

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
VERICA TRSTENJAK

fremSAT den 29. november 2007¹

I — Indledning

1. Appellanten — Les Éditions Albert René — har nedlagt påstand om, at Domstolen ophæver dom afsagt af Retten i Første Instans (Tredje Afdeling) den 27.10.2005 i sag T-336/03, hvorved Retten forkastede en påstand om annullation af afgørelse fra Fjerde Appellkammer ved Harmoniseringskontoret af 14. juli 2003 (sag R 0559/2002-4) vedrørende en indsigelsessag mellem appellanten og selskabet Orange A/S (herefter »Orange«), hvor indehaveren af det ældre varemærke »OBELIX«, nemlig appellanten, havde nedlagt indsigelse mod registreringen af ordmærket »MOBILIX« som EF-varemærke. Indsigelsesafdelingen gav ikke appellanten medhold i indsigelsen, mens Fjerde Appellkammer gav appellanten delvist medhold i klagen.

2. Appellanten er i det væsentlige af den opfattelse, at Retten i dommen tilsidesatte princippet om forbud mod reformatio in pejus, og at den mekanisk anvendte den

såkaldte »opvejningsdoktrin« ved bedømmelsen af risikoen for forveksling mellem de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af to varemærker, som ligner hinanden.

II — Relevante retsfor skrifter

3. Artikel 8 i Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker² vedrører de relative registreringshindringer og bestemmer:

»1. Hvis indehaveren af et ældre varemærke rejser indsigelse, er det varemærke, der søges registreret, udelukket fra registrering:

1 — Originalsprog: fransk.

2 — EFT 1994 L 11, s. 1.

- a) såfremt det er identisk med det ældre varemærke, og de varer eller tjenesteydelser, for hvilke mærket søges registreret, er af samme art som de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det ældre mærke er beskyttet
 - ii) varemærker, som er registreret i en medlemsstat eller, for så vidt angår Belgien, Luxembourg og Nederlandene, hos Benelux-Varemærkemyndigheden
 - iii) varemærker, som er genstand for en international registrering med retsvirkning i en medlemsstat
- b) 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
 - b) de under litra a) omhandlede varemærkeansøgninger med forbehold af deres registrering

2. Ved »ældre varemærker« efter stk. 1 forstås:

- a) varemærker af følgende kategorier, hvis ansøgningsdato ligger før datoen for EF-varemærkeansøgningen, i givet fald under hensyntagen til den prioritet, der gøres gældende til støtte for disse mærker:
 - c) varemærker, som på tidspunktet for ansøgningen om registrering som EF-varemærke eller i givet fald på tidspunktet for den prioritet, der gøres gældende til støtte for ansøgningen, er vitterligt kendt i en medlemsstat i den i artikel 6b i Pariserkonventionen angivne betydning.
- [...]

- i) EF-varemærker

5. Hvis indehaveren af et ældre varemærke efter stk. 2 rejser indsigelse, er det varemærke, der søges registreret, ligeledes udelukket fra

registrering, hvis det er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og det søges registreret for varer eller tjenesteydelser af anden art end dem, for hvilke det ældre varemærke er registreret, når der, hvis det drejer sig om et ældre EF-varemærke, er tale om et i Fællesskabet velkendt varemærke, og der, hvis det drejer sig om et ældre nationalt varemærke, er tale om et i den pågældende medlemsstat velkendt varemærke, og brugen af det varemærke, der søges registreret, uden rimelig grund ville medføre en utilbørlig udnyttelse af det ældre varemærkes særpræg eller renommé, eller sådan brug ville skade dette særpræg eller renommé.«

4. Forordningens artikel 74 regulerer ex officio-prøvelsen af de faktiske omstændigheder og bestemmer:

»1. Under sagsbehandlingen ved [KHIM] prøver dette ex officio de faktiske omstændigheder; i sager vedrørende relative registreringshindringer begrænser [KHIM] sig imidlertid til at prøve de af parterne fremførte kendsgerninger, beviser og argumenter og de af parterne fremsatte anmodninger.

2. [KHIM] kan se bort fra kendsgerninger og beviser, som ikke er påberåbt eller fremført rettidigt af de pågældende parter.«

5. Artikel 44 i Rettens procesreglement bestemmer³:

»1. Stævning, der udtages i henhold til artikel 21 i statuten for Domstolen, skal indeholde:

- a) sagsøgerens navn og adresse
- b) angivelse af sagsøgte
- c) søgsmålets genstand og en kort fremstilling af søgsmålsgrundene
- d) sagsøgerens påstande
- e) i påkommende tilfælde en angivelse af de beviser, der påberåbes.

3 — EFT 1991 L 136, s. 1, berigtiget i EFT 1991 L 317, s. 34.

2. Til brug under sagen skal der i stævningen angives en valgt adresse på det sted, hvor Retten har sæde. I stævningen skal angives navnet på en person, der er bemyndiget til og har indvilliget i at modtage alle forkyndelser.

4. Med stævningen skal i givet fald indleveres de dokumenter, som er angivet i artikel 21, stk. 2, i statutten for Domstolen.

Ud over eller i stedet for en angivelse af en valgt adresse, jf. første afsnit, kan det i stævningen angives, at advokaten eller den befuldmægtigede indvilliger i, at forkyndelser for ham sker pr. telefax eller ved ethvert andet teknisk kommunikationsmiddel.

5. Er sagsøgeren en privatretlig juridisk person, skal stævningen være ledsaget af:

Opfylder stævningen ikke de i første og andet afsnit omhandlede krav, sker forkyndelser for den pågældende part under sagen, så længe stævningen ikke er berigtiget i så henseende, ved rekommanderet brev til partens befuldmægtigede eller advokat. I modsætning til, hvad der gælder efter artikel 100, stk. 1, anses forskriftsmæssig forkyndelse for at være sket ved indleveringen af det rekommanderede brev til postvæsenet på det sted, hvor Retten har sæde.

a) dennes vedtægter, en nyere udskrift af handelsregistret, en nyere udskrift af selskabs- eller foreningsregistret eller andet bevis for, at sagsøgeren består som juridisk person

3. En advokat, som bistår eller repræsenterer en part, skal til Justitskontoret indlevere dokumentation for, at han har beskikkelse i en medlemsstat eller i en anden stat, som er part i EØS-aftalen.

b) bevis for, at advokatens fuldmagt er behørigt udstedt af den, der på den juridiske persons vegne er beføjet hertil.

5a. En stævning, der udtages i henhold til en voldgiftsbestemmelse, som indeholdes i en af Fællesskabet eller i en på dets vegne indgået offentligretlig eller privatretlig aftale, jf. EF-traktatens artikel 238 eller Euratom-traktatens artikel 153, skal være vedlagt et eksemplar af den aftale, hvori bestemmelsen er indeholdt.

6. Opfylder stævningen ikke kravene i stk. 3-5, giver justitssekretæren sagsøgeren en rimelig frist til at berigtige stævningen eller til at tilvejebringe de ovenfor nævnte dokumenter. Sker dette ikke inden for den fastsatte frist, træffer Retten afgørelse om, hvorvidt undladelsen af at overholde disse formforskrifter skal medføre, at sagen afvises.«

6. Artikel 48 i Rettens procesreglement bestemmer:

»1. Parterne kan i replikken og duplikken anføre yderligere beviser til støtte for deres anbringender. Parterne skal begrunde, hvorfor beviserne først påberåbes på dette tidspunkt.

2. Nye anbringender må ikke fremsættes under sagens behandling, medmindre de støttes på retlige eller faktiske omstændigheder, som er kommet frem under retsforhandlingerne.

Fremsætter en part under retsforhandlingerne nye anbringender, jf. første afsnit, kan retsformanden, når de sædvanlige procesfrister er udløbet, på grundlag af en rapport fra den refererende dommer, og efter at generaladvokaten er hørt, give den anden part en frist til at svare herpå.

Afgørelsen af, hvorvidt fremsættelsen af det nye anbringende kan tillades, træffes først ved den dom, hvorved sagens behandling afsluttes.«

7. Artikel 135, stk. 4, i Rettens procesreglement bestemmer, at der ikke i parternes processkrifter må foretages nogen ændring af sagsgenstanden, som den har foreligget for appelkammeret.

III — Faktiske omstændigheder

8. Den 7. november 1997 indgav Orange i medfør af forordning nr. 40/94, som ændret, en ansøgning om registrering af ordmærket MOBILIX som EF-varemærke.

9. De varer og tjenesteydelser, for hvilke der blev ansøgt om registrering, henhører under klasse 9, 16, 35, 37, 38 og 42 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 i hver enkelt klasse til følgende beskrivelse:

somhed, installationsvirksomhed« i klasse 37

— »apparatur, instrumenter og anlæg til telekommunikation, herunder til telefoni, telefoner og mobiltelefoner, herunder antenner og parabolantenner, akkumulatorer og batterier, transformatorer og omformere, kodere og dekodere, kodede kort og kort til kodning, telefonkort til brug ved telefonering, apparater og instrumenter til signalering og undervisning, elektroniske telefonbøger, dele og tilbehør (ikke indeholdt i andre klasser) til foranstående varer« i klasse 9

— »telekommunikationsvirksomhed, herunder information vedrørende telekommunikation, telefonisk og telegrafisk kommunikation, kommunikation via computerskærme og mobiltelefoner, faksimiletransmissioner, radio- og fjernsynsudsendelser, herunder via kabel-tv og internettet, udsendelse af meddelelser, udlejning af apparater til udsendelse af meddelelser, udlejning af apparatur til telekommunikation, herunder af telefoniapparatur« i klasse 38

— »telefonkort af pap eller plastic« i klasse 16

— »videnskabelig og industriel forskning, ingeniørvirksomhed, herunder projektering af anlæg og installationer til telekommunikation, navnlig af sådanne til telefoni, og programmering af computere, udarbejdelse, vedligeholdelse og ajourføring af software, udlejning af computere og computerprogrammer« i klasse 42.

— »telefonsvareservice (for abonnenter, som er midlertidigt fraværende), bistand ved forretningsledelse og forretningsadministration, bistand ved varetagelse af kontoropgaver« i klasse 35

— »telefoninstallation og -reparation, byggevirksomhed, reparationsvir-

10. Appellanten nedlagde indsigelse mod EF-varemærkeansøgningen. Følgende ældre

rettigheder blev påberåbt for så vidt angår ordet »OBELIX«:

- et ældre registreret varemærke, beskyttet ved EF-varemærkeregistrering nr. 16 154 af 1. april 1996 for visse varer og tjenesteydelser henhørende under Nice-arrangementets klasse 9, 16, 28, 35, 41 og 42 for følgende varer og tjenesteydelser, i det omfang disse er relevante i den foreliggende sag:
 - »elektrotekniske og elektroniske, fotografiske, kinematografiske og optiske apparater og instrumenter til undervisning (dog ikke projektionsapparater) for så vidt de er indeholdt i klasse 9, elektroniske legetøjsapparater med og uden skærm, computere, programmoduler og på databærere optegnede computerprogrammer, navnlig videospil« i klasse 9
 - »papir, pap (karton); papirvarer og papvarer, tryksager (for så vidt de er indeholdt i klasse 16), aviser og tidskrifter, bøger; bogbinderiartikler (tråd, lærred og andre materialer til bogbinding); fotografier; skrivemaskiner, klæbemidler (til papirvarer og skrivemaskiner); artikler til brug for kunstnere (tegne-, male- og modelmateriale); pensler; skrivemaskiner og kontorartikler (dog ikke møbler) og kontormaskiner (for så vidt de er indeholdt i klasse 16);
 - »markedsføring og reklamevirksomhed« i klasse 35
 - »filmforevisninger, filmproduktion, filmudlejning; udgivelse af bøger og tidskrifter; undervisning og underholdning; ledelse og arrangement af messer og udstillinger; folkeforlystelser, drift af forlystelsespark, produktion af live-arrangementer af optræden med musik og tale; fremvisning af rekonstruktioner og fremvisninger af kulturhistorisk og etnologisk karakter« i klasse 41
- instruktions- og undervisningsmaterialer (dog ikke apparater); emballagemateriale af plastik, for så vidt det ikke er indeholdt i andre klasser; spillekort; tryktyper; klichéer« i klasse 16

— »værelsesudlejning og restaurationsvirksomhed; fotografering; oversættelser; administration og udnyttelse af ophavsret; udnyttelse af industriel ejendomsret« i klasse 42.

men denne blev opvejet af varemærkernes visuelle aspekt og særligt af de meget forskellige forestillinger, de formidler: mobiltelefoner for så vidt angår MOBILIX og obelisker for så vidt angår OBELIX.

— et ældre varemærke, der er vitterligt kendt i alle medlemsstaterne⁴.

11. Appellanten gjorde til støtte for indsigelsen gældende, at der var risiko for forveksling i den i artikel 8, stk. 1, litra b), og artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 40/94 omhandlede forstand.

12. Ved afgørelse af 30. maj 2002 forkastede Indsigelsesafdelingen indsigelsen og gav tilladelse til at fortsætte registreringsproceduren for EF-varemærkeansøgningen. Efter at have anført, at det ikke på afgørende måde var bevist, at det ældre varemærke var velkendt, konkluderede Indsigelsesafdelingen, at varemærkerne ikke — som helhed — lignede hinanden. Der var en vis lydæssig lighed,

13. Efter at appellanten den 1. juli 2002 havde indgivet en klage, traf Fjerde Appellkammer den 14. juli 2003 sin afgørelse. Appellkammeret annullerede Indsigelsesafdelingens afgørelse delvist. Indledningsvist præciserede appellkammeret, at der var grund til at antage, at indsigelsen udelukkende var støttet på risikoen for forveksling. Dernæst anførte appellkammeret, at det var muligt at opfatte en vis lighed mellem varemærkerne. Med hensyn til sammenligningen af varerne og tjenesteydelserne var appellkammeret af den opfattelse, at EF-varemærkeansøgningens »apparater og instrumenter til signalering og undervisning« og den ældre registrerings »optiske apparater og instrumenter til undervisning« indeholdt i klasse 9 var af lignende art. Appellkammeret nåede til samme konklusion for så vidt angik tjenesteydelserne i klasse 35 benævnt »bistand ved forretningsledelse og forretningsadministration, bistand ved varetagelse af kontoropgaver« i EF-varemærkeansøgningen og »markedsføring og reklamevirksomhed« i den ældre registrering. Appellkammeret konkluderede, at der som følge af graden af lighed dels mellem de omhandlede tegn, dels mellem de nævnte specifikke varer og tjenesteydelser, forelå risiko for forveksling i den berørte kundekreds' bevidsthed. Appellkammeret afviste derfor EF-varemærkeansøgningen for så vidt angik »apparater og instrumenter til signalering og undervisning« og for så vidt angik tjenesteydelserne benævnt »bistand ved forretningsledelse og forretningsadministration, bistand ved varetagelse af kontoropgaver« og imødekom ansøgningen for så vidt angik de resterende varer og tjenesteydelser.

4 — Jf. den appellerede doms præmis 5.

IV — Retsforhandlingerne for Retten og den appellerede dom

14. Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 1. oktober 2003 nedlagde appellanten påstand om annullation af appelkammerets afgørelse af 14. juli 2003, og appellanten gjorde herved tre anbringender gældende: for det første tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), og artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 40/94, for det andet tilsidesættelse af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94 og for det tredje tilsidesættelse af artikel 74 i forordning nr. 40/94. Det skal præciseres, at appellanten under retsmødet subsidiært nedlagde påstand om, at sagen blev hjemvist til Fjerde Appelkammer, således at appellanten ville få mulighed for at bevise, at varemærket er velkendt i den i artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94 omhandlede forstand.

15. I dommen undersøgte Retten først, om fem dokumenter, der var vedlagt stævningen, og som for første gang blev fremlagt for Retten af appellanten med det formål at bevise, at tegnet OBELIX er velkendt, kunne antages til realitetsbehandling. Efter at have fastslået, at disse dokumenter ikke var blevet fremlagt under proceduren for Harmoniseringskontoret, afviste Retten dokumenterne, idet den henholdt sig til artikel 63 i forordning nr. 40/94, da det ville være i strid med artikel 135, stk. 4, i Rettens procesreglement at antage dem (præmis 15 og 16 i den appellerede dom). Retten erindrede i denne

forbindelse om kendetegnene ved annullationssager, hvor lovligheden af den for Retten forelagte retsakt skal bedømmes på grundlag af de retlige og faktiske omstændigheder, der forelå på det tidspunkt, retsakten blev vedtaget.

16. Retten afviste derefter anbringendet om artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94, idet den understregede, at appellanten ikke på noget tidspunkt for appelkammeret havde anmodet om en eventuel anvendelse af denne bestemmelse, hvorfor den ikke var blevet undersøgt af appelkammeret. For det første er Harmoniseringskontorets undersøgelse i overensstemmelse med artikel 74 i forordning nr. 40/94 i en sag vedrørende relative registreringshindringer begrænset til de af parterne påberåbte kendsgerninger, beviser og argumenter og de fremsatte anmodninger. For det andet har sagen for Retten til formål at efterprøve lovligheden af afgørelser fra Harmoniseringskontorets appelkamre i henhold til artikel 63 i forordning nr. 40/94, og denne kontrol skal foretages med hensyn til retsspørgsmål, der er blevet fremført for appelkammerne. For det tredje bestemmer artikel 135, stk. 4, i Rettens procesreglement, at »der [...] i parternes processkrifter [ikke må] foretages nogen ændring af sagsgenstanden, som den har foreligget for appelkammeret« (præmis 19-25 i den appellerede dom).

17. Endelig afviste Retten i medfør af artikel 44, stk. 1, i Rettens procesreglement den påstand, der for første gang blev fremsat under retsmødet (præmis 28 og 29 i den appellerede dom).

18. Retten foretog dernæst en analyse af anbringendernes realitet. For så vidt angår anbringendet om tilsidesættelse af artikel 74 i forordning nr. 40/94, hvorefter appelkammeret, da den anden part i sagen ikke havde bestridt dette, burde have taget udgangspunkt i det princip, at indsigerens varemærke OBELIX var velkendt, udtalte Retten i den appellerede doms præmis 34 og 35, at artikel 74 i forordning nr. 40/94 ikke skal fortolkes således, at Harmoniseringskontoret er forpligtet til at anse de punkter, som er gjort gældende af en part, og som ikke er blevet anfægtet af den anden part i sagen, for godtgjort. I denne sag antog hverken Indsigelsesafdelingen eller appelkammeret, at appellanten på afgørende måde havde underbygget den retlige vurdering, som appellanten gjorde gældende, ved hjælp af kendsgerninger eller beviser, nemlig at det ikke-registrerede tegn var velkendt, og at det registrerede tegn havde en høj grad af særpræg. Retten forkastede derfor dette anbringende som ugrundet i den appellerede doms præmis 36.

19. For så vidt angår anbringendet om artikel 8, stk. 1, litra b), og artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 40/94 bedømte Retten først ligheden mellem de pågældende varer og tjenesteydelser. Retten forkastede appellan- tens argument, hvorefter de af EF-varemærkeansøgningen omfattede varer, herunder i klasse 9 og 16, var omfattet af vare- og tjenesteydelsesfortegnelsen, der er bredt formuleret, på tidspunktet for den ældre registrering, idet den i præmis 61 i den appellerede dom udtalte, at alene den omstændighed, at en given vare anvendes

som reservedel, udstyr eller bestanddel til en anden, ikke i sig selv er tilstrækkelig til at bevise, at de slutprodukter, som disse bestanddele indgår i, er af lignende art, navnlig da deres art, anvendelsesformål og de berørte kunder kan være fuldstændigt forskellige. Retten fortsatte i præmis 62 og 63 i den appellerede dom:

»62 Endvidere fremgår det af den ældre registrerings opstilling af listen over varer og tjenesteydelser i klasse 9, at de områder, der er omfattet af denne rettighed, er fotografi, kinematografi, optik, undervisning og videospil. Denne liste over varer og tjenesteydelser skal sammenholdes med den liste, der er ansøgt om i EF-varemærkeansøgningen, som viser, at det omhandlede område næsten udelukkende er området for alle former for telekommunikation. Telekommunikationsudstyr falder ind under kategorien »apparater til optagelse, transmission og gengivelse af lyd eller billeder«, der udgør en del af den officielle overskrift til klasse 9 i henhold til Nice-arrangementet. Denne del af overskriften til klassen (»telekommunikation«) blev der imidlertid ikke ansøgt om i forbindelse med den ældre rettighed, hvilket indebærer, at telekommunikationsudstyr ikke blev anset for at være dækket. Sagsøgeren har registreret sit varemærke for et stort antal klasser,

men har ikke nævnt »telekommunikation« i beskrivelsen og har endda undtaget hele klasse 38 fra registrering. Klasse 38 vedrører imidlertid netop tjenesteydelser i forbindelse med »telekommunikation«.

klasse 41 [...], med hensyn til deres tekniske karakter, de kompetencer, der er påkrævet for at tilbyde dem, og med hensyn til de behov, som de er bestemt til at dække hos forbrugerne. De tjenesteydelser i klasse 38, der fremgår af varemærkeansøgningen, har derfor højest en svag grad af lighed med de tjenesteydelser i klasse 41, der er beskyttet ved den ældre registrering.

63 I denne henseende er der grund til at være enig i appelkammerets betragtning om, at den ældre registrering beskytter »elektrotekniske og elektroniske apparater og instrumenter«, men at sagsøgeren hverken kan bruge denne brede formulering som et argument for at konkludere, at der er tale om en meget stærk grad af lighed, eller — så meget desto mindre — at de i ansøgningen omhandlede varer er identiske, når en specifik beskyttelse af apparater og instrumenter til telekommunikation let kunne have været opnået.«

20. Efter at have stadfæstet appelkammerets konstatering om, at de af varemærkeansøgningen omfattede tjenesteydelser i klasse 37 og 42 ikke var af samme art som de af den ældre registrering omfattede tjenesteydelser i klasse 42 (præmis 67), fastslog Retten:

»68 Dernæst bemærkes, at appelkammeret ikke begik en retlig fejl, da det anførte, at de tjenesteydelser i klasse 38, der er opregnet i EF-varemærkeansøgningen [...], i tilstrækkelig grad var forskellige i forhold til dem, der var omfattet af den ældre registrering og indeholdt i

69 Endvidere bemærkes, at der ikke kan gives sagsøgeren medhold i argumentet om, at alle de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af EF-varemærkeansøgningen, på den ene eller anden måde kan forbindes med de »computere« eller de »computerprogrammer« (klasse 9), der er omfattet af det ældre varemærke. Som Harmoniseringskontoret med rette har anført, er der i vore dages meget teknologiske samfund næsten intet elektronisk eller digitalt udstyr eller materiel, som fungerer uden at gøre brug af en computer af en eller anden art. At anerkende en lighed i alle de tilfælde, hvor den ældre rettighed omfatter computere, eller hvor de varer eller tjenesteydelser, der omfattet af det ansøgte tegn, er egnede til at anvende computere, ville givetvis gå ud over den beskyttelse, som lovgiver har tildelt indehaveren af et varemærke. Et sådant standpunkt ville føre til en situation, hvor registrering af computersoftware eller computerhardware praktisk talt ville kunne udelukke en senere registrering af enhver type elektronisk eller digital ydelse eller proces, der anvender dette software eller dette hardware. Denne udelukkelse er under alle omstændigheder ikke lovlig i det foreliggende tilfælde, da EF-varemærkeansøgningen udelukkende er rettet mod de forskellige former for

telekommunikation, mens den ældre registrering ikke henviser til nogen aktiviteter i denne sektor. Som appelkammeret korrekt har påpeget, er der desuden intet, der forhindrer sagsøgeren i ligeledes at registrere sit varemærke for telefoni.«

21. Endelig fastslog Retten i den appellerede doms præmis 70, at »de omhandlede varer og tjenesteydelser ikke er af lignende art«, med undtagelse af — fordi de er kompletterende — »udlejning af computere og computerprogrammer«, der fremgår af EF-varemærkeansøgningen (klasse 42), og appellants »computere« og »på databærere optegnede computerprogrammer« (klasse 9).

22. For så vidt angår sammenligningen mellem tegnene foretog Retten — efter at have anført, at appelkammeret i den anfægtede afgørelse havde antaget, at de omhandlede tegn lignede hinanden (den appellerede doms præmis 74) — en visuel, fonetisk og begrebsmæssig sammenligning (den appellerede doms præmis 75-81).

23. Retten antog navnlig, at de to tegn, selv om de har bogstavkombinationen »OB« og endelsen »LIX« til fælles, frembyder et vist antal væsentlige visuelle forskelle f.eks. for så vidt angår de bogstaver, der står efter »OB«, som er »E« i det første tilfælde og »I« i det andet, ordenes begyndelse (det ansøgte EF-varemærke begynder med et »M« og det ældre varemærke med et »O«) og deres længde. Retten konkluderede, idet den erindrede om, at forbrugernes opmærksomhed først og fremmest henledes på et ords begyndelse, at »de omhandlede tegn ikke visuelt ligner hinanden, eller at de højst har en meget svag grad af visuel lighed« (den appellerede doms præmis 75 og 76).

24. Efter at have foretaget den fonetiske sammenligning mellem tegnene fastslog Retten, at tegnene har en vis fonetisk lighed (præmis 77 og 78). Hvad angår den begrebsmæssige sammenligning fastslog Retten, at selv om ordet »OBELIX« er blevet registreret som et ordmærke, vil det af den gennemsnitlige kundekreds let kunne blive identificeret med en populær figur i en tegneserie, hvilket gør en begrebsmæssig forveksling i offentlighedens bevidsthed med mere eller mindre nærtstående ord usandsynlig (den appellerede doms præmis 79). Da ordmærket OBELIX ud fra den relevante kundekreds' synsvinkel har en klar og bestemt betydning, som denne kundekreds uden videre kan forstå, opvejer de begrebsmæssige forskelle, der adskiller tegnene, de fonetiske ligheder og de eventuelle visuelle ligheder mellem tegnene (den appellerede doms præmis 80 og 81).

25. For så vidt angår risikoen for forveksling anførte Retten, idet den henholdt sig til dom af 22. oktober 2003, *Éditions Albert René mod KHIM — Trucco (STARIX)* (sag T-311/01, Sml. II, s. 4625), at »forskellene mellem de omhandlede tegn er tilstrækkelige til at udelukke risikoen for forveksling hos den tilsigtede kundekreds, da en sådan risiko kumulativt forudsætter en tilstrækkelig høj grad af lighed mellem de pågældende varemærker og en tilstrækkelig høj grad af lighed mellem de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af disse varemærker« (den appellerede doms præmis 82). Retten fortsatte:

dommen, nævnt ovenfor i præmis 59, præmis 22 og 24). Da de omtvistede tegn i det foreliggende tilfælde ikke kan anses for at være identiske eller for at ligne hinanden, kan det forhold, at det ældre varemærke er kendt vidt og bredt, eller at det er velkendt i Den Europæiske Union, ikke påvirke helhedsvurderingen af risikoen for forveksling (jf. i denne retning *Starix-dommen*, nævnt ovenfor i præmis 22, præmis 61).

»83 Det følger heraf, at appelkammerets vurdering af det ældre varemærkes særpræg samt det af sagsøgeren hævdede om, at varemærket er velkendt, ikke i det foreliggende tilfælde har haft nogen betydning for anvendelsen af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 (jf. i denne retning *Starix-dommen*, nævnt ovenfor i præmis 22, præmis 60).

85 Endelig må sagsøgerens argument om, at det med hensyn til endelsen »ix« er yderst tænkeligt, at ordet »mobilix« diskret indføres i den varemærkefamilie, der er sammensat af figurerne i *Asterix*-serien, og at det bliver opfattet som afledt af ordet »obelix«, forkastes. Det er i denne forbindelse således tilstrækkeligt at bemærke, at sagsøgeren ikke kan påberåbe sig nogen form for eneret på anvendelsen af endelsen »ix«.

84 En risiko for forveksling forudsætter således, at tegnene og de af varemærket omfattede varer og tjenesteydelser er identiske eller ligner hinanden, og det forhold, at et varemærke er velkendt, skal tages i betragtning ved bedømmelsen af, om ligheden mellem tegnene eller mellem varerne og tjenesteydelserne er tilstrækkelig til at fremkalde risiko for forveksling (jf. i den retning *Canon-*

86 Herefter er en af de nødvendige betingelser for at anvende artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 ikke opfyldt. Følgelig er der ikke risiko for forveksling mellem det ansøgte varemærke og det ældre varemærke.«

26. Retten frifandt derfor Harmoniseringskontoret for appellantens påstande.

27. Appellanten iværksatte appel af Rettens dom den 13. januar 2006.

28. Det skal ligeledes fastslås, at appelskriftet, selv om det kan antages til realitetsbehandling, på grund af sin længde ikke følger anbefalingerne i punkt 44 i praktiske anvisninger vedrørende direkte søgsmål og appelsager⁵.

29. Under retsmødet den 25. oktober 2007 fremkom parterne med bemærkninger og besvarede Domstolens spørgsmål.

V — Analyse af appellen

30. Appellanten har til støtte for appellen påberåbt sig seks anbringender. Appellanten har med det første anbringende kritiseret den appellerede dom for at have tilsidesat artikel 63 i forordning nr. 40/94 og at have truffet afgørelse om ligheden mellem vare-

mærkerne, selv om dette ikke var en del af sagsgenstanden for Retten. Retten tilsidesatte på denne måde princippet om forbud mod reformatio in pejus. Appellanten har med det andet anbringende påberåbt sig en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 for så vidt angår ligheden mellem varerne og tjenesteydelserne samt ligheden mellem varemærkerne. Appellanten har med det tredje anbringende kritiseret Retten for at have tilsidesat artikel 74 i forordning nr. 40/94. Appellanten har med det fjerde anbringende gjort gældende, at der foreligger en tilsidesættelse af artikel 63 i forordning nr. 40/94 og artikel 135, stk. 4, i Rettens procesreglement. Med det femte anbringende har appellanten kritiseret Retten for at have tilsidesat artikel 63 i forordning nr. 40/94 og artikel 44, artikel 48 og artikel 135, stk. 4, i Rettens procesreglement ved at have afvist appellantens påstand om sagens hjemvisning til appelkammeret. Det sjette anbringende vedrører tilsidesættelsen af artikel 63 i forordning nr. 40/94 på grund af afvisningen af at lade visse dokumenter indgå i sagen.

A — Det første anbringende om en påstået tilsidesættelse af artikel 63 i forordning nr. 40/94 og tilsidesættelse af det generelle fællesskabsretlige retsplejprincip om forbud mod reformatio in pejus

1. Parternes argumenter

31. Appellanten har anført, at Rettens dom tilsidesatte artikel 63 i forordning nr. 40/94 og de generelle fællesskabsretlige forvaltnings- og retsplejprincipper, idet den i modsætning

⁵ — EUT 2004 L 361, s. 15.

til appelkammerets anfægtede afgørelse konkluderede, at de omtvistede varemærker OBELIX og MOBILIX ikke lignede hinanden, hvorved der således blev truffet en afgørelse, der var til skade for appellanten, vedrørende et spørgsmål, der ikke var blevet rejst på behørig vis, og hvorved Retten således overskred den kompetence, den er tildelt ved kontrollen med afgørelserne fra Harmoniseringskontorets appelkamre i et tilfælde som det nærværende.

32. Appellanten har understreget, at spørgsmålet om ligheden mellem varemærkerne ikke indgik i stævningen, der blev indgivet til Retten, og derfor ikke skulle være en del af sagsgenstanden for Retten. Selv om spørgsmålet om ligheden mellem varemærkerne ikke var blevet rejst af nogen af parterne i overensstemmelse med de foreskrevne betingelser, tog Retten alligevel stilling til spørgsmålet til skade for appellanten, og dermed tilsidesatte den reelt princippet om forbud mod reformatio in pejus.

33. Harmoniseringskontoret har svaret under henvisning til Canon-dommen (dom af 29.9.1998, sag C-39/97, Sml. I, s. 5507, præmis 17 og domskonklusionen), at det første anbringende er åbenbart ugrundet. Retten var nemlig forpligtet til igen at undersøge ligheden mellem de pågældende tegn. Appellanten havde i stævningen anfægtet appelkammerets konklusioner vedrørende risikoen for forveksling. Da ligheden mellem tegnene var en del af disse konklusioner, måtte den nødvendigvis undersøges af Retten for at kontrollere lovligheden af appelkammerets konklusioner vedrørende artikel 8, stk. 1,

litra b), i forordning nr. 40/94 og for at sikre den korrekte anvendelse af bestemmelsen.

34. Harmoniseringskontoret har endvidere bemærket, at Retten ikke ændrede appelkammerets afgørelse. Forbuddet mod reformatio in pejus forhindrer imidlertid en appelinstant i at gå ud over appellants påstande og at stille vedkommende i en situation, der er mindre gunstig end den, som vedkommende ville befinde sig i, hvis der ikke var iværksat en appel. I denne sag ændrede Retten ikke den afgørelse, hvorved appelkammeret delvist tog indsigtelsen til følge. Appellanten blev dermed ikke sat i en mindre gunstig situation end den, hvori appellanten befandt sig inden stævningens indlevering til Retten.

2. Vurdering

35. Det generelle procesretlige princip om forbud mod reformatio in pejus indebærer, at den højere ret, der har kompetence til at træffe afgørelse vedrørende et retsmiddel, f.eks. en appel, ikke kan skærpe den anfægtede afgørelse fra en lavere ret til skade for appellanten, hvis det alene er denne, der har iværksat sagen vedrørende det pågældende retsmiddel⁶.

6 — W. Fasching, *Zivilprozessrecht*, 2. udgave, Wien, 1990, s. 883; L. Rosenberg, K.-H. Schwab og P. Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 16. udgave, München, 2004, s. 983; W. Rechberger og D.-A. Simotta, *Zivilprozessrecht*, 6. udgave, Wien, 2003, s. 454 og 455.

36. Det følger ligeledes af princippet om forbud mod *reformatio in pejus*, at den værste udgang på den af appellanten iværksatte sag for overinstansen generelt er, at appellen forkastes, og at den anfægtede afgørelse blot stadfæstes⁷.

37. Det skal fastslås, at dette er tilfældet for appellanten. Appellanten befinder sig i medfør af den appellerede dom i den samme situation som før, appellanten anlagde sag ved Retten. Det er ud fra dette synspunkt vanskeligt at tale om *reformatio in pejus*.

38. Forbuddet mod *reformatio in pejus* ved Fællesskabets retsinstanser er imidlertid begrænset af disses pligt til *ex officio* at behandle ordre public-anbringender, dvs. anbringender af præceptiv karakter⁸. Fællesskabets retsinstanser kan kun behandle et anbringende vedrørende den materielle lovlighed efter sagsøgers anmodning, mens et ordre public-anbringende kan og endog skal rejses *ex officio* af retsinstansen⁹.

7 — W. Rechberger og D.-A. Simotta, a.st., s. 455. Forfatterne understreger, at en omgørelse til fordel for sagsøgte kun er mulig, hvis også sagsøgte har anfægtet den samme afgørelse ved den samme ret.

8 — W. Fasching, *Zivilprozessrecht*, s. 884.

9 — Vedrørende definitionen af ordre public-anbringender i fællesskabsretten, jf. K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis og R. Bray, *Procedural Law of the European Union*, 2. udgave, London, 2006, s. 288 og 289; J. Sladić, »Die Begründung der Rechtsakte des Sekundärrechts der EG in der Rechtsprechung des EuGH und des EuG«, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, internationale Privatrecht und Europarecht*, 46(2005), s. 127, og F. Castillo de la Torre, »Le relevé d'office par la juridiction communautaire«, *Cahiers de droit européen*, 3-4/2005, s. 395 (421).

39. Det skal understreges, at begrebet ordre public i forbindelse med anbringender for Fællesskabets retsinstanser¹⁰ »kun omfatter regler, som parterne ikke kan fravige, og som retsinstansen skal påse overholdelsen af — på grund af deres betydning for den almene interesse — og spørgsmål herom skal undersøges uden videre, også selv om sådanne spørgsmål ikke er blevet rejst af parterne«¹¹.

40. Appellanten har kritiseret Retten for i den appellerede dom *ex officio* at have undersøgt lovligheden af appelkammerets afgørelse i lyset af spørgsmålet om ligheden, selv om appellanten ikke havde påberåbt sig en tilsidesættelse på dette punkt. Appellanten ser heri en *reformatio in pejus*, fordi Retten undersøgte et anbringende, som appellanten ikke havde fremsat i klagesagen.

41. Det skal understreges, at appellanten ikke har sat spørgsmålstegn ved lovligheden af appelkammerets bedømmelse af spørgsmålet om ligheden mellem tegnene OBELIX og

10 — Det skal fastslås, at begrebet anbringender, der er typisk for f.eks. fransk og belgisk ret, svarer ret nært til det begreb, der fandtes i romerretten, nemlig en »actio«. Anvendelsen af denne ordning ved Fællesskabets retsinstanser og teoriens opdeling i ordre public-anbringender og anbringender vedrørende den materielle lovlighed er med rette blevet kritiseret af nogle af Domstolens tidligere dommere. Den tidligere tyske dommer Ulrich Everling er nemlig af den opfattelse, at parter, der ikke stammer fra lande med en tradition i romerretten, møder vanskeligheder med at finde sig til rette i denne ordning på grund af opdelingen af elementer, der ikke kan adskilles ved retsinstanserne (U. Everling, »Das Verfahren der Gerichte der EG im Spiegel der verwaltungsgerichtlichen Verfahren der Mitgliedstaaten«, *Die Ordnung der Freiheit: Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag*, 2007, s. 542).

11 — Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse, fremsat den 11.2.2003 i sagen Buzzi Unicom mod Kommissionen (dom af 7.1.2004, forenede sager C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 267, præmis 217).

MOBILIX og mellem de varer og tjenesteydelser, der er beskyttet af disse to varemærker. Det fremgår imidlertid alligevel af stævningen til Retten, navnlig af punkt 2.3. ff., at appellanten under sagen for Retten rejste spørgsmålet om ligheden mellem tegnene OBELIX og MOBILIX og mellem de varer og tjenesteydelser, der er beskyttet af disse to varemærker, samt om risikoen for forveksling. Appellanten fremsatte således i forbindelse med et anbringende vedrørende den materielle lovlighed som følge af tilsidesættelsen af artikel 8, stk. 1, litra b), og artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 40/94 argumenterne vedrørende spørgsmålet om ligheden mellem ovennævnte varemærker og tegn. Appellanten gjorde for Retten vedrørende dette anbringende gældende — idet appellanten herved nærmere redegjorde for klagepunktet om tilsidesættelsen af varemærket OBELIX's renommé og høje grad af særpræg — at der var en stor begrebsmæssig og fonetisk lighed mellem de to tegn OBELIX og MOBILIX¹². Appellanten gjorde ligeledes gældende, at der var en begrebsmæssig risiko for forveksling på grund af den indbyrdes afhængighed mellem varernes lighed, varemærkernes lighed og varemærket OBELIX's særpræg¹³. Appellanten medtog således spørgsmålet om ligheden mellem tegnene OBELIX og MOBILIX i sagsgenstanden.

42. Sagsgenstanden, således som den blev fastsat af appellanten i medfør af artikel 63 i forordning nr. 40/94, indeholdt ligeledes spørgsmålet om ligheden mellem de to tegn OBELIX og MOBILIX. Appellanten kan derfor ikke kritisere Retten for at have truffet afgørelse om spørgsmålet om ligheden mellem de to tegn OBELIX og MOBILIX i

forbindelse med analysen af den indbyrdes afhængighed mellem faktorerne.

43. Retten tilsidesatte hverken artikel 63 i forordning nr. 40/94 eller det generelle procesretlige princip om forbud mod reformatio in pejus.

44. Anbringendet kan ikke tages til følge.

B — Det andet anbringende om en påstået tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 for så vidt angår ligheden mellem varerne og tjenesteydelserne samt ligheden mellem varemærkerne

1. Parternes argumenter

45. Appellanten har med dette anbringende, som er af en betydelig længde, og som er opdelt i to led, påstået, at artikel 8, stk. 1,

¹² — Retsmøderapporten i sag T-336/03, punkt 31-33.

¹³ — A.st., punkt 34 og 35.

litra b), i forordning nr. 40/94 er tilsidesat for så vidt angår ligheden mellem varerne og tjenesteydelserne samt ligheden mellem varemærkerne.

46. Appellanten har med det første led påstået, at Retten under bedømmelsen af ligheden mellem varerne og tjenesteydelserne tilsidesatte artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Appellanten har for det første kritiseret Retten for at have anvendt et forkert retligt kriterium ved afgørelsen af, om varerne henholdsvis tjenesteydelserne var af lignende art. Appellanten har med det andet anbringendes andet led påstået, at Retten tilsidesatte artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 ved at finde, at de omtvistede varemærker ikke lignede hinanden.

47. For så vidt angår det første led har appellanten anført, at der burde være foretaget en sammenligning af ligheden ud fra den forudsætning, at de omtvistede varemærker er identiske, og at det ældre varemærke OBELIX har en meget høj grad af særpræg, eller at det er velkendt. Det korrekte retlige kriterium er derfor følgende: Varerne (og tjenesteydelserne) er af lignende art, når kundekredsen kan tro, at de stammer fra identiske eller økonomisk forbundne virksomheder, når de findes på markedet under

identiske varemærker, og når det ældre varemærke er et varemærke med en meget høj grad af særpræg, og det er meget velkendt.

48. Appellanten har for det andet rejst tvivl om sammenhængen i og grundlaget for Rettens konkrete bedømmelse af ligheden mellem varerne, hvor Retten havde en åbenbart forkert forståelse af varefortegnelsen, som den gengav forkert. Ifølge appellanten er Rettens angivelse i præmis 62 i den appellerede dom, hvorefter det »af den ældre registrerings opstilling af listen over varer og tjenesteydelser i klasse 9 [fremgår], at de områder, der er omfattet af denne rettighed, er fotografi, kinematografi, optik, undervisning og videospil«, fejlagtig og modsiges af fortegnelsen over disse varer samt af Rettens egne udtalelser i præmis 63. Udtalelsen, der også findes i præmis 62 i den appellerede dom, hvorefter det af varemærket MOBILIX omfattede område næsten udelukkende er området for alle former for telekommunikation, modsiges ligeledes af varefortegnelsen, som, uden at være begrænset til telekommunikation, omfatter »akkumulatorer og batterier«, »transformatorer og omformere«, »kodere og dekodere«, »kodede kort« og »kort til kodning«.

49. For så vidt angår sammenligningen af MOBILIX-tjenesteydelserne, der er omfattet af klasse 35, 37, 38 og 42, og de af varemærket OBELIX dækkede varer har appellanten påstået, at der ikke er sammenhæng mellem

Retten konstateringer i præmis 68 i den appellerede dom (»[d]e tjenesteydelser i klasse 38, der fremgår af varemærkeansøgningen, har derfor højst en svag grad af lighed med de tjenesteydelser i klasse 41, der er beskyttet ved den ældre registrering«) og konklusionen i præmis 70 i den appellerede dom, hvorefter de omhandlede varer og tjenesteydelser ikke er af lignende art, og appellanten anfægter Retten bedømmelse, hvorved Retten forkastede appellants argument om, at alle de af EF-varemærkeansøgningen omfattede varer kan forbindes med »computere« og med »computerprogrammer« (klasse 9), der er dækket af det ældre varemærke (præmis 69 i den appellerede dom).

den begrebsmæssige sammenligning har appellanten rejst tvivl om Retten konstatering i præmis 79 i den appellerede dom, hvorefter »[d]en[...] konkrete gengivelse af en populær figur gør en begrebsmæssig forveksling i offentlighedens bevidsthed med mere eller mindre nærtstående ord usandsynlig«. Retten ræsonnement er ukorrekt, eftersom jo mere kendt et varemærke er, eller jo stærkere særpræg det har, desto større er risikoen for forveksling i henhold til de i varemærkeretten almindeligt anerkendte principper.

50. Appellanten har med det andet anbringendes andet led påstået, at Retten tilsidesatte artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 ved at finde, at de omtvistede varemærker ikke lignede hinanden. Dette led er subsidiært i forhold til appellants første anbringende. Ifølge appellanten anvendte Retten ikke de korrekte retlige kriterier for bedømmelsen af ligheden mellem varemærkerne. For så vidt angår den visuelle lighed understregede Retten vilkårligt forskellene mellem varemærkerne, selv om de fælles bestanddele i henhold til de generelle varemærkeretlige principper sædvanligvis er vigtigere end de bestanddele, der er forskellige. Appellanten har påstået, at Retten bedømmelse af den fonetiske lighed, ligesom bedømmelsen af den begrebsmæssige lighed ikke støttes af nogen af de for Retten fremførte kendsgerninger. For så vidt angår

51. Appellanten har ligeledes kritiseret Retten for i den appellerede doms præmis 80-82 at have anvendt den såkaldte »opvejningsteori«. Ifølge appellanten finder denne teori kun anvendelse ved den endelige bedømmelse af forvekslingsrisikoen, men ikke når de omtvistede varemærker enten visuelt eller fonetisk eller både visuelt og fonetisk ligner hinanden. Det korrekte retlige kriterium ville således have været: To varemærker ligner hinanden (og efter at have fastslået, at varerne eller tjenesteydelserne er af samme eller lignende art, skal den instans, der træffer afgørelsen, derfor undersøge forvekslingsrisikoen), hvis der er en (vis, stor eller fuldstændig) visuel lighed (som ligeledes indebærer en vis fonetisk lighed), eller der er en (vis, stor eller fuldstændig) fonetisk lighed,

uafhængigt af spørgsmålet, om der er eller ikke er begrebsmæssig lighed. På samme måde ligner to varemærker hinanden, hvis — selv om der ikke er visuelle eller fonetiske ligheder — de er identiske eller ligner hinanden begrebsmæssigt.

52. Endelig har appellanten anført, at Retten misforstod appellants argument, idet den i præmis 85 i den appellerede dom anførte, at appellanten påberåbte sig en eneret til anvendelsen af endelsen »ix«, selv om appellanten havde anført at være indehaver af en varemærkefamilie, der er skabt på samme måde som MOBILIX ved at anvende en beskrivende del, som gengiver en persons profession eller aktivitet sammen med endelsen »ix«. Henvisningen til »mobil« fjerner sig dermed ikke fra varemærkefamilien, men øger endog risikoen for forveksling, idet en varemærkefamilie generelt anses for en særskilt årsag til risiko for forveksling, selv når der ikke er fonetiske og visuelle ligheder.

53. Harmoniseringskontoret har anført, at det eneste retlige spørgsmål blandt appellants adskillige argumenter er spørgsmålet, om Retten lovligt i præmis 81 i den appellerede dom kunne konkludere, at de begrebsmæssige

forskelle mellem de omhandlede tegn er egnede til at opveje de fonetiske og visuelle ligheder. Retten undersøgte imidlertid korrekt alle de forhold, der i overensstemmelse med fast retspraksis skal tages i betragtning ved en helhedsvurdering af risikoen for forveksling. Denne helhedsvurdering indebærer i overensstemmelse med fast retspraksis, at de begrebsmæssige og visuelle forskelle mellem to tegn kan opveje de fonetiske ligheder herimellem, for så vidt som i det mindste et af disse tegn ud fra den relevante kundekreds' synsvinkel har en klar og bestemt betydning, som denne kundekreds uden videre kan forstå. Spørgsmålet, om en sådan »opvejning« reelt sker i den relevante kundekreds' bevidsthed, er et spørgsmål om vurdering af de relevante faktiske omstændigheder. Resultatet af denne vurdering er en konstatering af faktiske forhold, som det ikke tilkommer Domstolen at efterprøve.

54. For så vidt angår argumentet om, at Retten burde have taget hensyn til varemærket OBELIX's renommé ved sammenligningen mellem varerne og tjenesteydelserne samt mellem de pågældende tegn, har Harmoniseringskontoret gjort gældende, at appellanten sammenblander to begreber, nemlig renomméet for Obelix, der er en berømt person i en tegneserie, og varemærket OBELIX's potentielle renommé. Der findes hverken et retligt princip eller en præcedens, hvorefter en berømt figur i litteraturen auto-

matisk skal anses for et velkendt varemærke. Alt afhænger af sagens omstændigheder, og appellanten har aldrig under sagen for Harmoniseringskontoret fremlagt forhold, der godtgør, at en berømt figur reelt med tiden er blevet omdannet til et velkendt varemærke. Retten anvendte derfor med rette den regel, hvorefter den kompetente myndighed i en indsigelsessag om relative registreringshindringer skal begrænse sig til at undersøge de af parterne fremførte kendsgerninger, beviser og argumenter og de fremsatte påstande, idet Retten herefter afviste at tage hensyn til renomméet af navnet OBELIX, der betegner en berømt tegneseriefigur, ved definitionen af beskyttelsen for det ældre varemærke.

55. Harmoniseringskontoret har anført, at appellanten ved at tilslutte sig de af Retten anvendte principper, samtidig med at selskabet anfægter Rettens konklusioner, kritiserer Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder, hvilket Domstolen ikke kan efterprøve i en appelsag.

56. For så vidt angår påstandene om, at Retten gengav de faktiske omstændigheder eller beviser forkert, er Harmoniseringskontoret af den opfattelse, at Retten gengav vare- og tjenesteydelsesfortegnelsen korrekt og foretog en sammenlignende analyse på grundlag af kriterier som producentens art eller varens distributionsmåde. Harmoniseringskontoret er af den opfattelse, at det andet anbringende skal delvist forkastes, delvist afvises.

2. Vurdering

57. Det fremgår af artikel 225 EF og artikel 58, stk. 1, i statuten for Domstolen, at appel er begrænset til retsspørgsmål. Det er derfor alene Retten, der har kompetence til at fastlægge og bedømme de relevante faktiske omstændigheder såvel som til at vurdere beviserne. Bedømmelsen af disse faktiske omstændigheder og beviser er således ikke et retsspørgsmål, der som sådan kan efterprøves af Domstolen under en appelsag, medmindre disse omstændigheder og beviser er blevet forkert gengivet¹⁴.

58. Det er med henblik på anvendelsen af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 stadig nødvendigt, selv i det tilfælde, hvor der er identitet med et varemærke, hvis særpræg er særligt stærkt, at bevise, at de omfattede varer eller tjenesteydelser er af samme eller lignende art. Denne bestemmelse fastslår nemlig, at risikoen for forveksling forudsætter, at de omfattede varer eller tjenesteydelser er af samme eller lignende art.

59. En risiko for forveksling forudsætter, at de omfattede varer eller tjenesteydelser er af samme eller lignende art. Selv i tilfælde, hvor

14 — Dom af 15.9.2005, sag C-37/03 P, BioID mod KHIM, Sml. I, s. 7975, præmis 43.

der er identitet med et varemærke, hvis særpræg er særligt stærkt, er det derfor stadig nødvendigt at bevise, at de omfattede varer eller tjenesteydelser er af samme eller lignende art¹⁵.

60. Under disse omstændigheder er appellants argument, hvorefter Retten begik en retlig fejl ved at anvende et urigtigt retligt kriterium, eller snarere ikke anvende noget retligt kriterium, men blot en simpel argumentation, som indeholdt selvmodsigende angivelser, ugrundet.

61. Det fremgår af en undersøgelse af præmis 60-71 i den appellerede dom, at Retten efter at have foretaget en detaljeret analyse af de forskellige faktorer, der kendetegner forholdet mellem de pågældende varer og tjenesteydelser, lovligt kunne antage — uden at begå nogen retlig fejl — at de af varemærket MOBILIX omfattede varer og tjenesteydelser ikke var af lignende art som de af varemærket OBELIX omfattede tjenesteydelser.

62. For så vidt angår argumentet om, at præmis 62 og 63 i den appellerede dom er åbenbart selvmodsigende, og at der er unøjagtigheder i præmis 63 i den appellerede dom, skal det fastslås, at dette argument i det væsentlige rejser tvivl om Rettens vurdering

af de faktiske omstændigheder, og reelt indebærer, at Domstolen anmodes om at erstatte Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder i den appellerede doms præmis 62 og 63 med sin egen vurdering. Appellantens argument skal derfor afvises, da det åbenbart ikke kan antages til realitetsbehandling.

63. Af de samme årsager skal appellants argument, hvorefter Retten ikke foretog en korrekt analyse af varerne i henholdsvis klasse 9 og 16, forkastes. Henset til Rettens analyser gør den samme konklusion sig gældende for så vidt angår klagepunktet, hvorefter Retten begrænsede sig til at foretage en bogstavelig analyse af varerne og tjenesteydelserne uden at tage hensyn til deres økonomiske forbindelse og navnlig uden at tage hensyn til spørgsmålet, om den relevante kundekreds tilskrev dem den samme forretningsmæssige oprindelse, når varerne og tjenesteydelserne blev udbudt under et identisk varemærke.

64. I denne forbindelse skal klagepunktet vedrørende spørgsmålet, om Retten i dommens præmis 81¹⁶ kunne konkludere, at de begrebsmæssige forskelle, der adskiller de pågældende tegn, i denne sag er egnede til at opveje de fonetiske ligheder og de eventuelle visuelle ligheder, der er omtalt ovenfor, ligeledes forkastes. For det første skal det fastslås, at Retten i præmis 72 og 74-80 anvendte de i

15 — Kendelse af 9.3.2007, sag C-196/06 P, Alecansan mod KHIM, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 37.

16 — Denne præmis har følgende ordlyd: »Heraf følger, at de begrebsmæssige forskelle mellem de omhandlede tegn i det foreliggende tilfælde er egnede til at opveje de fonetiske ligheder samt de eventuelle visuelle ligheder, der er omtalt ovenfor«.

retspraksis udviklede kriterier korrekt. For det andet fremgår det ligeledes af præmis 79 i den appellerede dom vedrørende ordene MOBILIX og OBELIX, at Retten her foretog visse konstateringer vedrørende de faktiske omstændigheder, og at appellanten har forsøgt at rejse tvivl om Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder og reelt har anmodet Domstolen om at erstatte Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder med sin egen.

65. Det fremgår dermed af ovenstående betragtninger, at anbringendet skal forkastes som ugrundet.

C — Det tredje anbringende om den påståede tilsidesættelse af artikel 74 i forordning nr. 40/94, idet det blev afvist at anerkende, at varemærket OBELIX var velkendt og havde en meget høj grad af særpræg

1. Parternes argumenter

66. Appellanten har kritiseret Retten for at have tilsidesat artikel 74 i forordning nr. 40/94 ved at afvise at anerkende, at varemærket OBELIX var velkendt og havde en meget høj grad af særpræg. Appellanten har bestridt, at

Rettens konstatering, hvorefter Harmoniseringskontoret bedømte kendsgerningerne, beviserne og argumenterne, eftersom Harmoniseringskontoret var forpligtet hertil i medfør af artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94, men at det fandt dem utilstrækkelige til at fastslå, at det ikke-registrerede tegn var velkendt, og at det registrerede tegn havde en høj grad af særpræg, var begrundet. I det omfang, Orange faktisk deltog i proceduren for appelkammeret, men ikke bestred eller i øvrigt rejste tvivl om appellants påstande, er det absurd at kræve, at appellanten fremkommer med alle beviser, eftersom der ikke er nogen regel eller noget princip i Fællesskabsretten, der forpligter en part til at fremlægge bevis for noget, der ikke er omtvistet mellem parterne. Indsigelsesafdelingen og appelkammeret anerkendte udtrykkeligt, at tegnet OBELIX er velkendt. Appelkammeret burde heraf have draget den konklusion, at varemærket OBELIX har en høj grad af særpræg, og at det er vitterligt kendt. Da almindeligt kendte forhold endvidere ikke skal bevises, skal det samme princip finde anvendelse på berømte varemærker.

67. Harmoniseringskontoret er af den opfattelse, at det tredje anbringende skal forkastes som åbenbart ugrundet. Den begrænsning af det faktuelle grundlag for appelkammerets undersøgelse, der følger af artikel 74 i forordning nr. 40/94, udelukker ikke, at appelkammeret tager hensyn til almindeligt kendte forhold, ud over de faktiske omstændigheder, som parterne i indsigelsessagen har fremført. Det, der kan anses for almindeligt kendt i

denne sag, er imidlertid, at Obelix er navnet på en person i en tegneserie. Denne konstatering kan imidlertid ikke som sådan anvendes på varemærket OBELIX, fordi der ikke er præcedens for, at berømte figurer i litteraturen skal anses for velkendte varemærker.

beviserne. Bedømmelsen af disse faktiske omstændigheder og beviser er således ikke et retsspørgsmål, der som sådan kan efterprøves af Domstolen under en appelsag, medmindre disse omstændigheder og beviser er blevet forkert gengivet.

68. Selv om det antages, at parterne ikke er uenige om, at varemærket OBELIX er velkendt, er Retten ikke bundet af en sådan konstatering, men har pligt til at undersøge, at appelkammeret ikke ved i den anfægtede afgørelse at konkludere, at varemærkerne ikke ligner hinanden, tilsidesatte forordning nr. 40/94. I forbindelse med en inter partes-sag ved Harmoniseringskontoret er der intet princip, som kræver, at faktiske omstændigheder, der ikke er anfægtet af den anden part, skal anses for fastslåede.

71. Derimod kan retsspørgsmål, som Retten har behandlet, diskuteres på ny under en appelsag, såfremt appellantens bestrider Rettens fortolkning eller anvendelse af fælleskabsretten. Hvis en appellant nemlig ikke således kunne basere sin appel på anbringender og argumenter, som allerede havde været fremført for Retten, ville appelproceduren blive berøvet en del af sin mening¹⁷.

2. Vurdering

69. Det skal indledningsvist bemærkes, at appellantens bestridelse, at appelkammerets og Rettens vurdering i den appellerede dom af bekendthedsgraden er lovlig og korrekt.

70. Således som det er anført i punkt 57, er appellen begrænset til retsspørgsmål. Det er derfor alene Retten, der har kompetence til at fastlægge og bedømme de relevante faktiske omstændigheder såvel som til at vurdere

72. For så vidt angår spørgsmålet om rigtigheden af det tredje anbringende skal det erindres, at Harmoniseringskontoret under sagsbehandlingen ex officio prøver de faktiske omstændigheder; i sager vedrørende relative registreringshindringer begrænser Harmoniseringskontoret sig imidlertid til at prøve de af parterne fremførte kendsgerninger, beviser og argumenter og de fremsatte anmodninger. Det skal i denne henseende understreges, at

17 — Dom af 22.6.2006, sag C-25/05 P, Storck mod KHIM, Sml. I, s. 5719, præmis 48.

en ansøger, der henviser til almindeligt kendte forhold, er i stand til ved Retten at anfægte nøjagtigheden af appelkammerets konstateringer vedrørende spørgsmålet om bekendthed.

D — Det fjerde anbringende om en påstået tilsidesættelse af artikel 63 i forordning nr. 40/94 og artikel 135, stk. 4, i Rettens procesreglement, idet det blev afvist at annullere den anfægtede afgørelse på grund af manglende anvendelse af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94

73. Rettens konstatering af, hvorvidt de faktiske omstændigheder, hvorpå Harmoniseringskontorets appelkammer har støttet sin afgørelse, herunder ligeledes spørgsmålet, om tegnet OBELIX er velkendt, er almindeligt kendte forhold, er en bedømmelse af faktisk karakter, som ikke er undergivet Domstolens prøvelsesret under appelsagen, medmindre der er tale om en forkert gengivelse¹⁸. Der forekommer imidlertid ingen sådan forkert gengivelse i denne sag.

1. Parternes argumenter

74. Retten begik derfor ikke en retlig fejl ved i præmis 32-36 i den appellerede dom at finde, at den retlige vurdering af tegnet OBELIX's bekendthedsgrad og særpræg ikke var tilstrækkeligt underbygget af kendsgerninger og beviser.

76. Retten tilsidesatte artikel 63 i forordning nr. 40/94 og artikel 135, stk. 4, i Rettens procesreglement ved at afvise den af appellanten for Retten fremsatte påstand om annullation af den anfægtede afgørelse med den begrundelse, at appelkammeret ikke havde anvendt artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94. Retten begik en retlig fejl ved at støtte sig til en forkert fortolkning af sagsgenstanden og ved ligeledes ikke at have taget hensyn til det forhold, at appelkammeret ikke kunne begrænse sig til at undersøge de for kammeret påberåbte kendsgerninger eller beviser, men at det skulle udstrække sin undersøgelse til kendsgerninger, der var fremkommet i førsteinstansen, selv om dette spørgsmål ikke udtrykkelig var blevet rejst i klagebegrundelsen.

75. Det tredje anbringende skal derfor forkastes som ugrundet.

¹⁸ — A.st., præmis 53.

77. Appellanten har anført, at selv om de argumenter, som appellanten påberåbte sig for appelkammeret, vedrørte artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, ville det af en rimelig læsning af de under indsigelses- og klagesagen fremlagte dokumenter være fremgået, at appellanten ikke ophørte med at hævde sin ret som indehaver af varemærket OBELIX, der er beskyttet både som registreret EF-varemærke, som vitterligt kendt varemærke i den i artikel 8, stk. 2, litra c), i forordning nr. 40/94 omhandlede forstand og som et berømt varemærke. Appellanten har stedse anført, at et vitterligt kendt varemærke, der er omfattet af artikel 8, stk. 2, litra c), i forordning nr. 40/94, ligeledes er et varemærke, der er velkendt i den i artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94 omhandlede forstand.

78. Appelkammerets konstatering af, at appellanten udtrykkeligt havde begrænset klagen til spørgsmål vedrørende artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 40/94 er forkert, hvilket appellanten kritiserede for Retten. Appellanten rejste for Retten også spørgsmålet om forholdet mellem artikel 8, stk. 2, og artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94 for at fastslå, at varemærker, der er beskyttet af disse bestemmelser, i dag har den samme konnotation. Retten undersøgte ikke realiteten i dette

argument i den appellerede dom, idet den afviste påstanden herom.

79. Harmoniseringskontoret har svaret, at dette anbringende er åbenbart ugrundet. Appellanten støttede nemlig sin indsigelse på to registreringshindringer — risikoen for forveksling med et ældre varemærke og den utilbørlige udnyttelse af et ældre varemærkes særpræg eller renommé, eller den skade dette særpræg eller renommé vil lide på grund af en sådan brug — idet appellanten i indsigelsesskrivelsen afkrydsede de relevante rubrikker, da selskabet fremlagde oplysninger til støtte for indsigelsen. Appellanten påberåbte sig imidlertid ikke registreringshindringen i artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94. Harmoniseringskontorets Indsigelsesafdeling anførte denne bestemmelse, på trods af det manglende bevis, idet den præciserede, at det ikke var nødvendigt at undersøge, om indsigelsen var begrundet i henhold til artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94, i det omfang tegnene ikke lignede hinanden. Da appellanten klagede over denne afgørelse, anmodede selskabet ikke appelkammeret om at anvende artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94 og nævnte heller ikke denne bestemmelse i klagebegrundelsen. Henset til ovenstående og det forhold, at appellanten aldrig identificerede det ældre varemærke, hvis særpræg eller renommé kunne lide skade på grund af EF-varemærkeansøgningen, konkluderede appelkammeret, at de under indsigelsessagen fremlagte dokumenter snarere havde til formål at godtgøre, at det ikke-registrerede varemærke, der var den ene af de to ældre rettigheder, var vitterligt kendt eller eventuelt, at det registrerede varemærke havde en højere grad af

særpræg, men ikke at det var velkendt i den i artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94 omhandlede forstand. Appellkammeret tog derfor ikke stilling til anvendelsen af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94.

lige indlæg i appelsagen samt af den appellerede dom og Rettens retsmøderapport, at anbringendet om tilsidesættelse af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94 for første gang blev rejst for Retten.

80. Appellanten anførte derefter i stævningen til Retten — i stedet for at anføre, at appellkammeret havde tilsidesat artikel 74 i forordning nr. 40/94 ved at undlade at undersøge artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94 — at appellkammeret havde tilsidesat artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94. Henset til at appellkammeret ikke havde undersøgt artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94, konkluderede Retten med rette i lyset af artikel 135, stk. 4, i Rettens procesreglement, at appellanten ikke kunne anmode Retten om at træffe afgørelse vedrørende en påstand om anvendelse af denne bestemmelse.

82. Det skal understreges, således som appellanten har understreget²⁰, at det er temmelig vanskeligt at sondre mellem vitterligt kendte varemærker og velkendte varemærker. Der er nemlig en lighed mellem artikel 8, stk. 1, og artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 40/94 på den ene side og samme forordnings artikel 8, stk. 5, på den anden side. Man kan imidlertid ikke af henvisningen til karakteren som berømt og vitterligt kendt i artikel 8, stk. 2, litra c), i forordning nr. 40/94 udlede en henvisning til samme forordnings artikel 8, stk. 5, som omhandler tilfælde, hvor varerne og tjenesteydelserne, der er omfattet af to varemærker, hvoraf det ene er velkendt i Fællesskabet, ikke er af lignende art. En fortolkning, hvorefter artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94 kun er en forlængelse af forordningens artikel 8, stk. 1, og artikel 8, stk. 2, og at de derfor skulle undersøges samlet, selv om artikel 8, stk. 5, ikke blev påberåbt for Harmoniseringskontorets instanser, tilsidesætter artikel 8, stk. 5's anvendelsesområde. Ud fra en systematisk fortolkning fremgår det af både den interne og den eksterne ordning i artikel 8 i forordning nr. 40/94, at der er tale om kriterier med forskelligt indhold i stk. 1, 2 og 5. Den eksterne ordning — det vil sige tekstens opbygning —

2. Vurdering

81. Det skal indledningsvist fastslås, at appellanten ikke i indsigelsen eller i klagen til appellkammeret nedlagde påstand om en legalitetskontrol af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94. Det fremgår af appellkammerets anfægtede afgørelse¹⁹ og parternes skrift-

19 — Fjerde Appellkammerets afgørelse af 14.7.2003, sag R 559/2002-4, punkt 7.

20 — Appelskriftets punkt 143.

viser klart, at forordningens artikel 8, stk. 1, 2 og 5, er særskilte stykker. Ifølge den interne ordning — det vil sige opbygningen af tekstens indhold — er disse stykkers formål forskellige²¹.

83. Ud fra dette synspunkt kan appellanten, der undlod at anfægte lovligheden af Indsigelsesafdelingens og appelkammerets afgørelse i forhold til artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94, ikke dække over sin egen unkladelse ved at henvise til tilsvarende bestemmelser.

84. I øvrigt skal lovligheden af den anfægtede retsakt i forbindelse med et søgsmål med påstand om annullation af afgørelsen ved Fællesskabets retsinstanser bedømmes efter de faktiske og retlige omstændigheder på det tidspunkt, da retsakten blev udstedt²². Det samme gælder i forbindelse med sager i henhold til artikel 63 i forordning nr. 40/94. Det fremgår nemlig af fast retspraksis, at sager i henhold til denne bestemmelse har til formål at efterprøve lovligheden af afgørelser fra Harmoniseringskontorets appelkamre i henhold til artikel 63 i forordning nr. 40/94. Ifølge artikel 63, stk. 3, i forordning nr. 40/94 har Retten ganske vist »kompetence til at ophæve eller omgøre den indklagede afgø-

relse«, men denne bestemmelse skal læses i lyset af artikel 63, stk. 2, hvorefter »indbringelse af klager kan ske under påberåbelse af inkompetence, væsentlige formmangler eller overtrædelse af traktaten, af denne forordning eller af retsregler vedrørende deres gennemførelse eller under påberåbelse af magtfordrejning«, og på baggrund af artikel 229 EF og artikel 230 EF. Rettens kontrol af lovligheden af appelkammerets afgørelse skal således foretages med hensyn til de retsspørgsmål, der er blevet fremført for appelkammeret²³. Det er imidlertid ubestridt, at artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94 ikke er en del af de retsspørgsmål, der blev behandlet ved appelkammeret.

85. Appellanten kunne dermed ikke få Retten til at tage stilling til dette anbringende om en eventuel tilsidesættelse af artikel 63 i forordning nr. 40/94 og Rettens procesreglement på grund af afvisningen af påstanden om annullation af den anfægtede afgørelse på grund af den manglende anvendelse af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94, hvilket anbringende ikke var fremsat under den administrative sag for Harmoniseringskontoret.

86. Retten tilsidesatte ikke artikel 63 i forordning nr. 40/94 og artikel 135, stk. 4, i Rettens procesreglement ved at afvise anbringendet om artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94 og

21 — Vedrørende begreberne intern og ekstern ordning, jf. P. Heck, »Das Problem der Rechtsgewinnung«, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Berlin, Zürich, 1968, s. 188-189.

22 — Dom af 7.2.1979, forenede sager 15/76 og 16/76, Frankrig mod Kommissionen, Sml. s. 321, præmis 7. I denne sag bestred Den Franske Republik lovligheden af visse beslutninger om afslutningen af de af Den Franske Republik forelagte regnskaber over udgifter for regnskabsårene 1971 og 1972, der var finansieret af Den Europæiske Udviklings- og Garantifond for Landbruget (EUGFL), idet Frankrig påberåbte sig, at uregelmæssighederne var bragt i orden efter vedtagelsen af beslutningerne.

23 — Rettens dom af 31.5.2005, sag T-373/03, Solo Italia mod KHIM — Nuova Sala (PARMITALIA), Sml. II, s. 1881, præmis 25.

ved at forkaste påstanden om annullation af den anfægtede afgørelse på grund af den manglende anvendelse af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94. Dette anbringende er ugrundet.

hvorefter appelkammeret havde tilsidesat artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94, til følge, eller hvis Retten selv ville træffe afgørelse om klagepunktet vedrørende artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94, burde Retten under alle omstændigheder hjemvise sagen til appelkammeret for at give appellanten mulighed for at godtgøre denne påstand for appelkammeret.

E — Det femte anbringende om en påstået tilsidesættelse af artikel 63 i forordning nr. 40/94 og artikel 44, artikel 48 og artikel 135, stk. 4, i Rettens procesreglement på grund af afvisningen af påstanden om hjemvisning af sagen til appelkammeret

1. Parternes argumenter

87. Appellanten er af den opfattelse, at Rettens dom tilsidesatte artikel 63 i forordning nr. 4/94 og artikel 44, artikel 48 og artikel 135, stk. 4, i Rettens procesreglement, idet Retten afviste den subsidiære påstand, der blev fremsat under retsmødet, hvorefter Retten skulle hjemvise sagen til appelkammeret for at give appellanten mulighed for at godtgøre, at varemærket OBELIX er velkendt. Appellanten fremførte i retsmødet ved Retten, at hvis Retten tog den principale påstand,

88. Appellanten har for det første anført, at påstanden om sagens hjemvisning til appelkammeret for at give appellanten mulighed for at godtgøre en påstand vedrørende artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94 ikke er en »ny« påstand, men en påstand, der er subsidiær i forhold til den principale påstand vedrørende artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94. Denne subsidiære påstand ligger nødvendigvis inden for den principale påstand og udgør dermed ikke en »ny« påstand i den appellerede doms forstand. For det andet syntes Retten at anvende begrebet »sagsgenstanden«, der anvendes i procesreglementets artikel 135, stk. 4, således, at denne ændres hver gang en »påstand« tilføjes den oprindelige påstand, uafhængigt af dens art eller sammenhæng. Sagsgenstanden for appelkammeret var spørgsmålet, om MOBILIX kunne registreres som EF-varemærke for alle eller en del af de varer, for hvilke det var ansøgt, henset til den af appellanten rejste indsigelse på grundlag af varemærket OBELIX. Appellanten ændrede slet ikke denne sagsgenstand, og den principale påstand om annullation af den anfægtede afgørelse fra appelkammeret omfattede nødvendigvis alle hertil knyttede påstande.

89. Appellanten har understreget, at artikel 44 i Rettens procesreglement hverken udtrykkeligt eller stiltiende forbyder, at subsidiære eller alternative påstande, der ligger inden for rammerne af den principale påstand, fremsættes til nærmere præcisering under retsforhandlingerne efter stævningens indlevering. Artikel 48 i Rettens procesreglement indeholder heller ikke et sådant forbud.

90. Harmoniseringskontoret har anført, at dette anbringende er åbenbart ugrundet. I øvrigt blev den subsidiære påstand støttet på et nyt anbringende, hvorefter appelkammeret havde tilsidesat artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94 ved ikke at træffe afgørelse om anvendelsen af denne forordnings artikel 8, stk. 5, og blev først fremsat af appellanten, da denne havde forstået, at anbringendet om tilsidesættelse af artikel 8, stk. 5, ikke kunne antages til realitetsbehandling. Henset til, at den subsidiære påstand først blev fremsat under retsmødet, var det med rette, at Retten afviste påstanden under henvisning til artikel 44 og 48 i Rettens procesreglement.

2. Vurdering

91. Således som det ligeledes er erindret i punkt 57 og 70, er appellen for så vidt angår

eventuelle rettergangsfejl i henhold til artikel 225, stk. 1, EF og artikel 58, stk. 1, i statuten for Domstolen begrænset til retsspørgsmål. Ifølge sidstnævnte bestemmelse kan appellen kun støttes på, at Retten savner kompetence, at der er begået rettergangsfejl, som krænker appellants interesser, eller at Retten har overtrådt fællesskabsretten²⁴. Domstolen har således kompetence til at undersøge, om der under sagens behandling ved Retten er begået rettergangsfejl, som krænker appellants interesser, og skal efterprøve, at almindelige fællesskabsretlige principper og de processuelle regler om bevisbyrde og bevisførelse er blevet overholdt²⁵.

92. De påstande, som artikel 38, stk. 1, i Domstolens procesreglement og artikel 44, stk. 1, litra d), i Rettens procesreglement henviser til, konkretiserer det, der kræves²⁶, og indeholder konklusionen i den afgørelse, som sagsøgeren ønsker at opnå fra Fællesskabets retsinstanser²⁷. De er derfor en del af sagsgenstanden og skal være formuleret i stævningen.

24 — Dom af 17.12.1998, sag C-185/95 P, Baustahlgewebe mod Kommissionen, Sml. I, s. 8417, præmis 18.

25 — Dom af 15.6.2000, sag C-13/99 P, TEAM mod Kommissionen, Sml. I, s. 4671, præmis 36.

26 — J. Rideau og F. Picod, *Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne*, 2. udgave, Paris, 2002, s. 592.

27 — K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis og R. Bray, a.st., s. 553.

93. Hvis Fællesskabets retsinstanser anerkender, at den subsidiære påstand kan antages til realitetsbehandling (eventualiter), hvilket svarer til en forkastelse af den principale påstand (principaliter), der findes i stævningen²⁸, forekommer situationen at være en anden, end hvis den subsidiære påstand formuleres under retsforhandlingerne, endog under retsmødet. En sådan påstand, selv om den er subsidiær, er en ny påstand, som ændrer sagsgenstanden, fordi den er udtryk for en påstand, der fremsættes efter den præceptive frist for sagens anlægelse, og som skal undersøges i tilfælde af, at påstanden, der fremsættes *principaliter*, forkastes.

94. Ifølge fast retspraksis tillader artikel 42, stk. 2, første punktum, i Domstolens procesreglement, at en sagsøger undtagelsesvist kan fremføre nye anbringender til støtte for de i stævningen anførte påstande. Det har derimod ikke været meningen med denne bestemmelse, at der skal kunne nedlægges nye påstande²⁹. De tilsvarende bestemmelser i artikel 48, stk. 2, i Rettens procesreglement tillader ligeledes, at der under visse omstændigheder fremsættes nye anbringender under retsforhandlingerne. Disse bestemmelser kan imidlertid i intet tilfælde fortolkes således, at de skulle åbne mulighed for, at sagsøgerne kan fremsætte nye påstande for Retten og således ændre sagens genstand³⁰.

28 — J. Rideau og F. Picod, *Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne*, s. 592. Vedrørende teorien om subsidiære påstande, jf. L. Rosenberg, K.-H. Schwab og P. Gottwald, *Zivilprozessrecht*, a.st., s. 649.

29 — Dom af 18.10.1979, sag 125/78, GEMA mod Kommissionen, Sml. s. 3173, præmis 26.

30 — Rettens dom af 18.9.1992, sag T-28/90, Asia Motor France m. fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2285, præmis 43.

95. En omformulering af den oprindelige påstand kan imidlertid antages til realitetsbehandling, hvis den kun præciserer den påstand, der findes i stævningen, eller hvis den omformulerede påstand fortsat er subsidiær i forhold til den oprindelige påstand³¹.

96. Det skal dermed undersøges, om den påstand, som appellanten formulerede under retsmødet for Retten, er en omformulering af en eksisterende påstand eller en ny påstand.

97. Appellanten anmodede med den subsidiære påstand i det væsentlige Retten om at pålægge Harmoniseringskontoret at behandle realiteten i appellantens påstande ved at hjemvise sagen til appelkammeret for at give appellanten mulighed for at bevise, at appellants varemærke er velkendt i den i artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94 omhandlede forstand. Det skal anføres, at den subsidiært nedlagte påstand ikke tilsigter at præcisere annulationens følger, således som appellanten har påstået, men at give Harmoniseringskontoret et pålæg. I overensstemmelse med artikel 63, stk. 6, i forordning nr. 40/94 skal Harmoniseringskontoret træffe de foranstaltninger, der er nødvendige til opfyldelse af

31 — Rettens dom af 21.10.1998, sag T-100/96, Vicente-Núñez mod Kommissionen, Sml. Pers. I-A, s. 591, og II, s. 1779, præmis 51, og af 2.6.2005, sag T-177/03, Strohmann mod Kommissionen, Sml. Pers. I-A, s. 147, og II, s. 651, præmis 21.

Fællesskabets retsinstansters afgørelse. Det tilkommer derfor ikke Retten at give Harmoniseringskontoret et pålæg. Det påhviler således dette at drage konsekvenserne af konklusionen og præmisserne i Rettens dom³².

F — *Det sjette anbringende om en påstået tilsidesættelse af artikel 63 i forordning nr. 40/94 og artikel 135, stk. 4, i Rettens procesreglement på grund af en afvisning af visse dokumenter*

98. Det skal fastslås, at appellanten dermed subsidiært har nedlagt en ny påstand, hvorved appellanten har anmodet om, at Harmoniseringskontoret får et pålæg. Appellanten har herved forsøgt at ændre saggenstanden.

1. Parternes argumenter

99. Retten kunne lovligt uden at begå en retlig fejl afvise den subsidiære påstand, der blev fremsat under retsmødet, idet der er tale om en ny påstand.

101. Appellanten har anført, at Rettens dom tilsidesatte artikel 63 i forordning nr. 40/94 og artikel 135, stk. 4, i Rettens procesreglement, da visse dokumenter, der for første gang blev fremlagt for Retten, blev afvist. Ifølge appellanten indeholder procesreglementet intet forbud mod fremlæggelse af beviser for Retten.

100. Dette anbringende kan ikke tages til følge.

32 — Rettens dom af 31.1.2001, sag T-331/99, Mitsubishi HiTec Paper Bielefeld mod KHIM (Giroform), Sml. II, s. 433, præmis 33, af 27.2.2002, sag T-34/00, Eurocool Logistik mod KHIM (EUROCOOL), Sml. II, s. 683, præmis 12, af 3.7.2003, sag T-129/01, Alejandro mod KHIM — Anheuser-Busch (BUDMEN), Sml. II, s. 2251, præmis 22, og Rettens kendelse af 6.9.2006, sag T-366/04, Hensotherm mod KHIM, Sml. II, s. 65, præmis 17.

102. Appellanten har kritiseret Rettens forståelse af begrebet saggenstanden i artikel 135, stk. 4, i Rettens procesreglement. De faktiske omstændigheder, som appellanten fremførte til støtte for sin argumentation, er

nemlig ikke en del af »sagsgenstanden«, men beviser i sagen. Det skyldtes kun, at appelkammeret som sidste instans i den administrative sag anså disse beviser for utilstrækkelige til at bevise appellantens påstande, at appellanten fremlagde dem for Retten som nye beviser.

103. Ifølge appellanten er det ligeledes uforeneligt med Rettens rolle som første instans i domstolsprøvelsen, der kontrollerer lovligheden af Harmoniseringskontorets afgørelser, at nægte at tage hensyn til de beviser, den får fremlagt.

104. Harmoniseringskontoret har erindret om, at Rettens rolle er at kontrollere lovligheden af appelkammerens afgørelser og ikke at efterprøve, om Retten lovligt på det tidspunkt, den behandler en sag om anfægtelse af en afgørelse fra et appelkammer, kan træffe en ny afgørelse, der har den samme konklusion som den anfægtede afgørelse. Det følger heraf, at Harmoniseringskontoret ikke kan kritiseres for at have begået nogen ulovlighed henset til kendsgerningerne, det ikke blev forelagt. Faktiske omstændigheder, der er blevet forelagt Retten uden først at være blev fremført for Harmoniseringskontorets instanser, skal der ses bort fra.

2. Vurdering

105. Som det er nævnt i punkt 57, 70 og 91, er appellen begrænset til retsspørgsmål. Det er derfor alene Retten, der har kompetence til at fastlægge og bedømme de relevante faktiske omstændigheder såvel som til at vurdere beviserne. Bedømmelsen af disse faktiske omstændigheder og beviser er således ikke et retsspørgsmål, der som sådan kan efterprøves af Domstolen under en appelsag, medmindre disse omstændigheder og beviser er blevet forkert gengivet.

106. Der skal ligeledes mindes om, at i appelsager har Domstolen ikke kompetence til at fastlægge de faktiske omstændigheder og i princippet heller ikke til at bedømme de beviser, som Retten har lagt til grund ved fastlæggelsen af de faktiske omstændigheder. Når disse beviser er blevet forskriftsmæssigt tilvejebragt, og de almindelige retsgrundsætninger og de processuelle regler om bevisbyrde og bevisførelse er blevet overholdt, er det alene Retten, der har kompetence til at vurdere, hvilken bevisværdi der skal tillægges de oplysninger, den har fået forelagt. Denne vurdering udgør derfor ikke et retsspørgsmål, som er undergivet Domstolens prøvelsesret, medmindre de beviser, der er fremlagt for Retten, er gengivet forkert³³.

33 — Dom af 25.1.2007, forenede sager C-403/04 P og C-405/04 P, Sumitomo Metal Industries og Nippon Steel mod Kommission, Sml. I, s. 729, præmis 38.

107. Selv om appellanten har henholdt sig til spørgsmålet, om Rettens procesreglement blev tilsidesat, idet Retten afviste beviser i form af fem dokumenter, er der reelt tale om et anbringende om forkert gengivelse af beviser.

108. I denne sag forekommer der imidlertid hverken at være sket en forkert gengivelse af beviser eller en tilsidesættelse af Rettens procesreglement.

109. Selv om det antages, at de fem dokumenter, som appellantens fremlagde for Retten, kunne godtgøre, at tegnet OBELIX er velkendt, blev de ikke fremlagt for Harmoniseringskontoret i forbindelse med forberedelsen af den anfægtede afgørelse og blev ikke under sagen ved kontoret drøftet i rette tid, nemlig inden den anfægtede afgørelses vedtagelse. Lovligheden af den anfægtede retsakt i forbindelse med et søgsmål med påstand om annullation af afgørelsen ved Fællesskabets retsinstanser skal bedømmes efter de faktiske og retlige omstændigheder på det tidspunkt, da retsakten blev udstedt³⁴.

110. Retten ville ved i dommens præmis 16 at henvise til procesreglementets artikel 135, stk. 4, understrege søgsmålets karakter af et annullationssøgsmål. Det er imidlertid ubestridt, at de fem dokumenter ikke blev

fremlagt for Harmoniseringskontoret. For at kunne blive taget i betragtning burde de være fremlagt under den administrative sag ved Harmoniseringskontoret.

111. Det sjette anbringende er således irrelevant.

112. Appellantens appel skal således forkastes i sin helhed.

VI — Sagens omkostninger

113. I henhold til artikel 69, stk. 2, i Domstolens procesreglement, som ifølge samme reglements artikel 118 finder anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da jeg har foreslået, at alle appellantens anbringender skal forkastes, bør det pålægges appellantens at betale sagsomkostningerne i appelinstanten.

³⁴ — Dommen i sagen Frankrig mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 7.

VII — Forslag til afgørelse

114. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen

- 1) at forkaste appellen, og

- 2) at pålægge Les Éditions Albert René SARL at betale sagens omkostninger.