RETTENS DOM (Fjerde Afdeling)

9. februar 2011 *

I sag T-222/09,

Ineos Healthcare Ltd, Warrington, Cheshire (Det Forenede Kongerige), ved barrister S. Malynicz og solicitor A. Smith,

sagsøger,

mod

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

sagsøgt,

* Processprog: engelsk.

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

Teva Pharmaceutical Industries Ltd, Jerusalem (Israel),

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 24. marts 2009 af Andet Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 1897/2007-2) vedrørende en indsigelsessag mellem Teva Pharmaceutical Industries Ltd og Ineos Healthcare Ltd,

har

RETTEN (Fjerde Afdeling)

under rådslagningen sammensat af afdelingsformanden, O. Czúcz, og dommerne I. Labucka (refererende dommer) og K. O'Higgins,

justitssekretær: E. Coulon,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 1. juni 2009,

under henvisning til svarskriftet, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 2. oktober 2009,

under henvisning til sagsøgerens skrivelse af 14. maj 2010, hvoraf det fremgår, at sagsøgeren ikke længere ønsker at deltage i retsmødet,

under henvisning til Rettens skriftlige spørgsmål til parterne,

og under henvisning til de indlæg, der blev indleveret af parterne til Rettens Justitskontor den 11. og den 14. juni 2010,

afsagt følgende

Dom

Tvistens baggrund

1 Den 3. marts 2005 indgav sagsøgeren, Ineos Healthcare Ltd, 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 (erstattet af Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26.2.2009 om EF-varemærker (EUT L 78, s. 1)), en ansøgning om EF-varemærkeregistrering.

2 Det varemærke, der er søgt registreret, er ordmærket ALPHAREN.

3 De varer, som registreringsansøgningen vedrører, henhører — efter den begrænsning, der er foretaget under sagen for Harmoniseringskontoret — under klasse 5 i Nicearrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer til følgende beskrivelse: »Farmaceutiske og veterinærmedicinske præparater indeholdende magnesium-jern-hydroxycarbonat eller hydrotalcit eller derivater af

disse bestanddele; farmaceutiske og veterinærmedicinske præparater til nyredialyse og til behandling af nyresygdomme og nyrelidelser; fosfatholdige bindemidler til behandling af hyperfosfatæmi«.

4 EF-varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EF-varemærketidende* nr. 49/2005 af 5. december 2005.

5 Den 6. marts 2006 rejste Teva Pharmaceutical Industries Ltd (herefter »indsigeren«) indsigelse i henhold til artikel 42 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 41 i forordning nr. 207/2009) mod registreringen af det ansøgte varemærke for de ovenfor i præmis 3 nævnte varer.

6 Indsigelsen var støttet på følgende ældre varemærker:

— det ungarske ordmærke ALPHA D3 nr. 134972 for varer i klasse 5, »Farmaceutiske produkter, som regulerer calcium«

— det litauiske ordmærke ALPHA D3 nr. 20613 for varer i klasse 5, »Farmaceutiske produkter, som regulerer calcium«

— det lettiske ordmærke ALPHA D3, som er registreret under nr. M30407 for varer i klasse 5, »Farmaceutiske produkter med calciumregulerende egenskaber«.

7 Til støtte for indsigelsen blev anført de grunde, der nævnes i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009].

8 Den 9. oktober 2007 tog indsigelsesafdelingen indsigelsen til følge i sin helhed på grundlag af det ældre ungarske varemærke.

9 Den 29. november 2007 indgav sagsøgeren en klage til Harmoniseringskontoret i henhold til artikel 57-62 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 58-64 i forordning nr. 207/2009) over indsigelsesafdelingens afgørelse.

10 Ved afgørelse af 24. marts 2009 (herefter »den anfægtede afgørelse«) afviste Andet Appelkammer ved Harmoniseringskontoret klagen. Appelkammeret var af den opfattelse, at det ældre ungarske varemærke ikke kunne tages i betragtning, eftersom registreringsbeviset ikke var oversat til processproget. Den omstændighed, at der var blevet givet medhold i indsigelsen alene på grundlag af det ældre ungarske varemærke, var i sig selv tilstrækkelig til at begrunde annullationen af indsigelsesafdelingens afgørelse. Idet appelkammeret imidlertid var af den opfattelse, at en afgørelse med samme konklusion som indsigelsesafdelingens kunne træffes på samme tidspunkt, som der blev truffet afgørelse om klagen, undersøgte det således ved udøvelse af dets skønsbeføjelser de andre varemærker, som indsigelsen var støttet på. Appelkammeret gjorde i denne forbindelse navnlig gældende, at de varer, som var omfattet af de lettiske og litauiske registreringer, var af samme art som dem, der er omfattet af det ældre ungarske varemærke, og at parterne havde haft lejlighed til at fremsætte deres bemærkninger vedrørende samtlige faktiske omstændigheder i den foreliggende sag. Det anførte, at de omtvistede tegn udviste en vis grad af visuel, fonetisk og begrebsmæssig lighed. Appelkammeret konkluderede ligeledes, at varerne delvis var af samme art og delvis lignede hinanden. Appelkammeret anførte, at denne faktor vejede tungere end den mindre grad af lighed mellem varemærkerne. Det konkluderede nærmere bestemt, at der var en risiko for forveksling i bevidstheden hos en gennemsnitsforbruger, som udgør en del af den relevante kundekreds, og henset til, at en gennemsnitsforbruger ikke har samme kundskabs- og kompetenceniveau inden for området for biokemi og farmakologi som fagmænd inden for dette område, er denne forbruger så meget desto mere udsat for en sådan risiko.

Retsforhandlinger og parternes påstande

11 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

12 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

13 Sagsøgeren har til støtte for sit søgsmål gjort fire anbringender gældende vedrørende for det første den omstændighed, at indsigeren ikke har ført bevis for ligheden mellem de pågældende varer, for det andet tilsidesættelse af artikel 73 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 75 i forordning nr. 207/2009), for det tredje tilsidesættelse af artikel 74 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 76 i forordning nr. 207/2009) og for det fjerde tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 for så vidt angår fastlæggelsen af den relevante kundekreds.

Første anbringende om, at indsigeren ikke har ført bevis for ligheden mellem de pågældende varer

Parternes argumenter

14 Sagsøgeren har gjort gældende, at det ifølge Domstolens praksis er indsigeren, der i en indsigelsessag har bevisbyrden ved vurderingen af ligheden mellem de omhandlede varer. Indsigerens bevis for den påståede lighed mellem varerne er utilstrækkeligt, og det er udelukkende begrænset til to skrivelser, som er adresseret til sagsøgeren, og en indlægsseddel beregnet til patienterne. Sagsøgeren bestrider derudover indlægssedlens beviskraft. Sagsøgeren har tilføjet, at beviserne skal vedrøre de faktorer, som er relevante for en sammenligning af varerne, hvilket vil sige deres art, deres anvendelsesformål og benyttelsen af dem, samt om de er i et konkurrenceforhold eller supplerer hinanden.

15 Harmoniseringskontoret har bestridt sagsøgerens argumenter.

Rettens bemærkninger

16 Det fremgår af regel 15, stk. 2, litra c), i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 40/94 (EFT L 303, s. 1), at de grunde, hvorpå indsigelsen støttes, bl.a. skal indeholde en angivelse af de grunde, indsigelsen er baseret på. Forordningens regel 15, stk. 3, litra b), bestemmer, at indsigelsesskrivelsen kan indeholde en angivelse af de grunde, indsigelsen er baseret på, samt beviserne herfor. Forordningens regel 19, stk. 1, præciserer, at Harmoniseringskontoret giver indsigeren mulighed for — inden for en af Harmoniseringskontoret fastsat frist, som skal være på mindst to måneder fra den dato,

hvor indsigelsesproceduren anses for påbegyndt, jf. regel 18, stk. 1 — at forelægge oplysninger, beviser og argumenter til støtte for sin indsigelse eller til at supplere de oplysninger, beviser eller argumenter, der allerede er indgivet, jf. regel 15, stk. 3.

17 I en indsigelsessag har indsigeren ifølge de nævnte bestemmelser således mulighed for, men er ikke forpligtet til at fremlægge beviser til støtte for indsigelsen, navnlig for så vidt angår ligheden mellem de omhandlede varer og tjenesteydelser.

18 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at det fremgår af Harmoniseringskontorets sagsakter, at Harmoniseringskontoret i skrivelse af 7. april 2006 i henhold til regel 19, stk. 1, i forordning nr. 2868/95 opfordrede indsigeren til at fremlægge kendsgerninger, beviser og argumenter til støtte for den pågældendes indsigelse med henblik på at underbygge dem, som allerede fremgik af indsigelsesformularen, samtidig med, at Harmoniseringskontoret præciserede, at det i tilfælde af manglende svar ville træffe afgørelse om indsigelsen på grundlag af de forelagte beviser.

19 Ved skrivelse af 18. juli 2006 fremsatte indsigeren yderligere argumenter. Sagsøgeren fremsendte dernæst sine bemærkninger ved skrivelse af 31. oktober 2006, som indsigeren tog stilling til i skrivelse af 16. februar 2007.

20 Det skal ligeledes præciseres, at i modsætning til det, som sagsøgeren i det væsentlige har hævdet, tog Domstolen i sin kendelse af 9. marts 2007, Alecansan mod KHIM (sag C-196/06 P, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 24) ikke stilling til spørgsmålet om den bevisbyrde, som påhviler indsigeren i en indsigelsessag. I kendelsens præmis 24 fremhævede Domstolen udelukkende forpligtelsen til i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 at godtgøre, at varerne ligner hinanden, selv når tegnene er identiske.

21 I modsætning til hvad sagsøgeren har anført, skal de beviser, som er nævnt i regel 15, stk. 3, litra b), i forordning nr. 2868/95, ikke nødvendigvis berøre alle aspekter for sammenligningen af varerne.

22 På baggrund af det ovenstående er indsigeren således ikke under en indsigelsessag forpligtet til at fremlægge bevis for ligheden mellem de omhandlede varer. Det fremgår ligeledes, at sagsøgerens argument angående beviskraften vedrørende den indlægsseddel, der er beregnet til patienterne, og som er forelagt for Harmoniseringskontoret, ikke er relevant inden for rammerne af dette anbringende. Følgelig skal dette anbringende forkastes.

Det andet og det tredje anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 73 og 74 i forordning nr. 40/94

23 Eftersom det andet og tredje anbringende begge vedrører visse undersøgelser, som appelkammeret har anvendt med henblik på at påvise en lighed mellem de varer, som er omfattet af de ældre lettiske og litauiske varemærker, og navnlig »farmaceutiske og veterinærmedicinske præparater indeholdende magnesium-jern-hydroxycarbonat eller hydrotalcit eller derivater af disse bestanddele« (herefter »A-varer«) og »fosfatholdige bindemidler til behandling af hyperfosfatæmi« (herefter »C-varer«), som er omfattet af det ansøgte varemærke, finder Retten det passende at behandle det andet og tredje anbringende under ét. Det findes hensigtsmæssigt at behandle det andet anbringende først.

Parternes argumenter

24 Med sit tredje anbringende har sagsøgeren gjort gældende, at eftersom appelkammeret på eget initiativ har lavet søgninger på internettet med henblik på at sammenligne

varerne, således som det fremgår af den anfægtede afgørelses punkt 40, har det tilsidesat forpligtelsen i artikel 74 i forordning nr. 40/94, hvorefter appelkammeret i sager vedrørende relative registreringshindringer begrænser sig til at prøve de af parterne fremførte kendsgerninger, beviser og argumenter og de af parterne fremsatte anmodninger. Søgningen bestod i opslag i en medicinsk ordbog på internettet, en amerikansk internetside, der beskæftiger sig med kliniske forsøg, og en internetside for et selskab, som er forskelligt fra sagsøgeren, men som tilhører samme koncern. Sagsøgeren har ligeledes gjort gældende, at hvad angår ligheden mellem de varer, som er omfattet af de ældre lettiske og litauiske varemærker og A- og C-varerne, der er omfattet af det ansøgte varemærke, er de oplysninger, som appelkammeret har fremskaffet på internettet, af afgørende betydning.

25 Med det andet anbringende har sagsøgeren nærmere bestemt kritiseret appelkammeret for at have baseret den anfægtede afgørelse på en begrundelse, som selskabet ikke har haft lejlighed til at udtale sig om. Sagsøgerne har nemlig anført, at selskabet aldrig har haft lejlighed til at udtale sig om de beviser, som appelkammeret havde fundet på internettet. Hvis sagsøgeren havde haft mulighed for at udtale sig om disse beviser, ville selskabet kunne have udpeget de faktorer der er medvirkende til, at konklusionen om, at varerne ligner hinanden, er forkert.

26 Hvad angår det tredje anbringende har Harmoniseringskontoret gjort gældende, at i lyset af Rettens dom af 24. september 2008, Anvil Knitwear mod KHIM — Aprile e Aprile (Aprile) (sag T-179/07, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 72 og 75), kunne appelkammeret ikke lægge det af indsigeren fremsatte argument om, at varerne ligner hinanden, til grund, når sagsøgeren ikke havde fremsat nogen modargumenter. Det var således forpligtet til at foretage sin egen undersøgelse af, om varerne ligner hinanden, støttet på fortegnelserne over de varer, der er omfattet af de omtvistede varemærker. Harmoniseringskontoret er af den opfattelse, at appelkammeret under disse omstændigheder med rette kunne foretage en undersøgelse på eget initiativ ved at konsultere neutrale informationskilder eller informationskilder, som sagsøgeren kendte, for så vidt som undersøgelsen udelukkende blev udført med henblik på at kontrollere nøjagtigheden af indsigerens anbringender og argumenter.

27 Hvad angår det andet anbringende har Harmoniseringskontoret bestridt sagsøgerens argumenter, idet det har præciseret, at retten til at blive hørt i henhold til Rettens praksis, således som det fremgår af artikel 73, andet punktum, i forordning nr. 40/94 (nu artikel 75, andet punktum, i forordning nr. 207/2009), ikke finder anvendelse på det endelige standpunkt, som administrationen agter at indtage. Det samme gør sig gældende for så vidt angår de dokumenter, som understøtter eller indgår i den endelige konstatering af lighed mellem varerne. De dokumenter, der er fundet på internettet, bekræftede desuden blot appelkammerets oprindelige holdning, således som det fremgår af den anfægtede afgørelses punkt 42. Harmoniseringskontoret har tilføjet, at sagsøgeren kunne fremsætte bemærkninger vedrørende indsigerens påstande inden vedtagelsen af den anfægtede beslutning, hvilket selskabet undlod at gøre. Endelig er det Harmoniseringskontorets opfattelse, at selv om appelkammeret havde begået en fejl ved ikke at have meddelt parterne resultatet af søgningerne på internettet, ville konklusionen på sammenligningen af varerne have været den samme. En sådan tilsidesættelse af artikel 73 i forordning nr. 40/94 kan ikke begrunde en annullation af den anfægtede afgørelse.

Rettens bemærkninger

28 I henhold til ordlyden af artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94 fremgår det, at »i sager vedrørende relative registreringshindringer begrænser Harmoniseringskontoret sig […] til at prøve de af parterne fremførte kendsgerninger, beviser og argumenter og de af parterne fremsatte anmodninger«.

29 Denne bestemmelse vedrører bl.a. det faktuelle grundlag for Harmoniseringskontorets afgørelser, nemlig de omstændigheder og beviser, hvorpå disse afgørelser gyldigt kan støttes. Således kan appelkammeret — når det træffer afgørelse vedrørende en klage over en afgørelse, der afslutter en indsigelsessag — alene støtte sin afgørelse på de omstændigheder og beviser, som de berørte parter har anført. Begrænsningen af det faktiske grundlag for den prøvelse, som appelkammeret foretager, udelukker imidlertid ikke, at appelkammeret ud over de kendsgerninger, der udtrykkeligt er anført af parterne under indsigelsessagen, også tager hensyn til velkendte kendsgerninger, dvs. kendsgerninger, som enhver har kendskab til eller kunne få kendskab til

ved almindeligt tilgængelige kilder (jf. Rettens dom af 22.6.2004, sag T-185/02, Ruiz-Picasso m.fl. mod KHIM — DaimlerChrysler (PICARO), Sml. II, s. 1739, præmis 28 og 29 og den deri nævnte retspraksis, samt Aprile-dommen, præmis 71).

30 I det foreliggende tilfælde har appelkammeret i punkt 40 og 41 i den anfægtede afgørelse henvist til resultaterne af søgningerne på internettet. Nærmere bestemt har det i den anfægtede afgørelses punkt 40 anvendt den definition af hyperfosfatæmi, som indgår i specifikationen af de af det ansøgte varemærke omfattede C-varer, som det har fundet i en medicinsk ordbog på nettet. På den amerikanske regerings hjemmeside om kliniske forsøg har den ligeledes søgt informationer om de terapeutiske indikationer for magnesium-jern-hydroxycarbonat eller hydrotalcit, som findes i de af det ansøgte varemærke omfattede A-varer. Endelig har det i den anfægtede afgørelses punkt 41 henvist til oplysninger vedrørende vekselvirkningen mellem de omhandlede varer, der viser, at de er tæt forbundne, og at de er beregnet til patienter med nyresygdomme, som det har fundet på hjemmesiden for et selskab, som er forskelligt fra sagsøgeren, men som tilhører samme koncern. Disse forhold er ikke blevet bestridt af Harmoniseringskontoret.

31 Selv om resultaterne af de omhandlede søgninger, således som nævnt i præmis 30 ovenfor, er hentet på hjemmesider, der er almenkendte, er denne omstændighed i det foreliggende tilfælde ikke tilstrækkelig til, at de kan anses for velkendte kendsgerninger. Der er nemlig tale om beskrivelser af farmaceutiske præparater og deres terapeutiske indikationer, som, henset til deres tekniske grad, på ingen måde kan anses for oplysninger, som udgør velkendte kendsgerninger.

32 Det må således fastslås, at appelkammeret, idet det har lagt resultatet af de søgninger på internettet, som er nævnt i præmis 30 ovenfor, til grund, har tilsidesat artikel 74 i forordning nr. 40/94, for så vidt som de omstændigheder, der er afledt af disse søgninger på nettet, og som det har henvist til, ikke kan anses for velkendte kendsgerninger.

33 Det følger imidlertid af fast retspraksis, at såfremt en fejlvurdering under de særlige omstændigheder i den foreliggende sag ikke har haft betydning for resultatet, kan argumenter støttet på en sådan fejl ikke tages i betragtning, og den er dermed ikke tilstrækkelig til at begrunde annullation af den anfægtede afgørelse (jf. Rettens dom af 12.9.2007, sag T-140/06, Philip Morris Products mod KHIM (en cigaretpakkes form), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 72 og den deri nævnte retspraksis).

34 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at den beskrivelse af de af det ansøgte varemærke omfattede A- og C-varer alene er udledt af resultaterne af de internetsøgninger, som er nævnt i præmis 30 ovenfor. Det skal endvidere bemærkes, at beskrivelsen af de omhandlede varer udgør udgangspunktet for enhver sammenligning af de omhandlede varer, der er et uomgængeligt led i vurderingen af risikoen for forveksling. I det foreliggende tilfælde skal det understreges, at appelkammeret ikke ville kunne have konkluderet, at der er en lighed mellem på den ene side A- og C-varer og på den anden side de varer, som er omfattet af de ældre lettiske og litauiske varemærker, og dermed i den anfægtede afgørelses punkt 58 konkludere, at der foreligger en risiko for forveksling, uden at henvise til de omstændigheder, der er udledt af de omtvistede søgninger. I modsætning til, hvad Harmoniseringskontoret har anført, ville den anfægtede afgørelse således have været mærkbart anderledes uden brug af de omhandlede oplysninger.

35 Hvad derimod angår de »farmaceutiske og veterinærmedicinske præparater til nyredialyse og til behandling af nyresygdomme og nyrelidelser« (herefter »B-varer«), som er omfattet af det ansøgte varemærke, bekræftede de oplysninger, som er udledt af de omtvistede søgninger, og som fremgår af punkt 41 i den anfægtede afgørelse, udelukkende appelkammerets konklusion om lighed mellem de omhandlede varer. Dermed kan den tilsidesættelse af artikel 74 i forordning nr. 40/94, som er konstateret ovenfor i denne doms præmis 32, ikke begrunde annullation af den anfægtede afgørelse for så vidt angår B-varer.

36 Harmoniseringskontorets argument om, hvilke konsekvenser der skal drages af April-dommen (præmis 72-75), bør desuden forkastes. Selv om det er korrekt, at Retten i denne dom bekræftede, at Harmoniseringskontoret ikke er forpligtet til at anse de

punkter, som er gjort gældende af en part, og som ikke er blevet anfægtet af den anden part i sagen, for godtgjort, har den ikke bekræftet, at Harmoniseringskontoret kan undlade at iagttage betingelserne for prøvelse i artikel 74 i forordning nr. 40/94.

37 Det følger af det ovenstående, at appelkammerets anvendelse af de ovenfor i præmis 30 ovenfor nævnte resultater af dets søgninger på internettet er behæftet med en fejl, hvorfor der skal gives medhold i det tredje anbringende, i det omfang appelkammeret i den anfægtede beslutning bekræftede afslaget på ansøgningen om registrering af tegnet, som er blevet indgivet for A- og C-varer, og anbringendet skal forkastes for så vidt angår B-varer, uden at det er nødvendigt for Retten at tage stilling til det andet anbringende.

38 Henset til, at den anfægtede afgørelse er delvist annulleret efter prøvelse af det tredje anbringende, finder Retten anledning til også at behandle det fjerde anbringende.

Det fjerde anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 for så vidt angår fastlæggelsen af den relevante kundekreds

Parternes argumenter

39 Sagsøgeren har gjort gældende, at appelkammeret har begået en fejl ved fastlæggelsen af den relevante kundekreds, idet det i den anfægtede afgørelses punkt 36 var af den opfattelse, at de omhandlede varer sælges frit til den brede offentlighed på apotekerne. Der er to grunde til, at sagsøgeren har bestridt denne påstand. Hvad angår

de varer, som er omfattet af de lettiske og litauiske varer, viser det eneste bevis, dvs. indlægssedlen til forbrugerne, for det første, at alfacalcidol, der er et lægemiddel, som henhører under den kategori af varer, som er omfattet af de ældre varemærker, udelukkende kan købes på recept. Denne konstatering ville i sig selv kunne have givet grundlag for at konkludere, at der er tale om en specialiseret kundekreds. Ifølge sagsøgeren kan de varer, som er omfattet af det ansøgte varemærke, ligeledes udelukkende sælges på recept. Idet appelkammet i den anfægtede afgørelses punkt 58 fastslog, at gennemsnitsforbrugeren er mere opmærksom end gennemsnittet, så det bort fra den omstændighed, at denne forbruger er i besiddelse af en recept, eller i det mindste får specialrådgivning af fagfolk fra sundhedssektoren.

40 Harmoniseringskontoret har bestridt sagsøgerens argumenter.

Rettens bemærkninger

41 I forbindelse med helhedsvurderingen af risikoen for forveksling skal der i henhold til retspraksis tages hensyn til gennemsnitsforbrugeren af de pågældende varer, som er almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet. Der må også tages hensyn til, at gennemsnitsforbrugerens opmærksomhedsniveau kan variere, alt efter hvilken kategori af varer eller tjenesteydelser der er tale om (jf. Rettens dom af 13.2.2007, sag T-256/04, Mundiparhma mod KHIM — Altana Pharma (RESPICUR), Sml. II, s. 449, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis).

42 I det foreliggende tilfælde fandt appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 36, at den relevante kundekreds bestod af såvel faguddannede personer fra sundhedssektoren (læger, apotekere, sygeplejersker) som af gennemsnitsforbrugere, nemlig patienter og plejepersonale. Det fandt, at det ikke var muligt at udskille gennemsnitsforbrugeren fra den relevante kundekreds, eftersom varespecifikationerne ikke var

begrænset til de lægemidler, som udleveres på recept, og det kunne derfor ikke udelukkes, at de omhandlede varer kunne sælges frit. Henset til, at de ældre varemærker var registreret i Letland og Litauen, bestod den relevante kundekreds ifølge appelkammeret af fagfolk inden for sundhedssektoren og af gennemsnitsforbrugeren i de to lande.

43 Det følger af retspraksis, at i tilfælde, hvor de omhandlede produkter er lægemidler, som en læge skal ordinere på recept, inden apotekerne kan sælge dem til de endelige forbrugere, består den relevante kundekreds ikke kun af de endelige forbrugere, men også af fagfolk, dvs. læger, der ordinerer lægemidlet, og apotekere, der sælger det ordinerede lægemiddel. Selv om valget af produkter er påvirket eller afgjort af mellemled, kan risikoen for forveksling også forekomme hos forbrugerne, eftersom de vil være stillet over for disse varer, selv om det for hver af de nævnte varer sker individuelt på forskellige tidspunkter under de indkøbshandlinger, som finder sted (jf. i denne retning Domstolens dom af 26.4.2007, sag C-412/05 P, Alcon mod KHIM, Sml. I, s. 3569, præmis 52-63).

44 Det fremgår således af den nævnte retspraksis, at det ikke kan udelukkes — end ikke i tilfælde af lægemidler, som udelukkende sælges på recept — at gennemsnitsforbrugeren er en del af den relevante kundekreds. Appelkammeret fastslog således med rette, at den relevante kundekreds bestod af såvel fagfolk inden for sundhedssektoren som af gennemsnitsforbrugere.

45 Spørgsmål om, hvorvidt de omhandlede lægemidler kan sælges frit, er dermed ikke relevant i den foreliggende sag, eftersom konklusionen om fastlæggelsen af den relevante kundekreds ikke ville have været anderledes, uanset om appelkammeret har begået en fejl for så vidt angår salgsmetoden for de omhandlede varer sælges.

46 Dette anbringende skal følgelig forkastes. På baggrund af det ovenstående skal den anfægtede afgørelse dermed annulleres for så vidt angår A- og C-varerne.

Sagens omkostninger

47 Ifølge artikel 87, stk. 3, i Rettens procesreglement kan Retten fordele sagens omkostninger, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter. Sagsøgeren har alene fået medhold for så vidt angår et begrænset antal varer, hvorfor Harmoniseringskontoret skal bære sine egne omkostninger og betale halvdelen af sagsøgerens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Fjerde Afdeling):

1) Afgørelsen truffet den 24. marts 2009 af Andet Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 1897/2007-2) annulleres for så vidt angår de varer, der er omfattet af kategorierne »farmaceutiske og veterinærmedicinske præparater indeholdende magnesium-jern-hydroxycarbonat eller hydrotalcit eller derivater af disse bestanddele« og »fosfatholdige bindemidler til behandling af hyperfosfatæmi«.

2) I øvrigt frifindes Harmoniseringskontoret.

3) Harmoniseringskontoret bærer sine egne omkostninger og betaler halvdelen af de af Ineos Healthcare Ltd afholdte omkostninger.

4) Ineos Healthcare bærer halvdelen af sine egne omkostninger.

Czúcz Labucka O'Higgins

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 9. februar 2011.

Underskrifter