RETTENS DOM (Første Afdeling)

5. april 2006 *

I sag T-202/04,

Madaus AG, Köln (Tyskland), ved avocat I. Valdelomar Serrano,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved J. Novais Gonçalves, som befuldmægtiget,

sagsøgt,

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

Optima Healthcare Ltd, Cardiff (Det Forenede Kongerige),

* Processprog: engelsk.

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 30. marts 2004 af Andet Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 714/2002-2) vedrørende en indsigelsessag mellem Madaus AG og Optima Healthcare Ltd,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Første Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J.D. Cooke, og dommerne I. Labucka og V. Trstenjak,

justitssekretær: fuldmægtig J. Plingers,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 27. maj 2004,

og under henvisning til svarskriftet, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 6. oktober 2004,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

1 Den 19. maj 2000 indgav Optima Healthcare Ltd en EF-varemærkeansøgning til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (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 Varemærket, der er søgt registreret, er ordmærket ECHINAID.

3 De varer, som varemærkeansøgningen vedrører, henhører under klasse 5 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer til følgende beskrivelse: »vitaminer, kosttilskud, plantepræparater, medicinske og farmaceutiske præparater«.

4 Registreringsansøgningen blev offentliggjort i *EF-varemærketidende* nr. 101/2000 den 18. december 2000.

5 Den 16. marts 2001 rejste Madaus AG, der er indehaver af det internationale varemærke ECHINACIN (med virkning i Spanien, Frankrig, Italien, Østrig, Portugal og Benelux-landene) registreret for varer i klasse 5 med beskrivelsen »farmaceutiske kemiske produkter«, indsigelse mod registreringen af det ansøgte varemærke for alle de varer, der var omhandlet i varemærkeansøgningen. Selskabet gjorde gældende, at der var risiko for forveksling mellem de to varemærker i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

6 Ved afgørelse af 15. juli 2002 forkastede Harmoniseringskontorets Indsigelsesafdeling indsigelsen med i det væsentlige den begrundelse, at der ikke var risiko for forveksling, da præfikset »echina-«, idet det henviser til navnet på planten echinacea, måtte anses for at være beskrivende. Den omstændighed, at de to varemærker havde det samme præfiks, var derfor ifølge Indsigelsesafdelingen ikke tilstrækkelig til at konkludere, at der var risiko for forveksling.

7 Den 20. august 2002 klagede sagsøgeren i medfør af artikel 57-62 i forordning nr. 40/94 over Indsigelsesafdelingens afgørelse til Harmoniseringskontoret.

8 Ved afgørelse af 30. marts 2004 (herefter »den anfægtede afgørelse«), der blev meddelt sagsøgeren den følgende dag, afslog Andet Appelkammer ved Harmoniseringskontoret klagen. Appelkammeret fandt, at der ikke var risiko for forveksling mellem de to varemærker i det væsentlige med den begrundelse, at almindeligt oplyste og rimeligt opmærksomme gennemsnitsforbrugere, der var vant til varer, der indeholdt præfikset »echina-«, måtte forventes i højere grad at lægge mærke til disse varemærkers endelser, end til det beskrivende præfiks »echina-«, der ikke har tilstrækkeligt særpræg.

9 På grundlag af den refererende dommers rapport besluttede Retten (Første Afdeling) at indlede den mundtlige forhandling og fastsatte datoen for retsmødet til den 20. september 2005. Parterne gav ikke møde i retsmødet. Retsmøderapporten, der blev fremsendt til parterne, foranledigede ikke parterne til at fremkomme med bemærkninger.

Parternes påstande

10 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Det fastslås, at Harmoniseringskontoret begik en fejl, da den traf den anfægtede afgørelse.

— Afgørelsen annulleres.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at træffe en ny afgørelse, hvorved registreringen af det ansøgte varemærke afslås som følge af risiko for forveksling på grundlag af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

11 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Formaliteten vedrørende sagsøgerens påstande

12 Med sin tredje påstand har sagsøgeren i det væsentlige anmodet Retten om at give Harmoniseringskontoret pålæg om at afslå registrering af det ansøgte varemærke.

13 Da betingelserne for at realitetsbehandle et søgsmål og de påstande, der indgår deri, udgør ufravigelige procesforudsætninger, kan Retten efterprøve dem ex officio, og Rettens prøvelse er ikke begrænset til de formalitetsindsigelser, parterne har rejst (jf. Domstolens dom af 23.4.1986, sag 294/83, Les Verts mod Parlamentet, Sml. s. 1339,

præmis 19, Rettens dom af 6.12.1990, sag T-130/89, B. mod Kommissionen, Sml. II, s. 761, summarisk offentliggørelse, præmis 13 og 14, og af 12.12.1996, sag T-99/95, Stott mod Kommissionen, Sml. II, s. 2227, præmis 22).

14 I overensstemmelse med artikel 63, stk. 6, i forordning nr. 40/94 skal Harmoniseringskontoret 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 Fællesskabets retsinstansers domme (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 12, af 3.7.2003, sag T-129/01, Alejandro mod KHIM — Anheuser-Busch (BUDMEN), Sml. II, s. 2251, præmis 22, og af 21.4.2005, sag T-164/03, Ampafrance mod KHIM — Johnson & Johnson (monBeBé), Sml. II, s. 1401, præmis 24).

15 Sagsøgerens tredje påstand skal derfor afvises.

16 Endelig bemærkes, at sagsøgerens første og anden påstand, der vedrører annullation af den anfægtede afgørelse, kan antages til realitetsbehandling.

Realiteten

17 Sagsøgeren har til støtte for søgsmålet gjort et enkelt anbringende gældende vedrørende tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 samt åbenbart urigtige vurderinger. Dette anbringende består af fem led.

Første led vedrørende fejlagtig fastlæggelse af det relevante område og den relevante kundekreds

Parternes argumenter

18 Sagsøgeren har kritiseret appelkammeret for i den anfægtede afgørelse at have foretaget en vurdering af risikoen for forveksling dels under hensyntagen til den engelske kundekreds, selv om det engelske område ikke er omhandlet i den foreliggende sag, dels alene under henvisning til en specialiseret kundekreds (apotekere og læger), selv om den relevante kundekreds også omfatter »den endelige forbruger«, der er en »gennemsnitsforbruger«.

19 I denne henseende har sagsøgeren henvist til en afgørelse truffet den 3. november 2003 af Første Appelkammer (sag R 67/2003-1), hvori Harmoniseringskontoret anførte, at en gennemsnitsforbruger, der køber et ikke-receptpligtigt lægemiddel mod et ufarligt problem (f.eks. diætetisk), ikke er særligt opmærksom i forbindelse med købet. Sagsøgeren har udledt heraf, at der i det foreliggende tilfælde er en risiko for forveksling i gennemsnitsforbrugerens bevidsthed.

20 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at appelkammeret på ingen måde anså det relevante område for at være Det Forenede Kongeriges område, da appelkammeret tværtimod anførte, at de berørte områder var Spanien, Frankrig, Italien, Østrig, Portugal og Benelux-landene (den anfægtede afgørelses punkt 20 og 23), og at appelkammeret ikke støttede sin analyse på opfattelsen hos en kundekreds sammensat af specialister, men derimod henviste til gennemsnitsforbrugerens syn på de omhandlede varer (den anfægtede afgørelses punkt 23).

Rettens bemærkninger

21 Dette led af anbringendet savner grundlag i de faktiske omstændigheder, idet det hviler på påstande, der modsiges af den anfægtede afgørelses udtrykkelige ordlyd. For det første anførte appelkammeret udtrykkeligt i den anfægtede afgørelses punkt 20, 21 og 23, at de seks relevante områder var Spanien, Frankrig, Italien, Østrig, Portugal og Benelux-landene. Appelkammeret identificerede kundekredsen på disse områder som den relevante kundekreds for vurderingen af risikoen for forveksling.

22 I modsætning til det af sagsøgeren anførte, støttede appelkammeret ikke sin vurdering i denne henseende på oplysninger om betydningen af ordet »echinacea« for den engelsktalende kundekreds. I den anfægtede afgørelses punkt 18 henviste appelkammeret ganske vist til to betydninger af det omhandlede ord, der var hentet fra en engelsk ordbog, men dette var alene i forbindelse med undersøgelsen af ordets latinske oprindelse. Appelkammeret udledte blot heraf, at der var tale om en plantes videnskabelige navn, der blev anvendt på flere sprog, herunder de sprog, der tales af kundekredsen på de seks relevante områder.

23 For det andet fremgår det ligeledes af den anfægtede afgørelses punkt 23, at appelkammeret ikke anså den relevante kundekreds for at være begrænset til en specialiseret kundekreds sammensat af apotekere og læger. Derimod henviste appelkammeret udtrykkeligt til gennemsnitsforbrugeren af den pågældende type varer, dvs. medicinalplanter og andre farmaceutiske præparater. Gennemsnitsforbrugeren blev anset for at være rimeligt oplyst, opmærksom og velunderrettet. Der er derfor ikke tale om en specialiseret kundekreds.

24 Hvad angår den påståede divergerende afgørelsespraksis ved Harmoniseringskontoret bemærkes, at lovligheden af appelkamrenes afgørelser udelukkende kan bedømmes på grundlag af forordning nr. 40/94, som denne fortolkes af Fællesskabets retsinstanser, og ikke på grundlag af Harmoniseringskontorets tidligere afgørelsespraksis (jf. Rettens dom af 6.7.2004, sag T-117/02, Grupo El Prado Cervera mod KHIM — Héritiers Debuschewitz (CHUFAFIT), Sml. II, s. 2073, præmis 57 og den deri nævnte retspraksis).

25 Det følger heraf, at anbringendets første led skal forkastes.

Andet led vedrørende anvendelse af et særligt kriterium ved bedømmelsen af risikoen for forveksling på grund af farmaceutiske præparaters særlige kendetegn

Parternes argumenter

26 Sagsøgeren er af den opfattelse, at de omtvistede varer er delvist af samme art og delvist af lignende art. De »medicinske og farmaceutiske præparater«, der er omfattet af varemærket ECHINAID, er varer af samme art som de »farmaceutiske kemiske produkter«, der er omfattet af varemærket ECHINACIN, mens de »vitaminer, kosttilskud, plantepræparater«, der er omfattet af førstnævnte varemærke, er af lignende art. Sagsøgeren har anført, at idet en fejl i valget af et farmaceutisk præparat kan have alvorlige følger for sundheden, skal det kriterium, der anvendes til at bedømme risikoen for forveksling, være meget strengere end for andre varer og tjenesteydelser.

27 Harmoniseringskontoret har bestridt, at et afslag på registrering, der er støttet på en sådan risiko i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, har til formål at beskytte individuelle rettigheder, dvs. de enerettigheder, som det ældre varemærke giver. De farer, der vil kunne opstå som følge af en eventuel forveksling, vil følgelig ikke kunne tages i betragtning ved afgørelsen af, om der overhovedet er en risiko for forveksling.

Rettens bemærkninger

28 Det bestemmes i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, at hvis indehaveren af et ældre varemærke rejser indsigelse, er det varemærke, der søges registreret, udelukket fra registrering, såfremt der i offentlighedens bevidsthed inden for det område, hvor det ældre varemærke er beskyttet, er risiko for forveksling, fordi det yngre varemærke er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og varerne eller tjenesteydelserne er af samme eller lignende art. Risikoen for forveksling indbefatter risikoen for, at der antages at være en forbindelse med det ældre varemærke.

29 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 (Rettens dom af 11.5.2005, sag T-31/03, Grupo Sada mod KHIM — Sadia (GRUPO SADA), Sml. II, s. 1667, præmis 42, og af 14.7.2005, sag T-126/03, Reckitt Benckiser (España) mod KHIM — Aladin (ALADIN), Sml. II, s. 2861, præmis 78).

30 Ifølge samme retspraksis skal der foretages en helhedsvurdering af risikoen for forveksling i kundekredsens bevidsthed i henhold til den opfattelse, som den relevante kundekreds har af de pågældende tegn og de omhandlede varer eller tjenesteydelser, under hensyntagen til alle de relevante faktorer i det foreliggende tilfælde (jf. GRUPO SADA-dommen, præmis 43, og ALADIN-dommen, præmis 79 og den deri nævnte retspraksis).

31 Den i præmis 30 nævnte helhedsvurdering skal foretages objektivt og må ikke være influeret af betragtninger, der er uvedkommende for den omhandlede vares handelsmæssige oprindelse.

32 De eventuelle skadelige følger, der er forbundet med utilsigtet brug af et farmaceutisk præparat, skyldes imidlertid den mulige forveksling fra forbrugerens side af den omhandlede vares identitet eller kendetegn og ikke af varens handelsmæssige oprindelse i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

33 For så vidt som synspunkter vedrørende følgerne af en utilsigtet brug af en vare er relevante for bedømmelsen af risikoen for forveksling i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, skal det under alle omstændigheder bemærkes, at disse synspunkter blev taget i betragtning af Harmoniseringskontoret i forbindelse med fastlæggelsen af sammensætningen af de omhandlede forbrugere. Som Harmoniseringskontoret med rette gjorde gældende i den anfægtede afgørelse, er den relevante kundekreds i det foreliggende tilfælde sammensat af gennemsnitsforbrugere af to typer varer. Med hensyn til farmaceutiske præparater må det antages, at appelkammeret er enig i Indsigelsesafdelingens konstatering af, at forbrugerne, når de træffer deres valg, bliver hjulpet af højt kvalificerede fagfolk. Med hensyn til plantepræparater må forbrugerne anses for at være rimeligt oplyste, opmærksomme og velunderrettede og være vant til at bruge varer, hvis varemærke indeholder præfikset »echina-«. Der er nemlig en formodning for, at de forbrugere, der interesserer sig for denne type varer, i særlig grad drager omsorg for deres sundhed, hvorfor det er mindre sandsynligt, at de vil forveksle de forskellige udgaver af disse varer. Den eventuelle risiko for, at et fejlagtig valg — og dermed en utilsigtet brug af en vare — vil få visse skadelige følger, opvejes med andre ord af de omhandlede gennemsnitsforbrugeres høje informations- og opmærksomhedsniveau.

34 Det følger heraf, at anbringendets andet led ligeledes skal forkastes.

Tredje led vedrørende præfikset »echina-«'s manglende beskrivende karakter

Parternes argumenter

35 Sagsøgeren har anført, at appelkammeret har foretaget en urigtig vurdering ved at fastslå, at præfikset »echina-« havde en beskrivende karakter, eller at præfikset i det mindste ikke havde særpræg.

36 Ordet »echinacea« er ikke latinsk, men engelsk, men den relevante kundekreds er ikke engelsk og alene et mindretal af den engelsktalende kundekreds vil forstå ordet »echinacea« og være i stand til at se forbindelsen med præfikset »echina-«.

37 Det antal varemærker — der fremgår af en af Optima Healthcare Ltd fremlagt liste — som er registreret i forskellige lande, og som indeholder præfikset »echin-« eller »echina-«, er ikke særlig stort og er derfor hverken tilstrækkeligt til at bevise, at præfikset er »almindeligt« anvendt, eller at det vil blive forstået af de berørte forbrugere.

38 Desuden er den del af de omtvistede tegn, der af forbrugerne vil blive opfattet som mest markant i fonetisk henseende, nemlig »echina-«, identisk i de to tilfælde. Forbrugerne vil derfor ikke kunne adskille de to tegn fra hinanden.

39 Endelig har sagsøgeren påberåbt sig en afgørelse truffet den 18. juni 2003 af Fjerde Appelkammer (sag R 121/2002-4), hvori appelkammeret konkluderede, at der var risiko for forveksling mellem varemærkerne SELENIUM-ACE og Selenium Spezial A-C-E. Det fremgår af afgørelsen, at ordet »selenium«, der betegner et kemisk

grundstof, ikke blot udgjorde en del af det første varemærke, men ville blive opfattet som varemærkets væsentligste bestanddel af gennemsnitsforbrugeren og derfor skulle anses for at have tilstrækkeligt særpræg. Som følge heraf var der risiko for forveksling.

40 Harmoniseringskontoret har anført, at ordet »echinacea« ikke er engelsk, men hidrører fra »moderne« latin, som ikke står i forbindelse til noget bestemt land eller område. Det er imidlertid almindeligt at bruge latin inden for såvel lægemiddelindustrien som almindelig lægevidenskab.

41 Harmoniseringskontoret er af den opfattelse, at den af Optima Healthcare Ltd fremlagte liste over mere end 30 varemærker, der indeholder præfikset »echin-« eller »echina-«, som er registreret på et eller flere af de områder, der er omhandlet i den foreliggende sag, beviser, at ordet »echinacea« og dermed præfikset »echin-« har en beskrivende karakter i bevidstheden hos kundekredsen på disse områder. Harmoniseringskontoret har ligeledes gjort gældende, at sagsøgeren ikke bestred disse argumenter under sagen for Indsigelsesafdelingen.

42 Denne beskrivende karakter bekræftes desuden ved en internetsøgning på ordet »echinacea« på hvert af de omhandlede sprog. Denne søgning gav således 1 940 resultater på spansksprogede sider, 2 630 resultater på franskprogede sider, 6 080 resultater på italienske sider, 1 160 resultater på portugisisksprogede sider, 36 600 resultater på tyske sider og 7 360 resultater på nederlandske sider.

43 I betragtning af dets beskrivende karakter vil præfikset »echina-« have en lille eller ingen evne til at kendetegne varer fra en given virksomhed. Den almindeligt oplyste og tilstrækkeligt opmærksomme gennemsnitsforbruger vil således ikke kunne sætte sin lid til dette præfiks for at adskille konkurrerende varemærker fra hinanden. Forbrugeren vil ikke kunne antage, at varemærkerne ECHINACIN og ECHINAID

hidrører fra den samme virksomhed med den begrundelse, at de har præfikset »echina-« til fælles. Dette præfiks er en klar og direkte henvisning til de omhandlede varers sammensætning og kendetegn og ikke en angivelse af deres respektive producenter.

Rettens bemærkninger

44 Retten finder, at det var med rette, at Harmoniseringskontoret fastslog, at præfikset »echina-« var beskrivende, og at kundekredsen på de relevante områder — når den blev stillet over for det ansøgte varemærke for varer i klasse 5 — følgelig ville antage, at varemærket henviste til varer, hvis sammensætning stammer fra planten »echinacea«.

45 Denne konklusion vedrørende det ansøgte varemærkes beskrivende karakter underbygges af de oplysninger, der indgik i den analyse, appelkammeret foretog bl.a. i den anfægtede afgørelses punkt 18-21. Ordet »echinacea« er således den latinske videnskabelige betegnelse for en plante, der anvendes på lægemiddelområdet og inden for fytoterapien. Inden for disse områder er det almindeligt at anvende planters latinske betegnelse. Dette bekræftes ved det store antal registreringer af præfikset »echin-« eller »echina-« på de berørte områder. Harmoniseringskontoret havde derfor grundlag for at fastslå, at præfikset »echina-« for de berørte gennemsnitsforbrugere udgør en henvisning til varens sammensætning og ikke en angivelse af varens handelsmæssige oprindelse.

46 Det følger heraf, at anbringendets tredje led ikke kan tages til følge.

Fjerde led vedrørende den fejlagtige vurdering af risikoen for forveksling

Parternes argumenter

47 Sagsøgeren har for det første kritiseret appelkammeret, der anså de omtvistede varemærkers suffikser »-id« og »-cin« for dominerende bestanddele, for ikke at have sammenlignet tegnene sådan, som de vil blive opfattet af forbrugerne, dvs. som en helhed. Sagsøgeren har henvist til, at gennemsnitsforbrugeren ifølge Domstolen normalt opfatter et varemærke som en helhed og ikke undersøger de forskellige detaljer (Domstolens dom af 11.11.1997, sag C-251/95, SABEL, Sml. I, s. 6191, præmis 23).

48 For det andet har sagsøgeren kritiseret appelkammeret for at have foretaget en fejlagtig anvendelse af begrebet »gennemsnitsforbruger« ved alene at tage hensyn til fagfolk og ikke til den endelige forbruger. Denne fejl kan ifølge sagsøgeren udledes af den anfægtede afgørelses punkt 23, hvor appelkammeret anførte, at forbrugere af denne type varer var vant til varemærker, der indeholder præfikset »echina-«. Denne type vare er imidlertid ikke ofte forekommende i handelen. Desuden er det tænkeligt, at kundekredsen, der kun sjældent har mulighed for at foretage en direkte sammenligning mellem de forskellige varemærker, men må stole på det ufuldstændige billede af dem, den har i erindringen, betragter de varer, der betegnes med de omtvistede varemærker, som nok tilhørende to forskellige varesortimenter, men dog som stammende fra den samme virksomhed (Rettens dom af 23.10.2002, sag T-104/01, Oberhauser mod KHIM — Petit Liberto (Fifties), Sml. II, s. 4359, præmis 49).

49 Afslutningsvis i stævningen har sagsøgeren nævnt en afgørelse truffet den 25. april 2001 af Tredje Appelkammer (sag R 816/1999-3). I denne afgørelse fandt

appelkammeret, at der for gennemsnitsforbrugeren var risiko for forveksling mellem to varemærker, der betegnede farmaceutiske præparater, A-MULSIN og ALMOXIN, idet de mere eller mindre havde samme sammensætning og samme anvendelsesformål. I afgørelsen påpegede appelkammeret bl.a., at en gennemsnitsforbrugers opmærksomhedsniveau er mindre højt, når der er tale om lægemidler mod mindre væsentlige problemer, såsom hovedpinetabletter, sovemidler eller massageolier. Gennemsnitsforbrugeren køber generelt denne type vare uden at læse indlægssedlen og uden nødvendigvis at bede apotekeren om råd. Købstidspunktet er imidlertid det tidspunkt, hvor forvekslingen vil kunne opstå. Appelkammeret fastslog, at selv om en opmærksom forbruger var i stand til visuelt at adskille de omhandlede varemærker fra hinanden bl.a. ved hjælp af tilstedeværelsen af en bindestreg, var gennemsnitsforbrugeren derimod ikke i stand til at huske den lille fonetiske forskel mellem nævnte varemærker.

50 Hvad angår det første punkt er Harmoniseringskontoret til gengæld af den opfattelse, at det — selv om tegnet skal betragtes i dets helhed — er afgørende ligeledes at tage hvert enkelt tegns forskellige bestanddele i betragtning ved helhedsvurderingen (Rettens dom af 9.4.2003, sag T-224/01, Durferrit mod KHIM — Kolene (NU-TRIDE), Sml. II, s. 1589). Ifølge Domstolens praksis er varemærkets særpræg en af de faktorer, der skal tages i betragtning med henblik på at bedømme risikoen for forveksling (SABEL-dommen, præmis 24, Domstolens dom af 29.9.1998, sag C-39/97, Canon, Sml. I, s. 5507, præmis 18, og af 22.6.1999, sag C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Sml. I, s. 3819, præmis 25). For at kunne tage stilling til et varemærkes særpræg skal der tages hensyn til varemærkets egentlige beskaffenhed, herunder om det indeholder bestanddele, der beskriver de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret (Domstolens dom af 4.5.1999, forenede sager C-108/97 og C-109/97, Windsurfing Chiemsee, Sml. I, s. 2779, præmis 49 og 51, og Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 22 og 23). De omhandlede varemærkers visuelle, lydlige eller begrebsmæssige lighed skal være baseret på helhedsindtrykket af varemærkerne, idet der bl.a. skal tages hensyn til de bestanddele, der har særpræg eller dominans (SABEL-dommen, præmis 23, og Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 22 og 23).

51 Når et varemærke indeholder en bestanddel, der er beskrivende, vil denne bestanddel følgelig ikke kunne anses for den dominerende bestanddel, da tilstedeværelsen af en risiko for forveksling ikke kan være baseret på bestanddele, der ikke er beskyttet i henhold til varemærkeretten. Harmoniseringskontoret er derfor af den opfattelse, at det var med rette, at appelkammeret konkluderede, at den omstændighed, at præfikset »echina-« indgik i de to varemærker, ikke var tilstrækkelig til at udgøre en risiko for forveksling.

52 Med hensyn til det andet punkt har Harmoniseringskontoret henvist til, at appelkammeret tog hensyn til gennemsnitsforbrugernes syn på vitaminer, kosttilskud, plantepræparater og medicinske og farmaceutiske præparater, og ikke til synet herpå blandt fagfolk, dvs. læger og apotekere. Når disse varer kan sælges uden recept, er det fordi sundhedsmyndighederne har vurderet, at gennemsnitsforbrugerne er tilstrækkeligt oplyste og i stand til at træffe deres valg. Desuden er gennemsnitsforbrugeren af disse varer en typisk forbruger, der er særligt interesseret i naturmedicinske præparater, og som må antages at være i besiddelse af et vist minimumskendskab til disse, såsom at være opmærksom på de særlige egenskaber ved varer, der indeholder echinacea.

53 Harmoniseringskontoret er af den opfattelse, at gennemsnitsforbrugeren af de pågældende varer, idet han kender varernes egenskaber, vil opfatte præfikset som en henvisning til arten af de omhandlede varer og ikke til deres handelsmæssige oprindelse. Eftersom gennemsnitsforbrugerens opmærksomhedsniveau varierer i forhold til arten af de omhandlede varer (Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 26), er der — når der er tale om varer vedrørende sundhed — ingen grund til at antage, at gennemsnitsforbrugeren ikke vil udvise opmærksomhed i det øjeblik, hvor han vælger disse varer. Dette gælder så meget desto mere, såfremt der, som hævdet af sagsøgeren, er alvorlige sundhedsrisici forbundet med forveksling ved brugen af de omhandlede varer.

Rettens bemærkninger

54 Retten bemærker, at kundekredsen i almindelighed ikke opfatter et beskrivende element, der udgør en del af et sammensat varemærke, som den særprægede og dominerende bestanddel i det helhedsindtryk, som varemærket fremkalder (BUDMEN-dommen, præmis 53).

55 Eftersom det præfiks, der i den foreliggende sag er fælles for de to omhandlede tegn, dvs. »echina-«, har en beskrivende karakter, som allerede anført af Retten i præmis 44 ovenfor, gør dette præfiks det ikke muligt at fastslå varernes handelsmæssige oprindelse. Det var derfor med rette, at Harmoniseringskontoret anførte, at de omtvistede tegns respektive suffikser, dvs. »-id« og »-cin«, måtte anses for de karakteristiske og dominerende bestanddele, der ville tiltrække forbrugernes opmærksomhed.

56 Hvad angår den fejl, der skulle være begået med hensyn til anvendelsen af begrebet »gennemsnitsforbruger«, hvilket ifølge sagsøgeren følger af den anfægtede afgørelses punkt 25, er det tilstrækkeligt at bemærke, at punkt 25 ikke vedrører fagfolk, men »den berørte kundekreds«. Dette udtryk er defineret i punkt 23, hvor appelkammeret udtrykkeligt henviser til gennemsnitsforbrugeren af de pågældende varer. I samme punkt antages det, at nævnte forbruger er rimeligt oplyst, opmærksom og velunderrettet. I modsætning til det af sagsøgeren anførte, har Harmoniseringskontoret således ikke begrænset sin undersøgelse af risikoen for forveksling til fagfolk, men har klart taget hensyn til opfattelsen hos de endelige forbrugere af de omhandlede varer.

57 Selv om det som anført af sagsøgeren er rigtigt, 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, kan dette argument henset til præfikset »echina-«'s beskrivende karakter ikke tillægges betydning i det foreliggende tilfælde.

58 Hvad endelig angår sagsøgerens henvisning til en afgørelse truffet af Tredje Appelkammer skal der henvises til præmis 24 ovenfor.

59 Det følger heraf, at anbringendets fjerde led skal forkastes.

Femte led vedrørende tilsidesættelse af »princippet om et indbyrdes afhængighedsforhold«

Parternes argumenter

60 Sagsøgeren har kritiseret appelkammeret for ikke at have anvendt »princippet om et indbyrdes afhængighedsforhold«. Ifølge dette »princip« indebærer helhedsvurderingen af risikoen for forveksling en vis indbyrdes afhængighed mellem de faktorer, der kommer i betragtning. Særligt vil en svag grad af lighed mellem de omfattede varer eller tjenesteydelser kunne opvejes af en høj grad af lighed mellem varemærkerne og omvendt (Canon-dommen, præmis 15-18).

61 Sagsøgeren er af den opfattelse, at appelkammeret i det foreliggende tilfælde skulle have anset den høje grad af lighed mellem varerne for tilstrækkelig til at opveje de små forskelle, der var mellem tegnene.

62 Harmoniseringskontoret har medgivet, at helhedsvurderingen af risikoen for forveksling omfatter det indbyrdes afhængighedsforhold mellem de faktorer, der kommer i betragtning, og at de varer, som i det foreliggende tilfælde er omfattet af de omtvistede varemærker, er af samme art. Den omstændighed, at varerne er af samme art, skal imidlertid holdes op mod graden af varemærkernes særpræg. Da de omhandlede varemærker er sammensat af et beskrivende præfiks, er varemærkernes særpræg i det konkrete tilfælde begrænset til deres suffiks, der er den del, som tiltrækker forbrugernes opmærksomhed. Følgelig er beskyttelsesområdet for det ældre varemærke betydeligt begrænset.

Rettens bemærkninger

63 Det følger af fast retspraksis, at helhedsvurderingen af risikoen for forveksling indebærer en vis indbyrdes afhængighed mellem de faktorer, der kommer i betragtning, og især ligheden mellem varemærkerne og ligheden mellem de varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af varemærkerne. En svag grad af lighed mellem de af varemærkerne omfattede varer eller tjenesteydelser kan således opvejes af en høj grad af lighed mellem varemærkerne og omvendt (Canon-dommen, præmis 17, og Rettens dom af 24.11.2005, sag T-3/04, Simonds Farsons Cisk mod KHIM — Spa Monopole (KINJI by SPA), Sml. II, s. 4837, præmis 33).

64 Sagsøgeren har gjort gældende, at den bedømmelse af risikoen for forveksling, som Harmoniseringskontoret foretog i den foreliggende sag, er behæftet med en fejl som følge af, at der i den anfægtede afgørelse ikke henvises til det, som sagsøgeren har kaldt »princippet om et indbyrdes afhængighedsforhold«, der er fastlagt i henhold til retspraksis (Canon-dommen, præmis 17).

65 Det bemærkes, at argumentet, såfremt det skal forstås i den betydning, at »princippet om et indbyrdes afhængighedsforhold« i den pågældende retspraksis er defineret som en selvstændig retsregel, savner grundlag. Betragtningerne omkring

dette »princip« er alene udtryk for en af de talrige faktorer, der skal tages i betragtning ved helhedsvurderingen af risikoen for forveksling i en konkret sag. Det følger heraf, at den blotte omstændighed, at der i den anfægtede afgørelse ikke er henvist til denne faktor, ikke kan føre til den antagelse, at den vurdering af risikoen for forveksling, der er foretaget i afgørelsen, er behæftet med fejl.

66 Henset til samtlige de faktorer, der er taget i betragtning ved bedømmelsen af risikoen for forveksling, således som de er beskrevet i den anfægtede afgørelse, og navnlig til de i afgørelsen nævnte beviser for den samtidige tilstedeværelse på de relevante områder af flere varemærker, der er sammensat af præfikserne »echin-« og »echina-« med forskellige suffikser, er sagsøgerens argumenter ikke egnet til at godtgøre, at der er fejl i appelkammerets argumentation.

67 Det følger heraf, at anbringendets femte led kun kan forkastes. Harmoniseringskontoret skal derfor i det hele frifindes.

Sagens omkostninger

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

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Første Afdeling)

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

2) Sagsøgeren betaler sagens omkostninger.

Cooke Labucka Trstenjak

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 5. april 2006.

E. Coulon J.D. Cooke

Justitssekretær Afdelingsformand