

RETTENS DOM (Anden Afdeling)

13. februar 2007\*

I sag T-256/04,

**Mundipharma AG**, Basel (Schweiz), ved advokat F. Nielsen,

sagsøger,

mod

**Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design)**  
(KHIM), først ved B. Müller, derefter ved G. Schneider, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

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

\* Processprog: tysk.

**Altana Pharma AG**, Constanz (Tyskland), ved advokat H. Becker,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 19. april 2004 af Andet Appellkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 1004/2002-2) vedrørende en indsigelsessag mellem Mundipharma AG og Altana Pharma AG,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET  
I FØRSTE INSTANS (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J. Pirrung, og dommerne A.W.H. Meij og I. Pelikánová,

justitssekretær: fuldmægtig K. Andová,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 28. juni 2004,

under henvisning til Harmoniseringskontorets svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 22. november 2004,

under henvisning til intervenientens svarskrift, som blev indleveret til Rettens Justitskontor den 22. november 2004,

og efter retsmødet den 24. januar 2006,

afsagt følgende

## Dom

### Sagens baggrund

- 1 Den 7. oktober 1998 indgav intervenienten en ansøgning til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«) om registrering af ordmærket RESPICUR (herefter det »ansøgte varemærke«) som EF-varemærke i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret.
- 2 De varer, som varemærkeansøgningen 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: »Behandlingsmidler til luftvejene«.
- 3 Denne ansøgning blev offentliggjort i *EF-Varemærketidende* nr. 45/1999 af 7. juni 1999.
- 4 Den 1. september 1999 gjorde sagsøgeren med henvisning til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 indsigelse mod ansøgningen om registrering. Indsigelsen var støttet på det tyske ordmærke nr. 1 155 003 RESPICORT, indgivet den 21. august

1989 og registreret den 1. marts 1990 for varer i klasse 5 i Nice-arrangementet, der svarer til følgende beskrivelse: »Farmaceutiske produkter, præparater til sundhedspleje; plastre« (herefter »det ældre varemærke«).

- 5 Ved afgørelse af 30. oktober 2002 forkastede Indsigelsesafdelingen indsigelsen. Indsigelsesafdelingen mente ikke, at sagsøgeren havde bevist enten at have adkomst til det ældre varemærke eller at have brugt det. Desuden konkluderede den, at der ikke var risiko for forveksling mellem det ansøgte varemærke og det ældre varemærke.
  
- 6 Den 12. december 2002 påklagede sagsøgeren Indsigelsesafdelingens afgørelse.
  
- 7 Ved afgørelse af 19. april 2004 (herefter »den anfægtede afgørelse«) annullerede Andet Appellkammer Indsigelsesafdelingens afgørelse på grund af væsentlige formmangler, men afviste ikke desto mindre indsigelsen i sin helhed.
  
- 8 I den anfægtede afgørelse mente appelkammeret ikke, at Indsigelsesafdelingen skulle have forkastet indsigelsen på grund af manglende bevis for at have adkomst til det ældre varemærke. Imidlertid mente appelkammeret ikke, at sagsøgeren i nødvendigt omfang havde ført bevis for brugen af det ældre varemærke, og at der derfor kun skulle antages at foreligge brug med hensyn til »receptpligtige aerosoldoseringsapparater, der indeholder corticoider«, hvilket ikke var blevet bestridt af intervenienten. Hvad angår tilstedeværelsen af en risiko for forveksling konstaterede appelkammeret, at de omhandlede varer var af samme art, og at der var en vis lighed mellem de omtvistede tegn, men at dette blev opvejet af markante forskelle mellem dem. Appellkammeret mente, at den berørte kundekreds for henholdsvis det ældre varemærke og det ansøgte varemærke alene overlapper hinanden hvad angår fagfolk, som dermed er den relevante kundekreds i den foreliggende sag. Henset til de konstaterede forskelle konkluderede appelkammeret, at der ikke forelå risiko for forveksling mellem det ansøgte varemærke og det ældre varemærke.

## **Retsforhandlinger og parternes påstande**

- 9 Den 10. november 2005 anmodede Retten parterne om at besvare visse spørgsmål. Parterne har besvaret Rettens spørgsmål inden for den fastsatte frist.
- 10 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:
- Den anfægtede afgørelse annulleres.
  
  - Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
- 11 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:
- Frifindelse.
  
  - Sagsøgeren tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
- 12 Intervenienten har tilsluttet sig Harmoniseringskontorets påstande.

## Formaliteten

- 13 Både sagsøgeren og intervenienten henviser i deres indlæg udtrykkeligt til dokumenter, de har indleveret inden for rammerne af indsigelsesproceduren for Harmoniseringskontoret. Intervenienten har også henvist til begrundelser i Indsigelsesafdelingens og appelkammerets afgørelser.
- 14 Det bemærkes i denne forbindelse, at en stævning i henhold til artikel 21 i Domstolens statut og artikel 44, stk. 1, litra c), i Rettens procesreglement skal indeholde en kort fremstilling af søgsmålsgrundene. Ifølge retspraksis skal denne fremstilling være så klar og præcis, at sagsøgte kan tilrettelægge sit forsvar, og at Retten kan træffe afgørelse i sagen, i givet fald uden at måtte indhente yderligere oplysninger. Retten har i øvrigt fastslået, at selv om selve stævningen kan støttes på henvisninger til bestemte afsnit i dokumenter, der vedlægges som bilag til stævningen, kan en generel henvisning til andre dokumenter, selv om de er bilagt stævningen, ikke afhjælpe, at der mangler væsentlige oplysninger i stævningen, samt fastslået, at det ikke påhviler Retten at træde i stedet for parterne ved søgning efter de relevante oplysninger i bilagene (jf. Rettens kendelse af 29.11.1993, sag T-56/92, Koelman mod Kommissionen, Sml. II, s. 1267, præmis 21 og 23, og Rettens dom af 21.3.2002, sag T-231/99, Joynson mod Kommissionen, Sml. II, s. 2085, præmis 154 og den deri nævnte retspraksis). Denne retspraksis gælder i henhold til procesreglementets artikel 46, der i overensstemmelse med reglementets artikel 135, stk. 1, andet afsnit, finder anvendelse på sager vedrørende intellektuel ejendomsret, også for svarskriftet, der i en indsigelsessag for appelkammeret afgives af den anden part og intervenient i sagen for Retten (Rettens dom af 13.7.2004, sag T-115/02, AVEX mod KHIM — Ahlers (a), Sml. II, s. 2907, præmis 11).
- 15 Stævningen og intervenientens svarskrift skal, for så vidt de henviser til dokumenter, der er indleveret til Harmoniseringskontoret af henholdsvis sagsøgeren og intervenienten, samt til Harmoniseringskontorets afgørelser i forbindelse med

indsigelsessagen, afvises, i det omfang den generelle henvisning, de indeholder, ikke kan knyttes til anbringender og argumenter, der er gjort gældende og udviklet i henholdsvis stævningen og intervenientens svarskrift.

## Realiteten

- 16 Sagsøgeren har gjort et enkelt anbringende gældende, der går på, at appelkammeret har tilsidesat artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, da det konkluderede, at der ikke forelå risiko for forveksling mellem det ansøgte varemærke og det ældre varemærke. Sagsøgeren støttede i det væsentlige dette anbringende på fem forhold, nemlig begrænsningen af de varer, der blev taget hensyn til i forhold til det ældre varemærke, fastsættelsen af den berørte kundekreds, ligheden mellem tegnene, det ældre varemærkes særpræg samt den omstændighed, at Deutsches Patent- und Markenamt (det tyske patent- og varemærkekontor) har konstateret, at der foreligger risiko for forveksling mellem de nævnte tegn.

*Begrænsningen af varer, som anses for at være omfattet af det ældre varemærke, og ligheden mellem varerne*

## Den anfægtede afgørelse

- 17 I den anfægtede afgørelses punkt 31 er appelkammeret af den opfattelse, at sagsøgeren ikke som svar på intervenientens begæring i medfør af artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 har godtgjort, at der er gjort reel brug af det ældre varemærke i Tyskland. Appellkammeret har heraf udledt, at alene varer, for hvilke

intervenienten ikke har begæret, at den reelle brug godtgøres — nemlig »receptpligtige aerosoldoseringsapparater, der indeholder corticoider« — kan anses for at være omfattet af det ældre varemærke i forhold til vurderingen af, om der foreligger risiko for forveksling.

## Parternes argumenter

- 18 Sagsøgeren har ikke bestridt appelkammerets konklusion, hvorefter den reelle brug af det ældre varemærke ikke er godtgjort. Selv om dette ikke er godtgjort, mener sagsøgeren, at appelkammeret uberettiget har begrænset sagsøgerens økonomiske handlefrihed ved at anse, at der kun kan tages hensyn til det ældre varemærke i det omfang, det dækker »receptpligtige aerosoldoseringsapparater, der indeholder corticoider«. Sagsøgeren påstår nemlig, at en sådan tilgang begrænser beskyttelsen af det ældre varemærke til varer, der reelt markedsføres. I tilsvarende sager er det i tysk retspraksis anerkendt, at beskyttelsen ikke skal begrænses til receptpligtige varer.
- 19 Sagsøgeren mener i denne forbindelse, at man skal anse brugen af det ældre varemærke for at være godtgjort for »behandlingsmidler til luftvejene«. Som omhandlet i Rettens dom af 14. juli 2005, Reckitt Benckiser (España) mod KHIM — Aladin (ALADIN) (sag T-126/03, Sml. II, s. 2861, præmis 45 og 46), udgør denne gruppe en bestemt underkategori i den almene kategori »farmaceutiske produkter«.
- 20 Harmoniseringskontoret har tilsluttet sig sagsøgerens standpunkt og bemærket, at underkategorierne i medfør af ALADIN-dommen skal defineres i forhold til de terapeutiske indikationer for det pågældende produkt. Harmoniseringskontoret mener i denne forbindelse, at »behandlingsmidler til luftvejene« udgør en passende underkategori.



- 21 Intervenienten har anført, at sagsøgerens økonomiske frihed i det omfang, denne stadig har mulighed for i Tyskland at markedsføre nye produkter under det ældre varemærke, ikke er begrænset. Hvad angår anvendelsen af ALADIN-dommen på det foreliggende tilfælde mener intervenienten, at den passende underkategori er »glucocorticoider«.

### Rettens bemærkninger

- 22 Artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 har følgende ordlyd:

»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.«

- 23 Det følger af retspraksis, at 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).
- 24 Selv om formålet med begrebet delvis brug er, at varemærker, der ikke er blevet brugt for en givet varekategori, ikke bliver uanvendelige, må det dog ikke have til følge, at indehaveren af det ældre varemærke mister enhver beskyttelse for varer, der — uden at være fuldstændig identiske med dem, for hvilke en reel brug har kunnet bevises af indehaveren — i det væsentlige ikke adskiller sig fra disse og hører til samme gruppe, hvor enhver opdeling ville være vilkårlig. Det bemærkes i denne forbindelse, at det i praksis er umuligt for varemærkeindehaveren at godtgøre brugen af alle tænkelige varianter af de varer, der er omfattet af registreringen. Derfor kan begrebet »en del af de varer eller tjenesteydelser« ikke udvides til at omfatte hele det markedsførte sortiment af lignende varer eller tjenesteydelser, men kun til at omfatte de varer eller tjenesteydelser, der adskiller sig nok til at udgøre sammenhængende kategorier eller underkategorier (ALADIN-dommen, præmis 46).
- 25 Det skal bemærkes, at selv om sagsøgeren i den foreliggende sag ikke har godtgjort den reelle brug af det ældre varemærke for nogen varer overhovedet, står det ikke desto mindre fast, at intervenienten ikke har begæret en sådan brug godtgjort hvad angår »receptpligtige aerosoldoseringsapparater, der indeholder corticoider«. Sådan som appelkammeret har bemærket i punkt 25 i den anfægtede afgørelse, påhviler det ansøgeren — i det omfang godtgørelsen af det varemærkes brug, som indsigelsen støttes på, i medfør af artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94 kun skal ske på ansøgerens begæring — at bestemme udstrækningen af sin anmodning om at

fremlægge bevis. I det omfang intervenientens anmodning om at fremlægge bevis således ikke omfattede »receptpligtige aerosoldoseringsapparater, der indeholder corticoider«, er det ikke nødvendigt at undersøge, om det ældre varemærke i Tyskland har været genstand for reel brug for disse varer.

- 26 Det skal herefter bemærkes, at det ældre varemærke blev registreret for »Farmaceutiske produkter, præparater til sundhedspleje; plastre«. Denne kategori af varer er tilstrækkelig bred til, at der inden for denne kategori kan foretages en opdeling i flere underkategorier, der kan betragtes selvstændigt. Den omstændighed, at det ældre varemærke kan anses for at være brugt i forhold til »receptpligtige aerosoldoseringsapparater, der indeholder corticoider«, medfører således kun en beskyttelse for den underkategori, som disse varer tilhører.
- 27 I den anfægtede afgørelse var appelkammeret af den opfattelse, at det ældre varemærke kun skulle tages i betragtning i det omfang, det omfattede varer, hvis reelle brug ikke var bestridt. Appelkammeret definerede således en underkategori, som var identisk med disse varer, nemlig »receptpligtige aerosoldoseringsapparater, der indeholder corticoider«.
- 28 Denne definition er uforenelig med artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94, som fortolket i lyset af ALADIN-dommen, hvilken bestemmelse i henhold til samme forordnings artikel 43, stk. 3, finder anvendelse på ældre nationale varemærker.
- 29 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at varens eller tjenesteydelsens formål eller anvendelse — i det omfang forbrugeren først og fremmest søger en vare eller en tjenesteydelse, som kan opfylde hans særlige behov — udgør et væsentligt led i forbrugerenes afgørelse af sit valg. Formåls- eller anvendelseskriteriet er således, i det omfang det anvendes af forbrugerne forud for ethvert køb, et primært kriterium i definitionen af en underkategori af varer eller tjenesteydelser.

- 30 Formålet med og anvendelsen af et behandlingsmiddel er udtrykt i dets terapeutiske indikationer. Den af appelkammeret anvendte definition støtter sig imidlertid ikke på dette kriterium, eftersom definitionen ikke angiver, at de pågældende varer har til formål at behandle helbredsproblemer, og eftersom den ikke præciserer karakteren af disse problemer.
- 31 Det skal tilføjes, at de af appelkammeret valgte kriterier — nemlig lægemiddel-formen, det aktive stof og den omstændighed, at medicinen er receptpligtig — ikke som hovedregel er egnet til at definere en underkategori af varer i ALADIN-dommens forstand, i det omfang deres anvendelse ikke opfylder de ovennævnte kriterier om varernes formål og anvendelse. En bestemt lidelse kan nemlig ofte behandles med flere lægemidler, der har forskellige lægemiddelformer og indeholder forskellige aktive stoffer, og hvoraf visse kan fås i håndkøb, hvorimod andre er receptpligtige.
- 32 Heraf følger, at appelkammeret ved at undlade at tage hensyn til de pågældende varers formål og anvendelse har anvendt en vilkårlig underkategori af varer.
- 33 Af de grunde, der er anført i præmis 29 og 30 ovenfor, bør underkategorien for varer, hvorunder de varer, hvis reelle brug ikke er bestridt, henhører, fastsættes på grundlag af kriteriet om terapeutisk indikation.
- 34 Den af intervenienten foreslåede underkategori — nemlig »glucocorticoider« — kan ikke tiltrædes. Denne definition bygger nemlig på kriteriet om det aktive stof. Således som anført i præmis 31 ovenfor er et sådant kriterium generelt ikke egnet til i sig selv at definere underkategorier af behandlingsmidler.

- 35 Den af sagsøgeren og Harmoniseringskontoret foreslåede definition — nemlig »behandlingsmidler til luftvejene« — er derimod egnet i det omfang, den dels bygger på de pågældende varers terapeutiske indikation, dels gør det muligt at definere en tilstrækkelig præcis underkategori i ALADIN-dommens forstand.
- 36 På baggrund af ovenstående skal det fastslås, at det ældre varemærke i forhold til denne sag skal anses for at være registreret for »behandlingsmidler til luftvejene«.
- 37 Det skal endnu en gang bemærkes, at denne konstatering ikke har indflydelse på appelkammerets konklusion, som er udtrykt i punkt 38 i den anfægtede afgørelse, og som ikke er bestridt af parterne, hvorefter de af de to omtvistede varemærker omfattede varer er af samme art.
- 38 Da den anfægtede afgørelse imidlertid anfører, at beskyttelsen for det ældre varemærke kun finder anvendelse på »receptpligtige aerosoldoseringsapparater, der indeholder corticoider«, er den behæftet med en fejl, hvis virkning det er nødvendigt at undersøge i forhold til appelkammerets vurdering af, om der forelå risiko for forveksling.

### *Den berørte kundekreds*

### Parternes argumenter

- 39 Sagsøgeren har gjort gældende, at de behandlingsmidler til luftvejene, som ifølge denne er omfattet af begge de omtvistede varemærker, dels omfatter varer, der kan

fås i håndkøb, dels omfatter receptpligtige varer. Den berørte kundekreds består således af medicinske fagfolk og endelige forbrugere — nemlig patienterne.

- 40 Harmoniseringskontoret har principielt tilsluttet sig sagsøgerens standpunkt, idet det har præciseret dels, at der skal tages hensyn til de tyske forbrugere, dels at de endelige forbrugere, der er patienter, som er ramt af en alvorlig luftvejssygdom, vil udvise et middelhøjt til højt opmærksomhedsniveau.
- 41 Intervenienten har gjort gældende, at den med det ældre varemærke tilsigtede kundekreds består af medicinske fagfolk, eftersom alle glucocorticoider er receptpligtige. Følgelig mener intervenienten, at denne kundekreds af fagfolk i den foreliggende sag er den berørte kundekreds. Intervenienten har tilføjet, at patienter i hvert fald udviser et særlig højt opmærksomhedsniveau i valget af midler til behandling af alvorlige helbredsproblemer såsom de i sagen omhandlede.

#### Rettens bemærkninger

- 42 Det skal indledningsvis bemærkes, at i forbindelse med helhedsvurderingen af risikoen for forveksling skal der tages hensyn til gennemsnitsforbrugeren af de pågældende varer, som er almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet. Der må også tages hensyn til, at gennemsnitsforbrugers opmærksomhedsniveau kan variere, alt efter hvilken kategori af varer eller tjenesteydelser der er tale om (jf. analogt Domstolens dom af 22.6.1999, sag C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Sml. I, s. 3819, præmis 25 og 26).

- 43 Herefter skal det i lighed med Harmoniseringskontoret for det første bemærkes, at den berørte kundekreds består af tyske forbrugere, idet det ældre varemærke er registreret i Tyskland.
- 44 For det andet er det ikke i den foreliggende sag bestridt, at kundekredsen, der er berørt af de af det ansøgte varemærke omfattede varer — nemlig behandlingsmidler til luftvejene — udgøres dels af patienter, som er de endelige forbrugere, dels af medicinske fagfolk.
- 45 Hvad angår de varer, i forhold til hvilke det ældre varemærke anses for at være registreret, følger det af parternes skriftlige indlæg og af deres svar på spørgsmål stillet under retsmødet, at blandt behandlingsmidlerne til luftvejene er visse receptpligtige, mens andre kan fås i håndkøb. Eftersom visse af disse varer kan købes af patienterne uden recept, skal den relevante kundekreds for varerne anses for at omfatte — ud over medicinske fagfolk — endelige forbrugere.
- 46 Det skal i lighed med intervenientens opfattelse for det tredje bemærkes, at eftersom mange luftvejssygdomme er alvorlige lidelser, er de ramte patienter generelt godt oplyste, og særligt opmærksomme og velunderrettede, når det drejer sig om at vælge det passende lægemiddel til dem selv.
- 47 Det skal således fastslås, at den berørte kundekreds består dels af tyske medicinske fagfolk, dels af tyske patienter, som lider af luftvejssygdomme, idet sidstnævnte generelt udviser et opmærksomhedsniveau, der er højere end gennemsnittet.

*Ligheden mellem tegnene*

## Parternes argumenter

- 48 Sagsøgeren har gjort gældende, at ordene »respicort« og »respicur« har en meget høj grad af lighed, fordi de har en lignende længde, og fordi syv af deres bogstaver er de samme og står i samme rækkefølge. Fonetisk er forskellen mellem »o« og »u« meget lille, og tilføjelsen af konsonanten »t« i slutningen af »respicort« kan næsten ikke opfattes. De to vokaler har nemlig en afdæmpet lyd og skaber dermed en tilsvarende virkning. Ydermere udtales bogstavet »t« i slutningen af »respicort« normalt ikke på tysk, eller det udtales kun svagt, eftersom bogstaverne i slutningen af ord ofte »sluges«. Sagsøgeren mener således, at bogstavet »t« i slutningen af ordet ikke opfattes, og det så meget desto mere som »respicort« ikke er et tysk ord, men en fantasibetegnelser, og at det på den baggrund meget vel kan være, at det udtales uden bogstavet »t« i slutningen. Begrebsmæssigt mener sagsøgeren ikke, at de berørte forbrugere er tilbøjelige til at skille de omtvistede varemærker i to, nemlig dels »respi«, dels »cur« eller »cort«. Sagsøgeren har tilføjet, at de pågældende endelige forbrugere i hvert fald ikke er i stand til at forstå betydningen af disse bestanddele.
- 49 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at de omhandlede varemærker kun har en svag grad af lighed. Det har i denne henseende anført, at bestanddelen »respi« af den berørte kundekreds opfattes som værende beskrivende, og at den derfor ikke opfattes som en angivelse af en handelsmæssig oprindelse. Ifølge Harmoniseringskontoret kan det således ikke bidrage til at fastslå en lighed mellem de omhandlede tegn. Bestanddelen »cort« opfattes af fagfolk og en del af de endelige forbrugere som en henvisning til »corticoider«. Tilsvarende fortolkes bestanddelen »cur« af samme grupper i kundekredsen som en henvisning til ordene »kur« eller »kurere«.
- 50 Harmoniseringskontoret har ydermere bemærket, at de forskellige vokaler »o« og »u« samt tilstedeværelsen af bogstavet »t« i slutningen af det ældre varemærke visuelt skaber en mærkbar distance. Fonetisk slutter det ansøgte varemærke på en



lang og dyb lyd på grund af kombinationen af bogstaverne »u« og »r«. Den sidste bestanddel i det ældre varemærke er derimod kendetegnet ved den hårde lyd af bogstavet »t«, som udtales af den tyske kundekreds. Begrebsmæssigt er den forskel, der eksisterer mellem de sidste bestanddele af de to tegn, af en sådan karakter, at den opvejer eventuelle visuelle og fonetiske ligheder.

- 51 Intervenienten har i princippet tilsluttet sig Harmoniseringskontorets anbringender. Intervenienten har tilføjet, at hvad angår bestanddelen »respi«, som henviser til ordet »respiratorisk«, skal der tages hensyn til det friholdelsesbehov, der er knyttet til dette ord.

#### Rettens bemærkninger

- 52 Som det fremgår af fast retspraksis, skal helhedsvurderingen af risikoen for forveksling for så vidt angår de omtvistede varemærkers visuelle, lydige eller begrebsmæssige lighed 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).
- 53 I denne forbindelse kan betydningsmæssige forskelle, der adskiller de to omtvistede varemærker, i vidt omfang opveje de visuelle og fonetiske ligheder, der eksisterer mellem disse varemærker. For at der kan blive tale om en sådan opvejning kræves det imidlertid, at mindst et af de omhandlede varemærker fra den relevante kundekreds' synsvinkel har en klar og bestemt betydning, som denne kundekreds uden videre kan forstå, og at det andet varemærke ikke har en sådan betydning, eller at det har en helt anden betydning (BASS-dommen, præmis 54).

- 54 Det er i lyset af disse regler, at det skal efterprøves, om der er en lighed mellem det ansøgte varemærke RESPICUR og det ældre varemærke RESPICORT.
- 55 For det første skal det fastslås, at der visuelt i forhold til alle berørte forbrugere er lighed mellem de omhandlede varemærker, fordi de består af et enkelt ord, de har en lignende længde, og de har de seks første bogstaver »respic« og det ottende bogstav »r« til fælles. Hverken forskellen mellem vokalerne »u« og »o« på det syvende bogstavs plads eller tilføjelsen af det niende bogstav »t« i slutningen af det ældre varemærke er af en sådan beskaffenhed, at man kan se bort fra denne visuelle lighed.
- 56 Hvad angår den fonetiske sammenligning udtales de omtvistede varemærker for det andet i tre stavelser, idet udtalelsen af de to første stavelser, »respi«, er den samme i begge tilfælde. Udtalelsen af den tredje stavelse, henholdsvis »cur« og »cort«, indbefatter både ligheder, som formidles gennem konsonanterne »c« og »r«, og forskelle, som skyldes sondringen mellem »u« og »o«, samt bogstavet »t« i det ældre varemærke. På denne baggrund er disse forskelle ikke tilstrækkelige til at opveje, at de to første stavelser er ens, og at udtalen af tredje stavelse grundet forekomsten af konsonanterne »c« og »r« udviser ligheder. Det skal således fastslås, at der er en fonetisk lighed.
- 57 Hvad for det tredje angår den begrebsmæssige lighed skal det indledningsvis fastslås, at selv om gennemsnitsforbrugeren normalt opfatter et varemærke som en helhed og ikke undersøger de forskellige detaljer (Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 25), er det ikke desto mindre sådan, at han i sin opfattelse af et ordmærke skiller det ad i ordbestanddele, som for ham har en konkret betydning eller minder om ord, han kender (Rettens dom af 6.10.2004, sag T-356/02, Vitakraft-Werke Wührmann mod KHIM — Krafft (VITAKRAFT), Sml. II, s. 3445, præmis 51). Sagsøgerens argument om, at de omtvistede varemærker ikke skilles ad af forbrugeren, kan således ikke umiddelbart tiltrædes uden at efterprøve de særlige omstændigheder i sagen.

- 58 Herefter skal det fastslås, at den begrebsmæssige opfattelse af de omtvistede varemærker i den foreliggende sag vil være forskellig for de to grupper, som udgør den berørte kundekreds. Fagfolkene vil generelt på grund af deres viden og erfaring være i stand til at forstå den begrebsmæssige betydning af de ord, som de forskellige bestanddele i de omtvistede varemærker henviser til, nemlig »respiatorisk« for »respi«, »kur« eller »kurere« for »cur« og »corticoider« for »cort«. Ved at skille de to varemærker ad i deres respektive bestanddele vil fagfolkene således fortolke det ansøgte varemærke som værende en »kur mod luftvejsproblemer« og det ældre varemærke som en betegnelse for »corticoider til luftvejene«. Disse to fortolkninger antyder en vis begrebsmæssig forskel, idet betydningen af det ældre varemærke er mere specifik end betydningen af det ansøgte varemærke, men de har alligevel det overordnede begreb med tilknytning til respiration til fælles. Selv om den begrebsmæssige forskel således svækker den visuelle og fonetiske lighed, som er konstateret ovenfor, er den dog ikke tilstrækkelig til at opveje ligheden i fagfolkernes bevidsthed.
- 59 Hvad angår de endelige forbrugere er det nævnt ovenfor, at deres opmærksomhedsniveau er højere og deres viden større end gennemsnittet på grund af den alvorlige karakter af de lidelser, de har. I de to omhandlede varemærker vil de således være i stand til at udskille bestanddelen »respi« og forstå dets begrebsmæssige indhold, som er en henvisning til den generelle karakter af deres helbredsproblemer. Deres begrænsede kendskab til medicinsk terminologi gør det dog ikke muligt for dem at opfatte de begrebsmæssige henvisninger til bestanddelene »cur« og »cort«. Begrebsmæssigt er de omtvistede varemærker således ens på grund af bestanddelen »respi«, der er identisk og den eneste bestanddel, som har et klart og bestemt begrebsmæssigt indhold.
- 60 De ovenfor anførte konklusioner vedrørende opfattelsen af de omtvistede varemærker kan ikke drages i tvivl af Harmoniseringskontorets argument om, at bestanddelen »respi« ikke kan bidrage til ligheden mellem tegnene, fordi den har en beskrivende karakter. På trods af denne beskrivende karakter bidrager denne bestanddel, som er placeret i begyndelsen af de to varemærker, som udgør to af de tre stavelser, og som er længere end den anden bestanddel i hvert varemærke, nemlig i et ikke ubetydeligt omfang til det helhedsindtryk, de omhandlede tegn giver. Hvad desuden angår fagfolkene er det nævnt ovenfor, at de opfatter alle de omtvistede

varemærkers bestanddele som værende beskrivende for anvendelsen eller for det virksomme stof i de pågældende varer. Sidstnævnte kundekreds vil således ikke være tilbøjelig til at tillægge en given bestanddel nogen særlig betydning, men vil opfatte de to varemærker ud fra hvert deres begrebsmæssige helhedsindtryk.

- 61 Endelig kan intervenientens argument nævnt i præmis 51 ovenfor vedrørende det friholdelsesbehov, der er knyttet til bestanddelen »respi«, heller ikke ændre de ovenfor nævnte konklusioner angående opfattelsen af de omtvistede varemærker. Konklusionen, at der ud fra en helhedsbetragtning er en lighed mellem de omtvistede varemærker, kan nemlig ikke anses for at føre til, at der gives eneret på bestanddelen »respi«.
- 62 Henset til det foregående skal det fastslås, at de omtvistede varemærker for fagfolk i nogen grad ligner hinanden og for de endelige forbrugere i høj grad ligner hinanden. For de endelige forbrugere ligner varemærkerne nemlig hinanden visuelt, fonetisk og begrebsmæssigt. Fagfolk opfatter derimod en vis begrebsmæssig forskel mellem de to varemærker, men den er ikke tilstrækkelig til helt at opveje den visuelle og fonetiske lighed, der er konstateret.

### *Det ældre varemærkes særpræg og risikoen for forveksling*

#### Parternes argumenter

- 63 Sagsøgeren har gjort gældende, at det ældre varemærkes særpræg er gennemsnitlig. I denne forbindelse har sagsøgeren bemærket, at »respicort« er en fantasibetegnelser, og at selv om bestanddelen »respi« henviser til ordet »respiratorisk«, vil den berørte

kundekreds ikke tilskrive den anden bestanddel »cort« noget beskrivende indhold, så meget desto mere som den ikke er adskilt fra den anden bestanddel og derfor vil være mindre synlig. Det ældre varemærkes særpræg styrkes ifølge sagsøgeren af den omstændighed, at brugen af »hentydende tegn« er almindelig praksis inden for lægemiddelsektoren.

- 64 I den foreliggende sag mener sagsøgeren sammenfattende, at varerne er af samme art, at der er en høj grad af lighed, og at det ældre varemærke har et gennemsnitligt særpræg. Sagsøgeren har konkluderet, at der foreligger risiko for forveksling mellem det ældre varemærke og det ansøgte varemærke.
- 65 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at det ældre varemærke har en meget svag grad af særpræg. Det har anført, at bestanddelen »respi« generelt opfattes som en henvisning til ordet »respiratorisk«, og at bestanddelen »cort« opfattes — i hvert fald af fagfolk — som en henvisning til »corticoider«. Ifølge Harmoniseringskontoret består det ældre varemærke således udelukkende af beskrivende bestanddele. Harmoniseringskontoret har også bemærket, at sagsøgeren ikke har fundet støtte for sit argument om den almindelige brug af »hentydende tegn« inden for lægemiddelsektoren.
- 66 Harmoniseringskontoret har på baggrund af den svage grad af lighed mellem tegnene og af det ældre varemærkes svage grad af særpræg konkluderet, at det kan udelukkes, at der i den foreliggende sag er risiko for forveksling.
- 67 Intervenienten har tilsluttet sig Harmoniseringskontorets synspunkt og har tilføjet, at det ældre varemærkes svage grad af særpræg bekræftes af mængden af registrerede varemærker, der indeholder bestanddelene »respi« og »cort«.

## Rettens bemærkninger

- 68 Risikoen for forveksling er ifølge fast retspraksis risikoen for, at det i kundekredsen kan antages, at de pågældende varer eller tjenesteydelser hidrører fra den samme virksomhed eller i givet fald fra økonomisk forbundne virksomheder.
- 69 Ifølge samme retspraksis skal der foretages en helhedsvurdering af risikoen for forveksling i henhold til den opfattelse, som den relevante kundekreds har af de pågældende tegn og de omhandlede varer. Der skal herved tages hensyn til alle relevante faktorer i sagen, navnlig at ligheden mellem tegnene og ligheden mellem de pågældende varer og tjenesteydelser står i et indbyrdes afhængighedsforhold (jf. Rettens dom af 9.7.2003, sag T-162/01, Laboratorios RTB mod KHIM — Giorgio Beverly Hills (GIORGIO BEVERLY HILLS), Sml. II, s. 2821, præmis 29-33, og af 22.6.2004, sag T-185/02, Ruiz-Picasso m.fl. mod KHIM — DaimlerChrysler (PICARO), Sml. II, s. 1739, præmis 49 og 50 og den deri nævnte retspraksis).
- 70 Det er fastslået ovenfor, dels at de pågældende varer er af samme art, dels at de omtvistede varemærker for fagfolk i nogen grad ligner hinanden og for de endelige forbrugere i høj grad ligner hinanden.
- 71 Hvad angår det ældre varemærkes særpræg skal det bemærkes, at det af begge kategorier i den berørte kundekreds vil blive anset for at være beskrivende, om end i forskelligt omfang. Som det nemlig er anført ovenfor i forbindelse med efterprøvelsen af den begrebsmæssige lighed, opfatter fagfolk de to bestanddele som en beskrivelse af formålet og det aktive stof i de pågældende varer, mens de endelige forbrugere ikke tilskriver bestanddelen »cort« noget bestemt begrebsmæssigt indhold, om end de er i stand til at forstå henvisningen i bestanddelen »respi«.

- 72 Det ældre varemærke kan således anses for at have et svækket særpræg i forhold til den berørte kundekreds, navnlig i forhold til medicinske fagfolk. I denne forbindelse kan sagsøgerens argument om den hyppige brug af »hentydende tegn« inden for lægemiddelsektoren ikke tiltrædes, dels fordi sagsøgeren ikke på nogen måde har fundet støtte for, at dette er tilfældet, dels fordi sagsøgeren ikke har forklaret relevansen af denne omstændighed i forhold til det ældre varemærke i det konkrete tilfælde.
- 73 Uanset at det ældre varemærkes svage særpræg gør det muligt at udelukke risikoen for forveksling i forhold til den professionelle kundekreds — dels på grund af indbyrdes afhængighed af de faktorer, der er relevante ved vurderingen af risikoen for forveksling, dels fordi der er større risiko for forveksling, jo større adskillelsesevnen er i det ældre varemærke, som indsigelsen støttes på (Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 20) — er denne omstændighed ikke tilstrækkelig hvad angår de endelige forbrugere, for hvem de omtvistede varemærker i høj grad ligner hinanden.
- 74 Det skal således fastslås, at der i de endelige tyske forbrugeres bevidsthed foreligger risiko for forveksling mellem det ansøgte varemærke og det ældre varemærke. Sagsøgerens eneste anbringende skal således tages til følge, og den anfægtede afgørelse skal derfor annulleres, uden at det i den foreliggende sag er nødvendigt at efterprøve relevansen af afgørelsen fra Deutsches Patent- und Markenamt, som sagsøgeren har henvist til.

### **Sagens omkostninger**

- 75 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Harmoniserings-

kontoret har tabt sagen og bør derfor pålægges at bære sine egne omkostninger og betale sagsøgerens omkostninger i overensstemmelse med dennes påstand. Da sagsøgeren ikke har nedlagt påstand om, at intervenienten skal betale sagens omkostninger, bør sagsøgeren pålægges at bære sine egne omkostninger i forbindelse med interventionen. Endelig bør det pålægges intervenienten at bære sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Anden Afdeling)

- 1) **Afgørelsen truffet den 19. april 2004 (sag R 1004/2002-2) af Andet Appellkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) annulleres.**
- 2) **Harmoniseringskontoret bærer sine egne omkostninger og betaler sagsøgerens omkostninger, bortset fra omkostningerne i forbindelse med interventionen.**
- 3) **Sagsøgeren bærer sine egne omkostninger i forbindelse med interventionen.**



**4) Intervenienten bærer sine egne omkostninger.**

Pirrung

Meij

Pelikánová

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 13. februar 2007.

E. Coulon

Justitssekretær

J. Pirrung

Afdelingsformand

