, og fastslås, at der — som appelkammeret med rette anførte i den anfægtede afgørelse — er en vis grad af lighed mellem de omhandlede varer.
- 72 For så vidt angår de omtvistede tegns visuelle, fonetiske eller begrebsmæssige lighed skal helhedsvurderingen af risikoen for forveksling være baseret på helhedsindtrykket af varemærkerne, idet der bl.a. skal tages hensyn til de bestanddele, der har særpræg eller dominans (jf. 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).
- 73 Hvad indledningsvis angår den begrebsmæssige sammenligning skal det fastslås, at appelkammeret ikke mente, at de omtvistede varemærker for gennemsnitsforbrugeren var betydningsbærende, og at denne konstatering ikke blev draget i

tvivl af sagsøgeren. I denne forbindelse mener Retten, at appelkammerets foretog en korrekt analyse, idet de omtvistede tegn ikke har noget betydningsindhold.

- 74 Hvad dernæst angår det visuelle plan bemærker Retten, at de to tegn er rene ordmærker, og at de har antallet af bogstaver (seks) til fælles, hvoraf tre identiske bogstaver står i samme rækkefølge («a«, »l« og »n«). Retten finder også, at de store bogstaver »C« og »G« ligner hinanden, således at den omstændighed, at det første bogstav i hvert tegn for forbrugeren er iøjnefaldende, ikke er godtgjort. I modsætning til det af appelkammeret anførte, fastslår Retten i øvrigt, at bogstaverne »s« og »z« også ligner hinanden. Som appelkammeret har anført, er det rigtigt, at bogstavet »y« i det ældre varemærke er iøjnefaldende, i det omfang det drejer sig om et sjældent anvendt bogstav på fransk. Denne særegenhed gør det dog ikke i sig selv muligt i væsentligt omfang at skelne mellem de to tegn. Heraf konkluderer Retten, at de to tegn ud fra en helhedsvurdering ligner hinanden visuelt.
- 75 Hvad endelig angår den fonetiske sammenligning bemærker Retten, at de to tegn er tostavellesord, og at de første stavelser i hvert tegn, »cal« og »gal«, udtales på enslydende måde, idet konsonanterne »c« og »g« lydmæssigt er meget ens. I modsætning til det af appelkammeret anførte, bemærker Retten desuden, at endelserne »yn« og »in« meget ofte udtales ens på fransk. Retten mener således, at appelkammeret har foretaget en urigtig vurdering, da det konkluderede, at de omtvistede tegn var forskellige på det fonetiske plan.
- 76 I lyset af ovenstående fastslår Retten, at de to tegn ud fra en helhedsvurdering ligner hinanden, og at appelkammeret følgelig har foretaget en urigtig vurdering ved at konstatere, at de omtvistede tegn var forskellige, og navnlig på det fonetiske plan.

- 77 Med hensyn til helhedsvurderingen af risikoen for forveksling bemærker Retten, at appelkammeret har ment, at uanset at der er en vis grad af lighed mellem varerne og mellem varemærkerne, var denne ikke tilstrækkelig stor til at indebære en risiko for forveksling mellem varerne, der markedsføres under hvert af disse varemærker. For at nå frem til denne konklusion har appelkammeret bl.a. ment, at kundekredsen, som både omfatter forbrugere af lægemidler og medicinske fagfolk — henset til varernes karakter — er særligt opmærksomme på de tegn, der identificerer varerne.
- 78 I denne forbindelse henledes opmærksomheden på, at det af fast retspraksis følger, at for så vidt angår denne helhedsvurdering anses gennemsnitsforbrugeren af den pågældende kategori af varer for at være almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet. Ifølge samme retspraksis må der også tages hensyn til, at gennemsnitsforbrugeren opmærksomhedsniveau kan variere, alt efter hvilken kategori af varer eller tjenesteydelser der er tale om (Lloyd Schuhfabrik Meyerdommen, præmis 26).
- 79 Retten mener, at opmærksomhedsniveauet for gennemsnitsforbrugeren af farmaceutiske præparater bør fastslås fra sag til sag på baggrund af sagens omstændigheder og navnlig i forhold til de omhandlede præparaters terapeutiske formål. Tilsvarende mener Retten, at opmærksomhedsniveauet — når det drejer sig om receptpligtige lægemidler som de, der behandles i den foreliggende sag — generelt er højere, fordi de ordineres af en læge og herefter kontrolleres af en apoteker, som udleverer dem til forbrugeren.
- 80 Den omstændighed, at den relevante kundekreds består af personer, hvis opmærksomhedsniveau kan anses for at være højt, er imidlertid ikke tilstrækkeligt

til at udelukke — når henses til ligheden mellem varerne og de omtvistede tegn — at det i den relevante kundekreds kan antages, at disse varer hidrører fra den samme virksomhed eller i givet fald fra økonomisk forbundne virksomheder. Retten bemærker, at appelkammerets konklusion om, at der ikke var risiko for forveksling, var støttet på en fejlagtig forudsætning, nemlig den, at der er væsentlige forskelle mellem tegnene, navnlig på det fonetiske plan, og at disse forskelle kunne opveje, at varerne var af lignende art. Der kan ikke gives medhold i denne vurdering, da de omtvistede tegn — som anført i præmis 74 og 75 ovenfor — visuelt og fonetisk har en høj grad af lighed.

81 I modsætning til det, den anfægtede afgørelse nåede frem til, mener Retten ikke under disse omstændigheder, at de umiddelbare forskelle mellem varemærkerne — ud fra en helhedsvurdering og henset til, at de pågældende varer er af lignende art, og til de to varemærkers visuelle og fonetiske ligheder — er tilstrækkelige til at udelukke, at der i den relevante kundekreds' opfattelse er en risiko for forveksling.

82 Det følger i det hele af det foregående, at sagsøgerens andet anbringende, hvormed det ønskes fastslået, at appelkammeret har tilsidesat artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, skal tages til følge. Den anfægtede afgørelse skal følgelig annulleres.

Sagens omkostninger

83 I henhold til artikel 87, stk. 2, i Rettens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Harmoniseringskontoret har tabt sagen, i det omfang den anfægtede afgørelse annulleres, og bør derfor pålægges at betale sagsøgerens omkostninger i overensstemmelse med sagsøgerens påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Femte Afdeling)

- 1) **Afgørelsen, der blev truffet den 7. september 2004 af Fjerde Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 295/2003-4), annulleres.**
- 2) **Harmoniseringskontoret bærer sine egne omkostninger og betaler sagsøgerens omkostninger.**

Vilaras

Martins Ribeiro

Jürimäe

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 17. oktober 2006.

E. Coulon

Justitssekretær

M. Vilaras

Afdelingsformand