ARREST VAN HET GERECHT (Vierde kamer)

28 mei 2020*

„Uniemerk – Oppositieprocedure – Aanvraag voor Uniebeeldmerk AUREA BIOLABS – Ouder Uniewoordmerk AUREA – Relatieve weigeringsgrond – Verwarringsgevaar – Soortgelijke waren – Artikel 8, lid 1, onder b), van verordening (EU) 2017/1001 – Rechtzetting van de beslissing van de kamer van beroep – Artikel 102 van verordening 2017/1001"

In de zaken T-724/18 en T-184/19,

Aurea Biolabs Pte Ltd, gevestigd te Kochi (India), vertegenwoordigd door B. Brandreth, QC, en L. Oommen, solicitor,

verzoekster,

tegen

Bureau voor intellectuele eigendom van de Europese Unie (EUIPO), vertegenwoordigd door K. Kompari, H. O'Neill en V. Ruzek als gemachtigden,

verweerder,

andere partij in de procedure bij de kamer van beroep van het EUIPO, interveniënte voor het Gerecht:

Avizel SA, gevestigd te Luxemburg (Luxemburg), vertegenwoordigd door C. De Keersmaeker en W.-J. Cosemans, advocaten,

betreffende, in zaak T-724/18, een beroep tegen de beslissing van de tweede kamer van beroep van het EUIPO van 11 september 2018 (zaak R 814/2018-2) inzake een oppositieprocedure tussen Avizel en Aurea Biolabs, en, in zaak T-184/19, een beroep tegen de beslissing van de tweede kamer van beroep van het EUIPO van 29 januari 2019 [zaak R 814/2018-2 (CORR)], waarbij de beslissing van 11 september 2018 is rechtgezet,

wijst

HET GERECHT (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: S. Gervasoni (rapporteur), president, R. Frendo en J. Martín y Pérez de Nanclares, rechters,

griffier: A. Juhász-Tóth, administrateur,

gezien de op 7 december 2018 (zaak T-724/18) en 27 maart 2019 (zaak T-184/19) ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschriften,

* Procestaal: Engels.

gezien de exceptie van niet-ontvankelijkheid die het EUIPO in zaak T-184/19 heeft opgeworpen bij op 28 mei 2019 ter griffie van het Gerecht neergelegde akte,

gezien de op 28 juni 2019 ter griffie van het Gerecht neergelegde schriftelijke opmerkingen over de exceptie van niet-ontvankelijkheid,

gezien de beschikking van 11 juli 2019 in zaak T-184/19 tot voeging van de exceptie van niet-ontvankelijkheid met de zaak ten gronde,

gezien de op 18 maart 2019 (zaak T-724/18) en 24 september 2019 (zaak T-184/19) ter griffie van het Gerecht neergelegde memories van antwoord van het EUIPO,

gezien de op 14 maart 2019 (zaak T-724/18) en 3 juni 2019 (zaak T-184/19) ter griffie van het Gerecht neergelegde memories van antwoord van interveniënte,

gezien de wijziging van de samenstelling van de kamers van het Gerecht,

gezien de beslissing van 12 november 2019 tot voeging van de zaken T-724/18 en T-184/19 voor de mondelinge behandeling,

na de terechtzitting op 22 januari 2020, tijdens welke partijen opmerkingen hebben gemaakt over de eventuele voeging van de zaken T-724/18 en T-184/19 voor het arrest,

het navolgende

Arrest

Voorgeschiedenis van het geding

1 Op 19 september 2016 heeft verzoekster, Aurea Biolabs Pte Ltd, bij het Bureau voor intellectuele eigendom van de Europese Unie (EUIPO) een Uniemerkaanvraag ingediend op grond van verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad van 26 februari 2009 inzake het Uniemerk (PB 2009, L 78, blz. 1), zoals gewijzigd [vervangen bij verordening (EU) 2017/1001 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 inzake het Uniemerk (PB 2017, L 154, blz. 1)].

2 Het merk waarvan de inschrijving is aangevraagd, betreft het volgende beeldteken:



3 De waren waarvoor de inschrijving is aangevraagd, behoren tot klasse 5 in de zin van de Overeenkomst van Nice van 15 juni 1957 betreffende de internationale classificatie van de waren en diensten ten behoeve van de inschrijving van merken, zoals herzien en gewijzigd. Zij zijn omschreven als volgt: „Voedingssupplementen; diëtische supplementen en voedselsupplementen; dieetsupplementen in de

vorm van dranken; met voedingsstoffen verrijkte dranken voor diëtisch gebruik; voedsel- en diëtische additieven, te weten functionele voeding voor gebruik als diëtische of voedingssupplementen; vitamine- en mineralensupplementen".

4 Op 30 januari 2017 heeft interveniënte, Avizel SA, overeenkomstig artikel 41 van verordening nr. 207/2009 (thans artikel 46 van verordening 2017/1001) oppositie ingesteld tegen de inschrijving van het aangevraagde merk voor de in punt 3 hierboven vermelde waren.

5 De oppositie was gebaseerd op het oudere Uniewoordmerk AUREA, dat op 12 maart 2015 is ingeschreven onder nummer 13493432.

6 Het oudere merk is ingeschreven voor waren van de klassen 3 en 5. Deze zijn voor die respectieve klassen omschreven als volgt:

– klasse 3: „Zepen; etherische oliën; cosmetische middelen, met uitzondering van parfums en eau de toilette; haarlotions";

– klasse 5: „Coldcream voor medisch gebruik; medicinale babycrèmes; medicinale crèmes voor het lichaam; handcrèmes voor medisch gebruik; gezichtscrèmes (medicinale -); medicinale lippencrèmes; crèmes (medicinale -) voor de voeten; medicinale huidcrèmes; medicinale crèmes ter bescherming van de huid; huidverzorgende crèmes voor medisch gebruik".

7 Ter ondersteuning van de oppositie is de in artikel 8, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 [thans artikel 8, lid 1, onder b), van verordening 2017/1001] bedoelde grond aangevoerd.

8 Op 6 maart 2018 heeft de oppositieafdeling de oppositie toegewezen op grond dat er verwarringsgevaar bestond en heeft zij de inschrijvingsaanvraag afgewezen.

9 Op 3 mei 2018 heeft verzoekster overeenkomstig de artikelen 66 tot en met 71 van verordening 2017/1001 tegen de beslissing van de oppositieafdeling beroep ingesteld bij het EUIPO.

10 Bij beslissing van 11 september 2018 (hierna: „bestreden beslissing") heeft de tweede kamer van beroep van het EUIPO het beroep verworpen. Met name heeft zij zich op het standpunt gesteld dat het relevante grondgebied voor de beoordeling van het verwarringsgevaar het grondgebied van de Europese Unie is en dat het relevante publiek deels bestaat uit medische beroepsbeoefenaren en deels uit het grote publiek als eindverbruikers, die een hoog aandachtsniveau hebben (punten 17-24 van de bestreden beslissing). Voorts was de kamer van beroep van mening dat de door de conflicterende merken aangeduide waren van klasse 5 op zijn minst in geringe mate soortgelijk zijn. Daaruit heeft zij afgeleid dat niet hoefde te worden beoordeeld of de in de inschrijvingsaanvraag vermelde waren en de door het oudere merk aangeduide waren van klasse 3 mogelijkerwijs soortgelijk zijn (punten 25-38 van de bestreden beslissing). Wat de vergelijking van de tekens betreft, heeft de kamer van beroep vastgesteld dat er sprake is van een minstens gemiddelde visuele overeenstemming, een minstens gemiddelde of zelfs grote fonetische overeenstemming en – voor een deel van het relevante publiek – een minstens geringe begripsmatige overeenstemming (punten 39-78 van de bestreden beslissing). Bij haar globale beoordeling van het verwarringsgevaar heeft zij met name in herinnering gebracht dat uit de rechtspraak over de onderlinge samenhang van de voor deze beoordeling relevante factoren volgt dat wanneer de betreffende waren dezelfde zijn, het verschil tussen de tekens aanzienlijk moet zijn om verwarringsgevaar te voorkomen, en heeft zij tevens opgemerkt dat de betreffende waren in casu werden geacht dezelfde te zijn (punt 80 van de bestreden beslissing). De kamer van beroep heeft haar globale beoordeling afgesloten door te verklaren dat zij zich aansloot bij het standpunt van de oppositieafdeling dat er in casu verwarringsgevaar bestond (punt 92 van de bestreden beslissing).

11 Bij beslissing van 29 januari 2019 (hierna: „rechtzettingsbeslissing") heeft de tweede kamer van beroep de bestreden beslissing op de grondslag van „regel 53 EUTMIR" rechtgezet door punt 80 van die beslissing te schrappen.

Conclusies van partijen

12 Verzoekster verzoekt het Gerecht:

– in zaak T-724/18 de bestreden beslissing te vernietigen en in zaak T-184/19 de rechtzettingsbeslissing te vernietigen;

– het EUIPO te verwijzen in de kosten in de zaken T-724/18 en T-184/19, en tevens interveniënte te verwijzen in de kosten in zaak T-724/18.

13 Het EUIPO verzoek het Gerecht:

– het beroep in zaak T-724/18 ongegrond te verklaren;

– het beroep in zaak T-184/19 niet-ontvankelijk en, subsidiair, ongegrond te verklaren;

– verzoekster te verwijzen in de kosten in de zaken T-724/18 en T-184/19.

14 Interveniënte verzoekt het Gerecht:

– de beroepen in de zaken T-724/18 en T-184/19 te verwerpen;

– verzoekster te verwijzen in de kosten in die zaken.

In rechte

15 Aangezien de rechtzettingsbeslissing heeft geleid tot de schrapping van een punt van de bestreden beslissing, waarvan de overwegingen ter discussie zijn gesteld in het kader van het beroep in zaak T-724/18, moet in de eerste plaats worden onderzocht of de in zaak T-184/19 bestreden rechtzettingsbelissing rechtmatig is.

Beroep in zaak T-184/19

16 In het beroep in zaak T-184/19 voert verzoekster drie middelen aan ter ondersteuning van haar verzoek tot nietigverklaring van de rechtzettingsbeslissing. Ten eerste berust de rechtzettingsbeslissing volgens haar op een onjuiste rechtsgrond, te weten „regel 53 EUTMIR". Ten tweede kon de fout in kwestie niet worden rechtgezet gelet op de voorwaarden van de toepasselijke wettelijke bepaling, te weten artikel 102 van verordening 2017/1001. Ten derde heeft de kamer van beroep inbreuk gemaakt op verzoeksters recht om te worden gehoord, door haar niet de mogelijkheid te bieden een standpunt in te nemen over de toepasselijke bepaling of over de voorgenomen rechtzetting.

17 Vastgesteld kan inderdaad worden dat de rechtzettingsbeslissing formeel berust op „regel 53 EUTMIR" (punt 5 van de rechtzettingsbeslissing). Aangezien enkel verordening (EG) nr. 2868/95 van de Commissie van 13 december 1995 tot uitvoering van verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad inzake het Gemeenschapsmerk (PB 1995, L 303, blz. 1) een regel 53 bevat, dient te worden aangenomen dat de rechtzettingsbeslissing – zoals het EUIPO in zijn memorie van antwoord heeft erkend – gebaseerd is op regel 53 van verordening nr. 2868/95, ook al komt de afkorting „EUTMIR" niet overeen met deze verordening.

18 Zoals verzoekster terecht aanvoert, is regel 53 van verordening nr. 2868/95 sinds 1 oktober 2017 niet langer van kracht. Sinds deze datum wordt de rechtzetting van beslissingen van het EUIPO geregeld door artikel 102 van verordening 2017/1001.

19 De bepaling die van toepassing is op de rechtzetting van een beslissing, is de bepaling die van kracht is op de datum waarop de rechtzettingsbeslissing wordt genomen [zie in die zin, met betrekking tot een beslissing tot herroeping, arrest van 21 februari 2018, Repower/EUIPO – repowermap.org (REPOWER), T-727/16, EU:T:2018:88, punten 19-29; zie ook naar analogie, met betrekking tot de rectificatie waarin het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht voorziet, beschikking van 21 juli 2015, Tomana e.a./Raad en Commissie, T-190/12 REC, niet gepubliceerd, EU:T:2015:572, punten 3 en 4], dat wil in casu zeggen artikel 102 van verordening 2017/1001, dat van kracht was toen – op 29 januari 2019 – de rechtzettingsbeslissing werd genomen. Uit vaste rechtspraak blijkt namelijk dat de bepaling die de juridische grondslag van een handeling vormt en die een instelling van de Unie machtigt om de betreffende handeling vast te stellen, van kracht moet zijn wanneer die handeling wordt vastgesteld, en dat procedureregels in het algemeen worden geacht te gelden zodra zij in werking treden (zie arrest van 29 maart 2011, ThyssenKrupp Nirosta/Commissie, C-352/09 P, EU:C:2011:191, punt 88 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

20 Die fout, die verzoekster in het kader van haar eerste middel op goede gronden heeft aangevoerd en die het EUIPO overigens heeft toegegeven in de memorie van antwoord, kan evenwel niet leiden tot vernietiging van de rechtzettingsbeslissing indien in casu voldaan is aan de in artikel 102 van verordening 2017/1001 vastgestelde voorwaarden voor rechtzetting van de beslissingen van de kamers van beroep. Een onjuiste keuze van de rechtsgrond brengt immers enkel de vernietiging van de betreffende handeling met zich mee wanneer zij gevolgen kan hebben voor de inhoud van deze handeling [zie arrest van 18 oktober 2011, Reisenthel/BHIM – Dynamic Promotion (Kratten en korven), T-53/10, EU:T:2011:601, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

21 Verzoekster betwist met haar tweede middel juist dat in casu voldaan is aan de in artikel 102 van verordening 2017/1001 neergelegde voorwaarden voor rechtzetting van de beslissingen van het EUIPO. Zij voert in het bijzonder aan dat deze bepaling niet van toepassing is op „kennelijke fouten", die in casu als rechtvaardiging voor de rechtzettingsbeslissing hebben gediend (punten 5 en 6 van deze beslissing) terwijl dergelijke fouten uitsluitend aan de orde zijn in artikel 103 van verordening 2017/1001, dat van toepassing is op de herroeping van beslissingen van het EUIPO.

22 Uit de bewoordingen van de artikelen 102 en 103 van verordening 2017/1001 blijkt inderdaad dat enkel in artikel 103 wordt verwezen naar „kennelijke fouten", terwijl in artikel 102 thans uitsluitend melding wordt gemaakt van „kennelijke vergissingen".

23 Artikel 102 van verordening 2017/1001, met als opschrift „Rechtzetting van fouten en kennelijke vergissingen", bepaalt in lid 1:

„Het [EUIPO] zorgt op eigen initiatief of op verzoek van een partij voor rechtzetting van taalfouten of transcriptiefouten en kennelijke vergissingen in de beslissingen van het Bureau, of van technische fouten die bij de inschrijving van een Uniemerk of de publicatie van de inschrijving te wijten zijn aan het Bureau."

24 Artikel 103 van verordening 2017/1001, met als opschrift „Herroeping van beslissingen", bepaalt in lid 1:

„Indien het [EUIPO] een inschrijving in het register heeft gedaan of een beslissing heeft genomen waarbij het een kennelijke fout heeft gemaakt, haalt het deze inschrijving door of herroept het deze beslissing. [...]"

25 Gepreciseerd dient te worden dat er in de voorheen geldende versies van de bepalingen betreffende de rechtzetting en de herroeping van beslissingen van het EUIPO sprake was van „kennelijke vergissingen" (regel 53 van verordening nr. 2868/95) en „kennelijke procedurefouten" (artikel 80 van verordening nr. 207/2009).

26 Uit de rechtspraak waarbij deze laatste bepalingen zijn uitgelegd, komt duidelijk naar voren dat, gezien het belang van het bindende karakter van het dispositief van een door een bevoegde autoriteit vastgesteld eindbesluit en met het oog op de eerbiediging van het rechtszekerheidsbeginsel, de regel op grond waarvan naderhand in een dergelijk besluit bij wijze van uitzondering wijzigingen kunnen worden aangebracht door middel van rechtzetting of herroeping, strikt moet worden uitgelegd en dus beperkt is tot kennelijke fouten [zie in die zin arrest van 9 september 2011, dm-drogerie markt/BHIM – Distribuciones Mylar (dm), T-36/09, EU:T:2011:449, punten 73, 76 en 78, en, uitsluitend wat rechtzettingen betreft, arrest van 14 december 2006, Gagliardi/BHIM – Norma Lebensmittelfilialbetrieb (MANŪ MANU MANU), T-392/04, niet gepubliceerd, EU:T:2006:400, punt 55].

27 Uit de in punt 26 hierboven aangehaalde rechtspraak blijkt echter dat er een verschil bestaat wat betreft het soort fout dat kan leiden tot rechtzetting of herroeping, en dit wegens het onderscheid tussen de rechtzettingsprocedure en de herroepingsprocedure.

28 De rechtzettingsprocedure leidt namelijk niet tot intrekking van de rechtgezette beslissing, maar heeft enkel tot gevolg dat de daarin vervatte fouten worden hersteld door middel van een rechtzettingsbeslissing. De herroepingsprocedure leidt daarentegen tot intrekking van de onjuiste beslissing en impliceert een terugkeer naar de fase waarin de procedure bij het EUIPO zich bevond voordat die beslissing werd genomen, zonder dat de ontdekte fout in de herroepingsbeslissing zelf wordt hersteld.

29 Rechtzettingen zijn dan ook beperkt tot kennelijke fouten van formele aard, die geen invloed hebben op de strekking en de inhoud van de genomen beslissing, maar enkel op de vorm ervan (arrest van 14 december 2006, MANŪ MANU MANU, T-392/04, niet gepubliceerd, EU:T:2006:400, punt 55). Het betreft fouten die zodanig voor de hand liggen dat geen andere tekst denkbaar is dan de tekst zoals hij luidt na de rechtzetting (zie in die zin arrest van 9 september 2011, dm, T-36/09, EU:T:2011:449, punten 73 en 75), en die niet rechtvaardigen dat de beslissing waarin zij vervat zijn, ongeldig wordt verklaard of wordt herroepen [zie in die zin arrest van 15 maart 2011, Ifemy's/BHIM – Dada & Co Kids (Dada & Co. kids), T-50/09, EU:T:2011:90, punt 32], noch dat de partijen worden gehoord.

30 Daarentegen is het gerechtvaardigd een beslissing tot herroeping te nemen wanneer fouten zijn gemaakt die met zich meebrengen dat het dispositief van de beslissing in kwestie niet kan worden gehandhaafd zonder dat later een nieuwe analyse wordt uitgevoerd door de instantie die deze beslissing heeft genomen. Het gaat om fouten die betrekking hebben op de verdeling van de procedurekosten [zie in die zin arrest van 1 juli 2009, Okalux/BHIM – Messe Düsseldorf (OKATECH), T-419/07, EU:T:2009:238, punten 33 en 40], op het recht om te worden gehoord (zie in die zin, naar analogie, arrest van 18 oktober 2011, Kratten en korven, T-53/10, EU:T:2011:601, punten 37-39) of op de motiveringsplicht (zie in die zin arrest van 31 oktober 2019, Repower/EUIPO, C-281/18 P, EU:C:2019:916, punt 34).

31 Dat de bewoordingen van de in casu relevante bepalingen gewijzigd zijn, doet niet af aan het in de punten 29 en 30 hierboven uiteengezette onderscheid tussen de gevallen waarin rechtzetting kan plaatsvinden en de gevallen waarin herroeping kan plaatsvinden, dat gepreciseerd is in de rechtspraak die dateert uit de periode toen de vroegere bepalingen van toepassing waren.

32 Zoals het EUIPO ter terechtzitting heeft bevestigd, is het onderscheid tussen fouten die een rechtzetting rechtvaardigen en fouten die een herroeping rechtvaardigen, namelijk gehandhaafd en wordt het feit dat de uitdrukking „kennelijke fouten" in artikel 102 van verordening 2017/1001 is vervangen door de uitdrukking „kennelijke vergissingen", juist verklaard door de noodzaak om het onderscheid te handhaven met de fouten als bedoeld in artikel 103 van verordening 2017/1001, die thans „kennelijke fouten" en niet langer „kennelijke procedurefouten" worden genoemd. Aangezien de bewoordingen van verschillende taalversies van artikel 102 van verordening 2017/1001 (met name „oversights" in het Engels, „Versehen" in het Duits, „sviste" in het Italiaans of „equivocaciones" in het Spaans) verwijzen naar „vergissingen", wat ruimer is dan „fouten", moet evenwel worden aangenomen dat het EUIPO bepaalde fouten nog steeds kan herstellen op grond van artikel 102 van verordening 2017/1001, zonder gebruik te maken van de herroepingsprocedure van artikel 103 van die verordening. Wat betreft fouten die kunnen worden rechtgezet op grond van artikel 102 van verordening 2017/1001, blijkt uit de rechtspraak waarin deze nieuwe bepaling is uitgelegd [zie in die zin arresten van 24 oktober 2019, ZPC Flis/EUIPO – Aldi Einkauf (FLIS Happy Moreno choco), T-708/18, niet gepubliceerd, EU:T:2019:762, punten 38-41, en 24 oktober 2019, ZPC Flis/EUIPO – Aldi Einkauf (Happy Moreno choco), T-498/18, EU:T:2019:763, punten 37-40], dat rechtzetting nog steeds uitgesloten is voor fouten die van invloed zijn op de inhoud van de genomen beslissing, zoals fouten die verband houden met de lijst van waren waarop het oudere merk betrekking heeft en die nopen tot een nieuwe beoordeling van het bestaan van verwarringsgevaar.

33 Hieruit volgt dat wanneer in een beslissing een fout wordt vastgesteld, deze overeenkomstig artikel 102 van verordening 2017/1001 kan worden rechtgezet indien het gaat om een onsamenhangend element in een beslissing die voor het overige coherent en ondubbelzinnig is, te weten indien duidelijk blijkt dat de fout voortvloeit uit een vergissing of een lapsus die onmiskenbaar moet worden gecorrigeerd in de in aanmerking genomen zin, zodat geen andere bewoordingen denkbaar waren dan die welke resulteren uit de rechtzetting.

34 In casu bestond de rechtzetting in de schrapping van een punt van de bestreden beslissing – te weten punt 80 – op de door het EUIPO aangevoerde grond dat dit punt kennelijk onjuist was. In dat punt is volgens het EUIPO op onjuiste wijze in herinnering gebracht wat de kamer van beroep in een eerdere passage van de bestreden beslissing heeft opgemerkt. Het is volgens het EUIPO onmiskenbaar dat de kamer van beroep, zoals blijkt uit de punten 31 tot en met 36 van de bestreden beslissing, heeft geoordeeld dat de betreffende waren slechts soortgelijk zijn, op zijn minst in een geringe mate, zodat de in punt 80 van de bestreden beslissing gedane vaststelling dat deze waren dezelfde zijn, het gevolg was van een kennelijke onoplettendheid.

35 Gelet op het voorgaande (zie de punten 32 en 33 hierboven) moet in dit verband worden opgemerkt dat uit de omstandigheid dat de rechtzetting in casu niet bestond in de toevoeging van een punt dat was weggelaten, maar in de schrapping van een punt van de bestreden beslissing, op zichzelf niet worden afgeleid dat die rechtzetting heeft plaatsgevonden in strijd met artikel 102 van verordening 2017/1001.

36 Voorts dient te worden geoordeeld dat de tegenstrijdigheid tussen enerzijds de analyse van de soortgelijkheid van de betreffende waren – aan het einde waarvan is vastgesteld dat zij op zijn minst in geringe mate soortgelijk zijn (punten 6, 31, 36 en 38 van de bestreden beslissing) – en anderzijds het feit dat bij de globale analyse van het verwarringsgevaar in herinnering is gebracht dat de uitkomst van de vergelijking van die waren gebaseerd is op de vaststelling dat zij dezelfde zijn (punt 80 van de bestreden beslissing), welke tegenstrijdigheid is weggenomen doordat niet langer aan dat feit wordt herinnerd, enkel op die manier uit de wereld kon worden geholpen.

37 Uit de laatste volzin van het geschrapte punt van de bestreden beslissing, met name uit de bewoordingen „[d]e litigieuze waren werden geacht", blijkt immers duidelijk dat dit punt ertoe strekte de eerder uitgevoerde vergelijkende analyse in herinnering te brengen. Bijgevolg moest de vermelding van de uitkomst van een eerdere analyse met het oog op het verrichten van de globale beoordeling

van het verwarringsgevaar, die met zich meebrengt dat rekening wordt gehouden met verschillende factoren, waaronder de soortgelijkheid van de waren [arrest van 14 december 2006, Mast-Jägermeister/BHIM – Licorera Zacapaneca e.a. (VENADO met kader), T-81/03, T-82/03 en T-103/03, EU:T:2006:397, punt 74; zie naar analogie ook arrest van 29 september 1998, Canon, C-39/97, EU:C:1998:442, punt 17], noodzakelijkerwijs in overeenstemming zijn met de overgenomen analyse, zodat melding moest worden gemaakt van een op zijn minst geringe soortgelijkheid en niet van een gelijkheid van de betreffende waren. De aldus gemaakte fout kon dus onmiskenbaar enkel worden hersteld in de zin van de daadwerkelijk door de kamer van beroep verrichte analyse waarbij zij tot de slotsom is gekomen dat de waren soortgelijk zijn, en kon niet evengoed worden hersteld door de vaststelling dat deze waren dezelfde zijn (zie in die zin arrest van 9 september 2011, dm, T-36/09, EU:T:2011:449, punt 75).

38 Dat er sprake is van een kennelijke fout, wordt bovendien bevestigd door de omstandigheid dat de kamer van beroep de – eveneens in punt 80 van de bestreden beslissing in herinnering gebrachte – rechtspraak over de beoordeling van het verwarringsgevaar wanneer de waren gelijk zijn, niet heeft toegepast in de verdere punten van de globale analyse van het verwarringsgevaar. Dit blijkt uit het feit dat de kamer van beroep in punt 91 van de bestreden beslissing heeft vermeld dat de betreffende waren elkaar aanvullen, hetgeen in overeenstemming is met haar in de punten 31 tot en met 38 van de bestreden beslissing – en met name in de punten 32 en 33 daarvan – verrichte beoordeling van de soortgelijkheid van die waren.

39 Punt 80 van de bestreden beslissing moest dus onmiskenbaar worden geschrapt, zodat deze schrapping kan worden aangemerkt als een rechtzetting van een fout waartoe rechtmatig is overgegaan op grond van artikel 102 van verordening 2017/1001.

40 Hieruit volgt bovendien dat de kamer van beroep niet kan worden verweten dat zij verzoekster niet heeft gehoord voordat de rechtzettingsbeslissing werd genomen, zoals verzoekster aanvoert in het kader van haar derde middel. Anders dan artikel 103 van verordening 2017/1001 – dat betrekking heeft op de herroepingsprocedure en waarin bepaald is dat de partijen worden gehoord voordat een beslissing tot herroeping wordt genomen – vereist artikel 102 van deze verordening immers niet dat de partijen in de procedure bij de kamer van beroep worden gehoord voordat de rechtzetting plaatsvindt. Gelet op deze specifieke bepalingen van verordening 2017/1001 waarin wordt voorgeschreven in welke gevallen de partijen moeten worden gehoord, is bovendien artikel 94, lid 1, tweede volzin, van die verordening – waarin het algemene beginsel van bescherming van de rechten van de verdediging is neergelegd voor het merkenrecht van de Europese Unie – niet van toepassing in de onderhavige zaak. Dit geldt a fortiori omdat de in casu rechtmatig uitgevoerde rechtzetting de inhoud van de bestreden beslissing niet heeft gewijzigd (zie punten 29 en 32 hierboven), zodat zij niet rechtvaardigde dat verzoekster vooraf werd gehoord.

41 Eveneens omdat de inhoud van de bestreden beslissing onverlet gelaten is, moet ook de stelling worden afgewezen dat aan de billijkheid afbreuk is gedaan doordat de materiële inhoud van de bestreden beslissing werd gewijzigd terwijl tegen deze beslissing beroep was ingesteld.

42 Gelet op een en ander bestaat er geen enkele reden om aan te nemen dat de inhoud van de rechtzettingsbeslissing kan zijn beïnvloed door de onjuiste verwijzing naar „regel 53 EUTMIR” in plaats van artikel 102 van verordening 2017/1001. Het zou dan ook geen enkel nut dienen om die beslissing wegens die fout te vernietigen. De beslissing die de kamer van beroep na de vernietiging zou nemen, zou immers onder dezelfde voorwaarden worden genomen en op dezelfde gegevens berusten als de vernietigde beslissing.

43 Derhalve dient te worden vastgesteld dat de fout die de kamer van beroep heeft begaan bij de keuze van de vermelde rechtsgrond, niet rechtvaardigt dat de rechtzettingsbeslissing wordt vernietigd. Het in zaak T-184/19 ingestelde beroep moet bijgevolg ongegrond worden verklaard, zonder dat uitspraak hoeft te worden gedaan over de exceptie van niet-ontvankelijkheid die het EUIPO heeft opgeworpen tegen dat beroep.

Beroep in zaak T-724/18

44 In het beroep in zaak T-724/18 voert verzoekster ter ondersteuning van haar vordering tot vernietiging van de bestreden beslissing één middel aan, dat gebaseerd is op schending van artikel 8, lid 1, onder b), van verordening 2017/1001.

45 Aangezien de vordering tot vernietiging van de rechtzettingsbeslissing is afgewezen (zie punt 43 hierboven), moet worden onderzocht of de bestreden beslissing zoals zij na de rechtzetting luidt, rechtmatig is. Bijgevolg moet de grief die is aangevoerd ter ondersteuning van dat enige middel en die gericht is tegen het bij de rechtzettingsbeslissing geschrapte punt 80 van de bestreden beslissing hoe dan ook worden afgewezen, zonder dat de gegrondheid ervan hoeft te worden onderzocht.

46 Volgens artikel 8, lid 1, onder b), van verordening nr. 2017/1001 wordt de inschrijving van het aangevraagde merk na oppositie door de houder van een ouder merk geweigerd wanneer het aangevraagde merk gelijk is aan of overeenstemt met het oudere merk en betrekking heeft op dezelfde of soortgelijke waren of diensten, indien daardoor verwarring kan ontstaan bij het publiek op het grondgebied waarop het oudere merk wordt beschermd. Daarnaast moet volgens artikel 8, lid 2, onder a), i), van verordening 2017/1001 onder oudere merken worden verstaan de Uniemerken waarvan de datum van de aanvraag om inschrijving voorafgaat aan die van de aanvraag van het Uniemerk.

47 Volgens vaste rechtspraak bestaat er verwarringsgevaar wanneer het publiek kan menen dat de betreffende waren of diensten afkomstig zijn van dezelfde onderneming of van economisch verbonden ondernemingen. Volgens diezelfde rechtspraak moet het verwarringsgevaar globaal worden beoordeeld met als uitgangspunt de wijze waarop het relevante publiek de betreffende tekens en waren of diensten opvat, waarbij rekening moet worden gehouden met alle factoren die in het concrete geval relevant zijn, met name de onderlinge samenhang tussen de overeenstemming van de tekens en de soortgelijkheid van de waren of diensten die erdoor worden aangeduid [zie arrest van 9 juli 2003, Laboratorios RTB/BHIM – Giorgio Beverly Hills (GIORGIO BEVERLY HILLS), T-162/01, EU:T:2003:199, punten 30-33 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

48 Voor de toepassing van artikel 8, lid 1, onder b), van verordening 2017/1001 is er sprake van verwarringsgevaar wanneer de conflicterende merken gelijk zijn of overeenstemmen en de waren of diensten waarop zij betrekking hebben, dezelfde of soortgelijk zijn. Dit zijn cumulatieve voorwaarden [zie arrest van 22 januari 2009, Commercy/BHIM – easyGroup IP Licensing (easyHotel), T-316/07, EU:T:2009:14, punt 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

49 De perceptie die de gemiddelde consument van de waren of diensten in kwestie heeft, speelt een beslissende rol bij de globale beoordeling van het verwarringsgevaar (zie arrest van 12 juni 2007, BHIM/Shaker, C-334/05 P, EU:C:2007:333, punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

50 In casu komt verzoekster niet op tegen de overweging van de kamer van beroep dat het relevante publiek bestaat uit de medische beroepsbeoefenaren en uit de patiënten als eindverbruikers, en dat dit publiek blijk geeft van een hoog aandachtsniveau (punten 19-21 van de bestreden beslissing). Met deze overweging moet worden ingestemd, gelet op met name de aard van de betreffende waren [zie in die zin arrest van 15 december 2009, Trubion Pharmaceuticals/BHIM – Merck (TRUBION), T-412/08, niet gepubliceerd, EU:T:2009:507, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

51 Verzoekster komt evenmin op tegen de wijze waarop de kamer van beroep het grondgebied heeft omschreven dat in casu relevant is om te beoordelen of er verwarringsgevaar bestaat (punten 20-24 van de bestreden beslissing), te weten als het grondgebied van de Unie, waarbij in herinnering moet worden gebracht dat het voldoende is dat een relatieve weigeringsgrond aanwezig is in een deel van de Unie (zie in die zin arrest van 14 december 2006, VENADO met kader, T-81/03, T-82/03 en T-103/03, EU:T:2006:397, punt 76 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

52 Verzoekster komt wel op tegen de door de kamer van beroep verrichte beoordeling van de soortgelijkheid van de waren waarop de conflicterende tekens betrekking hebben.

53 In dit verband zij eraan herinnerd dat de kamer van beroep in het gedeelte van de bestreden beslissing dat betrekking heeft op de vergelijking van de waren (punten 25-38 van deze beslissing), heeft geoordeeld dat de door de conflicterende merken aangeduide waren van klasse 5 op zijn minst in geringe mate soortgelijk zijn (punten 31, 36 en 38 van de bestreden beslissing). Zij heeft zich daarvoor gebaseerd op de omstandigheid dat de bestemmingen van de betreffende waren elkaar overlappen en vaak in de apotheek worden gekocht, alsook op het feit dat zij elkaar mogelijkerwijs aanvullen. Met name wordt met de waren in kwestie een vergelijkbaar doel nagestreefd, te weten de verbetering van het silhouet of het uiterlijk, althans het behoud van een gezond lichaam (punten 32-34 van de bestreden beslissing). De kamer van beroep heeft bovendien benadrukt dat de verschillen in de toedieningswijzen of in de therapeutische indicaties van de waren niet volstaan om elke soortgelijkheid van deze waren uit te sluiten (punt 35 van de bestreden beslissing).

54 Tevens zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak bij de beoordeling van de soortgelijkheid van de betreffende waren of diensten rekening moet worden gehouden met alle relevante factoren die de verhouding tussen deze waren of diensten kenmerken. Tot deze factoren behoren met name de aard, de bestemming en het gebruik van die waren of diensten alsook het concurrerende dan wel complementaire karakter ervan. Andere factoren, zoals de distributiekanalen voor de betreffende waren, kunnen eveneens in aanmerking worden genomen [zie arrest van 11 juli 2007, El Corte Inglés/BHIM – Bolaños Sabri (PiraÑAM diseño original Juan Bolaños), T-443/05, EU:T:2007:219, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

55 In casu heeft de kamer van beroep zich in wezen op het standpunt gesteld dat drie factoren met zich meebrengen dat de door de conflicterende merken aangeduide waren soortgelijk zijn. Het gaat ten eerste om de gemeenschappelijke bestemming van die waren, te weten de verbetering van het silhouet of het uiterlijk of, althans het behoud van een gezond lichaam, ten tweede om hun complementariteit, en ten derde om het feit dat zij vaak in de apotheek worden gekocht.

56 Verzoekster stelt laatstgenoemde factor van soortgelijkheid, die betrekking heeft op de distributiekanalen, niet ter discussie. Zij bekritiseert daarentegen de twee andere factoren van soortgelijkheid, zowel wat betreft hun intrinsieke beoordeling als wat betreft hun algemene geschiktheid om – samen met de factor inzake de distributiekanalen – als grondslag te dienen voor de aanname dat de betreffende waren soortgelijk zijn, met name gelet op de verschillende aard, therapeutische indicatie en toedieningswijze van deze waren.

57 Verzoekster verwijt de kamer van beroep dan ook ten eerste te veel belang te hebben gehecht aan de bestemming van de betreffende waren, die bovendien ten onrechte op een te abstracte wijze is onderzocht.

58 In dit verband zij om te beginnen opgemerkt dat verzoekster als zodanig niet betwist dat met de door het aangevraagde merk aangeduide dieet-, voedings-, en vitaminesupplementen en met de door het oudere merk aangeduide medicinale crèmes hetzelfde doel wordt nagestreefd, te weten de verbetering van het silhouet of het uiterlijk, althans het behoud van een gezond lichaam (punt 32 van de bestreden beslissing).

59 Vervolgens moet worden vastgesteld dat geoordeeld is dat de behandeling van gezondheidsproblemen van de mens – die minder beperkt is dan de in punt 58 hierboven vermelde bestemming – een gemeenschappelijke doelstelling of bestemming is die rechtsgeldig in aanmerking kan worden genomen in verband met de soortgelijkheid van waren van klasse 5 [zie in die zin arresten van 17 oktober 2006, Armour Pharmaceutical/BHIM – Teva Pharmaceutical Industries (GALZIN), T-483/04, EU:T:2006:323, punt 70, en 2 december 2014, Boehringer Ingelheim Pharma/BHIM – Nepentes Pharma (Momarid), T-75/13, niet gepubliceerd, EU:T:2014:1017, punten 58 en 59].

60 Hieraan kan worden toegevoegd dat zelfs indien – niettegenstaande verzoeksters betoog dat de door het aangevraagde merk aangeduide waren geen farmaceutische producten zijn – wordt aangenomen dat in casu de, overigens door de kamer van beroep (in punt 28 van de bestreden beslissing) in herinnering gebrachte, rechtspraak van toepassing is die betrekking heeft op de specificiteit van geneesmiddelen en op het cruciale belang dat erin gelegen is dat rekening wordt gehouden met hun bijzondere bestemming die in hun therapeutische indicatie tot uitdrukking komt, deze rechtspraak niet afdoet aan de vaststelling dat de betreffende waren op zijn minst in geringe mate soortgelijk zijn, voor zover de andere factoren van soortgelijkheid aanwezig zijn.

61 Uit die rechtspraak volgt dat de juiste beoordeling van de soortgelijkheid van geneesmiddelen – die een zeer ruime categorie vormen waartoe waren behoren die verschillend kunnen zijn – vereist dat rekening wordt gehouden met de doelstelling en de specifieke bestemming van een therapeutisch middel, die tot uitdrukking komt in de therapeutische indicatie ervan [zie in die zin arrest van 15 december 2010, Novartis/BHIM – Sanochemia Pharmazeutika (TOLPOSAN), T-331/09, EU:T:2010:520, punten 35-37 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

62 Dat er een verschil bestaat wat de therapeutische indicatie of de bijzondere bestemming van de waren betreft, staat evenwel niet in de weg aan de vaststelling dat die waren soortgelijk zijn, en op basis daarvan kan op goede gronden worden geconstateerd dat zij op zijn minst in geringe mate soortgelijk zijn voor zover de andere factoren van soortgelijkheid aanwezig zijn [zie in die zin arresten van 17 oktober 2006, GALZIN, T-483/04, EU:T:2006:323, punten 70 en 71; 11 november 2009, Bayer Healthcare/BHIM – Uriach-Aquilea OTC (CITRACAL), T-277/08, niet gepubliceerd, EU:T:2009:433, punten 44 en 45, en 2 december 2014, Momarid, T-75/13, niet gepubliceerd, EU:T:2014:1017, punt 66].

63 Dit geldt in casu des te meer omdat de kamer van beroep terecht heeft geoordeeld dat de door de conflicterende merken aangeduide waren meerdere specifieke bestemmingen gemeen hebben.

64 Om te beginnen heeft de kamer van beroep namelijk terecht – en zonder dat zij op dit punt door verzoekster werd weersproken – opgemerkt dat het gebruikelijk is dat supplementen met bètacaroteen vóór blootstelling aan de zon worden genomen om de huid voor te bereiden, deze te beschermen tegen veroudering ten gevolge van ultraviolette stralen en een gezond bruinen te bevorderen, net zoals zonnecrèmes daartoe worden aangebracht (punt 32 van de bestreden beslissing). Zij heeft dan ook in wezen vastgesteld dat de door de conflicterende merken aangeduide waren een specifieke bestemming gemeen hebben, te weten de huid beschermen en mooier maken bij blootstelling aan de zon.

65 Vervolgens heeft de kamer van beroep – en zonder dat verzoekster dit op goede gronden ter discussie heeft gesteld – opgemerkt dat de consumenten bepaalde door het oudere merk aangeduide crèmes en bepaalde door het aangevraagde merk aangeduide vitaminesupplementen kopen om cellulitis weg te werken of te verminderen (punt 32 van de bestreden beslissing), zodat deze waren dezelfde specifieke doelstelling hebben.

66 Verzoekster stelt immers enkel dat het onjuist en onbewezen is dat de door het aangevraagde merk aangeduide vitaminesupplementen kunnen bijdragen tot het verminderen of uitschakelen van het vasthouden van vocht en dat dit laatste een van de belangrijkste oorzaken van cellulitis is. Zoals blijkt uit de bewoordingen zelf van de bestreden beslissing, heeft de kamer van beroep deze met de aankoop

van vitaminesupplementen nagestreefde doelstelling evenwel aangemerkt als een algemeen bekend feit, dat niet hoeft te worden bewezen [zie in die zin arrest van 16 februari 2017, Antrax It/EUIPO – Vasco Group (Thermosifons voor radiatoren), T-828/14 en T-829/14, EU:T:2017:87, punt 90 en aldaar aangehaalde rechtspraak] en ten aanzien waarvan het aan verzoekster staat om het te betwisten door aan te tonen dat de kamer van beroep het ten onrechte als een algemeen bekend feit heeft aangemerkt [zie in die zin arresten van 7 december 2012, A. Loacker/BHIM – Editrice Quadratum (QUADRATUM), T-42/09, niet gepubliceerd, EU:T:2012:658, punt 73, en 23 januari 2014, Sunrider/BHIM – Nannerl (SUN FRESH), T-221/12, niet gepubliceerd, EU:T:2014:25, punt 77].

67 In casu betwist verzoekster echter niet de met bepaalde vitaminesupplementen nagestreefde doelstelling van het tegengaan van cellulitis als zodanig, maar betwist zij enkel dat de effecten van die supplementen op het vasthouden van vocht en op cellulitis wetenschappelijk onderbouwd zijn, zonder daarvoor overigens argumenten aan te dragen. Voorts kan worden opgemerkt dat in de door interveniënte als bijlage bij de memorie van antwoord overgelegde artikelen die afkomstig zijn van websites die gespecialiseerd zijn op het gebied van gezondheid en welzijn, wordt geadviseerd om bepaalde vitaminen te gebruiken teneinde cellulitis te verminderen, en dat daaruit dus blijkt dat vitaminesupplementen dit doel kunnen hebben. Anders dan verzoekster ter terechtzitting heeft betoogd, is het niet mogelijk deze artikelen niet-ontvankelijk te verklaren, aangezien zij in het kader van de onderhavige procedure zijn overgelegd ter staving van de juistheid van een door het EUIPO in aanmerking genomen algemeen bekend feit (zie in die zin arrest van 10 november 2011, LG Electronics/BHIM, C-88/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2011:727, punt 29).

68 Ten slotte heeft de kamer van beroep terecht opgemerkt dat de door het aangevraagde merk aangeduide waren, met name de vitaminesupplementen, tot doel hebben een gezond uiterlijk tot stand te brengen of te behouden en een stralende tint te bewerkstelligen (punt 32 van de bestreden beslissing), en dat de door het oudere merk aangeduide crèmes gericht zijn op het verminderen of voorkomen van huidirritatie alsook van roodheid en puistjes die negatieve gevolgen hebben voor het uiterlijk van de gebruiker (punt 34 van de bestreden beslissing), zodat met de betreffende waren deze gemeenschappelijke doelstelling van een verzorgde en mooie huid wordt nagestreefd. Anders dan verzoekster oppert, is de gevolgtrekking ten aanzien van die doelstelling dus niet enkel afgeleid uit de constatering betreffende de crèmes van het oudere merk, maar is zij gebaseerd op vaststellingen die betrekking hebben op de twee soorten waren die door de conflicterende merken worden aangeduid. Daarbij komt dat de kamer van beroep in casu erop heeft gewezen dat er meerdere specifieke bestemmingen bestaan naast de in punt 58 hierboven in herinnering gebrachte algemene bestemming, zodat het – anders dan eveneens door verzoekster wordt gesteld – niet nodig is dat elk van de specifieke bestemmingen in kwestie kenmerkend is voor alle door het aangevraagde merk aangeduide waren opdat er sprake is van een op zijn minst geringe soortgelijkheid van deze waren en de door het oudere merk aangeduide waren. Het doet dan ook niet ter zake dat de in de merkaanvraag vermelde „met voedingsstoffen verrijkte dranken voor diëtisch gebruik” niet tot doel hebben huidirritatie te verminderen.

69 Verzoekster verwijt de kamer van beroep ten tweede dat zij heeft geoordeeld dat de betreffende waren complementair zijn, terwijl de ene categorie waren onontbeerlijk noch belangrijk is voor het gebruik van de andere categorie, alsook dat de kamer van beroep bij de globale analyse van het verwarringsgevaar te veel belang heeft gehecht aan de beoordeling van die complementariteit (punten 33 en 91 van de bestreden beslissing).

70 Uit de rechtspraak blijkt dat waren complementair zijn wanneer zij dermate onderling verbonden zijn dat de ene waar onontbeerlijk of belangrijk is voor het gebruik van de andere, zodat de consumenten kunnen denken dat een en dezelfde onderneming verantwoordelijk is voor deze waren [arresten van 1 maart 2005, Sergio Rossi/BHIM – Sissi Rossi (SISSI ROSSI), T-169/03, EU:T:2005:72, punt 60, en 22 januari 2009, easyHotel, T-316/07, EU:T:2009:14, punt 57].

71 Overeenkomstig de in de rechtspraak gegeven definitie van de in punt 70 hierboven vermelde factor van complementariteit moet worden geoordeeld dat enerzijds de door het aangevraagde merk aangeduide dieet-, voedings-, en vitaminesupplementen en anderzijds de crèmes waarop het oudere merk betrekking heeft, niet complementair zijn in die zin dat de ene categorie waren onontbeerlijk of belangrijk zou zijn voor de andere categorie.

72 Uit de rechtspraak blijkt evenwel ook dat zelfs indien geen sprake is van een dergelijke mate van complementariteit, bij de beoordeling van de soortgelijkheid van waren rekening kan worden gehouden met de omstandigheid dat die waren samen kunnen worden gebruikt, met dien verstande dat deze mogelijkheid van gezamenlijk gebruik niet wordt beschouwd als bewijs van de complementariteit van de betreffende waren, maar in het algemeen wordt beschouwd als een aanwijzing voor de factor van soortgelijkheid die verband houdt met het betrokken relevante publiek of als een bevestiging van de factor die betrekking heeft op de bestemming van de waren [zie in die zin arresten van 10 september 2008, Boston Scientific/BHIM – Terumo (CAPIO), T-325/06, niet gepubliceerd, EU:T:2008:338, punten 83-85, en 15 december 2009, TRUBION, T-412/08, niet gepubliceerd, EU:T:2009:507, punt 32].

73 Overigens heeft de kamer van beroep in het kader van haar overwegingen met betrekking tot de bestemming van de betreffende waren vermeld dat bepaalde vitaminesupplementen van het aangevraagde merk en de zonnecrèmes van het oudere merk complementair zijn (punt 32 van de bestreden beslissing), en heeft zij in verband met haar vaststelling inzake de verkoop van de betreffende waren in de apotheek in algemene bewoordingen gewag gemaakt van een mogelijke complementariteit van de door de conflicterende merken aangeduide waren (punt 33 van de bestreden beslissing).

74 Hieruit volgt dat ook de in punt 91 van de bestreden beslissing vermelde „complementariteit van de waren” in die algemene zin moet worden opgevat, dat wil zeggen als een complementariteit die verband houdt met de andere in aanmerking genomen factoren van soortgelijkheid, of zelfs als een verwijzing naar die andere factoren, en niet in de in punt 70 hierboven in herinnering gebrachte strikte zin. Die vermelding is immers slechts een herhaling, in het concluderende deel van de analyse van het verwarringsgevaar, van de voorafgaande beoordelingen die betrekking hebben op de soortgelijkheid van de waren. Bijgevolg is het weliswaar betreurenswaardig dat de kamer van beroep ten aanzien van deze kwestie geen nauwkeurigere terminologie heeft gebruikt, maar kan haar niet kan worden verweten dat zij te veel belang heeft gehecht aan het criterium van de complementariteit in strikte zin en dat zij bij haar globale beoordeling van het verwarringsgevaar een fout heeft begaan door dat criterium onjuist te beoordelen.

75 Uit het voorgaande volgt dat de kamer van beroep de algemene bestemming van de betreffende waren alsook een aantal specifieke bestemmingen ervan, het mogelijke gezamenlijke gebruik ervan en het feit dat zij via dezelfde distributiekanalen worden verkocht, terecht heeft aangemerkt als factoren van soortgelijkheid, waarbij laatstgenoemde factor in overeenstemming is met de rechtspraak [zie in die zin arrest van 26 november 2015, Bionecs/BHIM – Fidia farmaceutici (BIONECS), T-262/14, niet gepubliceerd, EU:T:2015:888, punt 31] en overigens niet door verzoekster wordt betwist (zie punt 56 hierboven).

76 Verzoekster verwijt de kamer van beroep ten derde dat zij uit die factoren heeft afgeleid dat de door de conflicterende merken aangeduide waren soortgelijk zijn, en dat zij daarbij buitensporig veel belang heeft gehecht aan de met de betreffende waren nagestreefde doelstelling en onvoldoende rekening heeft gehouden met de verschillende aard en toedieningswijze van die waren (punten 32 en 35 van de bestreden beslissing).

77 In dit verband dient om te beginnen te worden benadrukt dat de kamer van beroep uit het geheel van die factoren van soortgelijkheid geen grote of gemiddelde soortgelijkheid, maar een op zijn minst geringe soortgelijkheid van de betreffende waren heeft afgeleid.

78 Vervolgens zij opgemerkt dat uit de rechtspraak die is gewezen in omstandigheden die vergelijkbaar zijn met die van de onderhavige zaak – die worden gekenmerkt door een gemeenschappelijke bestemming van de waren, de mogelijkheid dat zij gezamenlijk worden gebruikt, en het feit dat de distributiekanalen dezelfde zijn – duidelijk naar voren komt dat dergelijke factoren van soortgelijkheid volstaan voor het bewijs dat de betreffende waren soortgelijk zijn [zie in die zin arresten van 10 september 2008, CAPIO, T-325/06, niet gepubliceerd, EU:T:2008:338, punt 87; 15 december 2009, TRUBION, T-412/08, niet gepubliceerd, EU:T:2009:507, punt 32, en 28 september 2016, LLR-G 5/EUIPO – Glycan Finance (SILICIUM ORGANIQUE G5 LLR-G5), T-539/15, niet gepubliceerd, EU:T:2016:571, punt 32]. Daarnaast is geoordeeld dat aan deze soortgelijkheid niet wordt afgedaan door het feit dat de betreffende waren op een verschillende wijze worden toegediend [zie in die zin arrest van 17 november 2005, Biofarma/BHIM – Bausch & Lomb Pharmaceuticals (ALREX), T-154/03, EU:T:2005:401, punt 50]. In het bijzonder heeft het Gerecht met betrekking tot waren die soortgelijk waren aan de door de conflicterende merken aangeduide waren, waarbij er sprake was van voedingssupplementen en „helende zalven", die kunnen worden gelijkgesteld met medicinale crèmes, geoordeeld dat die waren soortgelijk waren hoewel zij op verschillende wijze werden toegediend, aangezien de zalven werden aangebracht op letsels en wonden terwijl de voedingssupplementen bestemd waren om oraal te worden ingenomen (zie in die zin arrest van 11 november 2009, CITRACAL, T-277/08, niet gepubliceerd, EU:T:2009:433, punten 43-45). Anders dan verzoekster ter terechtzitting heeft betoogd, wordt aan de relevantie van dat arrest voor de beoordeling van het onderhavige geval niet afgedaan door de omstandigheid dat het is gewezen vóór het arrest van 19 juni 2012, Chartered Institute of Patent Attorneys (C-307/10, EU:C:2012:361), noch door de daaropvolgende rechtspraak. In voormeld arrest heeft het Hof namelijk bevestigd dat de waren of diensten waarvoor bescherming wordt gevraagd, voldoende duidelijk en nauwkeurig moeten worden omschreven, maar heeft het zich niet uitgesproken over de criteria voor de beoordeling van de soortgelijkheid van die waren of diensten.

79 Ten slotte dient daaraan te worden toegevoegd dat aan de bovengenoemde overwegingen met betrekking tot de soortgelijkheid van de door de conflicterende merken aangeduide waren niet wordt afgedaan door de stelling dat de aard van die waren verschillend is omdat de door het oudere merk aangeduide waren gelet op de vermelding „medicinaal" worden voorgesteld als waren van farmaceutische aard terwijl de door het aangevraagde merk aangeduide waren geen farmaceutische producten zijn. Uit de arresten van 10 september 2008, CAPIO (T-325/06, niet gepubliceerd, EU:T:2008:338), 15 december 2009, TRUBION (T-412/08, niet gepubliceerd, EU:T:2009:507), en 28 september 2016, SILICIUM ORGANIQUE G5 LLR-G5 (T-539/15, niet gepubliceerd, EU:T:2016:571), die in punt 78 hierboven in herinnering zijn gebracht, blijkt namelijk dat geoordeeld is dat de betreffende waren ondanks hun verschillende aard soortgelijk waren. Daarbij komt dat in het arrest van 11 november 2009, CITRACAL (T-277/08, niet gepubliceerd, EU:T:2009:433), de soortgelijkheid weliswaar is vastgesteld voor waren van dezelfde aard, te weten farmaceutische producten, maar dat deze soortgelijkheid niet is gekwalificeerd als „op zijn minst gering", terwijl deze kwalificatie in het onderhavige geding juist gerechtvaardigd kan zijn uit hoofde van de verschillende – al dan niet farmaceutische – aard van de betreffende waren.

80 Hieruit volgt dat zelfs indien de kamer van beroep de door het aangevraagde merk aangeduide waren ten onrechte zou hebben gekwalificeerd als farmaceutische producten en op irrelevante wijze zou hebben benadrukt dat de door het oudere merk aangeduide waren „steeds meer farmaceutisch" van aard zijn, dergelijke fouten niet kunnen afdoen aan de gevolgtrekking van de kamer van beroep dat die waren op zijn minst in geringe mate soortgelijk zijn. Dit geldt a fortiori omdat het, zoals interveniënte heeft beklemtoond, gebruikelijk is dat bepaalde bestanddelen – die deel uitmaken van de aard van de waren – en met name bepaalde werkzame stoffen in voedings-, dieet- en vitaminesupplementen alsook in crèmes, identiek zijn.

81 Uit een en ander volgt dat de kamer van beroep op goede gronden heeft geoordeeld dat de door de conflicterende merken aangeduide waren op zijn minst in geringe mate soortgelijk zijn.

82 Bijgevolg is de kamer van beroep eveneens terecht tot de slotsom gekomen dat er sprake is van verwarringsgevaar.

83 Uit vaste rechtspraak blijkt namelijk dat de globale beoordeling van het verwarringsgevaar enige onderlinge samenhang tussen de in aanmerking genomen factoren onderstelt, met name tussen de overeenstemming van de merken en de soortgelijkheid van de daardoor aangeduide waren of diensten Zo kan een geringe mate van soortgelijkheid van de betreffende waren of diensten worden gecompenseerd door een hoge mate van overeenstemming tussen de merken, en omgekeerd (arresten van 29 september 1998, Canon, C-39/97, EU:C:1998:442, punt 17, en 14 december 2006, VENADO met kader e.a, T-81/03, T-82/03 en T-103/03, EU:T:2006:397, punt 74).

84 In casu heeft de kamer van beroep op relevante wijze in herinnering gebracht dat zelfs een publiek dat blijk geeft van een hoog aandachtsniveau, slechts zelden de mogelijkheid heeft om verschillende merken rechtstreeks met elkaar te vergelijken, maar moet afgaan op het onvolmaakte beeld dat hem is bijgebleven (punt 82 van de bestreden beslissing). Zij heeft er tevens op gewezen, zonder door verzoekster te zijn weersproken, dat patiënten – die deel uitmaken van het in casu relevante publiek – niet dezelfde kennis hebben als beroepsbeoefenaren uit de sector (punt 83 van de bestreden beslissing). Voorts heeft de kamer van beroep, gelet op het feit dat het onderscheidende woordelement van het aangevraagde merk – „aurea” – overeenkomt met het enige woordelement van het oudere merk, terecht geoordeeld dat er sprake is van een op zijn minst gemiddelde visuele overeenstemming (punt 63 van de bestreden beslissing), van een op zijn minst gemiddelde of zelfs grote fonetische overeenstemming (punt 68 van de bestreden beslissing), en van een op zijn minst geringe begripsmatige overeenstemming wat betreft consumenten die een Romaanse taal spreken en begrijpen dat „aurea” verwijst naar „goud” of „gouden” (punt 73 van de bestreden beslissing). Deze beoordelingen worden overigens niet door verzoekster betwist. Voorts heeft de kamer van beroep terecht benadrukt dat het relevante publiek „zowel visueel als fonetisch” wordt geconfronteerd met de conflicterende merken, en daaruit afgeleid dat bij de globale analyse van het verwarringsgevaar meer belang moest worden gehecht aan de visuele en fonetische overeenstemming (punten 87-89 van de bestreden beslissing). Ten slotte heeft zij opgemerkt – en dit wordt evenmin betwist – dat het oudere merk een normaal intrinsiek onderscheidend vermogen bezat (punt 78 van de bestreden beslissing).

85 Derhalve heeft de kamer van beroep overeenkomstig de in punt 83 hierboven in herinnering gebrachte rechtspraak in de punten 91 en 92 van de bestreden beslissing op goede gronden vastgesteld dat de op zijn minst geringe mate van soortgelijkheid van de door de conflicterende merken aangeduide waren wordt gecompenseerd door een op zijn minst gemiddelde visuele overeenstemming en een op zijn minst gemiddelde of zelfs grote fonetische overeenstemming van de conflicterende tekens, en daaruit afgeleid dat het zonder meer denkbaar is dat de consumenten deze tekens met elkaar associëren omdat zij aannemen dat het om submerken van dezelfde onderneming gaat, zodat er verwarringsgevaar bestaat [zie in die zin arrest van 28 september 2010, Market Watch/BHIM – Ares Trading (Seroslim), T-201/08, niet gepubliceerd, EU:T:2010:408, punt 49].

86 Hieruit volgt, ten overvloede, dat de grief tegen het bij de rectificatiebeslissing geschrapte punt 80 van de bestreden beslissing kon worden afgewezen, ook al zou de kamer van beroep de bestreden beslissing niet rechtmatig hebben rechtgezet.

87 In herinnering dient te worden gebracht dat verzoekster de kamer van beroep met die grief verwijt dat zij in punt 80 van de bestreden beslissing ten onrechte heeft verklaard dat de betreffende waren dezelfde zijn, terwijl zij in verschillende voorafgaande punten (punten 6, 31, 36 en 38 van de bestreden beslissing) enkel heeft geconstateerd dat die waren op zijn minst in geringe mate soortgelijk zijn. Een dergelijke fundamentele fout tast de analyse van het verwarringsgevaar volledig aan, aangezien de vaststelling dat de waren dezelfde zijn impliceert dat er van een aanzienlijk verschil tussen de tekens sprake moet zijn opdat verwarringsgevaar wordt vermeden.

88 Zelfs indien de kamer van beroep ten onrechte de gevolgtrekking zou hebben gemaakt dat de betreffende waren dezelfde zijn, terwijl uit haar vergelijking van deze waren volgt dat er slechts sprake is van een geringe soortgelijkheid, zou die onjuiste gevolgtrekking de analyse van het verwarringsgevaar echter niet aantasten. Uit het voorgaande blijkt immers niet alleen dat de kamer van beroep terecht heeft geoordeeld dat de betreffende waren op zijn minst in geringe mate soortgelijk zijn (zie punt 81 hierboven), maar ook dat zij op basis van deze vaststelling van soortgelijkheid van de waren terecht tot de slotsom is gekomen dat er in casu verwarringsgevaar bestaat (zie punt 85 hierboven).

89 Deze grief, die is aangevoerd ter ondersteuning van het middel inzake schending van artikel 8, lid 1, onder b), van verordening 2017/1001, moet bijgevolg hoe dan ook worden afgewezen, zodat dit enige middel van verzoekster eveneens moet worden afgewezen.

90 Derhalve moet ook het beroep in zaak T-724/18 worden verworpen.

Kosten

91 Volgens artikel 134 van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen voor zover dit is gevorderd. In artikel 135, lid 1, van dat Reglement is bepaald dat het Gerecht, wanneer de billijkheid dit vereist, kan beslissen dat een in het ongelijk gestelde partij, behalve in haar eigen kosten, slechts ten dele wordt verwezen in de kosten van de andere partij of daarin zelfs niet dient te worden verwezen.

92 In casu is verzoekster in het ongelijk gesteld en heeft zowel het EUIPO als interveniënte gevorderd dat zij wordt verwezen in de kosten.

93 Verzoekster zou de grief tegen punt 80 van de bestreden beslissing en bepaalde ter ondersteuning van de andere grieven aangedragen argumenten evenwel niet hebben moeten aanvoeren, noch het beroep tegen de rechtzettingsbeslissing hebben moeten instellen, indien de kamer van beroep de motivering van de bestreden beslissing duidelijker en nauwgezetter had geformuleerd. Derhalve dienen verzoekster en het EUIPO elk in hun eigen kosten te worden verwezen.

94 Voorts dient interveniënte overeenkomstig artikel 138, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering te worden verwezen in haar eigen kosten.

HET GERECHT (Vierde kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) De zaken T-724/18 en T-184/19 worden gevoegd voor het arrest.

2) De beroepen worden verworpen.

3) Aurea Biolabs Pte Ltd, het Bureau voor intellectuele eigendom van de Europese Unie (EUIPO) en Avizel SA worden verwezen in hun eigen kosten.

Gervasoni Frendo Martín y Pérez de Nanclares

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 28 mei 2020.

ondertekeningen