

DOMSTOLENS DOM (Tredje Afdeling)

26. april 2007 *

I sag C-412/05 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i Domstolens statut, iværksat den 23. november 2005,

Alcon Inc., Hünenberg (Schweiz), ved solicitor G. Breen og J. Gleeson, SC, med valgt adresse i Luxembourg,

appellant,

de andre parter i appelsagen:

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved A. Folliard-Monguiral, som befuldmægtiget,

sagsøgt i første instans,

* Processprog: engelsk.

Biofarma SA, Neuilly-sur-Seine (Frankrig), ved abogados V. Gil Vega og A. Ruiz López,

intervenient i første instans,

har

DOMSTOLEN (Tredje Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, A. Rosas, og dommerne A. Tizzano, A. Borg Barthet, J. Malenovský og A. Ó Caoimh (refererende dommer),

generaladvokat: J. Kokott
justitssekretær: fuldmægtig J. Swedenborg,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 27. september 2006,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 26. oktober 2006,

afsagt følgende

Dom

- ¹ I appelskriftet har Alcon Inc. nedlagt påstand om ophævelse af dommen, der blev afsagt af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans den 22. september 2005, Alcon mod KHIM — Biofarma (TRAVATAN) (sag T-130/03, Sml. II, s. 3859, herefter »den appellerede dom«), hvorved selskabet ikke fik medhold i sin påstand om annullation af den afgørelse, der var blevet truffet af Tredje Appellkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«) den 30. januar 2003 (sag R 968/2001-3), hvorefter registreringen af ordmærket »TRAVATAN« som EF-varemærke blev afvist (herefter »den anfægtede afgørelse«).

Retsforskrifter

- ² Rettens procesreglements artikel 48, stk. 2, første afsnit, bestemmer, at »[n]ye anbringender [ikke må] fremsættes under sagens behandling, medmindre de støttes på retlige eller faktiske omstændigheder, som er kommet frem under retsforhandlingerne«.

- 3 Ifølge samme reglements artikel 135, stk. 4, »[må der] ikke i parternes processkrifter foretages nogen ændring af sagsgenstanden, som den har foreligget for appelkammeret«.
- 4 Artikel 8, stk. 1, i Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), bestemmer:

»1. Hvis indehaveren af et ældre varemærke rejser indsigelse, er det varemærke, der søges registreret, udelukket fra registrering,

[...]

- b) 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.«

5 Forordningens artikel 8, stk. 2, litra a), nr. ii), er affattet således:

»Ved »ældre varemærker« efter stk. 1 forstås:

- a) varemærker af følgende kategorier, hvis ansøgningsdato ligger før datoen for EF-varemærkeansøgningen, i givet fald under hensyntagen til den prioritet, der gøres gældende til støtte for disse mærker:

[...]

- ii) varemærker, som er registreret i en medlemsstat [...]«

6 Samme forordnings artikel 43, stk. 2 og 3, bestemmer:

»2. På begæring af ansøgeren skal indehaveren af et ældre EF-varemærke, der har rejst indsigelse, godtgøre, at der inden for de seneste fem år forud for offentliggørelsen af EF-varemærkeansøgningen er gjort reel brug af det ældre EF-

varemærke i Fællesskabet for de varer og tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, og som lægges til grund for indsigelsen, eller at der foreligger rimelig grund til, at brug ikke har fundet sted, forudsat at det ældre EF-varemærke på dette tidspunkt har været registreret i mindst fem år. Godtgøres dette ikke, forkastes indsigelsen. Har det ældre EF-varemærke kun været anvendt for en del af de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, anses det ved behandlingen af indsigelsen kun som registreret for denne del af varerne eller tjenesteydelserne.

3. Stk. 2 finder anvendelse på de i artikel 8, stk. 2, litra a), omhandlede ældre nationale varemærker, dog således at brug i den medlemsstat, hvor det ældre nationale varemærke er beskyttet, træder i stedet for brug i Fællesskabet.«

- 7 Ifølge forordningens artikel 44, stk. 1, kan ansøgeren til enhver tid tilbagetage sin ansøgning om registrering af EF-varemærket eller begrænse den deri angivne fortegnelse over varer eller tjenesteydelser.

- 8 Artikel 63, stk. 1-3, i forordning nr. 40/94 bestemmer følgende:

»1. Appellkamrenes afgørelser om klager kan indbringes for [Retten].

2. Indbringelse af klager kan ske under påberåbelse af inkompetence, væsentlige formmangler eller overtrædelse af traktaten, af denne forordning eller af retsregler vedrørende deres gennemførelse eller under påberåbelse af magtfordrejning.

3. [Retten] har kompetence til at ophæve eller omgøre den indklagede afgørelse.«

- ⁹ Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 40/94 (EFT L 303, s. 1) opstiller i regel 13, stk. 1, de oplysninger, som en begæring om ændring af ansøgningen skal indeholde i henhold til sidstnævnte forordnings artikel 44.

Twistens baggrund

- ¹⁰ Den 11. juni 1998 indgav sagsøgeren en ansøgning til Harmoniseringskontoret om registrering af ordmærket »TRAVATAN« som EF-varemærke for »oftalmiske farmaceutiske præparater«. 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 (herefter »Nice-arrangementet«), nemlig »[f]armaceutiske og veterinærmedicinske præparater; sanitære præparater til medicinske formål; diætetiske præparater til medicinsk brug, næringsmidler til spædbørn; plastre og forbindsstoffer; materiale til tandplombering og til tandaftryk; desinfektionsmidler; præparater til udryddelse af skadedyr; svampe- og ukrudtsdræbende midler«.

- 11 Den 22. juni 1999 rejste Biofarma SA (herefter »Biofarma«) indsigelse i henhold til artikel 42 i forordning nr. 40/94 mod registreringen af dette EF-varemærke. Denne indsigelse var støttet på det nationale ordmærke TRIVASTAN (herefter »det ældre varemærke«, som blev registreret i Italien den 27. januar 1986, og på samtlige varer, der er omfattet heraf, nemlig »[f]armaceutiske, 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. Indsigelsen var rettet mod alle de varer, der var omfattet af den anfægtede EF-varemærkeansøgning.
- 12 Biofarma blev opfordret til at fremlægge beviser for reel brug af det ældre varemærke i Italien og indgav den 28. juli 2000 et antal dokumenter til Harmoniseringskontoret i den forbindelse.
- 13 Biofarma fik medhold i indsigelsen ved afgørelse truffet den 26. september 2001 af Harmoniseringskontorets Indsigelsesafdeling, som var af den opfattelse, 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«. Indsigelsesafdelingen afslog derfor registreringen af ordmærket »TRAVATAN« som EF-varemærke med den begrundelse, at der forelå en risiko for forveksling, herunder en associationsrisiko, i Italien, idet varemærkerne såvel ud fra et visuelt som et fonetisk synspunkt lignede hinanden, og der var en vis lighed mellem varerne.

- ¹⁴ Den 13. november 2001 indgav sagsøgeren en klage over denne afgørelse til Harmoniseringskontorets Tredje Appellkammer, der ved den anfægtede afgørelse afviste klagen, og således stadfæstede Indsigelsesafdelingens afgørelse ved i det væsentlige at henvise til de samme grunde.

Den appellerede dom

- ¹⁵ Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 17. april 2003 anlagde sagsøgeren sag med påstand om annullation af den anfægtede afgørelse. Selskabet gjorde i den forbindelse to anbringender om tilsidesættelse af henholdsvis artikel 43, stk. 2 og 3, og artikel 8, stk. 1, litra b) og c), i forordning nr. 40/94 gældende.
- ¹⁶ Før disse anbringender blev undersøgt, fastslog Retten indledningsvis i præmis 17-22 i den appellerede dom, at det af sagsøgeren under retsmødet fremsatte anbringende, som bygger på Rettens dom af 8. juli 2004, MFE Marienfelde mod

KHIM — Vétoquinol (HIPOVITON) (sag T-334/01, Sml. II, s. 2787), hvorefter betingelserne for, at det kunne antages, at der var gjort reel brug af det ældre varemærke, ikke var opfyldt, navnlig fordi det handelsmæssige omfang af brugen af dette varemærke var ringe, ikke skulle antages til realitetsbehandling. I denne henseende konstaterede Retten efter at have gengivet ordlyden af artikel 48, stk. 2, første afsnit, i dens procesreglement dels, at sagsøgeren i sin stævning havde anført, at appelkammeret havde tilsidesat artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94, dog ikke fordi betingelserne ikke var opfyldt, men alene fordi det ikke ved det bevis for reel brug, som Biofarma havde fremlagt, var godtgjort, at der faktisk havde været gjort brug af det ældre varemærke for oftalmiske præparater, dels at sagsøgeren ikke på nogen måde havde godtgjort, at der forelå nye retlige eller faktiske omstændigheder, som omhandlet i nævnte artikel 48.

- 17 Retten tilføjede i den appellerede doms præmis 23, at Rettens efterprøvelse i forbindelse med legalitetsprøvelse af den anfægtede afgørelse »under alle omstændigheder«, selv om dette anbringende skulle betragtes som et argument, der er knyttet til det anbringende, som er anført i stævningen, ikke kunne gå ud over den faktiske og retlige ramme for sagen, således som den forelå for appelkammeret. Retten konstaterede imidlertid i dommens præmis 24, at sagsøgeren ikke under sagen ved Harmoniseringskontoret bestred den omstændighed, at Biofarmas bevis godtgjorde en reel brug af det ældre varemærke for en bestemt vare, idet sagsøgeren endog over for Indsigelsesafdelingen gav 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«. Retten fastslog på den baggrund i dommens præmis 25, at sagsøgerens argumenter måtte forkastes.

- 18 Retten afviste herefter i den appellerede doms præmis 29-33 det første anbringende med den begrundelse, at appelkammeret med rette havde konkluderet, at det med

det af Biofarma fremlagte bevis var godtgjort, at der var gjort reel brug af det ældre varemærke. I denne forbindelse konstaterede Retten i det væsentlige i dommens præmis 30 og 31, at såfremt en af de terapeutiske indikationer for lægemidlet med varemærket TRIVASTAN er behandling af vaskulære forstyrrelser i øjet, og det er godtgjort, at det er blevet solgt gennem flere år, er det overflødigt at kræve bevis for, at dette lægemiddel reelt er blevet anvendt af patienter, der lider af vaskulære forstyrrelser i øjnene.

- 19 Angående det andet anbringende anførte Retten, efter at den i den appellerede doms præmis 45-47 havde gengivet de anvendelige bestemmelser og retspraksis vedrørende risiko for forveksling med et ældre varemærke, i dommens præmis 48 og 49:

»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.«

- 20 Retten fandt herefter i den appellerede doms præmis 50, at det var i lyset af disse betragtninger, at sammenligningen af dels de omhandlede produkter, dels de omtvistede tegn skulle foretages.
- 21 Vedrørende for det første sammenligningen mellem produkterne afviste Retten indledningsvis i den appellerede doms præmis 51-53 den begrænsning af fortegnelsen over varer, som sagsøgeren hævdede at have foretaget, og konstaterede i dommens præmis 53, at sagsøgeren ikke havde fremsat en hertil svarende begæring om ændring af varemærkeansøgningen i overensstemmelse med artikel 44 i forordning nr. 40/94 og regel 13 i forordning nr. 2868/95.
- 22 Retten fandt derfor i dommens præmis 55, at de varer, der skulle foretages en sammenligning mellem, var »oftalmiske farmaceutiske præparater« og »perifer vasodilatator til behandling af perifer vaskulære og cerebrale forstyrrelser samt vaskulære forstyrrelser i øjet og øret«.
- 23 I denne forbindelse bemærkede Retten først, i den appellerede doms præmis 57, at disse varer er 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 muligvis kan supplere hinanden. Retten udledte heraf, at der således ikke var tvivl om, at de kunne være fremstillet eller markedsført af de samme erhvervsdrivende.

- 24 Herefter afviste Retten i den appellerede doms præmis 58 sagsøgerens argument, hvorefter varerne ikke var af samme art, idet Biofarmas produkt bestod af en tablet, der indtages oralt, mens sagsøgerens produkt tilbydes som øjendråber. Denne forskel i indtagelsesmåden kunne nemlig ikke i det foreliggende tilfælde ifølge Retten tillægges større betydning i betragtning af ligheden mellem de to produkter og deres fælles anvendelsesformål.
- 25 Endelig afviste Retten i den appellerede doms præmis 59 og 60 sagsøgerens argument, hvorefter selskabets lægemiddel ordineres af en øjenlæge, mens Biofarmas lægemiddel ordineres af en specialist inden for vaskulære forstyrrelser, som irrelevant.
- 26 Vedrørende for det andet sammenligningen mellem de omhandlede tegn fastslog Retten først, i den appellerede doms præmis 66, at appelkammeret ikke havde begået en fejl ved at fastslå, at tegnene lignede hinanden ud fra et visuelt synspunkt. I denne forbindelse anførte Retten i dommens præmis 65 følgende:

»65 [...] 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. Appellkammeret 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.«

- 27 Retten fandt endvidere i den appellerede doms præmis 70, at appelkammeret heller ikke havde begået en fejl ved at fastslå, at der var en fonetisk lighed mellem de omtvistede tegn. I denne forbindelse fastslog Retten i dommens præmis 69 følgende:

»69 [...] 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.«

- 28 Endelig fandt Retten i den appellerede doms præmis 74, at der ikke var nogen begrebsmæssig lighed mellem de omhandlede tegn.

- 29 Under disse omstændigheder bemærkede Retten i dommens præmis 75, 76 og 80, at da der således var en væsentlig lighed mellem de omhandlede varer samt en visuel og fonetisk lighed mellem de omhandlede tegn, var der en risiko for forveksling mellem tegnene, i det omfang det i kundekredsen kunne antages, at de pågældende varer eller tjenesteydelser hidrører fra den samme virksomhed eller i givet fald fra økonomisk forbundne virksomheder. Retten forkastede således sagsøgerens andet anbringende, og Harmoniseringskontoret frifandtes i det hele.

Parternes påstande

- 30 Appellanten har i appelskriftet nedlagt følgende påstande:

- Den appellerede dom ophæves.
- Sagen hjemvises til Retten i Første Instans.
- Harmoniseringskontoret og/eller Biofarma tilpligtes at betale sagens omkostninger.

- 31 Harmoniseringskontoret har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og at appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

- 32 Biofarma, der ikke har afgivet svarskrift, men som er hørt under retsmødet, har tilsluttet sig Harmoniseringskontorets argumenter.

Appellen

- 33 Appellanten har til støtte for sin påstand om ophævelse af den appellerede dom gjort et anbringende gældende vedrørende realitetsbehandling af anbringendet om tilsidesættelse af artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 såvel som et anbringende om tilsidesættelse af samme forordnings artikel 8, stk. 1, litra b).

Det første anbringende vedrørende realitetsbehandling af anbringendet om tilsidesættelse af artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94

Parternes argumenter

- 34 Appellanten har gjort gældende, at Retten begik en fejl ved, med henvisning til at der var tale om et nyt anbringende, at afvise anbringendet om tilsidesættelse af

artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 fra realitetsbehandling for så vidt angår overholdelsen af de betingelser, der kræves, for at det kan antages, at der er gjort reel brug af det ældre varemærke. Ved for Harmoniseringskontoret at anfægte den sammenhæng, hvori der var gjort brug af det ældre varemærke, nemlig den omstændighed, at dette varemærke faktisk var brugt i Italien for et oftalmisk præparat, har appellanten gjort gældende, at selskabet burde have kunnet fremlægge subsidære påstande for Retten i forbindelse med dette anbringende.

35 Under alle omstændigheder er appellanten af den opfattelse, at anbringendet er baseret på retlige omstændigheder, der kom frem under retsforhandlingerne, nemlig at der blev afsagt dom i sagen MFE Marienfelde mod KHIM — Vétoquinol (HIPOVITON). I præmis 35 i denne dom, der er afsagt, efter at søgsmålet, der gav anledning til den appellerede dom, var anlagt, foretog Retten, ved at fastslå, at henset til omfanget af den brug, der var gjort af det ældre varemærke, burde der bl.a. tages hensyn dels til det handelsmæssige omfang af brugen, dels til varigheden og hyppigheden af brugen, en ny fortolkning af gældende ret, som den følger af dom af 11. marts 2003, Ansul (sag C-40/01, Sml. I, s. 2439).

36 Appellanten har herefter gjort gældende, at Retten endvidere i den appellerede doms præmis 23-25 gjorde sig skyldig i en urigtig retsanvendelse ved at fastslå, at selv hvis det pågældende anbringende blev antaget til realitetsbehandling, ville Rettens prøvelse være begrænset til lovligheden af den afgørelse, der blev truffet af appelkammeret på grundlag af den faktiske og retlige situation, som den forelå for appelkammeret. Hvis denne slutning var rigtig, ville en anfægtet afgørelse truffet af appelkammeret ikke kunne ophæves, selv om den var åbenlyst fejlagtig i lyset af Rettens eller Domstolens seneste retlige fortolkning.

- 37 Ifølge Harmoniseringskontoret udgør appellantens påstand, hvorefter brugen af varemærket ikke var reel, et nyt anbringende, fordi appellantens ved det oprindeligt fremsatte anbringende alene gjorde gældende, at det ikke var godtgjort, at det ældre varemærke havde været brugt for en vare, der havde særlig terapeutisk anvendelse, nemlig øjendråber, uden at der blev stillet spørgsmålstegn ved den reelle karakter af denne brug. Denne nye påstand ville i strid med Rettens procesreglements artikel 135, stk. 4, ændre sagens genstand, som den forelå for appelkammeret, idet den ville have til hensigt at opnå en genvurdering af den anfægtede afgørelse om spørgsmål, som ikke behandles heri.

Domstolens bemærkninger

- 38 For så vidt som appellantens ved den første del af de argumenter, der er påberåbt i forbindelse med dette anbringende, gør gældende, at Retten har tilsidesat rækkevidden af Rettens procesreglements artikel 48, stk. 2, første afsnit, skal det bemærkes, at ifølge denne bestemmelse må nye anbringender ikke fremsættes under sagens behandling, medmindre de støttes på retlige og faktiske omstændigheder, som er kommet frem under retsforhandlingerne.
- 39 I den foreliggende sag følger det af den appellerede doms præmis 17-22, at Retten var af den opfattelse, at anbringendet, fremsat af appellantens under retsmødet, hvorefter betingelserne for, at der var gjort reel brug af det ældre varemærke, ikke var opfyldt bl.a. på grund af, at det handelsmæssige omfang af brugen af varemærket

var ringe, skulle afvises fra realitetsbehandling — i mangel af nye faktiske eller retlige omstændigheder — idet det udgjorde et nyt anbringende som omhandlet i nævnte bestemmelse i Rettens procesreglement. Appellanten havde nemlig i sin stævning anført, at appelkammeret havde tilsidesat artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94, ikke fordi betingelserne ikke var opfyldt, men alene fordi det ikke ved det bevis for reel brug, som Biofarma havde fremlagt, var godtgjort, at der faktisk havde været gjort brug af det ældre varemærke for oftalmiske præparater.

- 40 Det må konstateres, som generaladvokaten har anført i punkt 20 i forslaget til afgørelse, at Rettens vurdering er behæftet med en retlig fejl. Argumentationen, hvorefter betingelserne for, at det ældre varemærke kan anses for at have været genstand for reel brug, ikke er opfyldt, indgår således logisk i forbindelse med anbringendet om manglende bevis for en sådan reel brug af oftalmiske præparater. Argumentationen er, ud over at være baseret på tilsidesættelsen af samme bestemmelse i forordning nr. 40/94, som den, der er påstået i dette anbringende, rettet mod at bestride det ældre varemærkes kommercielle udnyttelse i erhvervslivet. Argumentationen udgør derfor en uddybning heraf, som bør admitteres (dom af 19.5.1983, sag 306/81, Verros mod Parlamentet, Sml. s. 1755, præmis 9, og af 15.12.2005, sag C-66/02, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 10901, præmis 86).

- 41 Den retlige fejl i den appellerede doms præmis 17-22 er imidlertid ikke af en sådan art, at dommen bliver ugyldig, og de af appellanten påberåbte argumenter herom skal derfor afvises som værende uden betydning. Rettens afvisning af argumentationen om betingelserne for, at det ældre varemærke kan anses for at have været genstand for reel brug, er således i tilstrækkeligt omfang støttet på andre begrundelser i nævnte dom (jf. i denne retning dom af 29.4.2004, sag C-496/99 P,

Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, Sml. I, s. 3801, præmis 68, og af 21.10.2004, sag C-447/02 P, KWS Saat mod KHIM, Sml. I, s. 10107, præmis 46-51).

42 I denne henseende følger det af den appellerede doms præmis 23-25, som indledes med udtrykket »under alle omstændigheder«, og som vedrører anden del af de argumenter, som appellanten har fremsat i forbindelse med dette anbringende, at Retten er af den opfattelse, at selv hvis argumentationen om betingelserne for, at det ældre varemærke kan anses for at have været genstand for reel brug, skulle fortolkes som forbundet med det anbringende, som er gjort gældende i stævningen, skal det under alle omstændigheder afvises af andre grunde på baggrund af, at Retten, idet søgsmålet, som er forelagt den, er rettet mod en legalitetsprøvelse af den anfægtede afgørelse, ikke i sin efterprøvelse kan gå videre end til de faktiske og retlige omstændigheder i sagen, som den har foreligget for appelkammeret. Retten har imidlertid i dommens præmis 24 i forbindelse med sin enekompetence til at vurdere de faktiske omstændigheder, og uden at der i forbindelse med denne appel stilles spørgsmålstejn herved, konstateret, at appellanten under proceduren for Harmoniseringskontoret udtrykkeligt havde angivet, at selskabet ikke bestred den omstændighed, at det af Biofarma fremlagte bevis godtgjorde det ældre varemærkes reelle brug for et vist produkt.

43 I modsætning til det, som appellanten har gjort gældende, er det med rette, at Retten har afvist den omtvistede argumentation med denne anden begrundelse. Appellanten havde således ikke kompetence til for Retten at ændre sagens genstand, som den følger af de påstande og anbringender, som var fremsat af appellanten selv og af den part, som havde rejst indsigelsen for Harmoniseringskontoret (jf. i denne retning dom af 12.10.2004, sag C-106/03 P, Vedial mod KHIM, Sml. I, s. 9573, præmis 26, og dommen i sagen KWS Saat mod KHIM, præmis 58).

44 For det første fremgår det af artikel 63 i forordning nr. 40/94, at det kun er muligt at ophæve eller omgøre en afgørelse, der er truffet af appelkamrene, i tilfælde af

inkompetence, væsentlige formmangler eller overtrædelse af EF-traktaten, af forordning nr. 40/94 eller af retsregler vedrørende deres gennemførelse, eller hvis der foreligger magtfordrejning. Den kontrol, som Fællesskabets retsinstanser udøver i forbindelse med denne afgørelse, går således ikke ud over kontrollen af afgørelsens lovlighed og har derfor ikke til formål endnu en gang at undersøge de faktiske omstændigheder, der er blevet bedømt af Harmoniseringskontorets instanser, hvilket ville kræve en hensyntagen til nye faktiske omstændigheder, der er gjort gældende for Retten (jf. i denne retning dom af 18.7.2006, sag C-214/05 P, Rossi mod KHIM, Sml. I, s. 7057, præmis 50, og af 13.3.2007, sag C-29/05 P, KHIM mod Kaul, Sml. I, s. 2213, præmis 54).

45 For det andet følger det af Rettens procesreglements artikel 135, stk. 4, at parterne under sagen for Retten ikke kan ændre sagens genstand, som den har foreligget for appelkammeret.

46 Idet Retten endeligt havde fastslået, at appellanten for Harmoniseringskontoret udtrykkeligt havde undladt at bestride den omstændighed, at det ældre varemærke kunne anses for at have været genstand for reel brug, kunne den derfor uden at begå retlige fejl afvise den omtvistede argumentation, der blev fremsat for første gang under retsmødet for denne.

47 Det følger heraf, at det første anbringende skal forkastes som delvist irrelevant og delvist ugrundet.

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

Det første led om definitionen af den relevante kundekreds

— Parternes argumenter

- ⁴⁸ Ved andet anbringendes første led har appellanten gjort gældende, at Retten i den appellerede doms præmis 49 begik en retlig fejl ved fortolkningen af begrebet »kundekreds«, idet den undlod at konstatere, at de endelige forbrugere ikke foretager et valg, når de køber et produkt, som er ordineret på recept af en læge. Denne omstændighed indebærer, at varemærket, som er påsat produktet, ved salg til den endelige forbruger ikke sikrer den funktion, som består i at garantere produktets identitet ved at give forbrugerne mulighed for at adskille dette produkt fra produkter af anden oprindelse. Den endelige forbruger er derfor ikke udsat for nogen risiko for forveksling. Dette synspunkt er fulgt af såvel appelkamrene som af Fællesskabets retsinstanser (Rettens dom af 5.3.2003, sag T-237/01, Alcon mod KHIM — Dr. Robert Winzer Pharma (BSS), Sml. II, s. 411, præmis 42, bekræftet på dette punkt af Domstolen i kendelse af 5.10.2004, sag C-192/03 P, Alcon mod KHIM, Sml. I, s. 8993, præmis 30).

- ⁴⁹ Det følger heraf, at Retten burde have begrænset definitionen af kundekredsen til alene at omfatte fagfolk inden for sundhedssektoren, nemlig læger og apotekere, og at de endelige forbrugere ikke burde have været taget i betragtning i bedømmelsen af risikoen for forveksling.

- 50 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at risikoen for forveksling ikke begrænser sig til tilfælde af direkte forveksling, hvor et produkt med ét varemærke forveksles med et andet produkt med en konkurrents varemærke. Idet et EF-varemærkes grundlæggende funktion består i at tjene som angivelse af produktets oprindelse, er det således tilstrækkeligt, at den relevante kundekreds tillægger to produkter med identiske eller lignende varemærker samme oprindelse. Patienterne vil derfor kunne tillægge de pågældende produkter samme oprindelse, selv om deres valg er ledet under indkøbshandlingen, og selv om kontakten mellem de to omhandlede varemærker finder sted på forskellige tidspunkter i løbet af forskellige indkøbshandlinger. Modsatrettede afgørelser truffet af appelkamrene er ikke bindende for Fællesskabets retsinstanser. For så vidt angår de af appellantens nævnte afgørelser vedrører disse andre bestemmelser i forordning nr. 40/94, nemlig artikel 7, stk. 1, litra d), og artikel 50, stk. 1, litra a).

— Domstolens bemærkninger

- 51 Ifølge artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 skal risikoen for forveksling som følge af ligheden mellem på den ene side det ansøgte varemærke og et ældre varemærke og på den anden side de varer eller tjenesteydelser, som varemærkerne omfatter, bedømmes ud fra offentlighedens bevidsthed inden for det område, hvorpå det ældre varemærke er beskyttet.
- 52 I den foreliggende sag bemærkede Retten, efter i den appellerede doms præmis 48 at have konstateret, at idet det ældre varemærke var registreret i Italien, udgjorde denne medlemsstats område det relevante område i forhold til anvendelsen af denne

bestemmelse i nævnte artikel 8, i dommens præmis 49, at eftersom det er ubestridt, at de omhandlede produkter er lægemidler, som en læge skal ordinere på recept, inden apotekerne kan sælge dem til forbrugerne, består den relevante kundekreds både af endelige forbrugere og fagfolk inden for sundhedssektoren, dvs. læger, der ordinerer lægemidlet, og apotekere, der sælger det ordinerede lægemiddel.

- 53 Ifølge retspraksis er varemærkets grundlæggende funktion at garantere oprindelsen af varen eller tjenesteydelsen, der er omfattet af varemærket, over for forbrugeren eller den endelige bruger, som dermed sættes i stand til uden risiko for forveksling at adskille varen eller tjenesteydelsen fra varer eller tjenesteydelser med en anden oprindelse (jf. bl.a. dom af 18.6.2002, sag C-299/99, Philips, Sml. I, s. 5475, præmis 30, og af 15.9.2005, sag C-37/03 P, BioID mod KHIM, Sml. I, s. 7975, præmis 27).
- 54 For at varemærket kan udøve sin funktion som en væsentlig bestanddel af den ordning med loyal konkurrence, som skal gennemføres efter traktaten, skal det udgøre en garanti for, at alle varer eller tjenesteydelser, der er forsynet med det, er blevet fremstillet under kontrol af én bestemt virksomhed, der er ansvarlig for deres kvalitet (jf. i denne retning dom af 29.9.1998, sag C-39/97, Canon, Sml. I, s. 5507, præmis 28).
- 55 Risikoen for, at det i omsætningskredsen kan antages, at de pågældende varer eller tjenesteydelser hidrører fra den samme virksomhed eller i givet fald fra økonomisk forbundne virksomheder, udgør herefter en risiko for forveksling i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 (jf. i denne retning Canon-dommen, præmis 29, og dom af 22.6.1999, sag C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Sml. I, s. 3819, præmis 17).

56 I den foreliggende sag har Retten under hensyntagen til denne praksis med rette antaget, hvilket i øvrigt ikke under denne appelsag er bestridt af nogen af parterne, at de omhandlede fagfolk inden for sundhedssektoren skal omfattes af den relevante kundekreds i forhold til anvendelsen af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, idet varemærkets oprindelige funktion også er vigtig for de mellemlid, der forhandler en vare, eftersom det er med til at bestemme deres adfærd på markedet (jf. i denne retning dom af 29.4.2004, sag C-371/02, Björnekulla Frukthindustrier, Sml. I, s. 5791, præmis 23 og 25).

57 I modsætning til det, som appellantten har gjort gældende, kan den omstændighed, at mellemlid, som fagfolk inden for sundhedssektoren, kan påvirke eller ligefrem afgøre de endelige forbrugeres valg, imidlertid ikke som sådan udelukke enhver risiko for forveksling for nævnte forbrugere for så vidt angår de omhandlede produkters oprindelse.

58 Retten kunne således, idet den i forbindelse med sin enekompetence til at bedømme de faktiske omstændigheder i den appellerede doms præmis 49 har fastslået, at de omhandlede produkter sælges til de endelige forbrugere fra apoteker, med rette udlede, at selv om valget af produkter er påvirket eller afgjort af mellemlid, er risikoen for forveksling også til stede hos disse forbrugere, eftersom de vil være stillet over for disse varer, selv om det for hver af de nævnte varer sker individuelt på forskellige tidspunkter under de indkøbshandlinger, som finder sted.

59 Det fremgår således af fast retspraksis, at det spiller en afgørende rolle i helhedsvurderingen af risikoen for forveksling, hvordan gennemsnitsforbrugeren

af den pågældende kategori af varer eller tjenesteydelser opfatter varemærkerne (Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 25, og dom af 12.1.2006, sag C-361/04 P, Ruiz-Picasso m.fl. mod KHIM, Sml. I, s. 643, præmis 38).

- 60 Endvidere har Domstolen allerede fastslået, at gennemsnitsforbrugeren kun sjældent har mulighed for at foretage en direkte sammenligning mellem de forskellige tegn og må stole på det ufuldstændige billede, han i erindringen har af dem (Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 26, og dom af 23.9.2004, sag C-107/03 P, Procter & Gamble mod KHIM, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 44).
- 61 Derudover kunne Retten, eftersom det er ubestridt, at hele markedsføringsprocessen af de omhandlede varer har til formål, at de endelige forbrugere skal købe disse, med rette indtage det standpunkt, at mellemleddets rolle, selv om der er tale om fagfolk inden for sundhedssektoren, hvis forudgående indblanding er nødvendig for salget af produkterne til de endelige forbrugere, til dels skal vejes op imod det niveau af forhøjet opmærksomhed, som disse forbrugere vil kunne udvise, henset til den omstændighed, at de omhandlede produkter er farmaceutiske produkter, når de ordineres, og derfor imod forbrugernes evne til at få disse fagfolk til at tage hensyn til deres opfattelse af de omhandlede varemærker og navnlig deres krav eller præferencer.
- 62 I denne forbindelse skal det bemærkes, at Domstolen allerede har fastslået, at hvis de varer eller tjenesteydelser, som registreringsansøgningen vedrører, er rettet mod alle forbrugere, må det antages, at den relevante kundekreds består af almindeligt

oplyste, rimeligt opmærksomme og velunderrettede gennemsnitsforbrugere (dom af 29.4.2004, forenede sager C-473/01 P og C-474/01 P, Procter & Gamble mod KHIM, Sml. I, s. 5173, præmis 33, og af 16.9.2004, sag C-329/02 P, SAT.1 mod KHIM, Sml. I, s. 8317, præmis 24).

63 Det følger heraf, at Retten ikke har begået en retlig fejl ved at lade de endelige forbrugere være omfattet af den relevante kundekreds i forbindelse med anvendelsen af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

64 Denne konklusion kan ikke anfægtes af appellantens argumenter om visse afgørelser truffet af appelkamrene eller Fællesskabets retsinstanser.

65 De afgørelser, som appelkamrene skal træffe i henhold til forordning nr. 40/94 vedrørende registrering af et tegn som EF-varemærke, træffes således under udøvelse af en bunden kompetence og ikke på grundlag af en skønsmæssig beføjelse. Lovligheden af appelkamrenes afgørelser skal derfor udelukkende bedømmes på grundlag af denne forordning, som fortolket af Fællesskabets retsinstanser, og ikke på grundlag af appelkamrenes tidligere afgørelsespraksis (dommen i sagen BioID mod KHIM, præmis 47, og dom af 12.1.2006, sag C-173/04 P, Deutsche SiSi-Werke mod KHIM, Sml. I, s. 551, præmis 48).

66 For så vidt angår sagen, der gav anledning til Rettens dom i sagen Alcon mod KHIM — Dr. Robert Winzer Pharma (BSS) og Domstolens kendelse i sagen Alcon mod KHIM, som er påberåbt af appellanten til støtte for argumentationen, er det tilstrækkeligt at konstatere, at denne sag vedrørte en varemærkeansøgning ikke for produkter, der er solgt på et apotek til endelige forbrugere, men for »oftalmisk-farmaceutiske præparater; sterile opløsninger til øjenkirurgi«, for hvilke Retten uden at begå en retlig fejl kunne fastslå, at for at vurdere, om det omhandlede varemærke var en almindelig betegnelse, måtte man tage hensyn til opfattelsen hos fagfolk inden for det medicinske område, som det var rettet mod, nemlig øjenlæger og øjenkirurger, der udøver deres aktiviteter inden for Den Europæiske Union.

67 Det andet anbringendes første led må derfor forkastes som ugrundet.

Det andet led om produkternes lighed

— Parternes argumenter

68 Appellanten har gjort gældende, at Retten har begået en retlig fejl ved ikke at kræve af Biofarma, at selskabet fremlægger bevis for den påståede lighed mellem de omhandlede produkter. Retten har heller ikke taget hensyn til, eller i hvert fald ikke taget tilstrækkeligt hensyn til de relevante faktorer vedrørende disse produkter, bl.a. karakteren og formen af disse såvel som den rolle, som de fagfolk inden for sundhedssektoren, der ordinerer og udleverer produkterne, spiller.

- 69 Harmoniseringskontoret har påpeget, at begrebet lighed mellem produkter er et retligt spørgsmål, som skal prøves ex officio af dets instanser. For så vidt angår nødvendigheden af at tage hensyn til produkternes form er Harmoniseringskontoret af den opfattelse, at dette element ikke er relevant, medmindre betegnelsen af produkterne i registreringsansøgningen specielt angiver denne form for brug, hvilket ikke er tilfældet i den foreliggende sag. Formen er således alene en markedsføringsfaktor, der er uafhængig af det ansøgte varemærke, og den vil kunne udvikle sig over tid. Dette samme gælder for den omstændighed, at produkterne er receptpligtige, idet dette ligeledes er uafhængigt af de produkter, som fremgår af fortegnelsen i ansøgningen om registrering af det omhandlede EF-varemærke.

— Domstolens bemærkninger

- 70 Argumentet, hvorved appellanten, ved at henvise til det bevisniveau, som burde have været krævet af Biofarma, i realiteten ønsker at stille spørgsmålstegn ved de rent faktuelle vurderinger, som er foretaget af Retten i den appellerede doms præmis 57-60, og som førte til, at Retten i dommens præmis 61 fastslog, at appelkammeret ikke havde begået en fejl ved at fastslå, at der var en høj grad af lighed mellem de omhandlede produkter, må uden videre afvises fra behandling.
- 71 Appellanten kan således ikke opnå, at Domstolen erstatter sin egen vurdering med Rettens i denne henseende. Ifølge fast retspraksis fremgår det af artikel 225 EF og artikel 58, stk. 1, i Domstolens statut, at appel er begrænset til retsspørgsmål. Det er

derfor alene Retten, der har kompetence til at fastlægge og bedømme de relevante faktiske omstændigheder og til at tage stilling til bevismaterialet. Bedømmelsen af disse faktiske omstændigheder og bevismaterialet er således ikke et retsspørgsmål, der som sådan kan efterprøves af Domstolen under en appelsag, medmindre disse omstændigheder og beviser er gengivet forkert (jf. dom af 23.3.2006, sag C-206/04 P, Mülhens mod KHIM, Sml. I, s. 2717, præmis 41, og dommen i sagen Rossi mod KHIM, præmis 26).

72 For så vidt angår argumentet om, at Retten ikke har taget hensyn til de relevante kriterier for vurderingen af de omhandlede produkters lighed, skal det bemærkes, at ifølge retspraksis skal der med henblik på vurderingen af denne lighed tages hensyn til alle de relevante faktorer, der kendetegner forbindelsen mellem disse varer. Disse faktorer omfatter navnlig arten, anvendelsesformålet og benyttelsen samt om de er i et konkurrenceforhold eller supplerer hinanden (jf. i denne retning Canon-dommen, præmis 23).

73 I den foreliggende sag skal det konstateres, at Retten i overensstemmelse med denne retspraksis i den appellerede doms præmis 57, med henblik på i den appellerede doms præmis 61 at fastslå, at appelkammeret ikke havde begået en retlig fejl ved at anføre, at der var en høj grad af lighed mellem de omhandlede varer, med rette har undersøgt produkternes art, formål, anvendelse og markedsføring, samt om de er i et konkurrenceforhold eller supplerer hinanden. Det er således med urette, at appellanten kritiserer Retten for ikke at have taget hensyn til de relevante faktorer for vurderingen af produkternes lighed.

74 For så vidt som appellanten har gjort gældende, at Retten ikke har taget korrekt hensyn til kriterierne om de omhandlede produkters form, skal det derudover

bemærkes, at Retten i den appellerede doms præmis 58 har undersøgt dette kriteriums anvendelse med henblik på vurderingen af produkternes lighed. Retten fandt imidlertid, at forskellen i indtagelsesmåden for de omhandlede lægemidler ikke i det foreliggende tilfælde kan tillægges større betydning i betragtning af ligheden mellem de to produkter og deres fælles anvendelsesformål.

75 Ved at gøre gældende, at Retten ikke har taget korrekt hensyn til kriteriet om de omhandlede produkters form, forsøger appellanten således i realiteten at opnå, at Domstolen erstatter sin egen vurdering med Rettens vurdering for så vidt angår dette sidste punkt. Derfor skal argumentet, der er fremsat i denne henseende, idet appellanten ikke påberåber sig, at de faktiske omstændigheder eller beviserne fremlagt for Retten er gengivet forkert, i overensstemmelse med den faste retspraksis, der er nævnt i denne doms præmis 71, afvises fra behandling.

76 Endelig bemærkes, at for så vidt som appellanten har anført, at Retten ikke har taget hensyn til den omstændighed, at de omhandlede produkter kun udleveres af fagfolk inden for sundhedssektoren på recept, skal dette argument forkastes af de samme grunde, som fremgår af denne doms præmis 51-63, eftersom den definition af den relevante kundekreds, som er fastlagt i den appellerede dom, hermed anfægtes.

77 Derfor skal dette anbringendes andet led delvist afvises og delvist forkastes.

Det tredje led om tegnenes lighed

— Parternes argumenter

78 Appellanten har anført, at Retten har begået en retlig fejl ved at sammenligne de omhandlede tegn uden korrekt at identificere den relevante kundekreds, for hvilken risikoen for forveksling skal bedømmes.

79 For så vidt angår den visuelle lighed har appellanten gjort gældende, at Retten fejlagtigt fastslog, at det generelle indtryk på baggrund af de visuelle ligheder godtgjorde, at der var lighed mellem omhandlede varemærker. I forbindelse med en helhedsvurdering vil de eventuelle ligheder, der måtte foreligge, ikke være tilstrækkelige til, at det kan fastslås, at varemærkerne ligner hinanden visuelt. Den visuelle sammenligning skal foretages ud fra opfattelsen hos en person fra den relevante kundekreds.

80 For så vidt angår den fonetiske lighed har appellanten gjort gældende, at Retten fejlagtigt fastslog, at de omhandlede varemærker lignede hinanden fra dette synspunkt. De dominerende forstavelser for hvert varemærke kan klart adskilles, og de udtales helt forskelligt. Derudover er den omstændighed, at gennemsnitsforbrugeren kun sjældent har mulighed for at foretage en direkte sammenligning mellem de forskellige varemærker, uden betydning i det foreliggende tilfælde,

eftersom de omhandlede produkter ordineres af speciallæger. Under alle omstændigheder skal eventuelle ligheder ikke overvurderes, navnlig ikke, hvis der tages hensyn til de berørte produkters forskellige form og den særlige medicinske sammenhæng, hvori hvert produkt sælges.

- 81 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at disse forskellige argumenter må afvises, idet appellanten alene har anfægtet Rettens fastlæggelse af de faktiske omstændigheder.

— Domstolens bemærkninger

- 82 Argumentet om, at Retten har begået en retlig fejl ved at sammenligne de omhandlede tegn uden korrekt at identificere den relevante kundekreds, skal uden videre forkastes af de samme grunde, som fremgår af denne doms præmis 51-63, eftersom definitionen af den relevante kundekreds, som er fastlagt i den appellerede dom, anfægtes med dette argument.

- 83 For så vidt som appellanten har gjort gældende, at de omhandlede tegn ikke kan forveksles visuelt og fonetisk, navnlig henset til de omhandlede produkters form og den særlige medicinske sammenhæng, hvori de sælges, skal det bemærkes, at Retten i denne henseende i den appellerede doms præmis 64-70 kun foretog rent faktuelle vurderinger for i dommens præmis 75 og 76 at fastslå, at der var visuel og fonetisk lighed mellem de omhandlede tegn.

84 Eftersom det ikke er påstået i den foreliggende sag, at de faktiske omstændigheder eller beviserne fremlagt for Retten er gengivet forkert, skal andet anbringendes tredje led derfor i overensstemmelse med den retspraksis, som er nævnt i denne doms præmis 71, afvises på dette punkt.

85 For så vidt som appellant anfører, at Retten ikke i vurderingen af de omhandlede tegns visuelle og fonetiske lighed har taget hensyn til den omstændighed, at den relevante kundekreds ud over de endelige forbrugere omfatter fagfolk inden for sundhedssektoren, er argumenterne herom endvidere sammenfaldende med dette anbringendes fjerde led. De skal derfor undersøges i forbindelse med dette.

Det fjerde led om risikoen for forveksling

— Parternes argumenter

86 Appellanten har gjort gældende, at selv om Retten har anført, at den relevante kundekreds ud over de endelige brugere omfatter apotekere og læger, har den i realiteten ikke taget hensyn hertil, og den har vurderet risikoen for forveksling alene på grundlag af en gennemsnitsforbrugers opfattelse. Indsigelsesafdelingen vurderede imidlertid i sin afgørelse, at risikoen for lægers og apotekeres forveksling mellem de omhandlede produkter var lille.

- 87 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at argumenterne på dette punkt må afvises, idet de ikke udgør retlige argumenter, hvorved appellanten gør gældende, at Retten har fortolket artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 forkert eller har gengivet de faktiske omstændigheder forkert.

— Domstolens bemærkninger

- 88 Med dette led i andet anbringende har appellanten til hensigt at godtgøre, at Retten har begået en retlig fejl ved ikke at undersøge risikoen for forveksling mellem de omhandlede tegn som omhandlet i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 hos den relevante kundekreds, som fastlagt i den appellerede dom.

- 89 I modsætning til, hvad Harmoniseringskontoret har gjort gældende, rejser appellanten ved således at stille spørgsmålstegn ved sammenhængen i Rettens ræsonnement i forbindelse med anvendelsen af denne bestemmelse et retligt spørgsmål om Rettens anvendelse af fællesskabsretten. Dette led i andet anbringende skal derfor antages til realitetsbehandling.

- 90 Vedrørende spørgsmålet, om dette led er velbegrundet, skal det bemærkes, at Retten i den appellerede doms præmis 48 har konstateret, at Italien i den foreliggende sag er det relevante område. Endvidere følger det af nærværende doms præmis 51-63, at

Retten med rette i den appellerede doms præmis 49 har vurderet, at den relevante kundekreds omfatter både de endelige forbrugere og visse fagfolk inden for sundhedssektoren. Det følger heraf, at for at artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 kan finde anvendelse, skal risikoen for forveksling mellem de omhandlede produkter, som Retten har fastslået i den appellerede doms præmis 50, vurderes i forhold til den relevante kundekreds' opfattelse, som den således er fastsat.

- 91 Det er derfor med rette, at Retten i den appellerede doms præmis 62-76 har vurderet risikoen for forveksling mellem de omhandlede tegn hos de endelige forbrugere.
- 92 Derimod fremgår det ikke med tilstrækkelighed af den appellerede dom, at Retten på en systematisk måde har vurderet en sådan risiko for forveksling hos de omhandlede fagfolk inden for sundhedssektoren.
- 93 I den appellerede doms præmis 65 har Retten således vurderet ligheden mellem de omhandlede tegn generelt, uden at præcisere i hvilket omfang denne vurdering fandt anvendelse for de endelige forbrugere og for fagfolk inden for sundhedssektoren, og i givet fald adskille og nuancere analysen i forhold til den berørte del af den relevante kundekreds.

94 Dette gælder ligeledes vedrørende den fonetiske lighed mellem de omhandlede tegn. Selv om Retten i den appellerede doms præmis 69 har baseret sine vurderinger i denne henseende på den opfattelse, som de »italienske forbrugere« har af disse tegn, har den på dette punkt ikke angivet, i hvilket omfang disse vurderinger finder anvendelse både for de endelige forbrugere og for fagfolk inden for sundhedssektoren. Det er rigtigt, at Retten i nævnte doms præmis 57, hvori den vurderede de omhandlede produkters lighed, med ordet »forbrugere« udtrykkeligt retter sig mod såvel endelige brugere som fagfolk inden for sundhedssektoren. Dette ord, der anvendes et andet sted i samme dom, med den relevante nationalitet som eneste præcision, henviser, idet andet ikke er angivet, i højere grad til de første end til de sidste og dette endnu mere, fordi det fremgår af sagen for Domstolen, at den anfægtede afgørelse, som var genstand for legalitetsprøvelse i den appellerede dom, alene omfattede de endelige forbrugere i den relevante kundekreds.

95 Spørgsmålet om opfattelsen af de omhandlede tegn hos fagfolk inden for sundhedssektoren er imidlertid centralt for argumentationen om udstrækningen af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, således som den blev fremført af appellanten for Retten, og som den er blevet fremført for Domstolen under appellen.

96 Under disse betingelser skal det konstateres, at den appellerede dom er behæftet med en mangelfuld begrundelse på dette punkt, idet Domstolen ikke har tilstrækkelige elementer til at kunne udøve sin prøvelse i denne henseende.

97 Ifølge retspraksis er spørgsmålet om, hvorvidt begrundelsen for en dom afsagt af Retten er selvmodsigende eller utilstrækkelig, et retsspørgsmål, der kan rejses under

en appelsag (jf. dom af 7.5.1998, sag C-401/96 P, Somaco mod Kommissionen, Sml. I, s. 2587, præmis 53, og af 13.12.2001, sag C-446/00 P, Cubero Vermurie mod Kommissionen, Sml. I, s. 10315, præmis 20).

98 Det må følgelig fastslås, at Retten i den appellerede doms præmis 65 og 69 ikke har givet en tilstrækkelig begrundelse for sine vurderinger om den visuelle og fonetiske lighed mellem de omhandlede tegn hos den relevante kundekreds, hvilken ligeledes omfatter visse fagfolk inden for sundhedssektoren.

99 Denne utilstrækkelige begrundelse fører imidlertid ikke til, at den appellerede dom bliver ugyldig. Eftersom Retten i den appellerede doms præmis 56-75 i forbindelse med sin enekompetence til at vurdere de faktiske omstændigheder har fastslået, at der er væsentlig lighed mellem de berørte produkter, og at der er visuel og fonetisk lighed mellem de omhandlede tegn hos den del af den relevante kundekreds, som består af endelige forbrugere, kunne den i nævnte doms præmis 76 og 80 uden at tilsidesætte artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 udlede heraf, at der var risiko for forveksling mellem de nævnte tegn som omhandlet i denne bestemmelse.

100 I lyset af disse betragtninger skal den appellerede dom, uanset den utilstrækkelige begrundelse i dens præmis 65 og 69, ikke ophæves, idet begrundelserne heri under alle omstændigheder er tilstrækkelige som grundlag for dommens konklusion, nemlig Rettens frifindelse af Harmoniseringskontoret i sagen vedrørende den anfægtede afgørelse (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, præmis 68, og dommen i sagen KWS Saat mod KHIM, præmis 46-51).

101 Derfor skal andet anbringendes fjerde led forkastes som irrelevant.

Femte led om begrænsningen af EF-varemærkeansøgningen

— Parternes argumenter

102 Ifølge appellanten har Retten begået en fejl ved at vurdere, at det ikke kunne bebrejdes Harmoniseringskontorets appelkammer, at det ikke havde været af den opfattelse, at den erklæring, som fremgik af den skriftlige begrundelse ved appelkammeret, hvori appellanten bekræftede, at selskabet var indstillet på at begrænse fortegnelsen over de varer, der var genstand for ansøgningen, til oftalmiske farmaceutiske præparater beregnet til glaukombehandling, udgjorde et udtrykkeligt forslag om ændring, hvis situation var den, at appelkammeret ville imødekomme indsigelsen. Uden mundtlig forhandling havde appellanten således ikke haft mulighed for at kende appelkammerets sandsynlige standpunkt, før afgørelsen blev truffet. Den foreslåede ændring af varefortegnelsen ville imidlertid have givet mulighed for at tydeliggøre forskellen mellem appellantens produkter og Biofarmas.

103 Harmoniseringskontoret er af den opfattelse, at appelkammerets vurderinger ikke kan anfægtes på dette tidspunkt i proceduren. Derudover har appellanten ikke anført

nogen retligt funderet begrundelse eller nogen begrundelse om forkert gengivelse af de faktiske omstændigheder, der giver mulighed for at underkende de betragtninger, hvorved Retten i den appellerede doms præmis 53 fastslog, at reglerne for begrænsning ikke var blevet overholdt. Spørgsmålet om, hvorvidt artikel 44 i forordning nr. 40/94 og regel 13 i forordning nr. 2868/95 blev overholdt ved den af appellanten foreslåede begrænsning, er et spørgsmål om faktiske omstændigheder, som det ikke tilkommer Domstolen af besvare. Det andet anbringende må derfor afvises på dette punkt.

— Domstolens bemærkninger

¹⁰⁴ For så vidt angår spørgsmålet, om dette led i andet anbringende kan antages til realitetsbehandling, skal det konstateres, at appellanten med dette led, i modsætning til, hvad Harmoniseringskontoret har påstået, ikke har gjort gældende, at reglerne i forordning nr. 40/94 og nr. 2868/95 var overholdt i den erklæring, som var fremsat i den skriftlige begrundelse for appelkammeret, men appellanten bebrejder Retten, at den ikke tog hensyn til nævnte erklæring, selv om reglerne ikke var overholdt.

¹⁰⁵ Det skal konstateres, at appellanten herved har gjort gældende, at Retten begik en fejl ved fortolkningen af fællesskabsretten, og at appellanten derfor rejser et retligt spørgsmål. Dette led i andet anbringende kan derfor antages til realitetsbehandling.

- 106 Vedrørende spørgsmålet, om dette led er velbegrundet, skal det bemærkes, at for at artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 kan finde anvendelse, skal vurderingen af risikoen for forveksling mellem produkterne gælde samtlige de produkter, som er anført i ansøgningen om registrering af EF-varemærket.
- 107 I henhold til nævnte forordnings artikel 44, stk. 1, kan ansøgeren til enhver tid begrænse den fortegnelse over varer, der er angivet i ansøgningen. En begæring om ændring af en ansøgning, der fremsættes ved anvendelse af denne bestemmelse, skal overholde de regler, der er fastsat i regel 13 i forordning nr. 2868/95.
- 108 Med dette led i andet anbringende anfægter appellanten ikke, at der ikke er indgivet en sådan begæring. Appellanten har imidlertid gjort gældende, at uden en mundtlig forhandling for appelkammeret burde et udtrykkeligt forslag om begrænsning, som det er udtrykt i den foreliggende sag i den skriftlige begrundelse for appelkammeret, have været taget i betragtning i tilfælde af, at appelkammeret havde til hensigt at imødekomme indsigelsen.
- 109 Det skal imidlertid konstateres, at hverken forordning nr. 40/94 eller nr. 2868/95 foreskriver en sådan forpligtelse. Som det således følger af denne doms præmis 107, skal enhver ansøgning om begrænsning i henhold til disse forordninger fremsættes i form af en ændringsbegæring, der skal overholde visse regler. Således som Retten med rette har fastslået i den appellerede doms præmis 51, skal en sådan begæring fremsættes udtrykkeligt og være ubetinget.

110 Eftersom det er ubestridt i den foreliggende sag, at appellantens forslag i den skriftlige begrundelse for appelkammeret ikke overholdt disse betingelser, har Retten derfor med rette fastslået i den appellerede doms præmis 53 og 54, at det ikke kan bebrejdes appelkammeret, at det ikke havde taget hensyn til dette forslag.

111 Andet anbringendes femte led skal derfor forkastes som ugrundet.

112 Da ingen af appellantens anbringender kan tiltrædes, må appellen forkastes.

Sagens omkostninger

113 Ifølge procesreglementets artikel 69, stk. 2, som i medfør af reglementets artikel 118 finder anvendelse på appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Harmoniseringskontoret har nedlagt påstand om, at appellantens tilpligtes at betale sagens omkostninger, og da appellantens har tabt sagen, pålægges det denne at betale Harmoniseringskontorets omkostninger. Da Biofarma ikke har nedlagt påstand om, at appellantens tilpligtes at betale sagens omkostninger, pålægges det selskabet at bære sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Tredje Afdeling):

- 1) Appellen forkastes.**
- 2) Alcon Inc. betaler sine egne omkostninger og betaler omkostningerne for Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM).**
- 3) Biofarma SA bærer sine egne omkostninger.**

Underskrifter