RETTENS DOM (Femte Afdeling)

18. oktober 2007 *

I sag T-425/03,

AMS Advanced Medical Services GmbH, Mannheim (Tyskland), først ved advokat G. Lindhofer, derefter ved advokaterne G. Lindhofer og S. Schäffler,

sagsøger,

mod

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

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.

American Medical Systems, Inc., Minnetonka, Minnesota (De Forenede Stater), ved advokaterne H. Kunz-Hallstein og R. Kunz-Hallstein,

angående en påstand om annullation af afgørelsen truffet den 12. september 2003 af Fjerde Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 671/2002-4) vedrørende en indsigelsessag mellem AMS Advanced Medical Services GmbH og American Medical Systems, Inc.,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Femte Afdeling)

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

justitssekretær: fuldmægtig J. Plingers,

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

under henvisning til Harmoniseringskontorets svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 23. april 2004,

under henvisning til intervenientens svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 22. april 2004,

og efter retsmødet den 7. november 2006,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

1 Den 25. oktober 1999 indgav AMS Advanced Medical Services GmbH en EF-varemærkeansøgning til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«) i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret.

2 Det varemærke, der er søgt registreret, er figurmærket »AMS Advanced Medical Services«, som er gengivet nedenfor:



3 De varer og tjenesteydelser, som varemærkeansøgningen vedrører, henhører under klasse 5, 10 og 42 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 i hver enkelt af disse klasser til følgende beskrivelse:

— Klasse 5: »Farmaceutiske og veterinærmedicinske præparater samt præparater til sundhedspleje; 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«

— Klasse 10: »Kirurgiske, medicinske, odontologiske og veterinære apparater og instrumenter samt kunstige lemmer, øjne og tænder; ortopædiske artikler; suturmaterialer«

— Klasse 42: »Værelsesudlejning og restaurationsvirksomhed; kemikervirksomhed; tjenesteydelser vedrørende ingeniørvirksomhed; tjenesteydelser fra et hospital, rekreationshjem eller helsecenter; lægevirksomhed, sundheds- og skønhedspleje; medicinske, bakteriologiske eller kemiske laboratorier; udvikling af lægemidler, farmaceutisk virkende næringsmidler og andre produkter til sundhedsvæsenet og gennemførelse af medicinske og kliniske undersøgelser og rådgivning af samt støtte til tredjemand ved disse aktiviteter; videnskabelig og industriel forskning, særlig medicinsk, bakteriologisk eller kemisk forskning; optikervirksomhed; fysikervirksomhed; tolkning; programmering af computere, særlig til medicinske formål; udarbejdelse af tekniske erklæringer; undersøgelser (tekniske og retlige) i sager vedrørende industriel ejendomsret; teknisk rådgivning og ekspertudtalelser; rådgivning af sundhedsansvarlige ved udvikling, oprettelse og gennemførelse af terapiprogrammer og afprøvning af sådanne terapiprogrammer ved hjælp af undersøgelser; dyreavl; oversættelser; udlejning af databehandlingsanlæg; udlejning af salgsautomater; administration og udnyttelse af ophavsrettigheder; udnyttelse af industriel ejendomsret; materialeprøvning; reservation af værelser«.

4 Varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EF-Varemærketidende* nr. 43/00 den 29. maj 2000.

5 Den 28. august 2000 rejste selskabet American Medical Systems, Inc. indsigelse mod det ansøgte varemærke, idet selskabet gjorde gældende, at der var en risiko for forveksling i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Indsigelsen var bl.a. støttet på flere nationale varemærker, der var registreret i Tyskland, Spanien, Frankrig, Italien, Det Forenede Kongerige samt i Benelux-landene, og bl.a. på ordmærket AMS, der blev registreret den 20. marts 1996 under nr. 2061585 i Det Forenede Kongerige for følgende varer i klasse 10 i Nice-arrangementet:

»Kirurgiske, medicinske og veterinære apparater og instrumenter; suturmaterialer; medicinsk udstyr til kontrol af urologiske problemer og impotens; proteseartikler; penisproteser; proteser til brug ved inkontinens; kunstige sphinctere; dele og tilbehør til alle de nævnte artikler, der alle er indeholdt i klasse 10«.

6 Ved afgørelse af 31. maj 2002, der udelukkende var støttet på ordmærket AMS registreret i Det Forenede Kongerige (herefter »det ældre varemærke«), tog Indsigelsesafdelingen indsigelsen til følge for så vidt angik varerne i klasse 10 med den begrundelse, at der var en risiko for forveksling på Det Forenede Kongeriges område. Indsigelsesafdelingen var således af den opfattelse, at de varer i klasse 10, der var omfattet af det ansøgte varemærke og det ældre varemærke, var af samme art, og at de omtvistede tegn lignede hinanden på grund af bogstavkombinationen »a«, »m« og »s«, som de havde til fælles, idet figurbestanddelen og ordbestanddelen »advanced medical services« havde et svagt særpræg og kun måtte anses for at have mindre vægt i det ansøgte varemærke. Indsigelsesafdelingen forkastede derimod indsigelsen for så vidt angik varerne i klasse 5 og tjenesteydelserne i klasse 42.

7 Den 30. september 2002 indgav intervenienten en klage til Harmoniseringskontoret over Indsigelsesafdelingens afgørelse, for så vidt som Indsigelsesafdelingen havde forkastet selskabets indsigelse for følgende varer og tjenesteydelser, der er omfattet af det ansøgte varemærke:

— Klasse 5: »Farmaceutiske og veterinærmedicinske præparater samt præparater til sundhedspleje; 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«

— Klasse 42: »Tjenesteydelser fra et hospital, rekreationshjem eller helsecenter; lægevirksomhed, sundheds- og skønhedspleje; medicinske, bakteriologiske eller kemiske laboratorier; udvikling af lægemidler, farmaceutisk virkende næringsmidler og andre produkter til sundhedsvæsenet og gennemførelse af medicinske og kliniske undersøgelser og rådgivning af samt støtte til tredjemand ved disse aktiviteter; videnskabelig og industriel forskning, særlig medicinsk, bakteriologisk eller kemisk forskning; optikervirksomhed; rådgivning af sundhedsansvarlige ved udvikling, oprettelse og gennemførelse af terapiprogrammer og afprøvning af sådanne terapiprogrammer ved hjælp af undersøgelser«.

8 Intervenienten gjorde gældende, at der var en snæver forbindelse mellem varerne i klasse 5 og varerne i klasse 10, for så vidt som førstnævnte varer bliver anvendt som applikatorer ved udleveringen af medicinske præparater eller i det mindste i forbindelse med brugen af dem. For så vidt angik tjenesteydelserne i klasse 42 skulle der ifølge intervenienten tages hensyn til, at alle lægemiddelvirksomheder udfører forskning og er forpligtede hertil.

9 Sagsøgeren erklærede for det første i sit indlæg for Fjerde Appelkammer ved Harmoniseringskontoret, at »[d]er ikke [var] nogen risiko for forveksling mellem varemærkerne AMS AMBICOR, AMS SECURO-T, AMS og AMERICAN MEDICAL SYSTEMS på den ene side og varemærket AMS Advanced Medical Services på den anden side med hensyn til den aktuelle liste over varer og tjenesteydelser, idet EF-varemærket AMS Advanced Medical Services [var blevet] begrænset under indsigelsessagen (jf. afgørelse nr. 1697/2002 af 31. maj 2002)«. Sagsøgeren præciserede dernæst, at selskabet var »enig i de konklusioner Indsigelsesafdelingen [nåede] til med hensyn til ligheden mellem varerne og med hensyn til den betydning, Indsigelsesafdelingen [tillagde] den omstændighed, at ligheden mellem varemærkerne og ligheden mellem varerne og tjenesteydelserne står i et indbyrdes afhængighedsforhold«. Endelig bestred sagsøgeren, at der i løbet af de fem år, der gik forud for indsigelsessagen, var gjort reel brug af intervenientens varemærker inden for Det Europæiske Fællesskab for varerne i klasse 10, og sagsøgeren opfordrede derfor intervenienten til at fremlægge bevis for brugen af dennes forskellige varemærker.

10 Ved afgørelse af 12. september 2003 (herefter »den anfægtede afgørelse«) annullerede appelkammeret Indsigelsesafdelingens afgørelse og tog intervenientens indsigelse til følge, bortset fra følgende varer, for hvilke appelkammeret tillod sagsøgerens registrering af det ansøgte varemærke, dvs. »næringsmidler[ne] til spædbørn; præparater[ne] til udryddelse af skadedyr; [og de] svampe- og ukrudtsdræbende midler«, da disse varer måtte anses for at være tilstrækkeligt forskellige fra de varer, der er beskyttet af det ældre varemærke. Derimod anførte appelkammeret med hensyn til de varer og tjenesteydelser, for hvilke det tog indsigelsen til følge, at alle disse varer og tjenesteydelser på samme måde som de varer, der er beskyttet af det ældre varemærke, i det væsentlige vedrørte medicinalområdet og havde til formål at helbrede fysiske lidelser, hvilket indebar en risiko for forveksling henset til deres formål og til ligheden mellem de omhandlede tegn. Endelig afviste appelkammeret den undtagelse vedrørende manglende brug af intervenientens varemærke inden for Fællesskabet, der var blevet påberåbt af sagsøgeren i forbindelse med sagen for appelkammeret, med den begrundelse, at undtagelsen ikke var påberåbt i rette tid for Indsigelsesafdelingen.

Parternes påstande

11 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— EF-varemærkeansøgningen imødekommes.

— Subsidiært hjemvises sagen til appelkammeret.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

12 Under retsmødet erklærede sagsøgeren, at selskabet frafaldt dets anden påstand, hvilket blev tilført retsbogen.

13 Harmoniseringskontoret og intervenienten har nedlagt følgende påstande:

— Harmoniseringskontoret frifindes.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Formaliteten vedrørende sagsøgerens tredje påstand

14 Med sin tredje påstand har sagsøgeren anmodet Retten om at hjemvise sagen til appelkammeret med henblik på, at dette træffer afgørelse om selskabets registreringsansøgning.

15 I denne henseende bemærkes, at det følger af artikel 63, stk. 6, i forordning nr. 40/94, at Harmoniseringskontoret skal træffe de foranstaltninger, der er nødvendige til opfyldelse af dommen fra Fællesskabets retsinstanser. Det tilkommer derfor ikke Retten at give Harmoniseringskontoret et pålæg. Det påhviler dette at drage konsekvenserne af konklusionen og præmisserne i den dom, Retten afsiger. Ifølge retspraksis finder dette princip bl.a. anvendelse, når påstanden vedrører en anmodning om at hjemvise sagen til Harmoniseringskontoret med henblik på, at dette træffer afgørelse om registreringsansøgningen (Rettens dom af 31.1.2001, sag T-331/99, Mitsubishi HiTec Paper Bielefeld mod KHIM (Giroform), Sml. II, s. 433, præmis 33, af 27.2.2002, sag T-34/00, Eurocool Logistik mod KHIM (EUROCOOL), Sml. II, s. 683, præmis 11 og 12, og af 31.3.2004, sag T-216/02, Fieldturf mod KHIM (LOOKS LIKE GRASS… FEELS LIKE GRASS… PLAYS LIKE GRASS), Sml. II, s. 1023, præmis 15).

16 Sagsøgerens tredje påstand må derfor afvises.

Påstanden om annullation af den anfægtede afgørelse

17 Sagsøgeren har i det væsentlige gjort to anbringender gældende vedrørende dels tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1 og 2, i forordning nr. 40/94, dels manglende reel brug af intervenientens varemærker.

1. *Det første anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1 og 2, i forordning nr. 40/94*

Formaliteten vedrørende de retlige omstændigheder, der er fremført for Retten

Parternes argumenter

18 Harmoniseringskontoret har understreget, at det er bestemt i artikel 135, stk. 4, i Rettens procesreglement, at der ikke i parternes processkrifter må foretages nogen ændring af sagsgenstanden, som den har foreligget for appelkammeret, idet denne er afgrænset af klageskriftet og sagsøgerens påstande.

19 Ifølge Harmoniseringskontoret er det ikke endeligt fastlagt, i hvilket omfang sagsøgte for appelkammeret kan være med til at afgrænse sagens genstand for kammeret ved selv i sit svarskrift at anfægte konklusioner i den foregående instans' afgørelse, som ikke er blevet bestridt af sagsøgeren, navnlig uden selv at have indgivet klage. Det er heller ikke endeligt fastlagt, om appelkammeret skal efterprøve den anfægtede afgørelse som helhed, eller om det kan begrænse prøvelsen til de aspekter i afgørelsen, som udtrykkeligt er blevet forelagt for kontrolinstansen i henhold til den skriftlige begrundelse for klagen. Harmoniseringskontoret har i denne forbindelse henvist til de modstridende betragtninger, der er anført i henholdsvis Rettens dom af 23. september 2003, Henkel mod KHIM — LHS (UK) (KLEENCARE) (sag T-308/01, Sml. II, s. 3253, præmis 29), og af 17. marts 2004, El Corte Inglés mod KHIM — González Cabello og Iberia Líneas Aéreas de España (MUNDICOR) (forenede sager T-183/02 og T-184/02, Sml. II, s. 965, præmis 76).

20 Harmoniseringskontoret har henvist til, at de af Indsigelsesafdelingens konstateringer, der ikke er blevet anfægtet for appelkammeret af sagsøgte, ikke for første gang for Retten kan være omfattet af sagens genstand.

21 Harmoniseringskontoret har påpeget, at sagsøgeren, der var sagsøgte for appelkammeret, i den foreliggende sag udtrykkeligt anerkendte i forbindelse med klagesagen, at Indsigelsesafdelingens konstateringer var korrekte, eftersom sagsøgeren erklærede sig »enig i de konklusioner, Indsigelsesafdelingen [nåede] til med hensyn til ligheden mellem varerne og med hensyn til den betydning, Indsigelsesafdelingen [tillagde] den omstændighed, at ligheden mellem varemærkerne og ligheden mellem varerne [og] tjenesteydelserne står i et indbyrdes afhængighedsforhold«. Sagsøgeren har nemlig alene anfægtet appelkammerets ændring af Indsigelsesafdelingens afgørelse i retning af en udvidelse af de varer og tjenesteydelser, der skulle anses for at svare til interventientens varer og tjenesteydelser. Harmoniseringskontoret er således af den opfattelse, at det alene var spørgsmålet om, hvorvidt andre varer og tjenesteydelser end dem, der oprindeligt var blevet identificeret af Indsigelsesafdelingen, var omfattet af det ældre varemærkes lighedsområde, som var genstand for sagen ved appelkammeret. For så vidt som sagsøgeren i forbindelse med den foreliggende retssag har anfægtet, at der er lighed mellem tegnene, således som det blev konstateret af Indsigelsesafdelingen og stadfæstet af appelkammeret, skal anbringendet imidlertid afvises, idet det indebærer en ændring af sagsgenstanden i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i procesreglementets artikel 135, stk. 4. Desuden skal anbringendet afvises med den begrundelse, at det udgør en tilsidesættelse af princippet om, at det, der tidligere er anerkendt, ikke kan bestrides (venire contra factum proprium).

Rettens bemærkninger

22 Indledningsvis skal det efterprøves, om sagsøgeren, som Harmoniseringskontoret har gjort gældende, udtrykkeligt anerkendte for appelkammeret, at der var lighed mellem de omtvistede varemærker, således at sagsøgeren ikke længere vil kunne anfægte denne lighed for Retten.

23 I denne henseende skal det bemærkes, at sagsøgeren i andet afsnit af sit indlæg for appelkammeret af 13. februar 2003 anførte, at selskabet var »enig i de konklusioner, Indsigelsesafdelingen [nåede] til med hensyn til ligheden mellem varerne og med hensyn til den betydning, Indsigelsesafdelingen [tillagde] den omstændighed, at ligheden mellem varemærkerne og ligheden mellem varerne og tjenesteydelserne står i et indbyrdes afhængighedsforhold«.

24 Det må konstateres, at i modsætning til, hvad Harmoniseringskontoret har gjort gældende, kan det ikke bekræftes, at sagsøgeren i dette afsnit udtrykkeligt anerkendte, at der var lighed mellem de omtvistede varemærker. Sagsøgeren anførte således ikke i klare og præcise vendinger i dette afsnit, at selskabet ikke rejste tvivl om, at der var lighed mellem disse varemærker, men begrænsede sig til ikke at stille spørgsmålstegn ved den betydning, Indsigelsesafdelingen havde tillagt den omstændighed, at ligheden mellem de omtvistede varemærker og ligheden mellem de omhandlede varer og tjenesteydelser stod i et indbyrdes afhængighedsforhold.

25 At der ikke foreligger nogen udtrykkelig anerkendelse fra sagsøgerens side af, at der er lighed mellem de omtvistede varemærker, bekræftes ved første afsnit af nævnte indlæg, hvor sagsøgeren anførte, at »[d]er ikke [var] nogen risiko for forveksling mellem varemærkerne AMS AMBICOR, AMS SECURO-T, AMS og AMERICAN MEDICAL SYSTEMS på den ene side og varemærket AMS Advanced Medical Services på den anden side med hensyn til den aktuelle liste over varer og tjenesteydelser, idet EF-varemærket AMS Advanced Medical Services [var blevet] begrænset under indsigelsessagen«. Det fremgår således af dette, at sagsøgeren havde til hensigt at anfægte for appelkammeret, at der var lighed mellem varemærkerne for så vidt angår varerne i klasse 5 og tjenesteydelserne i klasse 42, hvilket selskabet desuden har bekræftet som svar på et spørgsmål fra Retten vedrørende rækkevidden og indholdet af disse to afsnit af selskabets indlæg af 13. februar 2003. I første afsnit gjorde sagsøgeren derfor blot gældende, at der kun var risiko for forveksling med varerne i klasse 10, i forhold til hvilke sagsøgeren i øvrigt ikke anfægtede Indsigelsesafdelingens afgørelse.

26 Endelig fortolkede appelkammeret selv på ingen måde sagsøgerens indlæg af 13. februar 2003 som en udtrykkelig anerkendelse af Indsigelsesafdelingens konklusioner vedrørende spørgsmålet om manglende lighed mellem de omtvistede varemærker,

eftersom appelkammeret for så vidt angik denne lighed anførte, at »[v]aremærkerne fremb[ød] en væsentlig grad af lighed, da de indehold[t] den samme forkortelse AMS«, uden på nogen måde at henvise til sagsøgerens påståede udtrykkelige anerkendelse på dette punkt.

27 Under alle omstændigheder bemærkes, at selv hvis det antages, at sagsøgeren i sit indlæg af 13. februar 2003 udtrykkeligt anerkendte, at der var lighed mellem de omtvistede varemærker, fremgår det af fast retspraksis, at en sag, der er indbragt for Retten i medfør af artikel 63, stk. 2, i forordning nr. 40/94, har til formål at efterprøve lovligheden af afgørelser fra appelkamrene (jf. Rettens dom af 12.12.2002, sag T-247/01, eCopy mod KHIM (ECOPY), Sml. II, s. 5301, præmis 46, og af 22.10.2003, sag T-311/01, Éditions Albert René mod KHIM — Trucco (Starix), Sml. II, s. 4625, præmis 70). Inden for rammerne af forordning nr. 40/94 skal denne efterprøvelse i henhold til forordningens artikel 74 foretages under hensyn til de faktiske og retlige omstændigheder i sagen, som den har foreligget for appelkammeret (Rettens dom af 5.3.2003, sag T-194/01, Unilever mod KHIM (ægformet tablet), Sml. II, s. 383, præmis 16, og af 1.2.2005, sag T-57/03, SPAG mod KHIM — Dann og Backer (HOOLIGAN), Sml. II, s. 287, præmis 17). Ifølge procesreglementets artikel 135, stk. 4, må der i øvrigt ikke i parternes processkrifter foretages nogen ændring af sagsgenstanden, som den har foreligget for appelkammeret.

28 I den forbindelse bemærkes, at Harmoniseringskontoret, når der rejses en indsigelse over for registreringen af et EF-varemærke, der er støttet på artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, skal efterprøve, om de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af de omtvistede varemærker, er af samme eller lignende art, samt om der mangler lighed mellem varemærkerne (jf. i denne retning HOOLIGAN-dommen, nævnt i præmis 27 ovenfor, præmis 24 og 25).

29 Den omstændighed, at sagsøgeren ikke for appelkammeret anfægtede, at der var lighed mellem de omtvistede varemærker, kan på ingen måde have til virkning, at Harmoniseringskontoret ikke skulle behandle spørgsmålet om, hvorvidt

varemærkerne lignede hinanden eller var identiske. En sådan omstændighed kan således heller ikke have til virkning, at sagsøgeren har mistet retten til — inden for grænserne for den retlige og faktiske ramme for sagen for appelkammeret — at anfægte de vurderinger, som appelkammeret har foretaget med hensyn hertil (jf. i denne retning HOOLIGAN-dommen, nævnt i præmis 27 ovenfor, præmis 24 og 25).

30 Det skal fastslås, at sagsøgerens anbringender for Retten, hvorefter ligheden mellem de omtvistede varemærker anfægtes, ikke falder uden for rammerne af sagen, som den forelå ved appelkammeret, der bl.a. tog stilling til spørgsmålet om, hvorvidt der var lighed mellem de omtvistede varemærker. Sagsøgeren har nemlig alene stillet spørgsmålstegn ved appelkammerets vurderinger og den slutning, som appelkammeret har draget i den forbindelse. Det følger heraf, at sagsøgeren ikke har ændret sagsgenstanden med disse anbringender, og at disse således kan antages til realitetsbehandling ved Retten.

31 Under disse omstændigheder må Harmoniseringskontorets formalitetsindsigelse forkastes.

Realiteten

Parternes argumenter

32 Sagsøgeren har gjort gældende, at der ikke er nogen lighed og følgelig ikke nogen risiko for forveksling mellem på den ene side intervenientens varemærker AMS AMBICOR, AMS SECURO-T og AMERICAN MEDICAL SYSTEMS og på den anden side det ansøgte varemærke AMS Advanced Medical Services. Denne konklusion, som appelkammeret ligeledes nåede til, anfægtes ikke.

33 Sagsøgeren har desuden påberåbt sig, at der i modsætning til, hvad der er anført i den anfægtede afgørelse, heller ikke er risiko for forveksling mellem det ældre varemærke og det ansøgte varemærke, da der hverken er lighed mellem de omtvistede tegn eller mellem de omhandlede varer og tjenesteydelser.

34 Hvad for det første angår ligheden mellem tegnene er sagsøgeren af den opfattelse, at der i hvert enkelt tilfælde skal tages udgangspunkt i det helhedsindtryk, de to omhandlede tegn fremkalder. Derimod er det ikke tilladt, som appelkammeret gjorde, at foretage en separat vurdering af en enkelt af tegnets bestanddele. Registreringen af et EF-figurmærke beskytter således kun det ansøgte varemærke i dets helhed og ikke bestemte dele af navne eller bogstaver.

35 I denne henseende har sagsøgeren anført, at det ansøgte varemærke blev forelagt til registrering som figurmærke og indeholder en grafisk gengivet cirkel afmærket med pile samt ordbestanddelene »ams« og »advanced medical services«, der er placeret til højre herfor. Sagsøgeren har tilføjet, at den grafisk gengivne cirkel afmærket med pile og ordbestanddelene er forbundet ved hjælp af en linje, der går igennem cirkelen, idet bestanddelen »ams« står oven over linjen, mens bestanddelen »advanced medical services« er placeret lige neden under linjen. Sagsøgeren har præciseret, at »AMS« som forkortelse betegner de tre initialer i bestanddelen »advanced medical services«, som på samme tid er sagsøgerens selskabsnavn, og at det ansøgte varemærke altid udtales som »ams advanced medical services« som helhed og aldrig særskilt alene ved hjælp af forkortelsen AMS, som er uden betydning. Bestanddelen »ams«, der har en svag grad af særpræg, kan derfor ikke anses for at præge varemærket i en sådan grad, at alle andre bestanddele bliver trængt i baggrunden.

36 Hvad for det andet angår ligheden mellem varerne har sagsøgeren gjort gældende, at de højtspecialiserede varer i klasse 10, som intervenienten har gjort krav på, og de varer og tjenesteydelser i klasse 5 og 42, som registreringsansøgningen vedrører, ikke

er af lignende art. Selv om medicinalbranchen er berørt i begge tilfælde, er denne omstændighed ikke tilstrækkelig til, at varerne må anses for at være af lignende art. Medicinalbranchen er overordentligt omfattende og kan dække over en lang række varer i andre klasser, hvilket kunne føre til, at rækkevidden af den beskyttelse, der gives til et varenavn, som er registreret på et konkret og højt specialiseret medicinalområde, bliver udvidet til at omfatte varer, som varemærkeretligt set er meget forskellige.

37 For det tredje er sagsøgeren af den opfattelse, at det ældre varemærke, som kun består af tre bogstaver »a«, »m« og »s«, der danner en forkortelse, har en svag grad af særpræg og derfor højest nyder en begrænset beskyttelse. Sagsøgeren har tilføjet, at der ved vurderingen af risikoen for forveksling mellem to tegn er en indbyrdes afhængighed mellem på den ene side ligheden mellem tegnene og på den anden side ligheden mellem varerne og tjenesteydelserne, således at der ved konstateringen af, at der ikke er risiko for forveksling, kan være mindre forskel mellem de omhandlede varer og tjenesteydelser, når der er tale om varemærker med en svagere grad af særpræg. Dette er tilfældet i den foreliggende sag, hvor det ældre varemærke har en svag grad af særpræg, og hvor såvel forskellene mellem de omtvistede tegn som mellem de omhandlede varer og tjenesteydelser er tilstrækkeligt store til at konkludere, at der ikke er risiko for forveksling.

38 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at blandt de relevante faktorer i det foreliggende tilfælde, der skal tages i betragtning ved helhedsvurderingen af risikoen for forveksling (Domstolens dom af 11.11.1997, sag C-251/95, SABEL, Sml. I, s. 6191, præmis 22, af 22.6.1999, sag C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Sml. I, s. 3819, præmis 18, og af 22.6.2000, sag C-425/98, Marca Mode, Sml. I, s. 4861, præmis 40), er spørgsmålet om, hvorvidt varerne er i et konkurrenceforhold eller supplerer hinanden, et vigtigt element, og at hvis der kan findes holdepunkter for, at der ud fra forbrugerens synspunkt er et konkurrenceforhold eller en komplementærforbindelse mellem bestemte varer, kan disse varer normalt umiddelbart anses for at være af lignende art i varemærkeretlig forstand.

39 Den tilgang, hvorefter ligheden mellem varerne begrundes med, at der henset til det relevante marked er en komplementærforbindelse mellem varerne og tjenesteydelserne, har også fundet udtryk i Rettens praksis (jf. i denne henseende Rettens dom af 23.10.2002, sag T-388/00, Institut für Lernsysteme mod KHIM — Educational Services (ELS), Sml. II, s. 4301, præmis 55 og 56).

40 Harmoniseringskontoret har erklæret sig enig i det standpunkt, appelkammeret indtog, og har gjort gældende, at de varer i klasse 5 og i klasse 10, der er omfattet af de omtvistede varemærker, er af lignende art, idet de anvendes samtidig og med det samme formål, dvs. til en terapeutisk behandling. For så vidt angår de tjenesteydelser i klasse 42, i forbindelse med hvilke der i det foreliggende tilfælde er gjort indsigelse mod registreringen af det ansøgte varemærke, er de sammenlignelige med varerne i klasse 10, for så vidt som sidstnævnte varer normalt anvendes i forbindelse med leveringen af de nævnte tjenesteydelser. Med hensyn til tjenesteydelserne på forskningsområdet skal der desuden tages hensyn til den omstændighed, at de lægemiddelvirksomheder, der fremstiller de medicinske instrumenter i klasse 10, normalt driver virksomhed på forsknings- og udviklingsområdet, og at der er grund til at antage, at den specialiserede kundekreds, som anvender disse instrumenter, er bekendt med denne situation.

41 Intervenienten har i det væsentlige tilsluttet sig Harmoniseringskontorets argumentation og har konkluderet, at de varer og tjenesteydelser, for hvilke det ansøgte varemærke er søgt registreret, er sammenlignelige med de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af det ældre varemærke.

Rettens bemærkninger

42 I henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 er det varemærke, der søges registreret, hvis indehaveren af et ældre varemærke rejser indsigelse, udelukket fra registrering, »såfremt der i offentlighedens bevidsthed inden for det område,

hvor det ældre mærke er beskyttet, er risiko for forveksling, fordi det yngre mærke er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og varerne eller tjenesteydelserne er af samme eller lignende art; risikoen for forveksling indbefatter risikoen for, at der antages at være en forbindelse med det ældre varemærke«.

43 I henhold til artikel 8, stk. 2, litra a), nr. i) og ii), i forordning nr. 40/94 skal der ved ældre varemærker forstås EF-varemærker samt varemærker, som er registreret i en medlemsstat, og hvis ansøgningsdato ligger før datoen for EF-varemærkeansøgningen.

44 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 (Domstolens dom af 29.9.1998, sag C-39/97, Canon, Sml. I, s. 5507, præmis 29, og Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, nævnt i præmis 38 ovenfor, præmis 17, samt Rettens dom af 23.10.2002, sag T-104/01, Oberhauser mod KHIM — Petit Liberto (Fifties), Sml. II, s. 4359, præmis 25, af 30.6.2004, sag T-186/02, BMI Bertollo mod KHIM — Diesel (DIESELIT), Sml. II, s. 1887, præmis 34, og af 15.3.2006, sag T-31/04, Eurodrive Services and Distribution mod KHIM — Gómez Frías (euroMASTER), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 28).

45 Det er desuden fastslået, at der skal foretages en helhedsvurdering af risikoen for forveksling i offentlighedens bevidsthed under hensyntagen til alle relevante faktorer i det foreliggende tilfælde (SABEL-dommen, nævnt i præmis 38 ovenfor, præmis 22, Canon-dommen, nævnt i præmis 44 ovenfor, præmis 16, Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, nævnt i præmis 38 ovenfor, præmis 18, Marca Mode-dommen, nævnt i præmis 38 ovenfor, præmis 40, Fifties-dommen, nævnt i præmis 44 ovenfor, præmis 26, og DIESELIT-dommen, nævnt i præmis 44 ovenfor, præmis 35).

46 Denne helhedsvurdering indebærer en vis indbyrdes afhængighed mellem de faktorer, der kommer i betragtning, og især ligheden mellem varemærkerne og ligheden mellem de varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af varemærkerne. En svag grad

af lighed mellem de af varemærkerne omfattede varer eller tjenesteydelser kan således opvejes af en høj grad af lighed mellem varemærkerne og omvendt (Canon-dommen, nævnt i præmis 44 ovenfor, præmis 17, Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, nævnt i præmis 38 ovenfor, præmis 19, Marca Mode-dommen, nævnt i præmis 38 ovenfor, præmis 40, samt Rettens dom af 23.10.2002, sag T-6/01, Matratzen Concord mod KHIM — Hukla Germany (MATRATZEN), Sml. II, s. 4335, præmis 25, stadfæstet efter appel ved Domstolens kendelse af 28.4.2004, sag C-3/03 P, Matratzen Concord mod KHIM, Sml. I, s. 3657). Den indbyrdes afhængighed mellem disse faktorer kommer til udtryk i syvende betragtning til forordning nr. 40/94, ifølge hvilken begrebet lighed bør fortolkes i forhold til risikoen for forveksling, og bedømmelsen heraf afhænger af en lang række faktorer, herunder navnlig hvor kendt varemærket er på markedet, om der kan skabes en forbindelse med det benyttede eller registrerede tegn, samt hvor stor ligheden er mellem varemærket og tegnet og mellem de pågældende varer eller tjenesteydelser (jf. DIESELIT-dommen, nævnt i præmis 44 ovenfor, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis).

47 Desuden skal helhedsvurderingen for så vidt angår de omtvistede tegns visuelle, lydlige eller begrebsmæssige lighed være baseret på helhedsindtrykket af tegnene, idet der bl.a. skal tages hensyn til de bestanddele, der har særpræg eller er dominerende. Det fremgår således af henvisningen til en risiko for forveksling »i offentlighedens bevidsthed« i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, at det spiller en afgørende rolle i helhedsvurderingen af risikoen for forveksling, hvordan gennemsnitsforbrugeren af de pågældende varer eller tjenesteydelser opfatter varemærkerne. Gennemsnitsforbrugeren opfatter imidlertid normalt et varemærke som en helhed og undersøger ikke de forskellige detaljer (jf. i denne retning SABEL-dommen, nævnt i præmis 38 ovenfor, præmis 23, Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, nævnt i præmis 38 ovenfor, præmis 25, kendelsen i sagen Matratzen Concord mod KHIM, nævnt i præmis 46 ovenfor, præmis 29, og DIESELIT-dommen, nævnt i præmis 44 ovenfor, præmis 38).

48 For så vidt angår helhedsvurderingen af risikoen for forveksling anses gennemsnitsforbrugeren af de omhandlede varer for at være almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet. Der må i øvrigt tages hensyn til, at gennemsnitsforbrugeren kun sjældent har mulighed for at foretage en direkte sammenligning mellem de forskellige varemærker, men må stole på det ufuldstændige billede af dem, han har i erindringen. Der må også tages hensyn til, at gennemsnitsforbrugerens

opmærksomhedsniveau kan variere, alt efter hvilken kategori af varer eller tjenesteydelser, der er tale om (Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, nævnt i præmis 38 ovenfor, præmis 26, Fifties-dommen, nævnt i præmis 44 ovenfor, præmis 28, og DIESELIT-dommen, nævnt i præmis 44 ovenfor, præmis 38).

49 Endelig er en konsekvens af EF-varemærkets enhedskarakter i henhold til artikel 1, stk. 2, i forordning nr. 40/94, at et ældre EF-varemærke er beskyttet på samme måde i alle medlemsstaterne. EF-varemærkerne kan derfor påberåbes til støtte for en indsigelse mod alle senere varemærkeansøgninger, som krænker deres beskyttelse, også selv om beskyttelsen kun krænkes i forhold til forbrugernes opfattelse på en del af fællesskabsområdet. Heraf følger det, at princippet i artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 40/94 — hvorefter det for at udelukke et varemærke fra registrering er tilstrækkeligt, at en absolut registreringshindring kun er til stede i en del af Fællesskabet — også finder anvendelse analogt i tilfælde af en relativ registreringshindring som omhandlet i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 (MATRATZEN-dommen, nævnt i præmis 46 ovenfor, præmis 59, samt Rettens dom af 6.10.2004, forenede sager T-117/03 — T-119/03 og T-171/03, New Look mod KHIM — Naulover (NLSPORT, NLJEANS, NLACTIVE og NLCollection), Sml. II, s. 3471, præmis 34, og af 1.3.2005, sag T-185/03, Fusco mod KHIM — Fusco International (ENZO FUSCO), Sml. II, s. 715, præmis 33).

50 I det foreliggende tilfælde er de varemærker, som indsigelsen var støttet på, nationale varemærker registreret i Tyskland, Spanien, Frankrig, Italien, Det Forenede Kongerige og Benelux-landene. Indsigelsesafdelingens afgørelse og den anfægtede afgørelse var alene støttet på det ældre varemærke, der er registreret i Det Forenede Kongerige, hvilket ikke er bestridt af parterne. Efterprøvelsen skal følgelig begrænses til Det Forenede Kongeriges område.

51 Den relevante kundekreds er, som appelkammeret konstaterede i den anfægtede afgørelses punkt 12, sammensat af gennemsnitsforbrugere i Det Forenede Kongerige, som anses for at være almindeligt oplyste, rimeligt opmærksomme og velunderrettede, samt af erhvervsdrivende og specialister inden for medicinalbranchen i Det Forenede Kongerige.

52 Det er i lyset af ovenstående betragtninger, at appelkammerets vurdering af risikoen for forveksling mellem de omtvistede tegn skal bedømmes.

— Ligheden mellem varerne og tjenesteydelserne

53 Det følger af fast retspraksis, at der ved vurderingen af ligheden mellem varer eller tjenesteydelser skal tages hensyn til alle relevante faktorer, der kendetegner den forbindelse, der kan være mellem dem. Disse faktorer omfatter navnlig deres art, anvendelsesformål og benyttelse, samt om de konkurrerer med eller supplerer hinanden (Domstolens dom af 11.5.2006, sag C-416/04 P, Sunrider mod KHIM, Sml. I, s. 4237, præmis 85; jf. Rettens dom af 15.1.2003, sag T-99/01, Mystery Drinks mod KHIM — Karlsberg Brauerei (MYSTERY), Sml. II, s. 43, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis, af 7.7.2005, sag T-385/03, Miles International mod KHIM — Biker Miles (Biker Miles), Sml. II, s. 2665, præmis 31, og euroMASTER-dommen, nævnt i præmis 44 ovenfor, præmis 31).

54 Hvad angår vurderingen af ligheden mellem de omhandlede varer ændrede appelkammeret ikke i den anfægtede afgørelses punkt 8 og 13 Indsigelsesafdelingens vurdering med hensyn til »næringsmidler til spædbørn; præparater til udryddelse af skadedyr; svampe- og ukrudtsdræbende midler«, da disse varer måtte anses for at være tilstrækkeligt forskellige fra de medicinske, kirurgiske produkter og de øvrige varer i denne kategori, der er omfattet af det ældre varemærke, til at en risiko for forveksling kunne udelukkes.

55 Det konstateres, at denne konklusion ikke er blevet bestridt af intervenienten i forbindelse med nærværende sag.

56 Derimod annullerede appelkammeret Indsigelsesafdelingens afgørelse for så vidt angik de øvrige varer i klasse 5 og alle de nævnte tjenesteydelser i klasse 42.

57 Appelkammeret anførte således i den anfægtede afgørelses punkt 8, at »farmaceutiske og veterinærmedicinske præparater samt præparater til sundhedspleje; diætetiske præparater til medicinsk brug; plastre og forbindsstoffer; materiale til tandplombering og til tandaftryk; desinfektionsmidler« (klasse 5) samt alle de tjenesteydelser i klasse 42, der var genstand for sagen ved appelkammeret, »på samme måde som de varer, der er omfattet af det ældre varemærke, alle vedrører medicinalområdet og har til formål at helbrede fysiske lidelser, hvilket indebærer en risiko for forveksling henset til ligheden mellem tegnene«.

58 Appelkammeret præciserede i denne henseende i den anfægtede afgørelses punkt 9-11, at de omhandlede varer vedrører medicinalbranchen, og at de tjenesteydelser, der er omfattet af det ansøgte varemærke, er sammenlignelige med de varer, der er omfattet af det ældre varemærke, fordi de vedrører beslægtede områder, såsom bakteriologi, farmaci og andre områder inden for denne genre, og er nært forbundet med dem på grund af deres høje grad af specialisering.

59 Denne opfattelse må tiltrædes.

60 I denne forbindelse bemærkes, at de varer, der er beskyttet af det ældre varemærke, og dem, der er omfattet af det ansøgte varemærke, alle vedrører medicinalområdet og derfor er bestemt til at blive anvendt i forbindelse med en terapeutisk behandling.

61 Desuden er der enten en komplementærforbindelse eller et konkurrenceforhold mellem alle de varer, der er omfattet af det ansøgte varemærke, og dem, der er beskyttet af det ældre varemærke. Farmaceutiske præparater og præparater til sundhedspleje, diætetiske præparater til medicinsk brug, plastre og forbindsstoffer og desinfektionsmidler er således kompletterende i forhold til de varer, der er beskyttet af det ældre varemærke, da de generelt bruges i forbindelse med kirurgiske operationer, hvorved proteser eller kunstige sphinctere indopereres.

62 Som det med rette er påpeget af intervenienten, skal lægen ved indoperering af en protese først desinficere protesen ved hjælp af et desinficerende middel, dernæst indoperere protesen, hvorefter såret lukkes, i hvilken forbindelse der bruges forbindsstoffer, og endelig fastgøres disse forbindsstoffer ved hjælp af et plaster. Lægen kan ligeledes udskrive et præparat til personlig hygiejne samt farmaceutiske præparater.

63 Med hensyn til veterinærmedicinske præparater må det konstateres, at de ligeledes er kompletterende i forhold til de veterinære apparater, der er omfattet af det ældre varemærke. Hvad angår materialerne til tandplombering og til tandaftryk konkurrerer disse materialer med det medicinske udstyr, der er omfattet af det ældre varemærke, og kompletterer de kirurgiske og medicinske apparater, der også er beskyttet af det ældre varemærke.

64 For så vidt angår vurderingen af ligheden mellem de omtvistede tjenesteydelser skal det indledningsvis konstateres, at — som appelkammeret med rette anførte — medicinsk, bakteriologisk og kemisk forskning og afprøvning samt medicinske, bakteriologiske og kemiske undersøgelser, herunder navnlig den forskning og afprøvning og de undersøgelser, der er angivet i EF-varemærkeansøgningen, er nært forbundet med lægemidler og medicinsk udstyr eller medicinske artikler, såsom de lægemidler, det udstyr og de artikler, der er omfattet af det ældre varemærke. Dernæst bemærkes, at de medicinske apparater og artikler, der er beskyttet af det ældre varemærke, herunder navnlig proteserne, normalt leveres i forbindelse med lægelige ydelser på hospitaler eller privatklinikker på samme måde som dem, der er angivet i EF-varemærkeansøgningen. Endelig kan videnskabelig og industriel forskning af forskellig art udføres inden for det samme område som området for de varer, der er omfattet af det ældre varemærke.

65 Da der i henseende til anvendelsesformålet er en snæver forbindelse mellem de pågældende varer og tjenesteydelser, og da varerne supplerer tjenesteydelserne, var det derfor med rette, at appelkammeret fandt, at disse varer og tjenesteydelser lignede hinanden.

66 Det følger heraf, at det var med rette, at appelkammeret fandt, at de omtvistede varer og tjenesteydelser lignede de varer, der er beskyttet af det ældre varemærke (jf. i denne retning ELS-dommen, nævnt i præmis 39 ovenfor, præmis 56).

— Ligheden mellem tegnene

67 Som allerede anført i præmis 47 ovenfor skal helhedsvurderingen af risikoen for forveksling for så vidt angår de omhandlede varemærkers visuelle, fonetiske eller begrebsmæssige lighed være baseret på helhedsindtrykket af varemærkerne, idet der bl.a. skal tages hensyn til de bestanddele, der har særpræg eller er dominerende (jf. SABEL-dommen, nævnt i præmis 38 ovenfor, præmis 23, og Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, nævnt i præmis 38 ovenfor, præmis 25, samt Rettens dom af 14.10.2003, sag T-292/01, Philips-Van Heusen mod KHIM — Pash Textilvertrieb und Einzelhandel (BASS), Sml. II, s. 4335, præmis 47 og den deri nævnte retspraksis, og af 24.11.2005, sag T-135/04, GfK mod KHIM — BUS (Online Bus), Sml. II, s. 4865, præmis 57 og den deri nævnte retspraksis).

68 Ifølge samme retspraksis kan et sammensat varemærke ikke anses for at ligne et andet varemærke, der er identisk med eller ligner en af bestanddelene af det sammensatte varemærke, medmindre denne bestanddel udgør det dominerende element i det helhedsindtryk, som det sammensatte varemærke fremkalder. Dette er tilfældet, når denne bestanddel i sig selv kan præge det billede af dette varemærke, som den relevante kundekreds har i erindringen, således at alle varemærkets andre bestanddele er

uden betydning i helhedsindtrykket af det (MATRATZEN-dommen, nævnt i præmis 46 ovenfor, præmis 33, og Rettens dom af 13.7.2005, sag T-40/03, Murúa Entrena mod KHIM — Bodegas Murúa (Julián Murúa Entrena), Sml. II, s. 2831, præmis 52).

69 Det er præciseret i retspraksis, at denne opfattelse ikke indebærer, at der alene tages hensyn til en del af et sammensat varemærke, og at denne del sammenlignes med et andet varemærke. Sammenligningen skal tværtimod foretages ved at undersøge de pågældende varemærker, hvorved hvert betragtes i sin helhed. Dette udelukker imidlertid ikke, at det helhedsindtryk, som et sammensat varemærke har fremkaldt i erindringen hos den relevante kundekreds, under visse omstændigheder kan være domineret af en eller flere af varemærkets bestanddele (jf. Rettens dom af 11.5.2005, sag T-31/03, Grupo Sada mod KHIM — Sadia (GRUPO SADA), Sml. II, s. 1667, præmis 49 og den deri nævnte retspraksis).

70 Hvad angår vurderingen af, hvorvidt en eller flere bestemte bestanddele i et sammensat varemærke har dominerende karakter, skal der navnlig tages hensyn til hver af disse bestanddeles egenskaber i sig selv, sammenlignet med de andre bestanddeles egenskaber. Endvidere — og sekundært — kan der tages hensyn til de forskellige bestanddeles indbyrdes placering i det sammensatte varemærkes opbygning (MATRATZEN-dommen, nævnt i præmis 46 ovenfor, præmis 35, GRUPO SADA-dommen, nævnt i præmis 69 ovenfor, præmis 49, og Julián Murúa Entrena-dommen, nævnt i præmis 68 ovenfor, præmis 54).

71 Appelkammeret anførte i den anfægtede afgørelses punkt 9, at det ældre varemærke og det ansøgte varemærke frembød en væsentlig grad af lighed, eftersom de begge indeholdt den samme forkortelse AMS.

72 Sagsøgeren har kritiseret appelkammeret for at have fortaget en separat vurdering af en enkelt af tegnets bestanddele, selv om registreringen af et EF-figurmærke kun beskytter det ansøgte varemærke i dets helhed og ikke bestemte dele af navne eller bogstaver.

73 Det må antages, at det følger af den anfægtede afgørelses punkt 9 samt af afgørelsens punkt 3, at appelkammeret stadfæstede det standpunkt, der var indtaget af Indsigelsesafdelingen, som netop i det væsentlige konstaterede, at de omhandlede tegn lignede hinanden, eftersom de var fælles om den samme dominerende bestanddel, dvs. bestanddelen »ams«.

74 Det må i denne forbindelse konstateres, at et af de omtvistede tegns bestanddele, nemlig bestanddelen »ams«, faktisk er den samme.

75 De tegn, der skal sammenlignes, er således følgende:

AMS



76 Hvad først angår den visuelle sammenligning må det for det første konstateres, at forkortelsen AMS i det hele er indeholdt i det ansøgte varemærke AMS Advanced Medical Services.

77 For det andet er det ansøgte varemærke et figurmærke, som indeholder bogstaverne »a«, »m« og »s«, som står med blokbogstaver, med fede typer og i kursiv, og foran hvilke der er gengivet syv pile, som danner en cirkel. Denne figur gennemskæres af en sort linje, som understreger bestanddelen »ams«, og hvorunder udtrykket »Advanced Medical Services« er gengivet med mindre typer og med små bogstaver, bortset fra det første bogstav i hvert ord, det hele i kursiv.

78 Forkortelsen AMS er således gengivet på en lignende måde i det ældre varemærke og i det ansøgte varemærke, dvs. med store bogstaver. Den omstændighed, at det ansøgte varemærke fremstår med kursiverede typer, gør det ikke muligt at sondre, da forskellen er praktisk talt umulig at få øje på for forbrugeren.

79 Den omstændighed, at der er en figurbestanddel i det ansøgte varemærke, gør det heller ikke muligt at adskille det fra det ældre varemærke, idet den berørte kundekreds vil kunne anse disse pile for blot at være en udsmykning af ordbestanddelen. Bestanddelen »ams« træder således tydeligere frem end figurbestanddelen i det ansøgte varemærke og dominerer faktisk, når varemærket opfattes, på grund af sin størrelse og placering, som er forskudt i forhold til pilene, som danner en cirkel, der blot har en dekorativ funktion og derfor af denne grund ikke kan anses for at være det ansøgte varemærkes dominerende bestanddel. Det følger heraf, at appelkammeret ikke begik en fejl ved at fastslå, at det ansøgte varemærkes dominerende bestanddel var bestanddelen »ams«.

80 Det ansøgte varemærke indeholder ganske vist også udtrykket »advanced medical services«.

81 Det skal imidlertid bemærkes, at bestanddelen »ams« ikke beskriver de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af det ansøgte varemærke, hvorfor denne kombination har en vis grad af særpræg. Derimod har udtrykket »advanced medical services« en meget begrænset grad af særpræg for varer inden for medicinalområdet. Ordet »advanced« oplyser således kun kundekredsen om, at det pågældende selskab er foran, det være sig med hensyn til forskning, viden eller erfaring. Ordet »medical« er på medicinalområdet beskrivende for de omhandlede varer eller tjenesteydelser. Ordet »services« kan i denne sammenhæng ikke anses for at have særpræg.

82 Det skal i denne henseende bemærkes, at kundekredsen i almindelighed ikke opfatter en beskrivende bestanddel, der udgør en del af et sammensat varemærke, som den bestanddel i det helhedsindtryk, varemærket fremkalder, der har særpræg eller er dominerende (jf. Biker Miles-dommen, nævnt i præmis 53 ovenfor, præmis 44 og den deri nævnte retspraksis).

83 Det fremgår i det hele af det anførte, at det ansøgte varemærke visuelt set ligner det ældre varemærke.

84 Med hensyn til den fonetiske sammenligning mellem tegnene er de to tegn fælles om forkortelsen AMS, der udgør tegnenes egentlige kerne. Selv om det ansøgte varemærke også indeholder udtrykket »advanced medical services«, er det ikke udelukket, at gennemsnitsforbrugeren vil henvise til de to varemærker udelukkende ved hjælp af forkortelsen AMS, eftersom denne bogstavkombination svarer til forkortelsen af udtrykket »advanced medical services«. Dette gælder så meget desto mere, når dette indtryk forstærkes af, at alle bogstaverne i dette udtryk står med mindre typer.

85 De omtvistede tegn ligner derfor også hinanden ud fra en fonetisk synsvinkel.

86 Med hensyn til den begrebsmæssige sammenligning må det konstateres, at bestanddelen »ams« ikke har nogen særlig betydning, men er en vilkårlig sammensætning uden betydning, og at udtrykket »advanced medical services« af en gennemsnitsforbruger vil blive opfattet som navnet på det omhandlede selskab eller som et udtryk, der har karakter af en lovprisning inden for medicinalområdet. Desuden vil de forbrugere, der har set det ældre varemærke, kunne tillægge forkortelsen AMS den samme betydning. Det følger heraf, at de omtvistede tegn også begrebsmæssigt set ligner hinanden.

87 Det var følgelig med rette, at appelkammeret fandt, at de omtvistede tegn lignede hinanden, da den dominerende bestanddel i det ordmærke, der er indeholdt i det ansøgte varemærke, og det ældre varemærkes eneste bestanddel var identiske (jf. i denne retning Biker Miles-dommen, nævnt i præmis 53 ovenfor, præmis 45, og Julián Murúa Entrena-dommen, nævnt i præmis 68 ovenfor, præmis 76).

— Risikoen for forveksling

88 Som det er fastslået i præmis 53-66 ovenfor, ligner de omhandlede varer og tjenesteydelser de varer, der er omfattet af det ældre varemærke. Desuden er helhedsindtrykket af de omtvistede tegn henset til de af tegnenes bestanddele, der har særpræg og er dominerende, egnet til at skabe en tilstrækkelig grad af lighed mellem dem til, at der opstår en risiko for forveksling i forbrugerens bevidsthed.

89 Det var derfor med rette, at appelkammeret fandt, at der var en sådan risiko for forveksling, og at det afslog ansøgningen om registrering af tegnet AMS for de omhandlede varer og tjenesteydelser.

90 Denne konklusion ændres ikke af sagsøgerens argument om, at sammenligningen mellem tegnene skulle være foretaget under hensyntagen til det ældre varemærke således, som har været anvendt, og ikke således, som det er blevet registreret.

91 Det skal således bemærkes i denne henseende, at sammenligningen skal foretages mellem tegnene således, som de er blevet registreret, eller således, som de fremgår af registreringsansøgningen, uafhængigt af den brug, der — for sig selv eller sammen med andre varemærker eller angivelser — er gjort af tegnene. De tegn, der skulle

sammenlignes, var derfor netop dem, der blev vurderet af appelkammeret (jf. i denne retning Rettens dom af 8.12.2005, sag T-29/04, Castellblanch mod KHIM — Champagne Roederer (CRISTAL CASTELLBLANCH), Sml. II, s. 5309, præmis 57).

92 Det følger i det hele af det ovenfor anførte, at det første anbringende skal forkastes.

2. *Det andet anbringende vedrørende manglende reel brug af intervenientens varemærker*

Parternes argumenter

93 Sagsøgeren har gjort gældende, at intervenientens varemærker ikke på Fællesskabets område har været genstand for en brug, der er egnet til at sikre de rettigheder, som var knyttet hertil. Sagsøgeren har præciseret, at intervenienten har sit hovedsæde i De Forenede Stater, og at selskabets hovedaktivitet vedrører urologiske apparater. De urologiske varer, der markedsføres under sammensatte betegnelser, som indeholder bestanddelen »ams« (dvs. AMS 700 CX™/CXM™ Penile Prostheses, AMS 700 Ultrex™/Ultrex™ Plus Penile Prostheses, AMS Ambicor® Penile Prostheses, AMS Malleable 600M™/650M™ Penile Prostheses, AMS Sphincter 800™ Urinary Control System), er højt specialiserede varer i klasse 10, nemlig en penisprotese og et system til blærekontrol. Ingen af disse varer bærer alene betegnelsen AMS. Sagsøgeren har udledt heraf, at ingen af de tilknyttede rettigheder kan være sikret, når der er gjort brug af en form, som er ændret i en sådan grad i forhold til det varemærke, der er registreret, at tegnets særpræg herved er forandret.

94 Sagsøgeren har endvidere gjort gældende, at intervenienten ikke gør brug af sine varemærker inden for Fællesskabet, da selskabets varer kun tilbydes amerikanske forbrugere.

95 Harmoniseringskontoret har anført, at sagsøgeren påberåbte sig undtagelsen vedrørende manglende reel brug af intervenientens varemærker for første gang for appelkammeret, hvorfor det var med rette, at appelkammeret i overensstemmelse med artikel 74 i forordning nr. 40/94 afviste denne begæring, der var fremsat for første gang for appelkammeret.

96 Harmoniseringskontoret har i denne henseende henvist til, at det følger af artikel 43 i forordning nr. 40/94, at indehaveren af et ældre EF-varemærke på begæring af ansøgeren skal 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, da han ellers risikerer, at indsigelsen forkastes, og beviset kan fremlægges inden for en af Harmoniseringskontoret fastsat frist i overensstemmelse med regel 22 i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 40/94 (EFT L 303, s. 1). Ifølge Harmoniseringskontoret skal der, for at denne virkning indtræder, indgives en udtrykkelig og rettidig begæring herom. Manglende bevis for reel brug kan kun medføre, at indsigelsen forkastes i det tilfælde, hvor ansøgeren rettidigt har indgivet en udtrykkelig begæring om et sådant bevis til Harmoniseringskontoret (MUNDICOR-dommen, nævnt i præmis 19 ovenfor, præmis 36-39).

97 Intervenienten har i det væsentlige tilsluttet sig sagsøgerens standpunkt og har præciseret, at selskabet er fast etableret på det europæiske marked, hvor det markedsfører alle sine varer.

Rettens bemærkninger

98 Indledningsvis bemærkes, at sagsøgeren i stævningen ikke specifikt har anfægtet den anfægtede afgørelse, i det omfang selskabets begæring om bevis for reel brug herved blev afvist med den begrundelse, at begæringen ikke blev indgivet i rette tid

for Indsigelsesafdelingen, men at sagsøgeren snarere har bestridt, at der er gjort reel brug af intervenientens varemærker. Ikke desto mindre må sagsøgerens argumentation anses for at vedrøre appelkammerets vurdering med hensyn til tidspunktet for, hvornår der kan føres bevis for reel brug. Det er i øvrigt i denne forstand, at både Harmoniseringskontoret og intervenienten har behandlet sagsøgerens andet anbringende i deres indlæg, og i denne forstand, at sagsøgeren fremkom med bemærkninger ved den mundtlige forhandling.

99 Under disse omstændigheder skal det afgøres, om appelkammeret ved at beslutte, at begæringen om bevis for reel brug skulle have været indgivet i rette tid for Indsigelsesafdelingen, har tilsidesat fællesskabsretten.

100 Det bemærkes, at artikel 43 i forordning nr. 40/94, der har overskriften »behandling af indsigelsen«, bestemmer i stk. 1, at Harmoniseringskontoret under behandlingen af indsigelsen om fornødent opfordrer parterne til inden for en af Harmoniseringskontoret fastsat frist at udtale sig om meddelelser fra de øvrige parter eller fra Harmoniseringskontoret selv. Det bestemmes i samme artikels stk. 2, at indehaveren af et ældre EF-varemærke, der har rejst indsigelse, på begæring af ansøgeren skal 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. I bestemmelsens stk. 3 er det præciseret, at 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.

101 For det første er det i det foreliggende tilfælde ubestridt, at det ældre varemærke er et nationalt varemærke, i det konkrete tilfælde et varemærke registreret i Det Forenede Kongerige (jf. præmis 5 og 6 ovenfor), og at Indsigelsesafdelingen i øvrigt fastslog i sin afgørelse, at der var en risiko for forveksling på Det Forenede Kongeriges område for så vidt angik varerne indeholdt i klasse 10.

102 Under disse omstændigheder skal appelkammerets henvisning til artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94 korrigeres, idet nævnte bestemmelse kun vedrører følgerne af, at der ikke er gjort brug af et ældre EF-varemærke, mens det ældre varemærke i den foreliggende sag er et nationalt varemærke. De relevante bestemmelser er derfor reelt artikel 43, stk. 2, sammenholdt med artikel 43, stk. 3, da det i artikel 43, stk. 3, bestemmes, at 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 (jf. i denne retning MUNDICOR-dommen, nævnt i præmis 19 ovenfor, præmis 33, og Rettens dom af 23.2.2006, sag T-194/03, Ponte Finanziaria mod KHIM — Marine Enterprise Projects (BAINBRIDGE), Sml. II, s. 445, præmis 31).

103 For det andet skal det bemærkes, at sagsøgeren for første gang for appelkammeret påberåbte sig, at der ikke forelå bevis for, at der var gjort reel brug af det ældre varemærke, og at appelkammeret ved at støtte sig på artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94 afviste denne begæring med den begrundelse, at den skulle have været og kunne have været fremsat i rette tid for Indsigelsesafdelingen.

104 I denne forbindelse bemærkes, at det i henhold til artikel 43 i forordning nr. 40/94 først er fra det tidspunkt, hvor ansøgeren begærer det, at indehaveren af et ældre varemærke, som har rejst en indsigelse, skal godtgøre, at der inden for de seneste fem år forud for offentliggørelsen af EF-varemærkeansøgningen er gjort reel brug af det ældre varemærke på det område, hvor det er beskyttet, 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 (MUNDICOR-dommen, nævnt i præmis 19 ovenfor, præmis 37).

105 I henhold til artikel 43, stk. 2 og 3, i forordning nr. 40/94 antages det nærmere bestemt ved prøvelsen af en indsigelse indgivet i medfør af samme forordnings artikel 42, at det ældre varemærke har været genstand for reel brug, så længe ansøgeren ikke har begæret fremlagt bevis for en sådan brug. Fremsættelsen af en sådan

begæring medfører således, at bevisbyrden for, at reel brug har fundet sted (eller for, at der foreligger rimelig grund til, at brug ikke har fundet sted), pålægges indsigeren, da han ellers risikerer, at indsigelsen forkastes. For at denne virkning indtræder, skal der indgives en udtrykkelig og rettidig begæring herom til Harmoniseringskontoret (MUNDICOR-dommen, nævnt i præmis 19 ovenfor, præmis 38, samt Rettens dom af 16.3.2005, sag T-112/03, L'Oréal mod KHIM — Revlon (FLEXI AIR), Sml. II, s. 949, præmis 24, stadfæstet ved Domstolens kendelse af 27.4.2006, sag C-235/05 P, L'Oréal mod KHIM, ikke trykt i Samling af Afgørelser, og af 7.6.2005, sag T-303/03, Lidl Stiftung mod KHIM — REWE-Zentral (Salvita), Sml. II, s. 1917, præmis 77).

106 For at en sådan begæring anses for at være indgivet rettidigt til Harmoniseringskontoret, skal den indgives for Indsigelsesafdelingen, da spørgsmålet om reel brug af varemærket, når det en gang er rejst af ansøgeren om varemærket, skal være afgjort, før der kan træffes afgørelse om indsigelsen i egentlig forstand (FLEXI AIR-dommen, nævnt i præmis 105 ovenfor, præmis 26).

107 Det fremgår således af artikel 43 i forordning nr. 40/94, sammenholdt med regel 22 i forordning nr. 2868/95, at Harmoniseringskontoret efter at have modtaget en indsigelse mod en EF-varemærkeansøgning fremsender denne indsigelse til ansøgeren om dette varemærke og giver den pågældende en frist til at fremkomme med sine bemærkninger i denne henseende. Da beviset for reel brug af et varemærke i henhold til artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94 er en begæring, som kun kan fremsættes af ansøgeren om EF-varemærket, skal begæringen udtrykkeligt fremsættes for Indsigelsesafdelingen, eftersom begæringen medfører en ændring af tvistens karakter, idet indsigeren pålægges en forpligtelse, som han ikke nødvendigvis havde før.

108 Såfremt en sådan begæring ikke er fremsat for Indsigelsesafdelingen, og såfremt denne afdeling ikke har truffet afgørelse vedrørende spørgsmålet om reel brug af det ældre varemærke, ville appelkammeret, når det for første gang forelægges en begæring om bevis for reel brug af nævnte varemærke, være nødsaget til at foretage en

fornyet prøvelse af en afgørelse på grundlag af en ny begæring, der rejser et spørgsmål, som Indsigelsesafdelingen ikke har haft lejlighed til at behandle, og som den ikke har taget stilling til i sin afgørelse.

109 Det følger af ovenstående, at en begæring om bevis for, at der er gjort reel brug af det ældre varemærke, kun kan fremsættes for Indsigelsesafdelingen.

110 En sådan fortolkning er ikke i strid med det princip, sagsøgeren har påberåbt sig under den mundtlige forhandling, vedrørende den funktionelle kontinuitet mellem Harmoniseringskontorets forskellige instanser som omhandlet i Rettens praksis (KLEENCARE-dommen, nævnt i præmis 19 ovenfor, præmis 25 og 26, HOOLIGAN-dommen, nævnt i præmis 27 ovenfor, præmis 18, og Rettens dom af 10.7.2006, sag T-323/03, La Baronia de Turis mod KHIM — Baron Philippe de Rothchild (LA BARONNIE), Sml. II, s. 2085, præmis 57 og 58).

111 I det foreliggende tilfælde er der nemlig under alle omstændigheder ikke tale om faktiske eller retlige omstændigheder, som sagsøgeren ikke har gjort gældende for Indsigelsesafdelingen, men om en begæring om bevis for, at der er gjort reel brug af det ældre varemærke, dvs. en ny processuel påstand, som ændrer indsigelsens indhold, og som derfor er et spørgsmål, der nødvendigvis må gå forud for behandlingen af indsigelsen, hvorfor den skulle have være fremsat i rette tid for Indsigelsesafdelingen.

112 Begæringen om bevis for reel brug tilføjer således dette forudgående spørgsmål til indsigelsessagen og ændrer i denne forstand sagens indhold. En fremsættelse af denne begæring for første gang for appelkammeret ville medføre, at appelkammeret behandler en ny og specifik påstand, der er forbundet med faktiske og retlige betragtninger af anden art end dem, der har givet anledning til at rejse indsigelse mod registreringen af et EF-varemærke.

113 Selv om den funktionelle kontinuitet mellem Indsigelsesafdelingen og appelkammeret, som er omhandlet i den retspraksis, der er nævnt i præmis 110 ovenfor, indebærer, at appelkammeret foretager en fornyet prøvelse af sagen, kan den imidlertid under alle omstændigheder ikke begrunde, at en sådan begæring fremsættes for første gang for appelkammeret, eftersom denne funktionelle kontinuitet på ingen måde indebærer, at appelkammeret skal foretage en prøvelse af en sag, der er forskellig fra den, som var forelagt for Indsigelsesafdelingen, dvs. en sag, hvis rækkevidde er blevet udvidet ved tilføjelsen af det forudgående spørgsmål om reel brug af det ældre varemærke.

114 Under disse omstændigheder var det med rette, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 14 fastslog, at »[b]egæringen fremsat af [AMS Advanced Medical Services GmbH] om at fremlægge beviser for brug [måtte] afslås, fordi den [var] fremsat for første gang i løbet af denne sag, selv om den kunne have været og skulle have været fremsat i rette tid for Indsigelsesafdelingen«.

115 Det andet anbringende må derfor forkastes.

116 Det følger i det hele af ovenstående, at Harmoniseringskontoret må frifindes.

Sagens omkostninger

117 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Sagsøgeren har tabt sagen og bør derfor pålægges at betale Harmoniseringskontorets og intervenientens omkostninger i overensstemmelse med deres påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Femte Afdeling)

1) Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) frifindes.

2) AMS Advanced Medical Services GmbH betaler sagens omkostninger.

Vilaras Prek Ciucă

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 18. oktober 2007.

E. Coulon M. Vilaras

Justitssekretær Afdelingsformand