



Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Fjerde Afdeling)

28. maj 2020*

»EU-varemærker – indsigelsessag – ansøgning om EU-figurmærket AUREA BIOLABS – det ældre EU-ordmærke AUREA – relativ registreringshindring – risiko for forveksling – varer af lignende art – artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning (EU) 2017/1001 – berigtigelse af appelkammerets afgørelse – artikel 102 i forordning 2017/1001«

I sagerne T-724/18 og T-184/19,

Aurea Biolabs Pte Ltd, Cochin (Indien), ved B. Brandreth, QC, og solicitor L. Oommen,

sagsøger,

mod

Den Europæiske Unions Kontor for Intellectuel Ejendomsret (EUIPO) ved K. Kompari, H. O'Neill og V. Ruzek, som befuldmægtigede,

sagsøgte,

den anden part i sagen for appelkammeret ved EUIPO og intervenient ved Retten

Avizel SA, Luxembourg (Luxembourg), ved advokaterne C. De Keersmaecker og W.-J. Cosemans,

angående for så vidt angår sag T-724/18 et søgsmål anlagt til prøvelse af afgørelse truffet den 11. september 2018 af Andet Appellkammer ved EUIPO (sag R 814/2018-2) vedrørende en indsigelsessag mellem Avizel og Aurea Biolabs og for så vidt angår sag T-184/19 et søgsmål anlagt til prøvelse af afgørelse truffet den 29. januar 2019 af Andet Appellkammer ved EUIPO (sag R 814/2018-2 (CORR)), der berigtigede afgørelsen af 11. september 2018,

har

RETTEN (Fjerde Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, S. Gervasoni (refererende dommer), og dommerne R. Frendo og J. Martín y Pérez de Nanclares,

justitssekretær: fuldmægtig A. Juhász-Tóth,

under henvisning til stævningerne, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 7. december 2018 (sag T-724/18) og den 27. marts 2019 (sag T-184/19),

* Processprog: engelsk.

under henvisning til den formalitetsindsigelse, der af EUIPO blev rejst ved dokument indleveret til Rettens Justitskontor den 28. maj 2019 i sag T-184/19,

under henvisning de skriftlige bemærkninger vedrørende formalitetsindsigelsen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 28. juni 2019,

under henvisning til kendelsen af 11. juli 2019 i sag T-184/19, hvorved det blev bestemt, at formalitetsindsigelsen skulle behandles sammen med realiteten,

under henvisning til EUIPO's svarskrifter, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 18. marts 2019 (sag T-724/18) og den 24. september 2019 (sag T-184/19),

under henvisning til intervenientens svarskrifter, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 14. marts 2019 (sag T-724/18) og den 3. juni 2019 (sag T-184/19),

under henvisning til ændringen af sammensætningen af Rettens afdelinger,

under henvisning til afgørelsen af 12. november 2019, hvorved sagerne T-724/18 og T-184/19 blev forenet med henblik på den mundtlige forhandling,

efter retsmødet den 22. januar 2020, hvorunder parterne fremsatte bemærkninger til en eventuel forening af sagerne T-724/18 og T-184/19 med henblik på dommen,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

- 1 Den 19. september 2016 indgav sagsøgeren, Aurea Biolabs Pte Ltd, en ansøgning om registrering af et EU-varemærke til Den Europæiske Unions Kontor for Intellectuel Ejendomsret (EUIPO) i medfør af Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26. februar 2009 om EU-varemærker (EUT 2009, L 78, s. 1), med senere ændringer (erstattet af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2017/1001 af 14.6.2017 om EU-varemærker (EUT 2017, L 154, s. 1)).

- 2 Det varemærke, der blev ansøgt registreret, var følgende figurtegn:



- 3 De varer, som registreringsansøgningen vedrørte, henhører under klasse 5 i Nicearrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer til følgende beskrivelse: »diæt- og kosttilskud; diætetiske og ernæringsmæssige kosttilskud; kosttilskud i form af drikkevarer; næringsberigede drikke til diætetisk brug; diæt- og kosttilskud, nemlig, funktionelle fødevarer til brug som diætetiske tilskud og ernæringstilskud; vitamin- og mineraltilskud«.
- 4 Den 30. januar 2017 rejste intervenienten, Avizel SA, indsigelse i henhold til artikel 41 i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 46 i forordning 2017/1001) mod registreringen af det ansøgte varemærke for de ovenfor i præmis 3 nævnte varer.
- 5 Indsigelsen var støttet på det ældre EU-ordmærke AUREA, der blev registreret den 12. marts 2015 under sagsnr. 13493432.
- 6 Det ældre varemærke er blevet registreret for varer, der henhører under klasse 3 og 5, og svarer i hver enkelt af disse klasser til følgende beskrivelse:
- klasse 3: »sæber; æteriske olier; kosmetiske præparater, dog ikke parfumer og eau de toilette; hårlotions«
 - klasse 5: »koldcremer til medicinske formål; medicinske cremer til småbørn; medicinske cremer til kroppen; håndcremer til medicinske formål; medicinske ansigtscremer; medicinske cremer til læberne; medicinske fodcremer; medicinske hudcremer; medicinske cremer til beskyttelse af huden; hudplejcremer til medicinske formål«.
- 7 Den registreringshindring, der blev påberåbt til støtte for indsigelsen, er den, der er omhandlet i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009 [nu artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning 2017/1001].
- 8 Den 6. marts 2018 gav indsigelsesafdelingen medhold i indsigelsen med den begrundelse, at der bestod en risiko for forveksling, og afviste ansøgningen om registrering.
- 9 Den 3. maj 2018 indgav sagsøgeren i henhold til artikel 66-71 i forordning 2017/1001 en klage til EUIPO over indsigelsesafdelingens afgørelse.

- 10 Ved afgørelse af 11. september 2018 (herefter »den anfægtede afgørelse«) afslog Andet Appellkammer ved EUIPO klagen. Appellkammeret var navnlig af den opfattelse, at det relevante område for vurderingen af risikoen for forveksling var Den Europæiske Union, og at den relevante kundekreds bestod dels af medicinske fagfolk, dels af den brede offentlighed som endelige forbrugere med et højt opmærksomhedsniveau (den anfægtede afgørelses punkt 17-24). Appellkammeret fandt dernæst, at de varer i klasse 5, som var omfattet af de omtvistede varemærker i det mindste i en svag grad var af lignende art, og udledte heraf, at det ikke var nødvendigt at undersøge, om der eventuelt var lighed mellem de varer, der var angivet i ansøgningen om registrering, og de varer i klasse 3, som var omfattet af det ældre varemærke (den anfægtede afgørelses punkt 25-38). Hvad angår sammenligningen af tegnene konstaterede appellkammeret, at der i det mindste var en gennemsnitlig grad af visuel lighed, i det mindste en gennemsnitlig, endda høj, grad af fonetisk lighed og for en del af den relevante kundekreds i det mindste en svag grad af begrebsmæssig lighed (den anfægtede afgørelses punkt 39-78). I forbindelse med dets helhedsvurdering af risikoen for forveksling bemærkede appellkammeret bl.a. dels, at det følger af retspraksis vedrørende den indbyrdes afhængighed mellem de faktorer, som er relevante for denne vurdering, at selv om de omhandlede varer var af samme art, skulle der være en høj grad af forskel mellem tegnene for undgå en risiko for forveksling, dels, at de varer, der var tale om i den foreliggende sag, var blevet anset for at være af samme art (den anfægtede afgørelses punkt 80). Appellkammeret afsluttede sin helhedsvurdering ved at konkludere, at den kunne tilslutte sig indsigelsesafdelingens standpunkt om, at der i det foreliggende tilfælde var risiko for forveksling (den anfægtede afgørelses punkt 92).
- 11 Ved afgørelse af 29. januar 2019 (herefter »den berigtigende afgørelse«) berigtigede Andet Appellkammer i medfør af »regel 53 EUTMIR« den anfægtede afgørelse ved at fjerne afgørelsens punkt 80.

Parternes påstande

- 12 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:
- I sag T-724/18 annulleres den anfægtede afgørelse, og i sag T-184/19 annulleres den berigtigende afgørelse.
 - EUIPO tilpligtes at betale omkostningerne i sagerne T-724/18 og T-184/19, og i sag T-724/18 tilpligtes intervenienten ligeledes at betale sagsomkostningerne.
- 13 EUIPO har nedlagt følgende påstande:
- Frifindelse i sag T-724/18.
 - Sag T-184/19 afvises, subsidiært frifindelse.
 - Sagsøgeren tilpligtes at betale sagsomkostningerne i forbindelse med sagerne T-724/18 og T-184/19.
- 14 Intervenienten har nedlagt følgende påstande:
- Frifindelse i sagerne T-724/18 og T-184/19.
 - Sagsøgeren tilpligtes at betale sagsomkostningerne i de nævnte sager.

Retlige bemærkninger

- 15 For så vidt som der med den berigtigende afgørelse blev fjernet et punkt i den anfægtede afgørelse, og for så vidt som betragtningerne i sidstnævnte afgørelse er blevet anfægtet med søgsmålet i sag T-724/18, skal det indledningsvis undersøges, om den berigtigende afgørelse, der er anfægtet med søgsmålet i sag T-184/19, er lovlig.

Om søgsmålet i sag T-184/19

- 16 I sag T-184/19 har sagsøgeren fremsat tre anbringender til støtte for påstanden om annulation af den berigtigende afgørelse. For det første er den berigtigende afgørelse støttet på et forkert retsgrundlag, nemlig »regel 53 i EUTMIR«. For det andet skulle den omhandlede fejl ikke have været berigtiget, henset til de betingelser, der er fastsat i den gældende retlige bestemmelse, dvs. artikel 102 i forordning 2017/1001. For det tredje har appelkammeret tilsidesat sagsøgerens ret til at blive hørt, eftersom selskabet hverken fik mulighed for at udtale sig om den anvendelige bestemmelse eller den påtænkte berigtigelse.
- 17 Det kan faktisk konstateres, at den berigtigende afgørelse formelt set er støttet på »regel 53 EUTMIR« (den berigtigende afgørelses punkt 5). For så vidt som det kun er Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 om EF-varemærker (EFT 1995, L 303, s. 1), som indeholder en regel 53, skal det – som anerkendt af EUIPO i svarskriftet – fastslås, at den berigtigende afgørelse er støttet på regel 53 i forordning nr. 2868/95, selv om forkortelsen »EUTMIR« normalt ikke bruges i forbindelse med denne forordning.
- 18 Som sagsøgeren med rette har gjort gældende, har regel 53 i forordning nr. 2868/95 ikke været i kraft siden den 1. oktober 2017. Siden denne dato reguleres berigtigelser og rettelser af EUIPO's afgørelser af artikel 102 i forordning 2017/1001.
- 19 Den regel, der finder anvendelse på rettelsen af en afgørelse, er dermed den, der var gældende, da den berigtigende afgørelse blev vedtaget (jf. i denne retning med hensyn til en afgørelse om tilbagekaldelse dom af 21.2.2018, Repower mod EUIPO – repowermap.org (REPOWER), T-727/16, EU:T:2018:88, præmis 19-29; jf. ligeledes analogt med hensyn til den berigtigelse, som kan foretages i medfør af Rettens procesreglement, kendelse af 21.7.2015, Tomana m.fl. mod Rådet og Kommissionen, T-190/12 REC, ikke trykt i Sml., EU:T:2015:572, præmis 3 og 4), hvilket i den foreliggende sag vil sige artikel 102 i forordning 2017/1001, der var gældende på tidspunktet for vedtagelsen af den berigtigende afgørelse den 29. januar 2019. Det fremgår nemlig af fast retspraksis, at en bestemmelse, som udgør hjemmel for en retsakt, og som bemyndiger EU-institutionen til at vedtage den pågældende retsakt, skal være gældende på det tidspunkt, hvor retsakten udstedes, og at processuelle regler almindeligvis antages at finde anvendelse på ikrafttrædelsestidspunktet (jf. dom af 29.3.2011, ThyssenKrupp Nirosta mod Kommissionen, C-352/09 P, EU:C:2011:191, præmis 88 og den deri nævnte retspraksis).
- 20 Denne fejl, som med føje er blevet påberåbt inden for rammerne af sagsøgerens første anbringende, og som EUIPO i øvrigt har anerkendt i svarskriftet, kan imidlertid ikke føre til, at den berigtigende afgørelse annulleres i tilfælde, hvor de betingelser, der er fastsat i artikel 102 i forordning 2017/1001 for at kunne rette appelkammerets afgørelser, er overholdt i den foreliggende sag. Den omstændighed, at der er valgt et forkert hjemmelsgrundlag, indebærer nemlig kun, at den omhandlede akt annulleres, når dette valg kan påvirke afgørelsens indhold (jf. dom af 18.10.2011, Reishel mod KHIM – Dynamic Promotion (Stabelkasser og kurve), T-53/10, EU:T:2011:601, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis).

- 21 Med sit andet anbringende har sagsøgeren netop bestridt, at betingelserne i artikel 102 i forordning 2017/1001 for at kunne rette EUIPO's afgørelser er opfyldt. Sagsøgeren har navnlig gjort gældende, at denne bestemmelse ikke finder anvendelse på de »åbenlyse fejl«, som i den foreliggende sag lå til grund for den berigtigende afgørelse (den anfægtede afgørelses punkt 5 og 6), idet sådanne fejl alene er omhandlet i artikel 103 i forordning 2017/1001, der regulerer tilbagekaldelse af EUIPO's afgørelser.
- 22 Det fremgår af ordlyden af artikel 102 og 103 i forordning 2017/1001, at det kun er artikel 103, som henviser til »åbenlyse fejl«, mens artikel 102 blot henviser til »åbenlyse forsømmelser«.
- 23 Artikel 102 i forordning 2017/1001 med overskriften »Rettelse af fejl og åbenlyse forsømmelser« fastsætter i stk. 1:
- »1. [EUIPO] skal rette eventuelle sproglige fejl, skrivefejl og åbenlyse forsømmelser i kontorets afgørelser eller tekniske fejl, der kan tilskrives det i forbindelse med registreringen af et EU-varemærke eller bekendtgørelsen deraf ex officio eller efter anmodning fra en part.«
- 24 Artikel 103 i forordning 2017/1001 med overskriften »Tilbagekaldelse af afgørelser« fastsætter i stk. 1:
- »1. Hvis [EUIPO] har foretaget en indførelse i registret eller truffet en afgørelse, der indeholder en åbenlys fejl, der kan tilskrives [EUIPO], sørger det for at annullere indførelsen eller tilbagekalde afgørelsen [...]«
- 25 Det skal præciseres, at disse bestemmelser om rettelse og tilbagekaldelse af EUIPO's afgørelser i den affattelse, der tidligere fandt anvendelse, henviser til henholdsvis »åbenbare urigtigheder« (regel 53 i forordning nr. 2868/95) og til »åbenlyse procedurefejl« (artikel 80 i forordning nr. 207/2009).
- 26 Det fremgår af den retspraksis, hvori sidstnævnte bestemmelser er blevet fortolket, at under hensyn til betydningen af den bindende karakter af den dispositive del i en endelig afgørelse, som er truffet af en kompetent myndighed, og til iagttagelsen af retssikkerhedsprincippet skal der anlægges en streng fortolkning af den regel, hvorefter det undtagelsesvis er muligt at foretage efterfølgende ændringer i form af en rettelse eller en tilbagekaldelse af en sådan afgørelse, hvilken fortolkning alene er begrænset til åbenbare fejl (jf. i denne retning dom af 9.9.2011, dm-drogerie markt mod KHIM – Distribuciones Mylar (dm), T-36/09, EU:T:2011:449, præmis 73, 76 og 78, og, for så vidt angår alene berigtigelser, af 14.12.2006, Gagliardi mod KHIM – Norma Lebensmittelfilialbetrieb (MANÜ MANU MANU), T-392/04, ikke trykt i Sml., EU:T:2006:400, præmis 55).
- 27 Det fremgår imidlertid af den retspraksis, der er nævnt i præmis 26 ovenfor, at der er forskel på den type fejl, der kan give anledning til en rettelse eller en tilbagekaldelse, og at dette afhænger af sondringen mellem proceduren for rettelse og proceduren for tilbagekaldelse.
- 28 Proceduren for rettelse indebærer nemlig ikke, at den berigtigede afgørelse ophæves, men alene at de fejl, som måtte findes heri, rettes med den berigtigende afgørelse. Tilbagekaldelsesproceduren fører derimod til en ophævelse af den fejlagtige afgørelse og indebærer, at den tilbagevises til det trin i proceduren, hvor den verserede ved EUIPO inden vedtagelsen af denne afgørelse, uden at der foretages rettelse af den fejl, der blev opdaget i selve tilbagekaldelsesafgørelsen.
- 29 Rettelser er dermed begrænset til åbenlyse fejl af formel karakter, som ikke påvirker rækkevidden af og det materielle indhold i den trufne afgørelse, men alene dens form (dom af 14.12.2006, MANÜ MANU MANU, T-392/04, ikke trykt i Sml., EU:T:2006:400, præmis 55). Der er tale om fejl, som er så åbenlyse, at man ikke kan forestille sig nogen anden tekst end den, der fremgår af berigtigelsen (jf. i denne retning dom af 9.9.2011, dm, T-36/09, EU:T:2011:449, præmis 73 og 75), og som ikke kan begrunde, at den afgørelse, som er behæftet med fejl, erklæres for ugyldig eller tilbagekaldes (jf. i denne retning dom af 15.3.2011, Ifemy's mod KHIM – Dada & Co Kids (Dada & Co. kids), T-50/09, EU:T:2011:90, præmis 32), og at parterne høres.

- 30 Derimod berettiger fejl, som ikke gør det muligt at fastholde konklusionen i den omhandlede afgørelse, at der vedtages en tilbagekaldelsesafgørelse, uden at den instans, som har truffet denne afgørelse, behøver at foretage en ny analyse. Der er i denne forbindelse tale om fejl i fordelingen af sagsomkostningerne (jf. i denne retning dom af 1.7.2009, Okalux mod KHIM – Messe Düsseldorf (OKATECH), T-419/07, EU:T:2009:238, præmis 33 og 40), fejl vedrørende retten til at blive hørt (jf. i denne retning og analogt dom af 18.10.2011, Stabelkasser og kurve, T-53/10, EU:T:2011:601, præmis 37-39), eller fejl vedrørende begrundelsespligten (jf. i denne retning dom af 31.10.2019, Repower mod EUIPO, C-281/18 P, EU:C:2019:916, præmis 34).
- 31 Den omstændighed, at de ord, der er anvendt i de i sagen relevante bestemmelser, er blevet ændret, har ikke rejst tvivl om den forskel på rettelser og tilbagekaldelser, som er blevet præciseret i den i præmis 29 og 30 ovenfor anførte retspraksis, der er afsagt i henhold til de tidligere gældende bestemmelser.
- 32 Som bekræftet af EUIPO i retsmødet er sondringen mellem fejl, som danner grundlag for en rettelse, og fejl, som danner grundlag for en tilbagekaldelse, blevet opretholdt, og ændringen af udtrykket »åbenlyse fejl« til »åbenlyse forsømmelser« i artikel 102 i forordning 2017/1001 skyldes behovet for at opretholde en adskillelse i forhold til de fejl i artikel 103 i forordning 2017/1001, der nu kaldes »åbenlyse fejl« og ikke længere »åbenlyse procedurefejl«. Eftersom de ord, der er anvendt i flere sprogversioner af artikel 102 i forordning 2017/1001 (bl.a. »oversights« på engelsk, »Versehen« på tysk, »sviste« på italiensk eller »equivocaciones« på spansk), henviser til »forsømmelser« i bredere forstand forstået som »fejl«, skal EUIPO fortsat kunne rette visse fejl i medfør af artikel 102 i forordning 2017/1001 uden at anvende den i artikel 103 i forordning 2017/1001 omhandlede tilbagekaldelsesprocedure. Hvad angår fejl, som kan rettes i henhold til artikel 102 i forordning 2017/1001, fremgår det af den retspraksis, hvori denne nye bestemmelse er blevet fortolket (jf. i denne retning dom af 24.10.2019, ZPC Flis mod EUIPO – Aldi Einkauf (FLIS Happy Moreno choco), T-708/18, ikke trykt i Sml., EU:T:2019:762, præmis 38-41, og af 24.10.2019, ZPC Flis mod EUIPO – Aldi Einkauf (Happy Moreno choco), T-498/18, EU:T:2019:763, præmis 37-40), at rettelsen ikke gælder for fejl, som påvirker den trufne afgørelses materielle indhold, såsom fejl vedrørende fortegnelsen over de varer, som er omfattet af det ældre varemærke, og som indebærer, at der skal foretages en ny bedømmelse af, om der foreligger en risiko for forveksling.
- 33 Heraf følger, at når der er fastslået en fejl i en afgørelse, kan denne fejl rettes i henhold til artikel 102 i forordning 2017/1001, såfremt fejlen består i et malplaceret udtryk i en afgørelse, som ellers er sammenhængende og utvetydig, dvs. hvis det tydeligt fremgår, at fejlen skyldes en forsømmelse eller en skrivefejl, som åbenbart skal rettes til den vedtagne betydning, således at man ikke kan forestille sig nogen anden tekst end den, der fremkommer ved rettelsen.
- 34 I den foreliggende sag bestod rettelsen i, at et punkt, dvs. punkt 80, blev fjernet i den anfægtede afgørelse, af den grund, som blev gjort gældende af EUIPO, at afgørelsen var behæftet med en åbenbar urigtighed. Dette punkt bestod i en forkert henvisning til det, som appelkammeret havde bemærket i en foregående passage i den anfægtede afgørelse. Det er åbenlyst, at appelkammeret, som det fremgår af den anfægtede afgørelses punkt 31-36, fandt, at de omhandlede varer kun var af lignende art, i det mindste i svag grad, således at konstateringen i den anfægtede afgørelses punkt 80 af, at disse varer var af samme art, var resultatet af en tydelig forsømmelse.
- 35 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at, henset til det ovenstående (jf. præmis 32 og 33 ovenfor), den omstændighed, at rettelsen i den foreliggende sag ikke bestod i tilføjelsen af et punkt, der var udeladt, men i fjernelsen af et punkt i den anfægtede afgørelse, ikke som sådan gør det muligt at udlede heraf, at denne rettelse er foretaget ved tilsidesættelse af artikel 102 i forordning 2017/1001.
- 36 Det skal endvidere bemærkes, at modsigelsen mellem en prøvelse af de omhandlede varers lighed, som afsluttes med en konstatering af, at de i det mindste i svag grad er af lignende art (den anfægtede afgørelses punkt 6, 31, 36 og 38), og henvisningen – i forbindelse med helhedsvurderingen af, om der

var en risiko for forveksling – til resultatet af sammenligningen af disse varer, der er baseret på en konstatering af, at varerne er af samme art (den anfægtede afgørelses punkt 80), hvilken konstatering i øvrigt blev afhjulpel med fjernelsen af denne henvisning, kun kan forstås på denne måde.

- 37 Det fremgår nemlig tydeligt af sidste sætning i det punkt, som er blevet fjernet i den anfægtede afgørelse, navnlig af ordene »[d]e omtvistede varer blev anset for«, at der med dette punkt blev henvist til den tidligere foretagne sammenlignende analyse. Heraf følger, at hvad angår en henvisning til resultatet af en tidligere analyse med henblik på at foretage en helhedsvurdering af risikoen for forveksling, hvilken henvisning indebærer, at der skal tages hensyn til forskellige faktorer, herunder om varerne er af lignende art (dom af 14.12.2006, Mast-Jägermeister mod KHIM – Licorera Zacapaneca (VENADO med ramme m.fl.), T-81/03, T-82/03 og T-103/03, EU:T:2006:397, præmis 74; jf. ligeledes analogt dom af 29.9.1998, Canon, C-39/97, EU:C:1998:442, præmis 17), skal denne henvisning nødvendigvis være i tråd med den gentagne analyse og således redegøre for, at de omhandlede varer i det mindste i svag grad er af lignende art, og ikke at de er af samme art. Den således begåede fejl kunne dermed alene rettes i overensstemmelse med den analyse, som appelkammeret reelt havde foretaget, og som fastslog, at varerne er af lignende art, og den kunne ikke rettes til dette indhold gennem en konstatering af, at disse varer er af samme art (jf. i denne retning dom af 9.9.2011, dm, T-36/09, EU:T:2011:449, præmis 75).
- 38 Denne fejls åbenlyse karakter støttes endvidere af den kendsgerning, at appelkammeret ikke har anvendt den retspraksis vedrørende vurderingen af risikoen for forveksling i tilfælde af varer af samme art, der ligeledes er henvist til i den anfægtede afgørelses punkt 80, i de senere faser af helhedsvurderingen af risikoen for forveksling. Dette fremgår af appelkammerets angivelse i den anfægtede afgørelses punkt 91 af, at de omhandlede varer supplerer hinanden, hvilket er i overensstemmelse med dets vurdering af, at disse varer er af lignende art, i den anfægtede afgørelses punkt 31-38 og navnlig afgørelsens punkt 32 og 33.
- 39 Det var således nødvendigt at fjerne den anfægtede afgørelses punkt 80, hvilket bevirker, at der er tale om en gyldigt foretaget rettelse i medfør af artikel 102 i forordning 2017/1001.
- 40 Heraf følger desuden, at det ikke kan foreholdes appelkammeret, at det ikke har hørt sagsøgeren forud for vedtagelsen af den berigtigende afgørelse, således som sagsøgeren har gjort gældende med sit tredje anbringende. Til forskel fra artikel 103 i forordning 2017/1001 om tilbagekaldelsesproceduren, der fastsætter, at parterne høres, inden der vedtages en afgørelse om tilbagekaldelse, kræver samme forordnings artikel 102 ikke, at parterne i sagen for appelkammeret høres inden rettelsen. Henset til disse specifikke bestemmelser i forordning 2017/1001, der regulerer de tilfælde, hvor parterne skal høres, finder denne forordnings artikel 94, stk. 1, andet punktum, der inden for EU-varemærkeretten fastsætter det generelle princip om retten til at blive hørt, i øvrigt ikke anvendelse i den foreliggende sag. Dette gør sig så meget desto mere gældende, for så vidt som den rettelse, som retmæssigt er blevet foretaget i den foreliggende sag, ikke ændrer afgørelsens materielle indhold (jf. præmis 29 og 32 ovenfor), og rettelsen kunne derfor ikke begrunde, at sagsøgeren blev hørt forinden.
- 41 Anbringendet om, at ændringen af afgørelsens materielle indhold har medført en urimelighed, skal ligeledes forkastes, eftersom den anfægtede afgørelses materielle indhold ikke er blevet påvirket, selv om der er blevet anlagt et søgsmål til prøvelse heraf.
- 42 Det følger af det ovenstående, at intet giver anledning til at antage, at indholdet af den berigtigende afgørelse er blevet påvirket af den forkerte henvisning til »regel 53 EUTMIR« i stedet for artikel 102 i forordning 2017/1001. En annulation af nævnte afgørelse på grund af denne fejl ville miste enhver effektiv virkning, eftersom den afgørelse, som appelkammeret ville skulle træffe som følge af annulationen, ville blive truffet på samme grundlag og være baseret på de samme omstændigheder som den annullerede afgørelse.

- 43 Det skal derfor fastslås, at den fejl, som appelkammeret begik med hensyn til valg af retsgrundlag, ikke kan danne grundlag for en annullation af den berigtigende afgørelse. EUIPO skal dermed frifindes i søgsmålet i sag T-184/19, uden at det er fornødent at tage stilling til EUIPO's formalitetsindsigelse.

Om søgsmålet i sag T-724/18

- 44 Med sit søgsmål i sag T-724/18 har sagsøgeren fremført et enkelt anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning 2017/1001 til støtte for sin påstand om annullation af den anfægtede afgørelse.
- 45 For så vidt som påstandene om annullation af den berigtigende afgørelse er blevet forkastet (jf. præmis 43 ovenfor), skal der foretages en efterprøvelse af lovligheden af den anfægtede afgørelse, som berigtiget. Derfor skal klagepunktet i det eneste anbringende, der er rettet mod den anfægtede afgørelses punkt 80, hvilket punkt blev fjernet med den berigtigende afgørelse, under alle omstændigheder forkastes, uden at der er grund til at undersøge, om det er velbegrundet.
- 46 I henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning 2017/1001 er det varemærke, der søges registreret, hvis indehaveren af et ældre varemærke rejser indsigelse, udelukket fra registrering, såfremt der i offentlighedens bevidsthed inden for det område, hvor det ældre varemærke er beskyttet, er risiko for forveksling, fordi det yngre mærke er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og varerne eller tjenesteydelserne er af samme eller lignende art. Ved ældre varemærker forstås der endvidere ifølge artikel 8, stk. 2, litra a), nr. i), i forordning 2017/1001 varemærker, som er registreret i en medlemsstat, og hvis ansøgningsdato ligger før datoen for EU-varemærkeansøgningen.
- 47 Ifølge fast retspraksis udgør en risiko for forveksling risikoen for, at offentligheden kan tro, at de omhandlede varer eller tjenesteydelser stammer fra samme virksomhed eller i givet fald fra virksomheder, der er knyttet til hinanden økonomisk. 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, idet der herved skal tages hensyn til alle relevante faktorer i sagen, bl.a. at ligheden mellem tegnene og ligheden mellem de pågældende varer og tjenesteydelser står i et indbyrdes afhængighedsforhold (jf. dom af 9.7.2003, Laboratorios RTB mod KHIM – Giorgio Beverly Hills (GIORGIO BEVERLY HILLS), T-162/01, EU:T:2003:199, præmis 30-33 og den deri nævnte retspraksis).
- 48 Ved anvendelsen af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning 2017/1001 kræves det, for at der kan foreligge en risiko for forveksling, både, at de omtvistede varemærker er identiske eller ligner hinanden, og at de varer eller tjenesteydelser, som varemærkerne omfatter, er af samme eller lignende art. Der er i denne henseende tale om kumulative betingelser (jf. dom af 22.1.2009, Commercy mod KHIM – easyGroup IP Licensing (easyHotel), T-316/07, EU:T:2009:14, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis).
- 49 Den opfattelse, som gennemsnitsforbrugeren har af den omhandlede kategori af varer eller tjenesteydelser, spiller en afgørende rolle i helhedsvurderingen af risikoen for forveksling (jf. dom af 12.6.2007, KHIM mod Shaker, C-334/05 P, EU:C:2007:333, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis).
- 50 I den foreliggende sag har sagsøgeren ikke anfægtet appelkammerets opfattelse af, at den relevante kundekreds består af medicinske fagfolk og patienter som endelige forbrugere, som har et højt opmærksomhedsniveau (den anfægtede afgørelses punkt 19-21). Denne konstatering må, henset til navnlig de omhandlede varers karakter, tiltrædes (jf. i denne retning dom af 15.12.2009, Trubion Pharmaceuticals mod KHIM – Merck (TRUBION), T-412/08, ikke trykt i Sml., EU:T:2009:507, præmis 28 og den deri nævnte retspraksis).

- 51 Sagsøgeren har ikke anfægtet appelkammerets definition af det relevante geografiske område med hensyn til vurderingen af risikoen for forveksling i den foreliggende sag (den anfægtede afgørelses punkt 20-24), dvs. Unionens område, hvorved det bemærkes, at det er tilstrækkeligt, at en registreringshindring er til stede i en del af Unionen (jf. i denne retning dom af 14.12.2006, VENADO med ramme m.fl., T-81/03, T-82/03 og T-103/03, EU:T:2006:397, præmis 76 og den deri nævnte retspraksis).
- 52 Sagsøgeren har derimod anfægtet appelkammerets vurdering med hensyn til, om de varer, der er omfattet af de omtvistede varemærker, er af lignende art.
- 53 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at appelkammeret i den del af den anfægtede afgørelse, der vedrører en sammenligning af varerne (afgørelsens punkt 25-38), fastslog, at de varer i klasse 5, som er omfattet af de omtvistede varemærker, er af samme art, i det mindste i svag grad (den anfægtede afgørelses punkt 31, 36 og 38). Det støttede sig i denne henseende på de omstændigheder, at de mulige anvendelser af disse varer er sammenfaldende, at varerne ofte købes på et apotek, og at de supplerer hinanden. De omhandlede varer forfølger navnlig et sammenligneligt mål, nemlig at få en flottere silhuet eller en smukkere krop eller under alle omstændigheder at bevare en sund krop (den anfægtede afgørelses punkt 32-34). Appelkammeret fremhævede i øvrigt, at forskellene i de måder, hvorpå stoffet indtages, eller vedrørende varernes terapeutiske formål ikke er tilstrækkelige til at udelukke, at de nævnte varer er af lignende art (den anfægtede afgørelses punkt 35).
- 54 Det skal ligeledes bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at der ved bedømmelsen af ligheden mellem de pågældende varer eller tjenesteydelser skal tages hensyn til alle de relevante faktorer, der kendetegner forbindelsen mellem varerne eller tjenesteydelserne. Disse faktorer omfatter navnlig deres art, deres anvendelsesformål og benyttelsen af dem, samt om de er i et konkurrenceforhold eller supplerer hinanden. Der kan endvidere tages hensyn til andre faktorer, som f.eks. de berørte varers distributionskanaler (jf. dom af 11.7.2007, El Corte Inglés mod KHIM – Bolaños Sabri (PiraÑAM diseño original Juan Bolaños), T-443/05, EU:T:2007:219, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis).
- 55 I den foreliggende sag tog appelkammeret i det væsentlige hensyn til tre faktorer for lighed mellem de varer, som er omfattet af de omtvistede varemærker, nemlig for det første deres fælles anvendelsesformål, dvs. at få en flottere silhuet eller en smukkere krop eller under alle omstændigheder at bevare en sund krop, for det andet deres indbyrdes supplerende karakter, og, for det tredje, at de ofte købes på et apotek.
- 56 Sagsøgeren har ikke bestridt forekomsten af sidstnævnte lighedsfaktor i forhold til distributionskanalerne. Sagsøgeren har derimod kritiseret de to andre valgte faktorer med hensyn til lighed mellem varerne, både med hensyn til vurderingen af faktorerne som sådan og med hensyn til deres overordnede evne til, sammenholdt med distributionskanalerne, at karakterisere en lighed mellem de omhandlede varer, henset navnlig til deres forskellige art, deres terapeutiske indikationer og deres anvendelsesformål.
- 57 Sagsøgeren foreholder således for det første appelkammeret, at det har tillagt de omhandlede varers anvendelsesformål alt for stor betydning, hvilket anvendelsesformål i øvrigt blev fejlagtigt behandlet på et for højt abstraktionsniveau.
- 58 Det skal i denne forbindelse indledningsvis bemærkes, at sagsøgeren ikke som sådan har bestridt, at de ernæringsmæssige kosttilskud, diætetiske tilskud, diættilskud og vitamintilskud, som er omfattet af det ansøgte varemærke, og de cremer til medicinske formål, som betegnes af det ældre varemærke, forfølger samme formål, som består i at få en flottere silhuet eller en smukkere krop, eller under alle omstændigheder at bevare en sund krop (den anfægtede afgørelses punkt 32).

- 59 Det skal dernæst konstateres, at behandling af menneskers sundhedsmæssige problemer, der ikke er så nøje afgrænset som det formål, der er nævnt i præmis 58 ovenfor, er blevet anset for et formål eller et anvendelsesformål, der med føje kan tages i betragtning med henblik på at konkludere, at de varer, som henhører under klasse 5, er af lignende art (jf. i denne retning dom af 17.10.2006, *Armour Pharmaceutical mod KHIM – Teva Pharmaceutical Industries (GALZIN)*, T-483/04, EU:T:2006:323, præmis 70, og af 2.12.2014, *Boehringer Ingelheim Pharma mod KHIM – Nepentes Pharma (Momarid)*, T-75/13, ikke trykt i Sml., EU:T:2014:1017, præmis 58 og 59).
- 60 Det skal tilføjes, at selv om retspraksis vedrørende særegenheden ved lægemidler og den omstændighed, at det er af afgørende betydning, at der tages hensyn til deres særlige anvendelsesformål, henset til deres terapeutiske indikationer, som appelkammeret i øvrigt har henvist til (den anfægtede afgørelses punkt 28), finder anvendelse i den foreliggende sag, uanset om sagsøgeren har gjort gældende, at de af det ansøgte varemærke omfattede varer ikke er lægemidler, kan der ikke rejses tvivl om konstateringen af, at de omhandlede varer er af lignende art, i det mindste i svag grad, forudsat at de andre faktorer for varernes lighed er opfyldt.
- 61 Det fremgår ganske vist af denne retspraksis, at der med henblik på at foretage en korrekt vurdering af, om der er lighed mellem lægemidler – der består af en meget bred forskelligartet kategori af varer – skal tages hensyn til et behandlingsmiddels formål og specifikke anvendelsesformål, som er udtrykt i dets terapeutiske indikationer (jf. i denne retning dom af 15.12.2010, *Novartis mod KHIM – Sanochemia Pharmazeutika (TOLPOSAN)*, T-331/09, EU:T:2010:520, præmis 35-37 og den deri nævnte retspraksis).
- 62 De forskellige terapeutiske indikationer eller varernes særlige anvendelsesformål er imidlertid ikke til hinder for, at det kan konstateres, at varerne er af lignende art, og kan heller ikke begrunde, at det fastslås, at der i det mindste er en svag grad af lighed, forudsat at de andre faktorer for varernes lighed er opfyldt (jf. i denne retning dom af 17.10.2006, *GALZIN*, T-483/04, EU:T:2006:323, præmis 70 og 71, af 11.11.2009, *Bayer Healthcare mod KHIM – Uriach-Aquilea OTC (CITRACAL)*, T-277/08, ikke trykt i Sml., EU:T:2009:433, præmis 44 og 45, og af 2.12.2014, *Momarid*, T-75/13, ikke trykt i Sml., EU:T:2014:1017, præmis 66).
- 63 Dette gælder så meget desto mere i det foreliggende tilfælde, idet appelkammeret uden at begå nogen fejl fastslog, at de varer, der er omfattet af de omtvistede varemærker, har flere specifikke anvendelsesformål til fælles.
- 64 Appelkammeret bemærkede nemlig indledningsvis med rette – uden at blive modsagt af sagsøgeren – at det er almindeligt kendt, at kosttilskud med betacaroten indtages inden solesponering for at forberede huden, beskytte den mod aldring forårsaget af ultraviolet stråling og for at fremme en sund kulør, samtidig med at der med henblik herpå anvendes solcremer (den anfægtede afgørelses punkt 32). Appelkammeret fastslog således nærmere bestemt, at de af de omtvistede varemærker omfattede varer havde et fælles anvendelsesformål, nemlig at beskytte og forskønne huden i forbindelse med soldyrkelse.
- 65 Appelkammeret bemærkede dernæst, uden at sagsøgeren med føje har draget tvivl herom, at forbrugerne køber visse cremer, som betegnes af det ældre varemærke, og visse vitamintilskud, som er omfattet af det ansøgte varemærke, for at fjerne eller mindske forekomsten af cellulitis (den anfægtede afgørelses punkt 32), og at disse varer således har samme specifikke anvendelsesformål.
- 66 Sagsøgeren har nemlig blot hævdet, at det ikke er korrekt og ikke godtgjort, at de vitamintilskud, som er omfattet af det ansøgte varemærke, kan være med til at fjerne eller mindske forekomsten af vand i kroppen, og at sidstnævnte er en af hovedårsagerne til cellulitis. Som det fremgår af selve ordlyden af den anfægtede afgørelse, blev dette formål, som forfølges med købet af vitamintilskuddene, af appelkammeret betragtet som en velkendt kendsgerning, som det ikke er nødvendigt at godtgøre (jf. i denne retning dom af 16.2.2017, *Antrax It mod EUIPO – Vasco Group (Termosifoner til radiatorer)*,

T-828/14 og T-829/14, EU:T:2017:87, præmis 90 og den deri nævnte retspraksis), og at det tilkommer sagsøgeren at rejse tvivl herom ved at påvise, at appelkammeret med urette har fastslået, at denne kendsgerning er velkendt (jf. i denne retning dom af 7.12.2012, A. Loacker mod KHIM – Editrice Quadratum (QUADRATUM), T-42/09, ikke trykt i Sml., EU:T:2012:658, præmis 73, og af 23.1.2014, Sunrider mod KHIM – Nannerl (SUN FRESH), T-221/12, ikke trykt i Sml., EU:T:2014:25, præmis 77).

- 67 I den foreliggende sag bestred sagsøgeren imidlertid ikke formålet om at bekæmpe cellulitis med vitamintilskud som sådan, men derimod den videnskabelige kendsgerning af virkningerne af disse tilskud på vand i kroppen og cellulitis, uden dog at fremføre noget til støtte herfor. Det kan endvidere bemærkes, at det i de artikler fra særlige websteder på sundheds- og plejeområdet, som er fremlagt af intervenienten som bilag til svarskriftet, anbefales, at der indtages visse vitaminer med henblik på at mindske forekomsten af cellulitis, hvilket således kan anses for udtryk for, at vitamintilskuddene kan have dette formål. I modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende i retsmødet, skal disse artikler ikke afvises, henset til, at de i den foreliggende sag blev fremlagt til støtte for nøjagtigheden af en velkendt kendsgerning, som EUIPO har taget i betragtning (jf. i denne retning dom af 10.11.2011, LG Electronics mod KHIM, C-88/11 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2011:727, præmis 29).
- 68 Endelig fremhævede appelkammeret med rette, at de af det ansøgte varemærke omfattede varer, navnlig vitamintilskuddene, skulle hjælpe til at opnå eller bevare et sundt udseende og være medvirkende til en strålende hud (den anfægtede afgørelses punkt 32), og at de cremer, som er omfattet af det ældre varemærke, havde til formål at forbygge eller forhindre hudirritation samt rødmen og knopper til skade for brugerens udseende (den anfægtede afgørelses punkt 34), hvilket er årsagen til, at de omhandlede varer forfølger det samme mål om en sund og smuk hud. I modsætning til, hvad sagsøgeren synes at hævde, blev konklusionen vedrørende dette formål ikke alene udledt af konstateringen vedrørende de cremer, som er omfattet af det tidligere varemærke, men på grundlag af konstateringen vedrørende de to typer af varer, som er omfattet af de omtvistede varemærker. I modsætning til, hvad sagsøgeren ligeledes har gjort gældende, skal ethvert af de specifikke anvendelsesformål – for så vidt som appelkammeret i den foreliggende sag har henvist til eksistensen af flere specifikke anvendelsesformål ud over det almindelige anvendelsesformål, som der er henvist til i præmis 58 ovenfor – ikke karakterisere samtlige varer, som er omfattet af det ansøgte varemærke, for at det kan fastslås, at disse varer og dem, der er omfattet af det ældre varemærke, er af lignende art, i det mindste i ringe grad. Det er således uden betydning, at de »næringsberigede drikke til diætetisk brug«, som er omfattet af varemærkeansøgningen, ikke har til formål at mindske hudirritationer.
- 69 Sagsøgeren har for det andet foreholdt appelkammeret, at det har fastslået, at de omhandlede varer supplerer hinanden, selv om den ene type af varer hverken er uundværlig eller vigtig for brugen af den anden, og at det har tillagt vurderingen af varernes supplerende karakter for stor vægt i forbindelse med helhedsvurderingen af risikoen for forveksling (den anfægtede afgørelses punkt 33 og 91).
- 70 Det fremgår af retspraksis, at varer supplerer hinanden, såfremt der er en tæt forbindelse mellem dem i den forstand, at den ene er uundværlig eller vigtig for brugen af den anden, således at forbrugerne kan antage, at ansvaret for fremstillingen af disse varer påhviler den samme virksomhed (dom af 1.3.2005, Sergio Rossi mod KHIM – Sissi Rossi (SISSI ROSSI), T-169/03, EU:T:2005:72, præmis 60, og af 22.1.2009, easyHotel, T-316/07, EU:T:2009:14, præmis 57).
- 71 I henhold til den definition, som er fastlagt i retspraksis, af den i præmis 70 ovenfor nævnte faktor med hensyn til varernes supplerende karakter skal det bemærkes, at de ernæringsmæssige kosttilskud, diætetiske tilskud og vitamintilskud, som er omfattet af det ansøgte varemærke, og de cremer, som er omfattet af det ældre varemærke, ikke supplerer hinanden, således forstået, at brugen af den ene type af varer ikke er uundværlig eller vigtig for brugen af den anden.
- 72 Det fremgår imidlertid ligeledes af retspraksis, at selv om der ikke opnås en sådan grad af supplerende karakter, kan den omstændighed, at varerne kan blive anvendt sammen, tages i betragtning ved vurderingen af, om disse varer er af lignende art, idet der skal tages højde for, at denne fælles

anvendelse ikke skal anses for et tegn på, at de omhandlede varer supplerer hinanden, men derimod for et tegn på, at den berørte relevante kundekreds opfatter de omhandlede varer som værende af lignende art, eller således at varerne har samme anvendelsesformål (jf. i denne retning dom af 10.9.2008, Boston Scientific mod KHIM – Terumo (CAPIO), T-325/06, ikke trykt i Sml., EU:T:2008:338, præmis 83-85, og af 15.12.2009, TRUBION, T-412/08, ikke trykt i Sml., EU:T:2009:507, præmis 32).

- 73 Det er i øvrigt i forbindelse med dets argumenter vedrørende de omhandlede varers anvendelsesformål, at appelkammeret nævnte, at visse af de vitamintilskud, som er omfattet af det ansøgte varemærke, og de solcremer, som er omfattet af det ældre varemærke (den anfægtede afgørelses punkt 32), supplerer hinanden, og i tråd med dets konstatering af, at de omhandlede varer sælges på apoteker, overordnet henviste til, at de varer, som er omfattet af de omtvistede varemærker, muligvis supplerer hinanden (den anfægtede afgørelses punkt 33).
- 74 Heraf følger, at henvisningen til »varernes indbyrdes supplerende karakter« i den anfægtede afgørelses punkt 91 ligeledes skal fortolkes i denne generelle mening, dvs. som havende en forbindelse til andre faktorer for lighed end dem, der er blevet fastlagt, og ikke i streng forstand som henvist til i præmis 70 ovenfor. Denne henvisning i konklusionen af analysen af risikoen for forveksling er blot en gentagelse af de indledende vurderinger med hensyn til, om varerne er af lignende art. Selv om det er beklageligt, at appelkammeret hvad angår dette spørgsmål ikke har anvendt en mere præcis terminologi, kan det ikke foreholdes appelkammeret, at det har tillagt kriteriet om varernes supplerende karakter i streng forstand for stor værdi, og for på baggrund af en fejlagtig fortolkning af dette kriterium at have behæftet sin helhedsvurdering af risikoen for forveksling med en fejl.
- 75 Af ovenstående betragtninger følger, at appelkammeret som faktorer for, at de omhandlede varer var af lignende art, med rette lagde vægt på såvel varernes normale anvendelsesformål som deres specifikke anvendelsesformål, deres eventuelle fælles brug og den omstændighed, at de sælges gennem samme distributionskanaler, hvorved bemærkes, at sidste faktor anses for at være i overensstemmelse med retspraksis (jf. i denne retning dom af 26.11.2015, Bionecs mod KHIM – Fidia farmaceutici (BIONECS), T-262/14, ikke trykt i Sml., EU:T:2015:888, præmis 31), hvilket sagsøgeren i øvrigt ikke har bestridt (jf. præmis 56 ovenfor).
- 76 For det tredje har sagsøgeren kritiseret appelkammeret for af disse faktorer at have udledt, at de varer, som er omfattet af de omtvistede varemærker, er af lignende art, hvorved det har tillagt de omhandlede varers anvendelsesformål for stor vægt og ikke i tilstrækkelig grad har taget hensyn til, at disse varer er af forskellig art og doseres forskelligt (den anfægtede afgørelses punkt 32 og 35).
- 77 Det skal i denne forbindelse indledningsvis fremhæves, at appelkammeret på grundlag af alle disse faktorer for varernes lighed ikke konkluderede, at der var en høj eller gennemsnitlig grad af lighed, men at der i det mindste var en lav grad af lighed mellem de omhandlede varer.
- 78 Det skal dernæst bemærkes, at det fremgår af den retspraksis, som blev fastlagt under lignende faktiske omstændigheder som i den foreliggende sag – der kan karakteriseres ved varernes ens anvendelsesformål, deres mulige fælles brug og identiske distributionskanaler – at disse faktorer for varernes lighed er tilstrækkelige til, at det kan fastslås, at de omhandlede varer er af lignende art (jf. i denne retning dom af 10.9.2008, CAPIO, T-325/06, ikke trykt i Sml., EU:T:2008:338, præmis 87, af 15.12.2009, TRUBION, T-412/08, ikke trykt i Sml., EU:T:2009:507, præmis 32, og af 28.9.2016, LLR-G 5 mod EUIPO – Glycan Finance (SILICIUM ORGANIQUE G5 LLR-G5), T-539/15, ikke trykt i Sml., EU:T:2016:571, præmis 32). Endvidere kan den omstændighed, at de omhandlede varer anvendes forskelligt, ikke rejse tvivl om, at de er af lignende art (jf. i denne retning dom af 17.11.2005, Biofarma mod KHIM – Bausch & Lomb Pharmaceuticals (ALREX), T-154/03, EU:T:2005:401, præmis 50). Hvad navnlig angår det tilfælde, hvor de varer, som er omfattet af de omtvistede varemærker, er af samme art, for så vidt som der er tale om ernæringsmæssige kosttilskud og »helbredende salver«, der kan sidestilles med cremer til medicinske formål, har Retten fastslået, at der er tale om varer af samme art til trods for, at de indtages forskelligt, henset til, at cremer påsmøres skader og sår, hvorimod de

ernæringsmæssige kosttilskud er bestemt til at skulle indtages (jf. i denne retning dom af 11.11.2009, CITRACAL, T-277/08, ikke trykt i Sml., EU:T:2009:433, præmis 43-45). I modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende i retsmødet, bevirker den omstændighed, at denne dom blev afsagt før dommen af 19. juni 2012, Chartered Institute of Patent Attorneys (C-307/10, EU:C:2012:361), ikke, at der kan rejses tvivl om relevansen af denne dom eller den efterfølgende retspraksis i forbindelse med efterprøvelsen i den foreliggende sag. I denne dom fastlagde Domstolen nemlig kravet om, at de varer eller tjenesteydelser, for hvilke der er ansøgt om beskyttelse, skal identificeres med tilstrækkelig klarhed og præcision, men den udtalte sig ikke om kriterierne for vurderingen af, om disse varer eller tjenesteydelser er af lignende art.

- 79 Det skal endelig tilføjes, at den angivelige forskel mellem arten af de varer, som er omfattet af de omtvistede varemærker – hvorved de varer, som er omfattet af det ældre varemærke anses for at være af farmaceutisk karakter, henset til benævnelsen »til medicinske formål«, hvorimod de varer, der er omfattet af det ansøgte varemærke, ikke anses for farmaceutiske produkter – ikke kan rejse tvivl om ovenstående betragtninger om, at varerne er af lignende art. Det fremgår nemlig af dom af 10. september 2008, CAPIO (T-325/06, ikke trykt i Sml., EU:T:2008:338), af 15. december 2009, TRUBION (T-412/08, ikke trykt i Sml., EU:T:2009:507), og af 28. september 2016, SILICIUM ORGANIQUE G5 LLR-G5 (T-539/15, ikke trykt i Sml., EU:T:2016:571), som der henvises til i præmis 78 ovenfor, at de omhandlede varer blev anset for at være af lignende art, selv om de er af forskellig karakter. Selv om den lighed, der blev fastslået i dom af 11. november 2009, CITRACAL (T-277/08, ikke trykt i Sml., EU:T:2009:433), i øvrigt uden tvivl vedrørte varer af samme art, dvs. farmaceutiske produkter, ikke blev kvalificeret som værende en lighed »i svag grad«, kan en sådan kvalificering i den foreliggende sag netop begrundes med, at de omhandlede varer er af forskellig art, uanset om de er farmaceutiske produkter.
- 80 Heraf følger, at selv om appelkammeret fejlagtigt kvalificerede de varer, som er omfattet af det ansøgte varemærke, som farmaceutiske produkter og på en ikke relevant måde fremhævede arten af de »endnu mere farmaceutiske« produkter, som er omfattet af det ældre varemærke, kan disse fejl ikke rejse tvivl om appelkammerets konklusion, hvorefter disse varer i det mindste i svag grad er af lignende art. Som anført af intervenienten er dette så meget desto mere tilfældet, som det er almindelig praksis, at visse bestanddele, afhængigt af varernes karakter, og navnlig visse aktive stoffer i ernæringsmæssige kosttilskud, diætetiske tilskud og vitamintilskud tillige med solcremer, er af samme art.
- 81 Det følger af det ovenstående, at appelkammeret med rette kunne fastslå, at de varer, der er omfattet af de omtvistede varemærker, er af lignende art, i det mindste i svag grad.
- 82 Appelkammeret fastslog derfor ligeledes med rette, at der var risiko for forveksling.
- 83 Det følger af fast retspraksis, at helhedsvurderingen af risikoen for forveksling indebærer en vis indbyrdes afhængighed mellem de faktorer, der kommer i betragtning, og især ligheden mellem varemærkerne og ligheden mellem de varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af varemærkerne. En svag grad af lighed mellem de af varemærkerne omfattede varer eller tjenesteydelser kan således opvejes af en høj grad af lighed mellem varemærkerne og omvendt (dom af 29.9.1998, Canon, C-39/97, EU:C:1998:442, præmis 17, og af 14.12.2006, VENADO med ramme m.fl., T-81/03, T-82/03 og T-103/03, EU:T:2006:397, præmis 74).
- 84 I den foreliggende sag har appelkammeret ganske rigtigt bemærket, at selv en kundekreds, der udviser et højt opmærksomhedsniveau, kun sjældent har mulighed for at foretage en umiddelbar sammenligning af de forskellige varemærker, men må stole på det ufuldstændige billede, den har af dem i erindringen (den anfægtede afgørelses punkt 82). Det har endvidere uden at blive modsagt af sagsøgeren påpeget, at den viden, som patienterne, der er en del af den relevante kundekreds, har i det foreliggende tilfælde, ikke er den samme viden som den, fagpersoner inden for samme sektor har (den anfægtede afgørelses punkt 83). Appelkammeret har desuden gyldigt – henset til sammenfaldet mellem den særprægede ordbestanddel i det ansøgte varemærke og den eneste ordbestanddel, som

det ældre varemærke består af, nemlig »aurea«, fastslået, at der er en i det mindste gennemsnitlig visuel grad af lighed (den anfægtede afgørelses punkt 63), en i det mindste gennemsnitlig, måske høj, fonetisk grad af lighed (den anfægtede afgørelses punkt 68) og en i det mindste svag grad af begrebsmæssig lighed i forhold til de forbrugere, som forstår latin, og som forstår, at »aurea« henviser til »guld« eller »forgylt« (den anfægtede afgørelses punkt 73), hvilke vurderinger i øvrigt ikke bestrides af sagsøgeren. Appellammeret har endvidere med rette fremhævet, at den relevante kundekreds er præsenteret for de omtvistede varemærker »på såvel det visuelle plan som på det fonetiske plan«, med henblik på heraf at udlede, hvornår der skal lægges mest vægt på den visuelle og fonetiske lighed i forbindelse med helhedsvurderingen af risikoen for forveksling (den anfægtede afgørelses punkt 87-89). Endelig har appellammeret uden at være blevet modsagt bemærket, at det ældre varemærke har et normalt iboende fornødent særpræg (den anfægtede afgørelses punkt 78).

- 85 Appellammeret kunne derfor – i henhold til den retspraksis, der er nævnt i præmis 83 ovenfor – i den anfægtede afgørelses punkt 91 og 92 med rette fastslå, at den i det mindste svage grad af lighed mellem de varer, der er omfattet af de omtvistede varemærker, opvejes af en i det mindste middel grad af visuel og fonetisk lighed, måske endda høj grad af lighed, mellem de omtvistede tegn, for heraf at udlede, at det sagtens kan tænkes, at forbrugerne forbinder de nævnte tegn i den tro, at der er tale om undermærker, som hidrører fra den samme virksomhed, og at der derfor foreligger en risiko for forveksling (jf. i denne retning dom af 28.9.2010, Market Watch mod KHIM – Ares Trading (Seroslim), T-201/08, ikke trykt i Sml., EU:T:2010:408, præmis 49).
- 86 Heraf følger for fuldstændighedens skyld, at også selv om appellammeret ikke gyldigt havde berigtiget den anfægtede afgørelse, kunne klagepunktet vedrørende den anfægtede afgørelses punkt 80, som blev fjernet med den berigtigende afgørelse, forkastes.
- 87 Det skal bemærkes, at med dette klagepunkt kritiserer sagsøgeren appellammeret for i den anfægtede afgørelses punkt 80 fejlagtigt at have fastslået, at de omhandlede varer er af samme art, mens den i flere af de foregående punkter (den anfægtede afgørelses punkt 6, 31, 36 og 38) blot konstaterede, at der i det mindste er en svag grad af lighed mellem disse varer. En sådan grundlæggende fejl forvrider hele analysen af risikoen for forveksling, da en konstatering af, at varerne er af samme art, indebærer, at det skal fastslås, at der skal være en væsentlig forskel mellem tegnene, for at enhver risiko for forveksling kan udelukkes.
- 88 Selv om appellammeret med urette har fastslået, at de omhandlede varer er af samme art, selv om det af sammenligningen af disse varer alene fremgik, at de i svag grad var af lignende art, forvrider en sådan fejlagtig konklusion ikke analysen af risiko for forveksling. Det fremgår nemlig af det ovenstående, at ikke alene var det med rette, at appellammeret fastslog, at de omhandlede varer i det mindste til en vis grad er af lignende art (jf. præmis 81 ovenfor), men ligeledes, at denne konstatering af, at de omhandlede varer er af lignende art, bevirkede, at appellammeret med rette kunne konkludere, at der i den foreliggende sag var en risiko for forveksling (jf. præmis 85 ovenfor).
- 89 Dette klagepunkt, der er påberåbt til støtte for anbringendet om tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning 2017/1001, skal således under alle omstændigheder forkastes, og dermed skal sagsøgerens eneste anbringende også forkastes.
- 90 Følgelig skal EUIPO ligeledes frifindes i søgsmålet i sag T-724/18.

Sagsomkostninger

- 91 Ifølge procesreglementets artikel 134 pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. I henhold til procesreglementets artikel 135, stk. 1, kan Retten, når det er påkrævet af rimelighedshensyn, beslutte, at en part, der taber sagen, ud over at bære sine egne omkostninger alene skal betale en brøkdel af modpartens omkostninger, eller at parten slet ikke skal afholde disse.
- 92 I det foreliggende tilfælde har sagsøgeren ganske vist tabt sagen, og såvel EUIPO som intervenienten har nedlagt påstand om, at sagsøgeren tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
- 93 Sagsøgeren ville imidlertid ikke have været forpligtet til at fremføre det klagepunkt, der er rettet mod den anfægtede afgørelses punkt 80, eller visse af de andre argumenter til støtte for de andre klagepunkter, og heller ikke til at anlægge dette søgsmål til prøvelse af den berigtigende afgørelse, hvis appelkammeret tydeligere og mere omhyggeligt havde udfærdiget begrundelsen for den anfægtede afgørelse. Under disse omstændigheder bør sagsøgeren og EUIPO hver især bære deres egne omkostninger.
- 94 Endvidere pålægges intervenienten i henhold til procesreglementets artikel 138, stk. 3, at bære sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Fjerde Afdeling):

- 1) **Sagerne T-724/18 og T-184/19 forenes med henblik på dommen.**
- 2) **Den Europæiske Unions Kontor for Intellectuel Ejendomsret (EUIPO) frifindes.**
- 3) **Aurea Biolabs Pte Ltd, EUIPO og Avizel SA bærer hver deres egne omkostninger.**

Gervasoni

Frendo

Martín y Pérez de Nanclares

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 28. maj 2020.

Underskrifter