RETTENS DOM (Femte Afdeling)

18. oktober 2007 *

I sag T-28/05,

Ekabe International SCA, Luxembourg (Luxembourg), ved avocat C. de Haas,

sagsøger,

mod

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

sagsøgt,

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

* Processprog: fransk.

Ebro Puleva, SA, Madrid (Spanien), ved abogado P. Casamitjana Lleonart,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 6. oktober 2004 af Fjerde Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 117/2001-4) vedrørende en indsigelsessag mellem Puleva SA (nu Ebro Puleva, SA) og Ekabe International SCA,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M. Vilaras, og dommerne F. Dehousse og D. Šváby,

justitssekretær: fuldmægtig K. Pocheć,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 17. januar 2005,

under henvisning til Harmoniseringskontorets svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 4. august 2005,

under henvisning til intervenientens svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 28. juli 2005,

og efter retsmødet den 9. november 2006,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

1 Den 17. april 1998 indgav selskabet Cema i medfør af Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret, en EF-varemærkeansøgning til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«).

2 Det figurmærke i farver, der søges registreret, er følgende:



3 Den vare, som varemærket søges registreret for, henhører under klasse 29 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: »Margarine«.

4 Den 11. januar 1999 blev varemærkeansøgningen offentliggjort i *EF-Varemærketidende*.

5 Den 12. april 1999 rejste intervenienten, Puleva SA (nu Ebro Puleva, SA), i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 indsigelse mod registreringen af det ansøgte varemærke.

6 Indsigelsen blev begrundet med risikoen for forveksling mellem det ansøgte varemærke og intervenientens ældre nationale ordmærke PULEVA-OMEGA3, som den 22. marts 1999 var blevet registreret i Spanien under nr. 2140889 for varer henhørende under klasse 29 i Nice-arrangementet og svarende til følgende beskrivelse: »Kød, fisk, fjerkræ og vildt; kødekstrakter; konserverede, frosne, tørrede og kogte frugter og grøntsager; geléer, syltetøj, kompotter; æg; spiselige olier og fedtstoffer, retter tilberedt af kød, fisk eller grøntsager og især mælk og mejeriprodukter«.

7 Den 7. februar og den 10. maj 2000 fremsatte intervenienten og selskabet Cema en række yderligere bemærkninger.

8 Ved afgørelse af 24. november 2000 tog Indsigelsesafdelingen indsigelsen til følge med den begrundelse, at de pågældende varer og tegn lignede hinanden, og at der således i den spanske offentligheds bevidsthed var risiko for forveksling.

9 Den 26. januar 2001 påklagede selskabet Cema Indsigelsesafdelingens afgørelse.

10 Den 6. april 2001 indgav intervenienten sine bemærkninger for appelkammeret.

11 Den 28. august 2002 overdrog selskabet Cema sin EF-varemærkeansøgning til Primalliance, SAS.

12 Den 30. august 2004 overdrog Primalliance EF-varemærkeansøgningen til sagsøgeren, Ekabe International, SCA.

13 Ved afgørelse af 6. oktober 2004 (herefter »den anfægtede afgørelse«) afslog Fjerde Appelkammer ved Harmoniseringskontoret klagen og stadfæstede Indsigelsesafdelingens afgørelse med den begrundelse, at de omhandlede varer var af samme eller lignende art, og at der var en vis grad af lighed mellem tegnene.

14 Hvad angår sammenligningen af varerne præciserede appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 11, at varen, der var omfattet af det ansøgte varemærke — nemlig margarine — i vidt omfang var af samme eller lignende art som varerne spiselige olier og fedtstoffer og mejeriprodukter, som var omfattet af det ældre varemærke.

15 Hvad angår sammenligningen af tegnene mente appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 14, at bestanddelen »omega 3« havde et normalt særpræg i forhold til de af ansøgningen omfattede varer, og at der således skulle tages hensyn til den ved sammenligningen af de omtvistede varemærker. Appelkammeret præciserede, at den spanske gennemsnitsforbruger ikke på tidspunktet for indgivelsen af EF-varemærkeansøgningen ville opfatte, at denne bestanddel var beskrivende i forhold til de omhandlede varers væsentligste egenskaber, eftersom det ikke var særligt

sandsynligt, at den spanske gennemsnitsforbruger forbandt bestanddelen »omega 3« med flerumættede fedtsyrer, hvis næringsværdi bidrager til at forebygge hjerte- og karsygdomme. I forhold til de af sagsøgeren fremlagte uddrag fra forskellige internethjemmesider, der henviser til bestanddelen »omega 3«, præciserede appelkammeret, at en grundig undersøgelse heraf ikke støttede sagsøgerens argumenter, hvorefter bestanddelen »omega 3« tilhørte gængs sprogbrug, og hvorefter en stor del af den spanske offentlighed kendte de medicinske eller næringsmæssige egenskaber heraf.

16 På det visuelle plan præciserede appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 15 og 16, at bestanddelen »omega 3« udgør den dominerende bestanddel i det ansøgte varemærke, mens figurbestanddelen utvivlsomt forekommer mindre vigtig og ikke i nævneværdig grad bidrager til det ansøgte varemærkes særpræg. Hverken forekomsten af ordet »puleva« i det ældre varemærke eller figurbestanddelene i det ansøgte varemærke ville ifølge appelkammeret gøre det muligt for forbrugerne at skelne tilstrækkeligt mellem de omtvistede tegn. På det fonetiske plan præciserede appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 17, at de omtvistede varemærker ligner hinanden i det omfang, de har en fælles bestanddel »omega 3«, men at de er forskellige i forhold til deres længde og rytme på grund af bestanddelen »puleva« i det ældre varemærke. På det begrebsmæssige plan præciserede appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 18, at gennemsnitsforbrugeren ikke er i stand til at knytte en begrebsmæssig forbindelse mellem ordbestanddelen »omega 3« og flerumættede fedtsyrer af samme navn, som er kendt for deres medicinske egenskaber, og at gennemsnitsforbrugeren højst er i stand til at identificere ordet »omega« som det sidste bogstav i det græske alfabet. Hvad angår ordbestanddelen »puleva« i det ældre varemærke præciserede appelkammeret, at det var en fantasibetegnelse, som ikke havde nogen betydning på spansk.

17 Appelkammeret konkluderede, at der dermed for de spanske forbrugere er risiko for forveksling mellem de omtvistede tegn som omhandlet i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

Parternes påstande

18 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres og ændres.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

19 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Harmoniseringskontoret frifindes.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

— Hver af parterne for Retten tilpligtes at betale deres egne omkostninger, hvis sagsøgeren får medhold i sin påstand.

20 Intervenienten har nedlagt følgende påstande:

— Harmoniseringskontoret frifindes.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

21 Til støtte for sit søgsmål har sagsøgeren fremsat et enkelt anbringende om tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

Parternes argumenter

22 Sagsøgeren mener ikke, at der er risiko for forveksling mellem de omtvistede varemærker, eftersom den spanske forbruger fra de to omhandlede tegn kun husker ordet »puleva« i det ældre varemærke på den ene side, og på den anden side grafikken og de særlige farver forbundet med bestanddelen »omega 3« i det ansøgte varemærke.

23 Sagsøgeren har for det første gjort gældende, at bestanddelen »omega 3« er beskrivende og sædvanlig i betegnelsen af fødevarer, hvori denne type flerumættede fedtsyrer udgør en kemisk ingrediens. Til støtte for dette argument har sagsøgeren fremlagt dokumenter vedrørende forekomsten af fødevarer på det spanske marked, der fremhæver bestanddelen »omega 3«, og vedrørende varemærker, som indeholder denne bestanddel, der er indgivet til registrering i Spanien. Desuden følger det af avisartikler fra rundt omkring i Spanien og af uddrag fra internet-hjemmesider, som sagsøgeren har vedlagt som bilag til sin stævning, at den spanske gennemsnitsforbruger meget vel kender til de sundhedsfremmende egenskaber ved flerumættede fedtsyrer af typen omega 3, og at han på ingen måde anser denne bestanddel for at udgøre et tegn med særpræg. Det for den spanske offentlighed beskrivende eller sædvanlige ved bestanddelen »omega 3« i forhold til fødevarer er desuden anerkendt af l'Oficina Española de Patentes y Marcas (det spanske patent- og varemærkekontor) og efter indbringelse for domstolene bekræftet af Tribunales Superiores de Justicia (de øverste domstole) inden for rammerne af sager vedrørende lignende indsigelser. Sagsøgeren mener således, at det er urigtigt at påstå, at bestanddelen »omega 3« er dominerende i de to omtvistede varemærker. Desuden mener sagsøgeren, at appelkammerets begrundelse var selvmodsigende, eftersom det for at retfærdiggøre en begrebsmæssig lighed mellem de omtvistede varemærker anlagde den betragtning, at den spanske forbruger kendte bestanddelen »omega 3« tilstrækkeligt.

24 For det andet har sagsøgeren gjort gældende, at alene bestanddelen »puleva« i det ældre varemærke er usædvanlig og har fornødent særpræg. Den omstændighed, at denne bestanddel er firmanavnet på indehaveren af det ældre varemærke, gør ikke ifølge sagsøgeren dette ord til en underordnet bestanddel i dette varemærke. Sagsøgeren har gjort gældende, at bestanddelen »puleva« enten nyder et vist renommé i den spanske offentlighed, og at det ældre varemærke i det tilfælde er velkendt og koncentrerer offentlighedens opmærksomhed, eller at bestanddelen »puleva« er ikke særlig kendt, og at det i så fald må anses for at være vilkårligt og dermed at have særpræg i forhold til de omhandlede varer. Ifølge sagsøgeren tjener ordet »puleva« lige præcis at sikre varernes oprindelse og gør det dermed muligt for forbrugerne at adskille intervenientens varer fra dennes konkurrenters varer. Sagsøgeren har tilføjet, at ordet »puleva« står forrest i det ældre varemærke og udgør den dominerende bestanddel både visuelt, fordi forbrugeren først læser dette, og fonetisk, eftersom stavelserne »pu« og »va« høres meget distinkt. Endvidere er bogstavet »p« en konsonant med en meget markant udtale, som forbrugeren husker. I øvrigt har ordet »puleva« ikke nogen betydning, hvorimod den spanske forbruger i hvert fald nogenlunde ved, at flerumættede fedtsyrer af typen omega 3 har sundhedsfremmende egenskaber i forhold til hjerte- og karsygdomme.

25 For det tredje har sagsøgeren bemærket, at i hvert fald det ansøgte varemærkes figurbestanddel har særpræg. Sagsøgeren har bemærket, at bestanddelen »omega 3« er stiliseret, hvilket indebærer, at tallet »3« synes at være skrevet i fortsættelse af bogstavet »a« i ordet »omega«. Ifølge sagsøgeren er det ansøgte varemærke desuden gengivet i meget livlige farver, nemlig i grøn, gul, blå og rød, som fastholder forbrugerens opmærksomhed. Sagsøgeren mener også, at det ansøgte varemærkes figurbestanddel — nemlig en grøn, gul og blå regnbue, som slutter i et rødt hjerte, som befinder sig mellem bogstavet »o« og bogstavet »m« i ordet »omega 3« — er en bestanddel med særpræg.

26 For det fjerde påstår sagsøgeren, at det er muligt for de spanske forbrugere at foretage en direkte sammenligning af varerne, der er omfattet af de omtvistede varemærker. Det drejer sig ifølge sagsøgeren ikke om at sammenligne margarine med samtlige fødevarer henhørende under klasse 29, men alene om at sammenligne den med mælk og mejeriprodukter, samt spiselige olier og fedtstoffer. Den spanske forbruger

kan f.eks. foretage en direkte sammenligning af alle de mælkedrikke, som står side om side på hylderne, og træffe sit valg på grundlag af varens varemærke eller pris.

27 Endelig har sagsøgeren bemærket, at hvis et varemærke sådan som det ældre varemærke, der består af bestanddelen »puleva-omega3«, blev tillagt et monopol på bestanddelen »omega 3«, ville det skabe en meget skadelig juridisk usikkerhed, uanset at dette ord frit bør kunne bruges (Domstolens dom af 4.5.1999, forenede sager C-108/97 og C-109/97, Windsurfing Chiemsee, Sml. I, s. 2779, præmis 25).

28 Harmoniseringskontoret har heroverfor anført, at eftersom sagsøgeren ikke rettidigt godtgjorde, at bestanddelen »omega 3« af den relevante spanske kundekreds kunne opfattes som beskrivende, var det med rette, at appelkammeret nåede frem til, at denne bestanddel havde ligeså meget særpræg og var ligeså dominerende i det ældre varemærke som bestanddelen »puleva«. Ifølge Harmoniseringskontoret tilskynder lighederne mellem de omtvistede tegn ud fra en helhedsvurdering til, at man når frem til, at de ligner hinanden. Da de omhandlede varer er af samme eller meget lignende art, er der i Spanien en begrundet risiko for forveksling mellem de omtvistede varemærker.

29 I forhold til de af sagsøgeren for Retten fremlagte beviser har Harmoniseringskontoret bemærket, at de ikke var blevet fremlagt for appelkammeret og derfor principielt ikke kan antages til realitetsbehandling.

30 Intervenienten har for det første gjort gældende, at bestanddelen »omega 3« i sig selv er dominerende og har særpræg og ikke er beskrivende eller sædvanlig. Ifølge intervenienten kan bestanddelen »omega 3« eventuelt være kendt af visse fagfolk, men den er ikke kendt af offentligheden generelt og navnlig ikke af den spanske gennemsnitsforbruger, som er lægmand.

31 Herefter har intervenienten gjort gældende, at der er en åbenbar lighed mellem de to omtvistede varemærker. Ifølge intervenienten er bestanddelen »omega 3« det fremherskende element i hvert af de to omtvistede varemærker, eftersom denne ordbestanddel er den, som gennemsnitsforbrugeren straks husker både i visuel og i fonetisk henseende. Den omstændighed, at det ansøgte varemærke indeholder en figurbestanddel, har ifølge intervenienten ingen betydning, fordi ordbestanddelen dominerer over figurbestanddelen.

32 Endvidere har intervenienten bemærket, at sagsøgeren begrænser sammenligningen mellem varerne, der er omfattet af de omtvistede varemærker, til kun at omfatte mejeriprodukter, olier og fedtstoffer. Ud over at der ifølge intervenienten på markedet findes andre varemærker, der indeholder bestanddelen »omega 3«, er der en stor lighed mellem de varer, der er omfattet af de omhandlede tegn.

33 Endelig har intervenienten bemærket, at sagsøgerens argumenter indebærer, at der foreligger en absolut registreringshindring i forhold til det ansøgte varemærke. Oficina Española de Patentes y Marcas har således givet afslag på at registrere det af intervenienten ansøgte ordmærke OMEGA 3 for varer henhørende under klasse 30 med den begrundelse, at det pågældende tegn udelukkende bestod af oplysninger, der var beskrivende for varernes egenskaber.

Rettens bemærkninger

Om hvorvidt visse af sagsøgeren for Retten fremlagte dokumenter kan indgå i sagen

34 Sagsøgeren har i bilagene 4-21, 24-27 og 33 til sin stævning redegjort for faktiske omstændigheder, som ikke var blevet fremført for Harmoniseringskontoret, sådan som det fremgår af akterne i sagen for appelkammeret, som i henhold til artikel 133,

stk. 3, i Rettens procesreglement er blevet tilstillet Retten. Retten bemærker, at alene de af sagsøgeren i bilag 30 til stævningen fremlagte uddrag fra internet-hjemmesider er blevet fremlagt under sagen for Harmoniseringskontorets instanser.

35 Det skal her fastslås, at det af fast retspraksis følger, at formålet med en sag, der er indbragt for Retten, er at få efterprøvet lovligheden af afgørelser fra appelkamrene i henhold til artikel 63 i forordning nr. 40/94. De faktiske omstændigheder, der er påberåbt for Retten, og som ikke tidligere er blevet gjort gældende ved Harmoniseringskontorets instanser, kan kun påvirke lovligheden af en sådan afgørelse, såfremt Harmoniseringskontoret ex officio burde have taget disse omstændigheder i betragtning. I den forbindelse fremgår det af artikel 74, stk. 1, in fine, i forordning nr. 40/94, 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, og Harmoniseringskontoret er ikke forpligtet til ex officio at tage hensyn til kendsgerninger, som ikke er fremført af parterne. Følgelig kan sådanne kendsgerninger ikke påvirke lovligheden af appelkammerets afgørelse (jf. i denne retning Rettens dom af 13.7.2004, sag T-115/03, Samar mod KHIM — Grotto (GAS STATION), Sml. II, s. 2939, præmis 13, og af 21.4.2005, sag T-269/02, PepsiCo mod KHIM — Intersnack Knabber-Gebäck (RUFFLES), Sml. II, s. 1341, præmis 35).

36 Heraf følger, at de af sagsøgeren fremlagte dokumenter i bilagene 4-21, 24-27 og 33 bør forkastes, uden at det er nødvendigt at tage stilling til bevisværdien heraf.

Om anbringendet vedrørende en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 er begrundet

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

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

39 I det foreliggende tilfælde er det ældre varemærke, som indsigelsen er støttet på, registreret og beskyttet i Spanien. Med henblik på at fastslå en eventuel risiko for forveksling mellem de omtvistede varemærker skal der følgelig tages hensyn til den relevante kundekreds i Spanien.

40 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. Ifølge samme retspraksis skal der foretages en helhedsvurdering af risikoen for forveksling på grundlag af den opfattelse, som den relevante kundekreds har af de pågældende tegn og de omhandlede varer eller tjenesteydelser. Der skal herved tages hensyn til alle relevante faktorer i sagen, navnlig at ligheden mellem tegnene og ligheden mellem de pågældende varer og tjenesteydelser står i et indbyrdes afhængighedsforhold (Rettens dom af 9.7.2003, sag T-162/01, Laboratorios RTB mod KHIM — Giorgio Beverly Hills (GIORGIO BEVERLY HILLS), Sml. II, s. 2821, præmis 30-32 og den deri nævnte retspraksis).

41 Det skal fastslås, at appelkammerets konklusion i den anfægtede afgørelse hvad angår den omstændighed, at varerne, der er omfattet af de omtvistede tegn, er af samme

eller lignende art, ikke er bestridt af sagsøgeren. Det eneste tvistepunkt mellem parterne er spørgsmålet om, hvorvidt appelkammeret med rette anså de omtvistede tegn for som helhed at ligne hinanden.

42 Spørgsmålet, om de omtvistede tegn ligner hinanden, skal derfor efterprøves.

43 Ifølge fast retspraksis kan et sammensat varemærke kun anses for at ligne et andet varemærke, der er identisk med eller ligner en af bestanddelene af det sammensatte varemærke, når denne bestanddel udgør det dominerende element i det helhedsindtryk, som det sammensatte varemærke fremkalder. Dette er tilfældet, når denne bestanddel i sig selv kan præge det billede af dette varemærke, som den relevante offentlighed har i erindringen, således at alle varemærkets andre bestanddele er uden betydning i helhedsindtrykket af mærket (Rettens dom af 23.10.2002, sag T-6/01, Matratzen Concord mod KHIM — Hukla Germany (MATRATZEN), Sml. II, s. 4335, præmis 33, og af 4.5.2005, sag T-359/02, Chum mod KHIM — Star TV (STAR TV), Sml. II, s. 1515, præmis 44).

44 Sagsøgeren har gjort gældende, at appelkammeret i den anfægtede afgørelse med urette har konkluderet, at der er risiko for forveksling mellem de omtvistede varemærker med den begrundelse, at de har ordbestanddelen »omega 3« til fælles. I modsætning til det, som blev anført i den anfægtede afgørelse, mener sagsøgeren, at bestanddelen »omega 3« skal anses som værende beskrivende for de pågældende varers egenskaber, og at det af denne grund er ordet »puleva«, som udgør den dominerende bestanddel i det ældre varemærke. Ifølge sagsøgeren er der således ikke i det foreliggende tilfælde nogen risiko for forveksling mellem de to omtvistede varemærker.

45 Det bemærkes i denne forbindelse, at det af retspraksis følger, at hvis man, når man undersøger det helhedsindtryk, som det ansøgte varemærke giver den relevante kundekreds, konstaterer, at en bestanddel, der mangler fornødent særpræg, udgør

dette varemærkes dominerende bestanddel, mens varemærkets andre figurative og grafiske bestanddele har en underordnet betydning, idet de ikke frembyder nogen aspekter, f.eks. i form af fantasifuldhed eller med hensyn til måden, hvorpå de er kombineret, der gør det muligt for det pågældende varemærke at opfylde dets grundlæggende funktion med hensyn til de varer og tjenesteydelser, som registreringsansøgningen vedrører, mangler varemærket i sin helhed fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, og det er udelukket fra registrering (jf. i denne retning Domstolens dom af 15.9.2005, sag C-37/03 P, BioID mod KHIM, Sml. I, s. 7975, præmis 73-75).

46 Samme konklusion gælder i forhold til et ansøgt varemærke, hvis dominerende bestanddel ud fra det helhedsindtryk, mærket giver i den relevante kundekreds, består af en rent beskrivende ordbestanddel som omhandlet i artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94, mens dette varemærkes figurative bestanddele — i modsætning til den beskrivende ordbestanddel — ikke er tilstrækkeligt iøjnefaldende i den relevante omsætningskreds' bevidsthed til at fastholde opmærksomheden og give det omhandlede tegn i dets helhed en særpræget virkning (jf. i denne retning generaladvokat Légers forslag til afgørelse fremsat i forbindelse med dommen i sagen BioID mod KHIM, Sml. I, s. 7979, punkt 75).

47 Desuden følger, at selv om ansøgeren om et EF-varemærke ganske vist ikke i en indsigelsessag kan anfægte gyldigheden af det til støtte for indsigelsen påberåbte ældre varemærke med den begrundelse, at dets registrering ville være i strid med artikel 7 i forordning nr. 40/94 (jf. i denne retning Rettens dom af 30.6.2004, sag T-186/02, BMI Bertollo mod KHIM — Diesel (DIESELIT), Sml. II, s. 1887, præmis 71), kan Harmoniseringskontoret derimod hvad angår en absolut registreringshindring, der er til hinder for registrering af det ansøgte EF-varemærke, sideløbende med indsigelsessagen genoptage undersøgelsesproceduren med henblik på at kontrollere, om en sådan hindring skulle foreligge (jf. i denne retning Rettens dom af 9.4.2003, sag T-224/01, Durferrit mod KHIM — Kolene (NU-TRIDE), Sml. II, s. 1589, præmis 73).

48 Henset til disse betragtninger mener Retten, at det i det foreliggende tilfælde indledningsvis skal undersøges, om ordbestanddelen »omega 3« ud fra det helhedsindtryk, som det ansøgte varemærke giver den relevante kundekreds, udgør den dominerende bestanddel i dette sammensatte varemærke, og det uafhængigt af om denne bestanddel er beskrivende eller ej.

49 I modsætning til det sagsøgeren har gjort gældende, var det med rette, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 15 anførte, at ordbestanddelen »omega 3«, skrevet med store grønne bogstaver med gul skygge, udgør det ansøgte varemærkes dominerende bestanddel, idet den først og fremmest tiltrækker sig forbrugerens opmærksomhed ved sin centrale placering i det omhandlede varemærke. Samme varemærkes figurative bestanddel, nemlig den grønne, gule og blå regnbue, som spænder sig over bestanddelen »omega 3« og slutter i et rødt hjerte, som befinder sig mellem bogstavet »o« og bogstavet »m« i ordet »omega 3«, er væsentligt mindre og bidrager derfor ikke nævneværdigt til varemærkets fornødne særpræg.

50 Under disse omstændigheder skal sagsøgerens eneste anbringende forkastes, uden at det er nødvendigt for Retten at tage stilling til, hvorvidt den dominerende ordbestanddel »omega 3« for de af de omtvistede varemærker omfattede varer og i forhold til den spanske kundekreds er beskrivende. Selv hvis det antages, at denne bestanddel var beskrivende, sådan som påstået af sagsøgeren, ville en annullation af den anfægtede afgørelse med denne begrundelse nemlig nødvendigvis få Harmoniseringskontoret, som det påhviler at drage konsekvenserne af Rettens doms konklusion og præmisser (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, og af 23.10.2002, sag T-388/00, Institut für Lernsysteme mod KHIM — Educational Services (ELS), Sml. II, s. 4301, præmis 19), til at genoptage undersøgelsesproceduren i forbindelse med ansøgerens EF-varemærkeansøgning og give afslag på den på grundlag af betragtningerne nævnt i præmis 45-49 ovenfor.

51 En sagsøger har ingen berettiget interesse i annullationen af en afgørelse i et tilfælde, hvor annullationen kun kan medføre, at der træffes en ny afgørelse, der leder til samme resultat som den annullerede afgørelse (jf. i denne retning Rettens dom af 3.12.2003, sag T-16/02, Audi mod KHIM (TDI), Sml. II, s. 5167, præmis 97 og den deri nævnte retspraksis).

52 Hvis bestanddelen »omega 3« derimod ikke skal anses for beskrivende, er det med rette, at Harmoniseringskontoret i den anfægtede afgørelse konkluderede, at der var en risiko for forveksling mellem de omtvistede varemærker, når henses til den dominerende karakter af ordbestanddelen »omega 3« i det ansøgte varemærke.

53 Det skal fastslås, at sagsøgeren ikke i dette tilfælde har fremsat nogen præcise argumenter, der bestrider berettigelsen af appelkammerets afgørelse.

54 Det skal generelt bemærkes, at to varemærker ligner hinanden, såfremt der efter opfattelsen i den relevante offentlighed foreligger en i det mindste delvis lighed mellem dem i en eller flere relevante henseender (MATRATZEN-dommen, præmis 30). Det fremgår således af Domstolens retspraksis, at de visuelle, lydlige eller begrebsmæssige aspekter er relevante. Desuden skal vurderingen af ligheden mellem to varemærker være baseret på helhedsindtrykket af varemærkerne, idet der bl.a. skal tages hensyn til de bestanddele, der har særpræg eller dominans (jf. analogt Domstolens dom af 11.11.1997, sag C-251/95, SABEL, Sml. I, s. 6191, præmis 23, og af 22.6.1999, sag C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Sml. I, s. 3819, præmis 25).

55 Retten finder herved, at den som første punkt i prøvelsen skal fastslå, at såfremt et sammensat varemærkes eneste dominerende ordbestanddel såvel på det visuelle som det fonetiske plan er identisk med en af bare to bestanddele, som udgør et ældre

ordmærke, og disse bestanddele hverken sammen eller hver for sig har noget begrebsmæssigt betydningsindhold for den relevante kundekreds, skal de pågældende varemærker — hvorved hvert varemærke betragtes i sin helhed — sædvanligvis anses for at ligne hinanden i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

56 I det foreliggende tilfælde skal det fastslås, at bestanddelen »omega 3« på det visuelle og fonetiske plan både er den anden bestanddel af de to, der udgør det ældre varemærke (idet den første bestanddel er »puleva«), og den eneste ordbestanddel i det ansøgte varemærke, hvori det udgør den dominerende bestanddel (jf. præmis 49 ovenfor).

57 Selv om den tilsigtede kundekreds ikke anser bestanddelen »omega 3« for at være beskrivende for de pågældende varer, vil denne bestanddel af den relevante kundekreds opfattes som fantasifuld og anses for i sig selv at have særpræg.

58 Da dette også gælder for bestanddelen »puleva«, må det fastslås, at disse to bestanddele i forhold til den relevante kundekreds har den samme tiltrækningskraft, og at de, når de sammenføjes i udtrykket »puleva-omega 3«, af kundekredsen vil blive opfattet som lige dominerende, uden at ordet »omega 3« mister sit særpræg.

59 Under disse omstændigheder konkluderede appelkammeret med rette, at de omtvistede varemærker — når hvert varemærke blev betragtet i sin helhed og navnlig under hensyntagen til de bestanddele, der havde særpræg eller dominans — lignede hinanden.

60 Når henses til ovennævnte må det antages, at den relevante kundekreds vil tænke, at fødevarerne med det ansøgte varemærke kan hidrøre fra den virksomhed, der er indehaver af det ældre varemærke. Ligheden mellem de omtvistede varemærker er følgelig tilstrækkelig til, at der må antages at være en risiko for, at de forveksles.

61 Hvad angår det af sagsøgeren påberåbte forhold, hvorefter den spanske forbruger direkte kan sammenligne de varer, der er omfattet af det omtvistede varemærker, kan det ikke udelukke den således godtgjorte risiko for forveksling. Der er nemlig intet belæg for, at sagsøgerens og intervenientens varer, sådan som sagsøgeren har gjort gældende, vil blive markedsført side om side. Tværtimod anser Retten det for at være rigtigt at mene, sådan som appelkammeret har anført i den anfægtede afgørelse, at gennemsnitsforbrugere af fødevarer kun sjældent har mulighed for at foretage en direkte sammenligning af forskellige varemærker. Forbrugeren, der tager fødevarer i øjesyn, hæfter sig ved og husker den fremherskende bestanddel i tegnet, der gør det muligt for ham at gentage oplevelsen ved et senere køb. Når den tilsigtede kundekreds imidlertid ser varer, som er omfattet af det ansøgte varemærke, hvori den dominerende bestanddel er identisk med en af det ældre varemærkes to bestanddele, er det meget sandsynligt, at man i kundekredsen vil anse de pågældende varer for at have samme erhvervsmæssige oprindelse.

62 Under disse omstændigheder må det eneste anbringende, der er gjort gældende, vedrørende en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 derfor forkastes.

63 Harmoniseringskontoret må således frifindes.

Sagens omkostninger

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

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Femte Afdeling)

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

2) Ekabe International SCA betaler sagens omkostninger.

Vilaras Dehousse Šváby

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

E. Coulon M. Vilaras

Justitssekretær Afdelingsformand