ARREST VAN HET GERECHT (Vijfde kamer)

18 oktober 2007 *

In zaak T-28/05,

Ekabe International SCA, gevestigd te Luxemburg (Luxemburg), vertegenwoordigd door C. de Haas, advocaat,

verzoekster,

tegen

Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM), vertegenwoordigd door A. Folliard-Monguiral als gemachtigde,

verweerder,

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

* Procestaal: Frans.

Ebro Puleva, SA, gevestigd te Madrid (Spanje), vertegenwoordigd door P. Casamitjana Lleonart, advocaat,

betreffende een beroep tegen de beslissing van de vierde kamer van beroep van het BHIM van 6 oktober 2004 (zaak R 117/2001-4) inzake een oppositieprocedure tussen Puleva SA (thans Ebro Puleva, SA) en Ekabe International SCA,

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: M. Vilaras, kamerpresident, F. Dehousse en D. Šváby, rechters,

griffier: K. Pocheć, administrateur,

gezien het op 17 januari 2005 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 4 augustus 2005 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord van het BHIM,

gezien de op 28 juli 2005 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord van interveniënte,

na de terechtzitting op 9 november 2006,

het navolgende

Arrest

Voorgeschiedenis van het geding

1 Op 17 april 1998 heeft de onderneming Cema bij het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM) een gemeenschapsmerkaanvraag ingediend krachtens verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1), zoals gewijzigd.

2 De inschrijvingsaanvraag betreft het volgende beeldmerk in kleur:



3 De waar waarvoor de merkaanvraag werd ingediend, behoort tot klasse 29 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. Hij is omschreven als volgt: „margarine".

4 Op 11 januari 1999 is de merkaanvraag in het *Blad van gemeenschapsmerke*n gepubliceerd.

5 Op 12 april 1999 heeft interveniënte, Puleva SA (thans Ebro Puleva, SA), krachtens artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 oppositie ingesteld tegen de inschrijving van het aangevraagde merk.

6 Tot staving van de oppositie werd verwarringsgevaar aangevoerd tussen het aangevraagde merk en het oudere nationale woordmerk PULEVA-OMEGA3 van interveniënte, dat op 22 maart 1999 onder nummer 2140889 werd ingeschreven in Spanje voor waren van klasse 29 in de zin van de Overeenkomst van Nice. Deze waren zijn omschreven als volgt: „vlees, vis, gevogelte en wild; vleesextracten; geconserveerde, gedroogde en gekookte vruchten en groenten; geleien, jams, compote; eieren; eetbare oliën en vetten; kant-en-klare gerechten hoofdzakelijk bestaande uit vlees, vis of groenten, en in het bijzonder melk en melkproducten".

7 Interveniënte en de onderneming Cema hebben op respectievelijk 7 februari en 10 mei 2000 aanvullende opmerkingen ingediend.

8 Bij beslissing van 24 november 2000 heeft de oppositieafdeling de oppositie toegewezen op grond dat de betrokken waren soortgelijk zijn en de conflicterende tekens overeenstemmen, zodat er bij het Spaanse publiek verwarringsgevaar bestaat.

9 Op 26 januari 2001 heeft de onderneming Cema beroep ingesteld tegen de beslissing van de oppositieafdeling.

10 Op 6 april 2001 heeft interveniënte haar opmerkingen voor de kamer van beroep ingediend.

11 Op 28 augustus 2002 heeft de onderneming Cema haar gemeenschapsmerkaanvraag overgedragen aan Primalliance, SAS.

12 Op 30 augustus 2004 heeft Primalliance de gemeenschapsmerkaanvraag overgedragen aan verzoekster, Ekabe International, SCA.

13 Bij beslissing van 6 oktober 2004 (hierna: „bestreden beslissing") heeft de vierde kamer van beroep van het BHIM het beroep verworpen en de beslissing van de oppositieafdeling bevestigd, op grond dat de betrokken waren dezelfde of soortgelijk zijn en de tekens in zekere mate overeenstemmen.

14 Wat de vergelijking van de waren betreft, heeft de kamer van beroep in punt 11 van de bestreden beslissing gepreciseerd dat de waar waarop het aangevraagde merk betrekking heeft, te weten margarine, behoorlijk soortgelijk of gelijk is aan eetbare oliën en vetten en melkproducten waarop het oudere merk betrekking heeft.

15 Wat de vergelijking van de tekens betreft, heeft de kamer van beroep in punt 14 van de bestreden beslissing gesteld dat het element „omega 3" een normaal onderscheidend vermogen had voor de waren waarop het aangevraagde merk betrekking had, zodat daarmee rekening moest worden gehouden bij de vergelijking van de conflicterende merken. De kamer van beroep heeft gepreciseerd dat de gemiddelde Spaanse consument op het tijdstip van de inschrijvingsaanvraag dit element niet opvatte als een beschrijving van de wezenlijke kenmerken van de betrokken waren, aangezien

het weinig waarschijnlijk was dat de gemiddelde Spaanse consument het element „omega 3" associeert met meervoudig onverzadigde vetzuren waarvan de voedingswaarde bijdraagt tot het voorkomen van hart- en vaatziekten. Met betrekking tot de uittreksels uit internetsites die verzoekster heeft overgelegd en waarin naar het element „omega 3" wordt verwezen, heeft de kamer van beroep zich op het standpunt gesteld dat een grondig onderzoek ervan geen steun oplevert voor verzoeksters betoog dat het element „omega 3" tot het normale taalgebruik behoort en een groot deel van het Spaanse publiek de medische of voedzame eigenschappen ervan kent.

16 Op visueel vlak heeft de kamer van beroep in de punten 15 en 16 van de bestreden beslissing gepreciseerd dat het element „omega 3" het dominerende bestanddeel van het aangevraagde merk is, terwijl het beeldelement zeker minder belangrijk lijkt en weinig bijdraagt aan het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk. Noch de aanwezigheid van de term „puleva" in het oudere merk noch de beeldelementen van het aangevraagde merk stellen de consumenten in staat, de conflicterende tekens voldoende van elkaar te onderscheiden. Op fonetisch vlak heeft de kamer van beroep in punt 17 van de bestreden beslissing opgemerkt dat de conflicterende merken overeenstemmen voor zover zij het element „omega 3" gemeen hebben, maar van elkaar verschillen wat de lengte en het ritme ervan betreft door de aanwezigheid van het element „puleva" in het oudere merk. Op begripsmatig vlak heeft de kamer van beroep in punt 18 van de bestreden beslissing gesteld dat de gemiddelde consument niet in staat is een begripsmatig verband te leggen tussen het woordelement „omega 3" en het type van meervoudig onverzadigde vetzuren dat dezelfde naam draagt en bekendstaat om de medische eigenschappen ervan, en dat hij hooguit in staat is de term „omega" te identificeren als de laatste letter van het Griekse alfabet. Het element „puleva" van het oudere merk is volgens de kamer van beroep een verzonnen woord dat in het Spaans geen enkele connotatie heeft.

17 De kamer van beroep heeft geconcludeerd dat er derhalve bij de Spaanse consumenten gevaar voor verwarring van de conflicterende merken bestaat in de zin van artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94.

Conclusies van partijen

18 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beslissing te vernietigen en te herzien;

— het BHIM te verwijzen in de kosten.

19 Het BHIM concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten;

— elke partij in de procedure voor het Gerecht te verwijzen in de eigen kosten indien het beroep wordt toegewezen.

20 Interveniënte concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

21 Tot staving van haar beroep voert verzoekster één middel aan, te weten schending van artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94.

Argumenten van partijen

22 Verzoekster is van mening dat er geen gevaar voor verwarring van de conflicterende merken bestaat, omdat de Spaanse consument van de twee betrokken tekens enkel het woord „puleva" in het oudere merk enerzijds en de grafische vormgeving en de specifieke kleuren van het element „omega 3" in het aangevraagde merk anderzijds zal onthouden.

23 In de eerste plaats betoogt verzoekster dat het element „omega 3" beschrijvend en gebruikelijk is ter aanduiding van levensmiddelen met dit type van meervoudig onverzadigde vetzuren als chemisch bestanddeel. Tot staving van dit argument legt verzoekster documenten over inzake levensmiddelen op de Spaanse markt waarbij het element „omega 3" wordt beklemtoond, alsmede inzake het bestaan van in Spanje gedeponeerde merken met dit element. Voorts blijkt uit de op het Spaanse grondgebied verspreide persartikelen en de uittreksels uit internetsites, die verzoekster als bijlage bij haar verzoekschrift heeft gevoegd, dat de gemiddelde Spaanse consument de heilzame eigenschappen van meervoudig onverzadigde vetzuren van het type omega 3 goed kent en dit element geenszins beschouwt als een onderscheidend teken. Dat het element „omega 3" in de ogen van het Spaanse publiek beschrijvend of gebruikelijk is voor levensmiddelen, werd voorts erkend door de Oficina Española de Patentes y Marcas (Spaanse octrooi- en merkenbureau) en in beroep bevestigd door de Tribunales Superiores de Justicia in het kader van zaken die soortgelijke opposities betroffen. Volgens verzoekster is dus de stelling onjuist dat het element „omega 3" domineert in de twee conflicterende merken. De redenering van de kamer van beroep is voorts tegenstrijdig, aangezien zij als argument voor een begripsmatige overeenstemming van de conflicterende merken heeft aangevoerd dat de Spaanse consument het element „omega 3" voldoende kent.

24 In de tweede plaats voert verzoekster aan dat enkel het element „puleva" ongebruikelijk is en onderscheidend vermogen heeft in het oudere merk. Dat dit element de firmanaam van de houder van het oudere merk is, maakt van dit woord geen ondergeschikt bestanddeel van dat merk. Ofwel geniet het element „puleva" een zekere bekendheid bij het Spaanse publiek, in welk geval dit publiek het oudere merk goed kent en zijn aandacht daarop zal richten, ofwel is het element „puleva" niet zo bekend, in welk geval het willekeurig en dus onderscheidend voor de betrokken waren moet worden geacht. Volgens verzoekster wordt het woord „puleva" juist gebruikt ter waarborging van de herkomst van de waren en stelt dit dus de consumenten in staat, de waren van interveniënte te onderscheiden van die van haar concurrenten. Verzoekster voegt daaraan toe dat het woord „puleva", dat in het oudere merk eerst staat, op visueel vlak het dominerende bestanddeel is, aangezien de consument het als eerste leest. Het is tevens het dominerende bestanddeel op fonetisch vlak, aangezien de lettergrepen „pu" en „va" zeer duidelijk hoorbaar zijn. Bovendien is de letter „p" een medeklinker die zeer duidelijk wordt uitgesproken en dus de aandacht van de consument trekt. Verder heeft het woord „puleva" geen enkele betekenis, terwijl de Spaanse consument minstens bij benadering weet dat meervoudig onverzadigde vetzuren van het type omega 3 heilzame eigenschappen hebben met betrekking tot hart- en vaatziekten.

25 In de derde plaats merkt verzoekster op dat het beeldelement van het aangevraagde merk zeker onderscheidend vermogen heeft. Het element „omega 3" is aldus gestileerd dat het cijfer „3" een voortzetting lijkt van de letter „a" van het woord „omega". Bovendien is het aangevraagde merk weergegeven in zeer levendige kleuren, te weten groen, geel, blauw en rood, die de aandacht van de consument trekken. Het beeldelement van het aangevraagde merk, te weten een groen-geel-blauwe regenboog die uitmondt in een rood hart tussen de letters „o" en „m" van het woord „omega", is tevens een element met onderscheidend vermogen.

26 In de vierde plaats stelt verzoekster dat de Spaanse consumenten de waren waarop de conflicterende merken betrekking hebben, rechtstreeks zullen kunnen vergelijken. Volgens verzoekster dient margarine niet te worden vergeleken met alle levensmiddelen van klasse 29, maar alleen met melk en melkproducten alsmede met eetbare oliën en vetten. De Spaanse consument kan bijvoorbeeld alle melkhoudende

dranken, die op rekken naast elkaar staan, rechtstreeks met elkaar vergelijken en een keuze maken naargelang van het merk of de prijs van de waar.

27 Ten slotte merkt verzoekster op dat wanneer aan een merk als het oudere merk, bestaande in het element „puleva-omega3", een monopolie wordt verleend op het element „omega 3", een zeer schadelijke rechtsonzekerheid wordt gecreëerd, terwijl dit woord door eenieder ongestoord zou moeten kunnen worden gebruikt (arrest Hof van 4 mei 1999, Windsurfing Chiemsee, C-108/97 en C-109/97, Jurispr. blz. I-2779, punt 25).

28 Het BHIM repliceert dat, aangezien verzoekster niet tijdig heeft aangetoond dat het relevante Spaanse publiek het element „omega 3" beschrijvend kan achten, de kamer van beroep op goede gronden heeft geoordeeld dat dit element even onderscheidend en dominerend was in het oudere merk als het element „puleva". In hun geheel beschouwd doen de gelijkenissen tussen de conflicterende tekens volgens het BHIM de balans doorslaan naar overeenstemming ervan. Aangezien de betrokken waren dezelfde of zeer soortgelijk zijn, is de conclusie dat er in Spanje gevaar voor verwarring van de conflicterende merken bestaat, gegrond.

29 Met betrekking tot de stukken die verzoekster voor het Gerecht heeft overgelegd, merkt het BHIM op dat deze niet voor de kamer van beroep werden overgelegd, zodat zij principieel niet-ontvankelijk zijn.

30 Interveniënte stelt vooreerst dat het element „omega 3" op zichzelf een dominerend en onderscheidend element is, dat niet beschrijvend of gebruikelijk is. Het is mogelijk dat een bepaald gespecialiseerd publiek het element „omega 3" kent, maar dit geldt niet voor het publiek in het algemeen, en in het bijzonder niet voor de Spaanse gemiddelde consument die niet gespecialiseerd is.

31 Verder voert interveniënte aan dat de twee conflicterende merken duidelijk overeenstemmen. Het element „omega 3" overheerst in elk van de twee conflicterende merken, aangezien de gemiddelde consument dit woordelement onmiddellijk onthoudt, zowel uit visueel als uit fonetisch oogpunt. Dat het aangevraagde merk een beeldelement bevat, is van geen belang gelet op het feit dat het woordelement de overhand heeft boven het beeldelement.

32 Interveniënte merkt tevens op dat verzoekster de vergelijking van de waren waarop de conflicterende merken betrekking hebben, beperkt tot de sector van melkproducten, oliën en vetten. Los van het bestaan op de markt van andere merken met het element „omega 3", is er volgens interveniënte sprake van een grote soortgelijkheid van de waren waarop de betrokken tekens betrekking hebben.

33 Ten slotte stelt interveniënte dat verzoeksters betoog leidt tot een absolute weigering van de inschrijving van het aangevraagde merk. Aldus heeft de Oficina Española de Patentes y Marcas de door interveniënte aangevraagde inschrijving van het woordmerk OMEGA 3 voor waren van klasse 30 geweigerd op grond dat het betrokken teken uitsluitend bestond uit aanduidingen die de kenmerken van de waren beschrijven.

Beoordeling door het Gerecht

Ontvankelijkheid van bepaalde stukken die verzoekster voor het Gerecht heeft overgelegd

34 Als bijlagen 4 tot en met 21, 24 tot en met 27 en 33 bij haar verzoekschrift legt verzoekster feitelijke gegevens over die voor het BHIM niet werden overgelegd. Dit

blijkt bij raadpleging van het dossier van de procedure voor de kamer van beroep, dat overeenkomstig artikel 133, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht aan dit laatste werd toegezonden. Het Gerecht stelt vast dat enkel de uittreksels uit internetsites die verzoekster als bijlage 30 bij haar verzoekschrift heeft overgelegd, tijdens de procedure voor de instanties van het BHIM werden overgelegd.

35 Volgens vaste rechtspraak strekt het bij het Gerecht ingestelde beroep ertoe de rechtmatigheid van de beslissingen van de kamers van beroep te toetsen overeenkomstig artikel 63 van verordening nr. 40/94. Feiten die voor het Gerecht worden ingeroepen zonder voordien voor de instanties van het BHIM te zijn aangedragen, kunnen de rechtmatigheid van deze beslissingen evenwel slechts aantasten indien het BHIM ze ambtshalve in aanmerking had moeten nemen. Dienaangaande volgt uit artikel 74, lid 1, in fine, van verordening nr. 40/94, luidens hetwelk in procedures inzake relatieve weigeringsgronden het onderzoek van het BHIM beperkt blijft tot de door de partijen aangevoerde feiten, bewijsmiddelen en argumenten en tot de door hen ingestelde vordering, dat het BHIM niet gehouden is feiten die door partijen niet naar voren werden gebracht, ambtshalve in aanmerking te nemen. Dergelijke feiten kunnen de rechtmatigheid van een beslissing van de kamer van beroep bijgevolg niet aantasten [zie in die zin arresten Gerecht van 13 juli 2004, Samar/BHIM — Grotto (GAS STATION), T-115/03, Jurispr. blz. II-2939, punt 13, en 21 april 2005, PepsiCo/BHIM — Intersnack Knabber-Gebäck (RUFFLES), T-269/02, Jurispr. blz. II-1341, punt 35].

36 Derhalve moeten de documenten die verzoekster als bijlagen 4 tot en met 21, 24 tot en met 27 en 33 heeft overgelegd, buiten beschouwing worden gelaten, zonder dat de bewijskracht ervan behoeft te worden onderzocht.

Gegrondheid van het middel ontleend aan schending van artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94

37 Artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 bepaalt dat na oppositie door de houder van een ouder merk inschrijving van het aangevraagde merk wordt geweigerd

wanneer het gelijk is aan of overeenstemt met het oudere merk en betrekking heeft op dezelfde of soortgelijke waren of diensten, indien daardoor verwarring bij het publiek kan ontstaan op het grondgebied waarop het oudere merk beschermd wordt; verwarring omvat het gevaar van associatie met het oudere merk.

38 Volgens artikel 8, lid 2, sub a-ii, van verordening nr. 40/94 dient onder oudere merken te worden verstaan: de in een lidstaat ingeschreven merken waarvan de datum van de inschrijvingsaanvraag voorafgaat aan de datum van de gemeenschapsmerkaanvraag.

39 In casu is het oudere merk waarop de oppositie is gebaseerd, in Spanje ingeschreven en wordt het aldaar beschermd. Om vast te stellen of er gevaar voor verwarring van de conflicterende merken bestaat, dient dus rekening te worden gehouden met de opvatting van het relevante publiek in Spanje.

40 Volgens vaste rechtspraak is er sprake van verwarringsgevaar, wanneer het publiek kan menen dat de betrokken waren of diensten van dezelfde onderneming of, in voorkomend geval, van economisch verbonden ondernemingen afkomstig zijn. Volgens dezelfde rechtspraak dient het verwarringsgevaar globaal te worden beoordeeld met inachtneming van de wijze waarop het relevante publiek de betrokken tekens en waren of diensten opvat, en van alle relevante omstandigheden van het concrete geval, in het bijzonder de onderlinge samenhang tussen de overeenstemming van de tekens en de soortgelijkheid van de waren of diensten waarop zij betrekking hebben [arrest Gerecht van 9 juli 2003, Laboratorios RTB/BHIM — Giorgio Beverly Hills (GIORGIO BEVERLY HILLS), T-162/01, Jurispr. blz. II-2821, punten 30-32, en de aldaar aangehaalde rechtspraak].

41 Vastgesteld dient te worden dat de conclusie waartoe de kamer van beroep in de bestreden beslissing is gekomen met betrekking tot de soortgelijkheid of gelijkheid

van de waren waarop de conflicterende tekens betrekking hebben, door verzoekster niet wordt betwist. Tussen partijen bestaat enkel discussie over de vraag of de kamer van beroep op goede gronden heeft geoordeeld dat de conflicterende tekens globaal overeenstemmen.

42 Er dient dus te worden onderzocht of de conflicterende tekens overeenstemmen.

43 Volgens vaste rechtspraak kan een samengesteld merk slechts worden geacht overeen te stemmen met een ander merk, dat gelijk is aan of overeenstemt met een van de bestanddelen van het samengestelde merk, indien dit het dominerende bestanddeel is in de totaalindruk die door het samengestelde merk wordt opgeroepen. Dit is het geval wanneer dit op zichzelf het beeld van dit merk dat bij het relevante publiek in herinnering blijft, kan domineren, zodat alle andere bestanddelen verwaarloosbaar zijn voor de totaalindruk die door het merk wordt opgeroepen [arresten Gerecht van 23 oktober 2002, Matratzen Concord/BHIM — Hukla Germany (MATRATZEN), T-6/01, Jurispr. blz. II-4335, punt 33, en 4 mei 2005, Chum/BHIM — Star TV (STAR TV), T-359/02, Jurispr. blz. II-1515, punt 44].

44 Verzoekster betoogt dat de kamer van beroep in de bestreden beslissing ten onrechte heeft geconcludeerd tot het bestaan van gevaar voor verwarring van de conflicterende merken op grond dat zij het woordelement „omega 3" gemeen hebben. Anders dan in de bestreden beslissing werd gesteld, moet het element „omega 3" worden geacht de kenmerken van de betrokken waren te beschrijven, zodat de term „puleva" het dominerende bestanddeel van het oudere merk is. Bijgevolg bestaat er in casu geen enkel gevaar voor verwarring van de twee conflicterende merken.

45 In dit verband is het vaste rechtspraak dat, wanneer uit het onderzoek van de door een aangevraagd merk bij het relevante publiek opgeroepen totaalindruk blijkt dat een bestanddeel zonder onderscheidend vermogen het dominerende bestanddeel

van dit merk is, terwijl de andere beeld- en grafische elementen ervan ondergeschikt zijn en geen enkel aspect bevatten, zoals fantasie of een originele combinatie, dat dit merk in staat stelt om zijn wezenlijke functie te vervullen voor de waren en diensten waarop de inschrijvingsaanvraag betrekking heeft, het aangevraagde merk in zijn geheel elk onderscheidend vermogen mist in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 en de inschrijving ervan moet worden geweigerd (zie in die zin arrest Hof van 15 september 2005, BioID/BHIM, C-37/03 P, Jurispr. blz. I-7975, punten 73-75).

46 Hetzelfde geldt met betrekking tot een aangevraagd merk waarvan het dominerende bestanddeel in de bij het relevante publiek opgeroepen totaalindruk bestaat in een puur beschrijvend woordbestanddeel in de zin van artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 40/94, terwijl de beeldelementen van dit merk onvoldoende opvallend zijn om de aandacht van het relevante publiek te trekken in plaats van het beschrijvende woordbestanddeel en om aan het betrokken teken, in zijn geheel beschouwd, onderscheidend vermogen te verlenen (zie in die zin conclusie van advocaat-generaal Léger bij het arrest BioID/BHIM, reeds aangehaald, Jurispr. blz. I-7979, punt 75).

47 Voorts kan de aanvrager van een gemeenschapsmerk in het kader van een oppositieprocedure weliswaar de geldigheid van het aangevoerde oudere merk niet betwisten op grond dat de inschrijving ervan in strijd is met artikel 7 van verordening nr. 40/94 [zie in die zin arrest Gerecht van 30 juni 2004, BMI Bertollo/BHIM — Diesel (DIESELIT), T-186/02, Jurispr. blz. II-1887, punt 71], maar in het geval van een absolute weigeringsgrond die zich zou verzetten tegen de inschrijving van het aangevraagde gemeenschapsmerk kan het BHIM, naast de oppositieprocedure, de onderzoeksprocedure opnieuw openen teneinde na te gaan of een dergelijke grond bestaat [zie in die zin arrest Gerecht van 9 april 2003, Durferrit/BHIM — Kolene (NU-TRIDE), T-224/01, Jurispr. blz. II-1589, punt 73].

48 Gelet op deze overwegingen dient volgens het Gerecht in casu eerst te worden onderzocht of het woordelement „omega 3" in de door het aangevraagde merk bij het relevante publiek opgeroepen totaalindruk het dominerende bestanddeel van dit samengestelde merk is, los van de vraag of dit element beschrijvend is.

49 Anders dan verzoekster stelt, heeft de kamer van beroep in punt 15 van de bestreden beslissing terecht geoordeeld dat het woordelement „omega 3", dat in grote groene letters met een gele schaduw is geschreven, het dominerende bestanddeel van het aangevraagde merk is, omdat het als eerste de aandacht van de consument zal trekken door de centrale positie ervan in het betrokken merk. Het beeldelement van ditzelfde merk, te weten de groen-geel-blauwe regenboog boven het element „omega 3" die uitmondt in een rood hart tussen de letters „o" en „m" van het woord „omega", is daarentegen duidelijk kleiner en draagt dus weinig bij aan het onderscheidend vermogen van dit merk.

50 In deze omstandigheden dient het enige middel van verzoekster te worden afgewezen, zonder dat het Gerecht uitspraak hoeft te doen over de vraag of het dominerende woordbestanddeel „omega 3" uit het oogpunt van het Spaanse publiek beschrijvend is voor de waren waarop de conflicterende merken betrekking hebben. Gesteld dat dit element beschrijvend is, zoals verzoekster betoogt, zou een vernietiging van de bestreden beslissing op deze grond immers noodzakelijkerwijs ertoe leiden dat het BHIM, dat de consequenties dient te trekken die uit het dictum en de motivering van het arrest van het Gerecht voortvloeien [arresten Gerecht van 31 januari 2001, Mitsubishi HiTec Paper Bielefeld/BHIM (Giroform), T-331/99, Jurispr. blz. II-433, punt 33; 27 februari 2002, Eurocool Logistik/BHIM (EUROCOOL), T-34/00, Jurispr. blz. II-683, punt 12, en 23 oktober 2002, Institut für Lernsysteme/BHIM — Educational Services (ELS), T-388/00, Jurispr. blz. II-4301, punt 19], de procedure van onderzoek van verzoeksters gemeenschapsmerkaanvraag opnieuw opent en deze aanvraag afwijst op basis van de in de punten 45 tot en met 49 supra geformuleerde overwegingen.

51 Een verzoeker heeft geen enkel rechtmatig belang bij vernietiging van een beslissing ingeval deze vernietiging enkel zou kunnen leiden tot de vaststelling van een nieuwe beslissing met eenzelfde resultaat als de vernietigde beslissing [zie in die zin arrest Gerecht van 3 december 2003, Audi/BHIM (TDI), T-16/02, Jurispr. blz. II-5167, punt 97, en de aldaar aangehaalde rechtspraak].

52 Indien daarentegen moet worden geoordeeld dat het element „omega 3" niet beschrijvend is, heeft de kamer van beroep in de bestreden beslissing terecht geconcludeerd tot het bestaan van gevaar voor verwarring van de conflicterende merken, gelet op het dominerende karakter van het woordelement „omega 3" in het aangevraagde merk.

53 Vastgesteld dient te worden dat verzoekster in deze hypothese geen precieze argumenten aandraagt ter betwisting van de gegrondheid van de beslissing van de kamer van beroep.

54 In het algemeen dient te worden opgemerkt dat twee merken overeenstemmen wanneer zij in de ogen van het relevante publiek ten minste voor een deel gelijk zijn wat één of meer relevante aspecten betreft (arrest MATRATZEN, reeds aangehaald, punt 30). Blijkens de rechtspraak van het Hof zijn het visuele, fonetische en begripsmatige aspect relevant. Voorts moet de beoordeling van de overeenstemming tussen twee merken berusten op de totaalindruk die door deze merken wordt opgeroepen, waarbij in het bijzonder rekening dient te worden gehouden met de onderscheidende en dominerende bestanddelen ervan (zie mutatis mutandis arresten Hof van 11 november 1997, SABEL, C-251/95, Jurispr. blz. I-6191, punt 23, en 22 juni 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/97, Jurispr. blz. I-3819, punt 25).

55 In dit verband is het Gerecht van oordeel dat in eerste instantie moet worden uitgegaan van het beginsel dat indien het enige dominerende woordelement van een samengesteld merk, visueel en fonetisch gelijk is aan een van de twee elementen

waaruit een ouder woordmerk bestaat, en indien deze elementen, gezamenlijk of afzonderlijk gezien, begripsmatig geen betekenis hebben voor het betrokken publiek, de betrokken merken, ieder in hun geheel beschouwd, normaliter moeten worden geacht overeen te stemmen in de zin van artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94.

56 In casu dient te worden vastgesteld dat het element „omega 3" visueel en fonetisch zowel het tweede element is van de twee elementen van het oudere merk (het eerste is het element „puleva") als het enige woordelement van het aangevraagde merk, waarvan het het dominerende bestanddeel is (zie punt 49 supra).

57 Indien het betrokken publiek het element „omega 3" niet beschrijvend acht voor de betrokken waren, zal het dit element opvatten als een verzonnen term met onderscheidend vermogen van huis uit.

58 Aangezien dit ook geldt voor het element „puleva", dient te worden aangenomen dat deze twee elementen een gelijkwaardige aantrekkingskracht hebben voor het relevante publiek en dat zij, door een accolade verbonden in de uitdrukking „puleva-omega 3", door dit publiek als even dominerend zullen worden gezien, zonder dat het element „omega 3" zijn onderscheidend vermogen verliest.

59 In deze omstandigheden is de kamer van beroep op goede gronden tot de slotsom gekomen dat de conflicterende merken, in hun geheel beschouwd en met name gelet op de onderscheidende en dominerende bestanddelen ervan, overeenstemmen.

60 Gelet op een en ander, kan het relevante publiek denken dat de levensmiddelen waarop het aangevraagde merk is aangebracht, afkomstig kunnen zijn van de onderneming die houder is van het oudere merk. Bijgevolg is de mate van overeenstemming van de conflicterende merken toereikend om uit te kunnen gaan van verwarringsgevaar tussen de twee.

61 De door verzoekster aangehaalde omstandigheid dat de Spaanse consument de waren waarop de conflicterende merken betrekking hebben, rechtstreeks zal kunnen vergelijken, kan het aldus vastgestelde verwarringsgevaar niet uitsluiten. Niets wijst immers erop dat verzoeksters waren en die van interveniënte naast elkaar worden verkocht, zoals verzoekster aanvoert. Volgens het Gerecht dient integendeel te worden geoordeeld, zoals de kamer van beroep in de bestreden beslissing heeft gedaan, dat de gemiddelde consument van levensmiddelen slechts zelden de mogelijkheid heeft verschillende merken rechtstreeks met elkaar te vergelijken. Aldus let de consument bij het bekijken van levensmiddelen op het dominerende bestanddeel van het teken en onthoudt dit teneinde bij een latere aankoop die keuze te kunnen herhalen. Wanneer het relevante publiek waren vindt die worden aangeduid door het aangevraagde merk, waarvan het dominerende bestanddeel identiek is aan een van de twee bestanddelen van het oudere merk, is het heel waarschijnlijk dat hij aan de betrokken waren dezelfde commerciële herkomst zal toeschrijven.

62 Derhalve moet het enige middel, ontleend aan schending van artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94, worden afgewezen.

63 Het beroep moet derhalve worden verworpen.

Kosten

64 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van het BHIM en van interveniënte in de kosten van deze laatsten te worden verwezen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) Het beroep wordt verworpen.

2) Ekabe International SCA wordt verwezen in de kosten.

Vilaras Dehousse Šváby

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 18 oktober 2007.

De griffier

E. Coulon

De president van de Vijfde kamer

M. Vilaras