

LES ÉDITIONS ALBERT RENÉ MOD KHIM
DOMSTOLENS DOM (Første Afdeling)
18. december 2008 *

I sag C-16/06 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i statuttten for Domstolen, iværksat den 12. januar 2006,

Les Éditions Albert René Sàrl, Paris (Frankrig), ved Rechtsanwalt J. Pagenberg,

appellant,

den anden part i appelsagen:

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM)
ved G. Schneider, som befuldmægtiget,

sagsøgt i første instans,

Orange A/S, København (Danmark), ved advokat J. Balling,

intervenient i første instans,

har

* Processprog: engelsk.

DOMSTOLEN (Første Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, P. Jann, og dommerne A. Tizzano, A. Borg Barthet, M. Ilešič og E. Levits (refererende dommer),

generaladvokat: V. Trstenjak
justitssekretær: fuldmægtig J. Swedenborg,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 25. oktober 2007,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse under retsmødet den 29. november 2007,

afsagt følgende

Dom

- ¹ I appelskriftet har selskabet Les Éditions Albert René Sàrl (herefter »appellanten«) nedlagt påstand om ophævelse af den dom, der blev afsagt af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans den 27. oktober 2005, Les Éditions Albert René mod KHIM — Orange (MOBILIX) (sag T-336/03, Sml. II, s. 4667, herefter »den appellerede dom«), hvorved appellanten ikke fik medhold i sin påstand om annullation af afgørelsen truffet den 14. juli 2003 af Fjerde Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«) (sag

R 0559/2002-4, herefter »den anfægtede afgørelse«) i en indsigelsessag rejst af appellanten, der er indehaver af det ældre varemærke OBELIX, mod registreringen af ordmærket »MOBILIX«, som EF-varemærke.

Retsforskrifter

- ² Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 3288/94 af 22. december 1994 (EFT L 349, s. 83, herefter »forordning nr. 40/94«), bestemmer i artikel 8 med overskriften »Relative hindringer for registrering«:

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

[...]

- 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.

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:

- i) EF-varemærker

[...]

- 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 vitterlig kendt i en medlemsstat i den i artikel 6b i Pariserkonventionen angivne betydning.

[...]

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.«

3 Artikel 63 i forordningen med overskriften »Indbringelse af klager for Domstolen« bestemmer:

»1. Appellkamrenes afgørelser om klager kan indbringes for Domstolen.

2. 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.

3. Domstolen har kompetence til at ophæve eller omgøre den indklagede afgørelse.

4. Enhver part i sagen ved appelkammeret har adgang til at indbringe en klage, for så vidt den pågældende ikke har fået medhold.

[...]«

- 4 Artikel 74 i forordning nr. 40/94 med overskriften »Harmoniseringskontorets ex officio-prøvelse af de faktiske omstændigheder« lyder som følger:

»1. Under sagsbehandlingen ved Harmoniseringskontoret prøver dette ex officio 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 af parterne fremsatte anmodninger.

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

- 5 Artikel 76, stk. 1, i forordningen med overskriften »Bevisoptagelse« bestemmer:

»Under sagsbehandlingen ved Harmoniseringskontoret kan bevisoptagelsen navnlig ske på følgende måder:

[...]

b) indhentning af oplysninger

c) fremlæggelse af dokumenter og bevismidler

[...]«

- 6 Ifølge artikel 135, stk. 4, i Rettens procesreglement »[må der] ikke i parternes processkrifter foretages nogen ændring af sagsgenstanden, som den har foreligget for appelkammeret«.

Sagens baggrund

- 7 Den 7. november 1997 indgav Orange A/S (herefter »Orange«) i medfør af forordning nr. 40/94 en EF-varemærkeansøgning om ordmærket »MOBILIX«.
- 8 De varer og tjenesteydelser, som varemærkeansøgningen vedrørte, henhører under klasse 9, 16, 35, 37, 38 og 42 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 i hver enkelt af disse klasser til følgende beskrivelse:

- »apparaturl, instrumenter og anlæg til telekommunikation, herunder til telefoni, telefoner og mobiltelefoner, herunder antenner og parabolantennel, akkumulatolr 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

- »telefonkort af pap eller plastic« i klasse 16

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

- »telefoninstallation og -reparation, byggevirksomhed, reparationsvirksomhed, installationsvirksomhed« i klasse 37

- »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

- »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.

- 9 Der blev rejst indsigelse mod EF-varemærkeansøgningen af appellanten, der påberåbte sig følgende ældre rettigheder vedrørende ordet »OBELIX«:
 - et ældre registreret varemærke, beskyttet ved EF-varemærkeregistriering nr. 16154 af 1. april 1996 for følgende varer og tjenesteydelser:
 - »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 tidsskrifter, bøger; bogbinderiartikler (tråd, lærred og andre materialer til bogbinding); fotografier; skriveartikler; klæbemidler (til papirvarer og skriveartikler); artikler til brug for kunstnere (tegne-, male- og modellermaterialer); pensler; skrivemaskiner og kontorartikler (dog ikke møbler) og kontormaskiner (for så vidt de er indeholdt i klasse 16); 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

10 Sagen for Harmoniseringskontoret blev sammenfattet på følgende måde af Retten i den appellerede doms præmis 6-8:

»6 Sagsøgeren har til støtte for indsigelsen gjort gældende, at der foreligger risiko for forveksling i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 8, stk. 1, litra b), og artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 40/94.

7 Ved afgørelse af 30. maj 2002 forkastede Indsigelsesafdelingen indsigelsen og gav tilladelse til at fortsætte registreringsproceduren [...] 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, men denne blev opvejet af varemærkernes visuelle aspekt og særligt af de meget forskellige forestillinger de formidler [...]. Desuden ville den ældre registrering snarere blive identificeret med den berømte tegnefilm, hvilket i endnu højere grad ud fra et begrebsmæssigt synspunkt adskiller den fra det ansøgte varemærke.

8 Efter at sagsøgeren [...] havde indgivet en klage, traf Fjerde Appellkammer [den anfægtede afgørelse]. Appellkammeret annullerede Indsigelsesafdelingens afgørelse delvist. Indledningsvis 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 varer og tjenesteydelser 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 specifikke varer og tjenesteydelser, forelå risiko for forveksling i den berørte kundekreds' bevidsthed. Appellkammeret afviste derfor EF-varemærkeansøgningen

for så vidt angik [disse varer og tjenesteydelser] og imødekom ansøgningen for så vidt angik de resterende varer og tjenesteydelser.«

Sagen for Retten og den appellerede dom

- 11 Ved stævning indgivet til Rettens Justitskontor den 1. oktober 2003 nedlagde appellanten påstand om annullation af den omstridte afgørelse og gjorde tre anbringender gældende, for det første om en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), og artikel 2 i forordning nr. 40/94, for det andet om en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 5, i forordningen og for det tredje om en tilsidesættelse af artikel 74 i samme forordning.
- 12 Under retsmødet nedlagde appellanten subsidiært påstand om, at sagen blev hjemvist til Fjerde Appelkammer ved Harmoniseringskontoret, således at appellanten fik mulighed for at bevise, at selskabets varemærke var velkendt i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94.
- 13 Retten foretog i den appellerede doms præmis 15 og 16 først en undersøgelse af, om de fem dokumenter, der var vedlagt stævningen, og som havde til formål at godtgøre, at tegnet »OBELIX« var velkendt, kunne antages til realitetsbehandling. Efter at have fastslået, at disse dokumenter ikke var blevet fremlagt under proceduren for Harmoniseringskontoret, afviste Retten dokumenterne, da det ville være i strid med artikel 135, stk. 4, i Rettens procesreglement at antage dem.
- 14 Under henvisning til artikel 63 og 74 i forordning nr. 40/94 samt til artikel 135 i Rettens procesreglement afviste Retten derefter anbringendet om en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94.

- 15 Retten understregede bl.a. i den appellerede doms præmis 20, at appellanten ikke på noget tidspunkt for appelkammeret anmodede om en eventuel anvendelse af artikel 8, stk. 5, og at appelkammeret derfor ikke tog stilling dertil. Retten bemærkede, at hvis appellanten i sin indsigelse mod varemærkeansøgningen og for appelkammeret påberåbte sig sit ældre varemærkes renommé, så var det alene i forbindelse med anvendelsen af den nævnte forordnings artikel 8, stk. 1, litra b), altså til støtte for, at der forelå en risiko for forveksling i den relevante kundekreds' bevidsthed.
- 16 Endelig afviste Retten i henhold til artikel 44, stk. 1, i procesreglementet den påstand, der blev fremsat under retsmødet.
- 17 Hvad angår realiteten foretog Retten i den appellerede doms præmis 32-36 en undersøgelse af, om anbringendet om en tilsidesættelse af artikel 74 i forordning nr. 40/94, og hvorefter appelkammeret, da Orange ikke havde bestridt dette, principielt burde have lagt til grund, at varemærket OBELIX var velkendt, var begrundet.
- 18 Retten fandt i den appellerede doms præmis 34, at artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94 ikke kan 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.
- 19 Retten fastslog dernæst i den appellerede doms præmis 35, at i det foreliggende tilfælde fandt hverken Indsigelsesafdelingen eller appelkammeret, at appellanten på afgørende måde ved hjælp af kendsgerninger eller beviser havde underbygget den retlige vurdering, den gjorde gældende, nemlig at det ikke-registrerede tegn var velkendt, og at det registrerede tegn havde en høj grad af særpræg. Retten forkastede derfor i den appellerede doms præmis 36 dette anbringende som ugrundet.

- 20 Retten foretog i den appellerede doms præmis 53-88 en undersøgelse af appellantens anbringende vedrørende artikel 8, stk. 1, litra b), og artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 40/94.
- 21 Hvad angår ligheden mellem de pågældende varer og tjenesteydelser forkastede retten appellants argument om, at de varer i klasse 9 og 16, der var omfattet af ansøgningen om registrering af et EF-varemærke, alle indeholder de væsentlige bestanddele af de varer, der er omfattet af det ældre varemærke, ved i den appellerede doms præmis 61 at fastslå, 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 endelige varer, som omfatter disse bestanddele, er af lignende art, navnlig da deres art, anvendelsesformål og de berørte kunder kan være fuldstændigt forskellige. Retten fastslog desuden i den appellerede doms præmis 63, at den brede formulering af listen over varer og tjenesteydelser for det ældre varemærke ikke kunne bruges af appellanten for at konkludere, at der er tale om en meget stærk grad af lighed, eller — så meget desto mere — at de i ansøgningen omhandlede varer er identiske.
- 22 I den appellerede doms præmis 66-70 forkastede Retten ligeledes appellants argumenter, som havde til formål at godtgøre, at de tjenesteydelser i klasse 35, 37, 38 og 42, der var omfattet af EF-varemærkeansøgningen, var sammenlignelige med dem, der var beskyttet af det ældre varemærke, men anerkendte dog en undtagelse. Ifølge Retten »[er der] således — som følge af deres komplettering — en lighed mellem »udlejning af computere og computerprogrammer«, der fremgår af EF-varemærkeansøgningen (klasse 42), og appellants »computere« og »på databærere optegnede computerprogrammer« (klasse 9)«.
- 23 Hvad for det første angår den visuelle sammenligning af de pågældende tegn fastslog Retten i den appellerede doms præmis 75 og 76 bl.a., at selv om bogstavkombinationen »OB« og endelsen »LIX« er fælles for de to varemærker, frembyder de et vist antal væsentlige visuelle forskelle f.eks. for så vidt angår de bogstaver, der står efter »OB«, ordenes begyndelse og deres længde. Retten konkluderede efter at have bemærket, at forbrugernes opmærksomhed i almindelighed 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«.

- 24 Efter at have foretaget en fonetisk sammenligning af tegnene fastslog Retten i den appellerede doms præmis 77 og 78, at de havde en vis lighed.
- 25 Hvad angår den begrebsmæssige sammenligning fastslog Retten i den appellerede doms præmis 79, at selv om ordet »OBELIX« er blevet registreret som et ordmærke, kan det let blive identificeret med en kendt figur i en tegneserie, hvilket gør en begrebsmæssig forveksling i offentlighedens bevidsthed med mere eller mindre nærtstående ord usandsynlig.
- 26 Retten konkluderede i den appellerede doms præmis 80 og 81, at eftersom 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.
- 27 Hvad angår risikoen for forveksling fastslog retten i den appellerede doms præmis 82, 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«.

- 28 Retten konkluderede derfor i den appellerede doms præmis 83 og 84, at appelkammerets vurdering af det ældre varemærkes særpræg samt det af appellanten hævdede om, at varemærket er velkendt, ikke i det foreliggende tilfælde havde nogen betydning for anvendelsen af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.
- 29 Endelig fastslog Retten i den appellerede doms præmis 85, at appellanten ikke kunne påberåbe sig nogen form for eneret på anvendelsen af endelsen »ix«, og forkastede sagsøgerens argument om, at det med hensyn til den nævnte endelse er yderst tænkeligt, at ordet »MOBILIX« diskret indføres i den varemærkefamilie, der er sammensat af figurerne i Asterixserien, og at det bliver opfattet som afledt af ordet »OBELIX«.
- 30 Efter således at have fastslået, at en af de nødvendige betingelser for at anvende artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 ikke var opfyldt, og at der derfor ikke var risiko for forveksling mellem det varemærke, der var søgt registreret, og det ældre varemærke, frifandt Retten Harmoniseringskontoret.

Om appellen

- 31 I sin appel, til støtte for hvilken appellanten har påberåbt sig seks anbringender, har appellanten nedlagt påstand om, at Domstolen ophæver den appellerede dom og annullerer den anfægtede afgørelse samt afslår registreringsansøgning nr. 671396 af tegnet »MOBILIX« for alle de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af ansøgningen, samt at Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale omkostningerne i forbindelse med sagerne ved Retten og Domstolen. Subsidiært har appellanten nedlagt påstand om, at Domstolen ophæver den appellerede dom og hjemviser sagen til Retten.

- 32 Harmoniseringskontoret har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og at appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Om det første anbringende om tilsidesættelse af artikel 63 i forordning nr. 40/94 og af fællesskabsretlige forvaltnings- og retsplejeregler (reformatio in pejus)

Parternes argumenter

- 33 Med sit første anbringende har appellanten kritiseret Retten for at have tilsidesat artikel 63 i forordning nr. 40/94 samt for i strid med fællesskabsretlige forvaltnings- og retsplejeregler at have foretaget en reformatio in pejus ved i strid med den anfægtede afgørelse og til skade for appellanten at fastslå, at de omtvistede tegn ikke havde lighed, selv om spørgsmålet om deres lighed ikke var omfattet af sagens genstand for Retten, og denne derfor ikke var kompetent til at undersøge spørgsmålet.
- 34 Appellanten rejste i henhold til artikel 63, stk. 4, i forordning nr. 40/94 udelukkende indsigelse mod den anfægtede afgørelse, for så vidt som afgørelsen ikke tog selskabets påstande til følge, og bestred således alene appelkammerets afslag på at undersøge indsigelsen vedrørende artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94, unkladelsen af at tage særpræget og renomméet ved varemærket OBELIX i betragtning samt konklusionen om, at de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af de omtvistede varemærker, ikke har lighed.
- 35 Appelkammerets bedømmelse af tegnenes lighed blev derimod hverken anfægtet ved Retten af appellanten eller af Orange, der var den anden part i sagen for appelkammeret.

Hvad angår Harmoniseringskontoret er dette ganske vist ikke forpligtet til konsekvent at forsvare den anfægtede afgørelse, men det er ikke kompetent til at ændre sagens genstand for Retten til ugunst for sagsøgeren.

- 36 Ifølge Harmoniseringskontoret bør Retten nødvendigvis undersøge den bedømmelse, som appelkammeret foretog ved sammenligningen af tegnene med henblik på en prøvelse af lovligheden af appelkammerets konklusion på grundlag af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, eftersom appellanten havde anfægtet appelkammerets konklusioner vedrørende risikoen for forveksling, og eftersom spørgsmålet om tegnenes lighed indgik i disse konklusioner. Retten var derfor kompetent til at undersøge tegnenes lighed.
- 37 Hvad angår tilsidesættelsen af princippet om forbud mod reformatio in pejus har Harmoniseringskontoret gjort gældende, at eftersom Retten ikke har ændret den anfægtede afgørelse, hvorved appelkammeret delvis tog indsigelsen til følge, blev appellanten ikke stillet dårligere i forhold til dens stilling inden indgivelsen af stævningen til Retten.

Domstolens bemærkninger

- 38 I henhold til artikel 63, stk. 2, i forordning nr. 40/94 skal Retten prøve lovligheden af Harmoniseringskontorets appelkamres afgørelse ved at efterprøve den anvendelse af fællesskabsretten, som appelkamrene foretager, bl.a. henset til de faktiske omstændigheder, som forelå for appelkamrene (jf. i denne retning dom af 4.10.2007, sag C-311/05 P, Naipes Heraclio Fournier mod KHIM, præmis 38 og den deri nævnte retspraksis).
- 39 Retten kan således inden for grænserne af artikel 63 i forordning nr. 40/94, sådan som den er blevet fortolket af Domstolen, foretage en fuldstændig efterprøvelse af lovligheden af en afgørelse truffet af Harmoniseringskontorets appelkamre og om fornødent efterprøve, om disse har foretaget en korrekt retlig kvalifikation af de faktiske

forhold i sagen (jf. i denne retning dommen i sagen Naipes Heraclio Fournier mod KHIM, præmis 39), eller om bedømmelsen af de faktiske forhold, der blev forelagt kamrene, er behæftet med fejl.

40 Det bemærkes, at appellanten for Retten har gjort gældende, at Fjerde Appelkammer ved Harmoniseringskontoret har tilsidesat artikel 8, stk. 1, litra b), og artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 40/94.

41 I forbindelse med dette anbringende har appellanten for det første påberåbt sig spørgsmålet om tegnenes lighed. Særligt, og som det følger af den appellerede doms præmis 8 og præmis 47-49, gjorde appellanten, efter at appelkammeret havde fastslået en vis lighed mellem de omtvistede tegn, gældende, at disse tegn i realiteten havde en høj grad af lighed med henblik på at få fastslået en højere grad af lighed end den, der blev fastslået af appelkammeret.

42 Det var derfor sagsøgeren selv, som det også bemærkes i punkt 41 i generaladvokatens forslag til afgørelse, der inddrog spørgsmålet om ligheden mellem de pågældende tegn i sagens genstand for Retten.

43 For det andet har appellanten hvad angår risikoen for forveksling også gjort gældende, at såfremt man tager hensyn til, at ligheden mellem varerne, ligheden mellem varemærkerne og det ældre varemærkes særpræg står i et indbyrdes afhængighedsforhold, er forskellene mellem varemærkerne på området for varer og tjenesteydelser af samme art, og i vidt omfang også på området for varer og tjenesteydelser af lignende art, ikke tilstrækkelige til at forhindre, at der bl.a. opstår lydige forvekslinger som følge af, at det ældre varemærke er velkendt.

- 44 I den forbindelse bemærkes imidlertid, at ved anvendelsen af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 kræves det, for at der kan foreligge en risiko for forveksling, både, at det varemærke, som ansøgningen vedrører, er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og at de varer eller tjenesteydelser, der er omhandlet i varemærkeansøgningen, er af samme eller lignende art som de varer eller tjenesteydelser, med hensyn til hvilke det ældre varemærke er blevet registreret. Der er i den henseende tale om kumulative betingelser (jf. dom af 12.10.2004, sag 106/03 P, Vedral mod KHIM, Sml. I, s. 9573, præmis 51, og af 13.9.2007, sag C-234/06 P, Ponte Finanziaria mod KHIM og F.M.G. Textile (tidligere Marine Enterprise Projects), Sml. I, s. 7333, præmis 48).
- 45 Risikoen for forveksling i offentlighedens bevidsthed skal således underkastes en helhedsvurdering under hensyntagen til alle de relevante faktorer i det foreliggende tilfælde (dom af 15.3.2007, sag C-171/06 P, T.I.M.E. ART mod KHIM, præmis 33).
- 46 Denne helhedsvurdering indebærer en vis indbyrdes afhængighed mellem de faktorer, der kommer i betragtning, og især ligheden mellem varemærkerne og ligheden mellem de varer eller tjenesteydelser, som 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 (jf. dommen i sagen T.I.M. E. ART mod KHIM, præmis 35, og hvad angår Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1), samt dom af 29.9.1998, sag C-39/97, Canon, Sml. I, s. 5507, præmis 17, og af 22.6.1999, sag C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Sml. I, s. 3819, præmis 19).
- 47 Da appellanten har rejst tvivl om appelkammerets bedømmelse af risikoen for forveksling i henhold til princippet om den indbyrdes afhængighed mellem de faktorer, der tages i betragtning, og især ligheden mellem varemærkerne og ligheden mellem de varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af varemærkerne, var Retten derfor kompetent til at foretage en undersøgelse af den vurdering, som appelkammeret foretog af ligheden mellem de omtvistede tegn.

- 48 Når Retten skal bedømme lovligheden af en afgørelse truffet af et af Harmoniseringskontorets appelkamre, er den nemlig ikke bundet af en fejlagtig bedømmelse, som appelkammeret har foretaget af de faktiske omstændigheder, for så vidt som bedømmelsen indgår i den konklusion, hvis lovlighed anfægtes ved Retten.
- 49 Hvad endelig angår det princip om forbud mod reformatio in pejus, der nævnes af appellanten, er det, såfremt det antages, at et sådant princip kan påberåbes i en sag om prøvelse af lovligheden af en afgørelse truffet af et af Harmoniseringskontorets appelkamre, tilstrækkeligt at bemærke, at idet den fastslog, at der ikke forelå en risiko for forveksling, og idet den frifandt Harmoniseringskontoret, opretholdt Retten den anfægtede afgørelse. Appellanten er derfor i relation til den anfægtede afgørelse, for så vidt som denne ikke gav appellanten medhold i dennes påstande, efter Rettens dom ikke blevet stillet retligt dårligere end på tidspunktet inden indgivelsen af søgsmålet.
- 50 Det følger heraf, at det første anbringende skal forkastes som ugrundet.

Om det andet anbringende om en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94

Om det andet anbringendes første led

— Parternes argumenter

- 51 Med det andet anbringendes første led har appellanten påstået, at Retten i forbindelse med dens bedømmelse af, om varerne og tjenesteydelserne, der er omfattet af de

omtvistede varemærker, er af lignende art, tilsidesatte artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

52 For det første har appellanten foreholdt Retten, at den anvendte et urigtigt juridisk kriterium i forbindelse med bedømmelsen af, om de respektive varer og tjenesteydelser var af lignende art. Ifølge appellanten skulle det ved sammenligning være lagt til grund, at de omtvistede varemærker er identiske, og at det ældre varemærke har en høj grad af særpræg, eller at det er velkendt.

53 Appellanten har for det andet anfægtet sammenhængen i og grundlaget for Rettens konkrete bedømmelse af ligheden mellem varerne og tjenesteydelserne.

54 Hvad angår sammenligningen af de varer, der henhører under klasse 9 og 16, og som er omfattet af varemærket MOBILIX, samt varerne betegnet med varemærket OBELIX i de samme klasser, har appellanten først og fremmest påstået, at Retten foretog en klart fejlagtig fortolkning af fortegnelsen over varer ved at fordreje fortegnelsen. Rettens udtalelser i den appellerede doms præmis 62 vedrørende disse fortegnelser er urigtige og modsiges af samme fortegnelser samt af Retten selv i dens udtalelser i den appellerede doms præmis 63.

55 Appellanten har dernæst gjort opmærksom på en selvmodsigelse mellem udtalelsen i præmis 62 i den appellerede dom på processproget — »That list of goods and services is close to that which is claimed in the Community trade mark« — og den konklusion, hvorefter de varer, der er beskyttet af det ældre varemærke, og de varer, der er omfattet af det varemærke, der er søgt registreret, ikke er af lignende art.

- 56 Endelig har appellanten vurderet, at Retten begik en retlig fejl ved i den appellerede doms præmis 64 at stadfæste appelkammerets urigtige bedømmelse, hvorefter de varer henhørende under klasse 9, som var omfattet af EF-varemærkeansøgningen, ikke indgik i fortegnelsen over varer og tjenesteydelser, som var formuleret bredt i forbindelse med den ældre registrering. Desuden gav Retten ikke et fyldestgørende svar på sagsøgerens argument vedrørende den omstændighed, at de varer, der var omfattet af ansøgningen om registrering af varemærket MOBILIX, falder inden for kategorien »elektrotekniske og elektroniske apparater og instrumenter«, der er omfattet af varemærket OBELIX, og den undersøgte heller ikke disse varers lighed.
- 57 Hvad angår sammenligningen af de tjenesteydelser, der henhører under klasse 35, 37, 38 og 42, og som er omfattet af EF-varemærkeansøgningen, og de varer, der er omfattet af varemærket OBELIX, begik Retten en retlig fejl ved i den appellerede doms præmis 70 at fastslå, at der ikke forelå en lighed mellem disse varer og disse tjenesteydelser
- 58 For det første strider en sådan konstatering mod den konstatering af en svag grad af lighed mellem de tjenesteydelser, der er omfattet af varemærkeansøgningen og henhører under klasse 38, og de tjenesteydelser, der er beskyttet af den ældre ret og henhører under klasse 41, som Retten foretog i den appellerede doms præmis 68, og er desuden forkert, idet tjenesteydelserne »filmforevisninger, filmproduktion, filmudlejning«, der henhører under klasse 41, og som er omfattet af det ældre varemærke, er sammenlignelige med tjenesteydelserne »radio- og fjernsynsudsendelser, herunder via kabel-tv og internettet«, der udbydes af Orange.
- 59 For det andet burde Retten hvad angår sammenligningen af de varer i klasse 9, der er beskyttet af varemærket OBELIX, og de tjenesteydelser i klasse 42, der er omfattet af varemærkeansøgningen MOBILIX, have fastslået, at »computere, programmoduler og på databærere optegnede computerprogrammer« og tjenesteydelserne »programmering af computere, udarbejdelse, vedligeholdelse og ajourføring af software« var af lignende art, og den så med urette bort fra, at produktionen af »elektrotekniske og elektroniske apparater og instrumenter« henhørende under klasse 9 nødvendigvis medfører »forskning og ingeniørvirksomhed«, der er tjenesteydelser henhørende under klasse 42.

60 Endelig fastslog Retten i den appellerede doms præmis 69 med urette, at EF-varemærkeansøgningen udelukkende er rettet mod de forskellige former for telekommunikation, mens den ældre registrering ikke henviser til nogen aktiviteter i denne sektor. Desuden baserede Retten sig ikke på faktiske omstændigheder eller beviser, da den i samme præmis i den appellerede dom fastslog, at en anerkendelse af lighed i alle de tilfælde, hvor den ældre rettighed omfatter computere, og hvor de varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af det ansøgte varemærke, anvender computere, givetvis ville gå ud over den beskyttelse, som lovgiver har tildelt indehaveren af et varemærke.

61 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at appellanten med sine argumenter om ligheden mellem de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af de omstridte varemærker, forsøger at rejse tvivl om Rettens bedømmelse af de faktiske omstændigheder, hvilket ikke er tilladt under en appelsag for Domstolen. Retten foretog ikke en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder eller af beviserne, gengav fortegnelsen over disse varer korrekt og foretog en sammenlignende analyse på grundlag af kriterier som producentens art eller varens distributionsmåde.

— Domstolens bemærkninger

62 For det første skal det bemærkes, at ifølge syvende betragtning til forordning nr. 40/94 er det en specifik betingelse for den beskyttelse, EF-varemærket giver i henhold til artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, at der er risiko for forveksling, og bedømmelsen heraf afhænger af en lang række faktorer, herunder navnlig hvor kendt varemærket er på markedet, om der kan skabes en forbindelse med det benyttede eller registrerede tegn, samt hvor stor ligheden er mellem varemærket og tegnet og mellem de pågældende varer eller tjenesteydelser.

- 63 Som det således er bemærket i denne doms præmis 46, indebærer helhedsvurderingen 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, hvorefter en svag grad af lighed mellem de af varemærkerne omfattede varer eller tjenesteydelser således kan opvejes af en høj grad af lighed mellem varemærkerne og omvendt.
- 64 Domstolen har derfor i relation til artikel 4, stk. 1, litra b), i direktiv 89/104, en bestemmelse, der er i det væsentlige er identisk med artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, fastslået, at den adskillelseevne, der er forbundet med det ældre varemærke, og navnlig dets renommé, skal tages i betragtning ved bedømmelsen af, om ligheden mellem varerne eller tjenesteydelserne, der er omfattet af de to varemærker, er tilstrækkelig til at fremkalde risiko for forveksling (jf. Canon-dommen, præmis 24).
- 65 Som Retten korrekt har anført i den appellerede doms præmis 59, skal der ved vurderingen af ligheden mellem varer eller tjenesteydelser imidlertid 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 (jf. Canon-dommen, præmis 23, og dom af 11.5.2006, sag C-416/04 P, Sunrider mod KHIM, Sml. I, s. 4237, præmis 85).
- 66 I overensstemmelse med denne retspraksis sammenlignede Retten i den appellerede doms præmis 61-70 de varer og tjenesteydelser, der var omfattet af de omstridte varemærker, og foretog en detaljeret analyse, der beskrev forholdet mellem varerne og tjenesteydelserne.
- 67 Retten begik således ikke en retlig fejl ved at foretage en sammenligning af de pågældende varer og tjenesteydelser uden med henblik herpå at lægge til grund, at de omtvistede varemærker er identiske, og at det ældre varemærke har særpræg.

68 Eftersom appellanten har anfægtet sammenhængen i og grundlaget for Rettens bedømmelse i forbindelse med sammenligningen af de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af de omstridte varemærker, skal det for det andet bemærkes, at i overensstemmelse med artikel 225, stk. 1, EF og artikel 58, stk. 1, i statuten for Domstolen er appel 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 urigtigt gengivet (jf. bl.a. dom af 19.9.2002, sag C-104/00 P, DKV mod KHIM, Sml. I, s. 7561, præmis 22, af 12.1.2006, sag C-173/04 P, Deutsche SiSi-Werke mod KHIM, Sml. I, s. 551, præmis 35, og af 22.6.2006, sag C-25/05 P, Storck mod KHIM, Sml. I, s. 5719, præmis 40).

69 En sådan urigtig gengivelse skal fremgå på åbenbar vis af sagsakterne, uden at det skal være fornødent at foretage en fornyet vurdering af de faktiske omstændigheder og beviserne (jf. dom af 28.5.1998, sag C-8/95 P, New Holland Ford mod Kommissionen, Sml. I, s. 3175, præmis 72, af 6.4.2006, sag C-551/03 P, General Motors mod Kommissionen, Sml. I, s. 3173, præmis 54, og af 21.9.2006, sag C-167/04 P, JCB Service mod Kommissionen, Sml. I, s. 8935, præmis 108).

70 Retten fastslog i den appellerede doms præmis 62 efter en gennemlæsning af den fortegnelse over varer og tjenesteydelser henhørende under klasse 9 og omfattet af den ældre registrering, som er gengivet i den appellerede doms præmis 5 og i denne doms præmis 9, at »de områder, der er omfattet af denne rettighed, er fotografi, kinematografi, optik, undervisning og videospil«.

- 71 Hvad angår listen over de varer og tjenesteydelser i klasse 9 og 16, der er ansøgt om i EF-varemærkeansøgningen, og som er gengivet i den appellerede doms præmis 3 og i denne doms præmis 8, fastslog Retten i samme præmis 62, at det område, der er omfattet af EF-varemærkeansøgningen, næsten udelukkende er området for alle former for telekommunikation.
- 72 Det fremgår imidlertid ikke åbenbart, at den fortolkning, som Retten foretog af listerne over de produkter og tjenesteydelser, der var omfattet af de omstridte varemærker, indeholder materielle unøjagtigheder, eller at Retten ikke med føje på grundlag af listerne kunne anlægge den bedømmelse, der er rejst tvivl om af appellanten.
- 73 Appellantens argument om Rettens urigtige gengivelse af indholdet i de nævnte lister må derfor forkastes som ugrundet.
- 74 Hvad angår den påståede modsigelse mellem den udtalelse, der fremgår af den appellerede doms præmis 62 på processproget — »That list of goods and services is close to that which is claimed in the Community trade mark« — og konklusionen, hvorefter de varer, der er beskyttet af det ældre varemærke, og de, der omfattes af det varemærke, der søges registreret, ikke er af lignende art, bemærkes, at spørgsmålet, om begrundelsen for en dom afsagt af Retten er selvmodsigende eller utilstrækkelig, er et retsspørgsmål, der kan rejses under en appelsag (jf. dom af 7.5.1998, sag C-401/96 P, Somaco mod Kommissionen, Sml. I, s. 2587, præmis 53, af 13.12.2001, sag C-446/00 P, Cubero Vermurie mod Kommissionen, Sml. I, s. 10315, præmis 20, og af 8.2.2007, sag C-3/06 P, Groupe Danone mod Kommissionen, Sml. I, s. 1331, præmis 45).

75 I den forbindelse bemærkes, at den appellerede doms præmis 62 foretager en analyse af rækkevidden af henholdsvis den ældre registrerings liste over varer og tjenesteydelser og listen over de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af varemærkeansøgningen.

76 Det følger af dette formål samt af indholdet i den appellerede doms præmis 62, at bemærkningen på processproget — »That list of goods and services is close to that which is claimed in the Community trade mark« — skal omformuleres for at svare til følgende sætning:

»Denne liste over varer og tjenesteydelser skal sammenholdes med den liste, der er ansøgt om i EF-varemærkeansøgningen.«

77 Denne formulermæssige fejl påvirker imidlertid ikke sammenhængen i den appellerede doms begrundelse, for så vidt som de betragtninger om rækkevidden af listerne over de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af de omstridte varemærker, som Retten fremførte i den appellerede doms præmis 62, ikke modsiger de konklusioner, som Retten drog deraf i samme doms præmis 63 og 64.

78 Den formuleringsfejl, som sagsøgeren har gjort opmærksom på, skal derfor ikke anses for at udgøre en mangel ved begrundelsen, der vedrørende dette spørgsmål kan medføre ophævelse af den appellerede dom (jf. dom af 2.6.1994, sag C-326/91 P, de Compte mod Parlamentet, Sml. I, s. 2091, præmis 96).

- 79 Hvad endelig angår de øvrige argumenter, som appellanten har fremført i forbindelse med andet anbringendes første led, bemærkes, at selv om appellanten formelt påberåber sig fejl i bedømmelsen eller begrundelsen, søger appellanten reelt at rejse tvivl om den bedømmelse af de faktiske omstændigheder, som Retten har foretaget.
- 80 Som det imidlertid er anført i denne doms præmis 68, er bedømmelsen af faktiske omstændigheder og beviser ikke et retsspørgsmål, der som sådan kan efterprøves af Domstolen under en appelsag, medmindre disse omstændigheder og beviser er blevet urigtigt gengivet.
- 81 Det andet anbringendes første led skal følgelig delvist forkastes og delvist afvises.

Om det andet anbringendes andet led

— Parternes argumenter

- 82 Med det andet anbringendes andet led, som appellanten har påberåbt sig subsidiært, har appellanten påstået, at Retten tilsidesatte artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 ved at finde, at de omstridte varemærker ikke lignede hinanden.

- 83 Ifølge appellanten anvendte Retten ikke de korrekte retlige kriterier ved bedømmelsen af varemærkernes lighed, men foretog den på mekanisk vis uden at tage hensyn til formålet med sammenligningen.
- 84 Hvad angår den visuelle lighed betonedede Retten på vilkårlig vis forskellene mellem varemærkerne, selv om de fælles bestanddele ifølge generelle varemærkeretlige principper sædvanligvis er vigtigere end de bestanddele, der er forskellige.
- 85 Desuden så Retten i den appellerede doms præmis 75 bort fra sin egen praksis, der følger af dommen af 14. oktober 2003, Philips-Van Heusen mod KHIM — Pash Textilvertrieb und Einzelhandel (BASS) (sag T-292/01, Sml. II, s. 4335, præmis 50), hvorefter kundekredsens opmærksomhed må antages at rette sig mindst lige så meget mod et ordmærkes begyndelsesbogstav som mod de midterste bogstaver i et sådant varemærke.
- 86 Rettens bedømmelse i præmis 77-79 af den fonetiske lighed såvel som bedømmelsen af den begrebsmæssige lighed er forkert, eftersom disse bedømmelser ifølge appellanten ikke understøttes af de faktiske omstændigheder, der blev forelagt Retten.
- 87 Rettens ræsonnement i den appellerede doms præmis 79 er endvidere i strid med princippet om, at jo mere almindeligt kendt et ældre varemærke er, eller jo højere grad af særpræg det har, desto større er risikoen for forveksling.

88 Appellanten har ligeledes kritiseret Retten for i præmis 80-82 at have anvendt den såkaldte »opvejningsteori«, idet denne teori alene kan anvendes ved den endelige bedømmelse af forvekslingsrisikoen, men ikke når de omtvistede varemærker ligner hinanden enten visuelt eller fonetisk eller både visuelt og fonetisk.

89 Appellanten har endelig påstået, at Retten misforstod dens argument, idet den i den appellerede doms præmis 85 bemærkede, at appellanten påberåbte sig en eneret på anvendelsen af endelsen »ix«, selv om selskabet anførte at være indehaver af en varemærkefamilie, der er skabt på samme måde som MOBILIX. Tilstedeværelsen af en varemærkefamilie anses generelt for en særskilt grund til risiko for forveksling, selv hvis der ikke foreligger visuel eller fonetisk lighed.

90 Ifølge Harmoniseringskontoret er det eneste retlige spørgsmål blandt de argumenter, som appellanten har fremført, 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.

— Domstolens bemærkninger

91 Hvad for det første angår argumentet om, at Retten i forbindelse med den visuelle sammenligning af de to tegn betonedede forskellene mellem tegnene i stedet for at undersøge deres ligheder, er det tilstrækkeligt at bemærke, at appellanten reelt søger at rejse tvivl om Rettens bedømmelse af de faktiske omstændigheder, hvilket i henhold til den retspraksis, der er nævnt i denne doms præmis 68, ikke er et retsspørgsmål, der som

sådan kan efterprøves af Domstolen under en appelsag, medmindre disse omstændigheder og beviser er blevet urigtigt gengivet.

92 Hvad for det andet angår påstanden om, at Retten så bort fra sin egen praksis ved at udtale, at forbrugernes opmærksomhed i almindelighed først og fremmest henledes på et ords begyndelse, er det tilstrækkeligt at bemærke, at den pågældende udtalelse for det første ikke modsiger den af appellanten anførte udtalelse og for det andet, at Retten på ingen måde gjorde denne regel til et absolut princip, men begrænsede sig til at finde, at dette var tilfældet i det foreliggende tilfælde. Denne bedømmelse af de faktiske omstændigheder kan heller ikke undergives Domstolens efterprøvelse i en appelsag.

93 For det tredje bemærkes, at appellanten med anbringendet om, at den bedømmelse af den fonetiske lighed og den begrebsmæssige lighed, som Retten foretog i præmis 77-79, er forkert, for så vidt som denne bedømmelse ikke understøttes af de faktiske omstændigheder, der blev forelagt Retten, har søgt at opnå, at Domstolen erstatter sin egen bedømmelse af de faktiske omstændigheder med Rettens bedømmelse.

94 Da det imidlertid ikke er blevet påberåbt, at Retten foretog en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder og beviser, er Domstolen ikke kompetent til at bedømme dette spørgsmål.

95 For det fjerde skal det bemærkes, at appellanten baserer sig på en fejlagtig fortolkning af den appellerede dom, når appellanten påstår, at Rettens ræsonnement i den appellerede

doms præmis 79 tilsidesætter det varemærkeretlige princip om, at jo mere almindeligt kendt et ældre varemærke er, eller jo stærkere dets særpræg er, desto større er risikoen for forveksling.

- 96 Retten begrænsede sig nemlig i den appellerede doms præmis 79 til i forbindelse med en bedømmelse af de faktiske omstændigheder, som det ikke tilkommer Domstolen at efterprøve, at konstatere, at tegnet »OBELIX« henviser til en kendt tegneseriefigur og derfor er begrebsmæssigt forskelligt fra tegnet »MOBILIX«, og den udtalte sig således ikke om velkendtheden ved varemærket OBELIX.
- 97 For så vidt som appellantens for det femte har rejst tvivl om Rettens anvendelse af den såkaldte »opvejningsteori«, bemærkes, at Retten har undersøgt alle de elementer, der i overensstemmelse med fast retspraksis skal tages i betragtning ved en helhedsvurdering af risikoen for forveksling.
- 98 Det følger imidlertid af retspraksis, at helhedsvurderingen indebærer, at de begrebsmæssige forskelle mellem to tegn kan opveje de fonetiske og visuelle ligheder mellem dem, hvis mindst et af tegnene, fra den relevante kundekreds' synsvinkel, har en klar og bestemt betydning, som denne kundekreds uden videre kan forstå (jf. i denne retning dom af 12.1.2006, sag C-361/04 P, Ruiz-Picasso m.fl. mod KHIM, Sml. I, s. 643, præmis 20, og af 23.3.2006, sag C-206/04 P, Mühlens mod KHIM, Sml. I, s. 2717, præmis 35).
- 99 Retten kan derfor ikke kritiseres for at have anvendt opvejningsteorien i den appellerede doms præmis 81.

- 100 Hvad endelig for det sjette angår appellanten argument om, at appellanten er indehaver af en varemærkefamilie kendetegnet ved endelsen »ix«, bemærkes, at selv om appellanten har påberåbt sig adskillige ældre varemærker, der efter appellanten opfattelse er omfattet af den pågældende familie, har den alene støttet sin indsigelse på det ældre varemærke OBELIX.
- 101 Det er i den situation, hvor indsigelsen er baseret på tilstedeværelsen af flere varemærker, der frembyder fælles karaktertræk, som gør det muligt at betragte dem som en del af den samme »familie« eller »serie« af varemærker, at der ved bedømmelsen af risikoen for forveksling skal tages hensyn til den omstændighed, at når der er tale om en familie eller serie af varemærker, består risikoen for forveksling nærmere bestemt i, at forbrugeren kan tage fejl med hensyn til herkomsten eller oprindelsen af de varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af det varemærke, som er søgt registreret, og med urette antage, at dette varemærke udgør en del af denne familie eller serie af varemærker (jf. i denne retning dommen i sagen Ponte Finanziaria mod KHIM og F.M.G. Textiles (tidligere Marine Enterprise Projects), præmis 62 og 63).
- 102 Henset til det ovenstående må det andet anbringendes andet led derfor delvist afvises og delvist forkastes.

Om det tredje anbringende om tilsidesættelsen af artikel 74 i forordning nr. 40/94

Parternes argumenter

- 103 For det første har appellanten kritiseret Retten for at have tilsidesat artikel 74 i forordning nr. 40/94 ved i den appellerede doms præmis 36 at forkaste appellanten påstand om, at appelkammeret skulle have anerkendt, at varemærket OBELIX var et

velkendt varemærke med et meget stærkt særpræg og havde et renommé, når disse faktiske omstændigheder på intet punkt var bestridt af den anden part i sagen for appelkammeret.

104 Appellanten finder, at der skal sondres mellem på den ene side den situation, hvori Orange ikke deltager i indsigelsessagen for appelkammeret, en situation, hvori Harmoniseringskontoret kunne træffe sin afgørelse på grundlag af de beviser, som var fremlagt af appellanten, der havde rejst indsigelse i sagen, og på den anden side den situation, hvori Orange deltager i sagen. I sidstnævnte tilfælde ville det i den situation, hvor Orange ikke bestred sagsøgerens argumenter, være absurd at stille krav om, at denne fremlagde bevis for sine argumenter, da der ikke findes noget princip eller nogen regel i fællesskabsretten, hvorefter en part skal fremlægge bevis for en omstændighed, der ikke bestrides af modparten.

105 For det andet har Retten ifølge appellanten tilsidesat artikel 74 i forordning nr. 40/94 ved i lighed med appelkammeret at anerkende, at varemærket OBELIX var almindeligt kendt, havde en høj grad af særpræg og havde et renommé.

106 Harmoniseringskontoret har med henvisning til dommen i sagen Vedial mod KHIM anført, at 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 de omtvistede varemærker 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.

Domstolens bemærkninger

- 107 Det skal først præciseres, at appellantens klagepunkt om Rettens tilsidesættelse af artikel 74 i forordning nr. 40/94 grundet på den omstændighed, at den afviste, at varemærket OBELIX var velkendt, havde en høj grad af særpræg og havde et renommé, hviler på en urigtig fortolkning af den appellerede doms præmis 32-36 og er følgelig ugrundet.
- 108 Retten foretog i den appellerede doms præmis 32-36 ikke selv en undersøgelse af, om varemærket OBELIX var velkendt, havde en høj grad af særpræg og havde et renommé, men begrænsede sig til at efterprøve, om appellantens argument om en tilsidesættelse af artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94, fordi appelkammeret, da Orange ikke havde taget til genmæle herimod, skulle have tiltrådt appellantens vurdering vedrørende varemærket OBELIX, var begrundet.
- 109 Idet appellanten i den forbindelse har gjort gældende, at Retten, da den fastslog, at appelkammeret ikke tilsidesatte artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94, selv tilsidesatte denne artikel, kan dette klagepunkt ikke antages til realitetsbehandling.
- 110 Det er korrekt, at retsspørgsmål, som Retten har behandlet, kan diskuteres på ny under en appelsag, såfremt appellanten bestrider Rettens fortolkning eller anvendelse af fællesskabsretten. 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 mening (jf. bl.a. dom af 6.3.2003, sag C-41/00 P, Interporc mod Kommissionen, Sml. I, s. 2125, præmis 17, og dommen i sagen Storck mod KHIM, præmis 48).

111 Det følger imidlertid af artikel 225 EF og artikel 58, stk. 1, i statuten for Domstolen samt artikel 112, stk. 1, første afsnit, litra c), i Domstolens procesreglement, at et appelskrift præcist skal angive, hvilke elementer der anfægtes i den dom, som påstås ophævet, samt angive de retlige argumenter, der særligt støtter denne påstand. Dette krav er ikke opfyldt, når appelskriftet — endog uden at indeholde en argumentation, der har til formål præcist at angive den retlige fejl, den appellerede dom angiveligt er behæftet med — blot gentager eller ordret gengiver de anbringender og argumenter, der allerede er blevet fremført for Retten (jf. bl.a. dom af 4.7.2000, sag C-352/98 P, Bergaderm og Goupil mod Kommissionen, Sml. I, s. 5291, præmis 34 og 35, og dommen i sagen Storck mod KHIM, præmis 47).

112 Idet appellanten for Retten allerede har gjort gældende, at Harmoniseringskontoret, eftersom Orange ikke har modsagt appellants påstande, der blev fremsat i indsigelsessagen, principielt skulle have lagt til grund, at varemærket OBELIX var velkendt, begrænser appellanten sig med dette anbringende sig til at gentage det argument, der blev fremført for Retten, uden at anføre grundene til, at Retten begik en retlig fejl ved at forkaste det pågældende argument i den appellerede doms præmis 32-36.

113 Appellants tredje anbringende om en tilsidesættelse af artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94 må følgelig forkastes som delvist ugrundet og må delvist afvises.

Om det fjerde anbringende om en tilsidesættelse af artikel 63 i forordning nr. 40/94 og af artikel 135, stk. 4, i Rettens procesreglement, idet Retten afviste påstanden om annullation af den anfægtede afgørelse grundet på en manglende anvendelse af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94

Parternes argumenter

- 114 Ifølge appellanten har Retten ved at afvise at realitetsbehandle dens påstand baseret på artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94 foretaget en fejlagtig fortolkning af klagesagens genstand og har således tilsidesat artikel 63 i forordning nr. 40/94 samt artikel 135, stk. 4, i Rettens procesreglement.
- 115 Retten så bort fra sin egen retspraksis nævnt i dens dom af 9. november 2005, Focus Magazin Verlag mod KHIM — ECI Telecom (Hi-FOCUS) (sag T-275/03, Sml. II, s. 4725, præmis 37), hvorefter det af den funktionelle kontinuitet mellem Harmoniseringskontorets instanser følger, at appelkammeret inden for anvendelsesområdet for artikel 74, stk. 1, in fine, i forordning nr. 40/94 er forpligtet til at støtte sin afgørelse på alle de faktiske og retlige elementer, som den berørte part har fremlagt, dels i sagen for den afdeling, der har truffet afgørelse i første instans, dels — med den ene undtagelse, der nævnes i samme bestemmelses stk. 2 — i klagesagen.
- 116 Appellanten har anført, at selv om de argumenter, som appellanten påberåbte sig for appelkammeret, var baseret på 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 var ophørt med at gøre gældende, at et vitterligt kendt varemærke, der er omfattet af bestemmelserne i forordningens artikel 8, stk. 1,

sammenholdt med artikel 8, stk. 2, litra c), tillige var et varemærke med et »renommé« som omhandlet i forordningens artikel 8, stk. 5, og ligeledes måtte indrømmes beskyttelse i henhold til sidstnævnte bestemmelse.

117 Dertil kommer, at appelkammerets konstatering af, at appellanten udtrykkeligt havde begrænset klagen til spørgsmål vedrørende artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 40/94, er forkert, og appellanten kritiserede dette 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. Det var med urette, at Retten ikke undersøgte realiteten i dette argument i den appellerede dom, idet den afviste påstanden herom.

118 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at mens appellanten skulle have bestridt appelkammerets afgørelse om, at klagen udelukkende var baseret på artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 40/94, og anført, at appelkammeret herved tilsidesatte forordningens artikel 74, kritiserede appellanten det i stævningen for Retten for at have tilsidesat artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94. Idet appelkammeret ikke undersøgte artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94, konkluderede Retten i lyset af procesreglementets artikel 135, stk. 4, med rette, at appellans anmodning om Rettens stillingtagen til en anvendelse af denne bestemmelse ikke kunne antages til realitetsbehandling.

Domstolens bemærkninger

119 Hvad for det første angår den analyse, som Retten foretog ved fastsættelsen af sagens genstand for appelkammeret, bemærkes, at selv om Retten i den appellerede doms præmis 20 konstaterede, at appellanten ikke på noget tidspunkt for appelkammeret anmodede om en eventuel anvendelse af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94, og at appelkammeret derfor ikke har taget stilling hertil, så fastslog den i samme præmis ligeledes, at appellanten i sin indsigelse mod varemærkeansøgningen og for appelkammeret alene påberåbte sig sit ældre varemærkes renommé i forbindelse

med anvendelsen af den nævnte forordnings artikel 8, stk. 1, litra b), altså til støtte for, at der forelå en risiko for forveksling i den relevante kundekreds' bevidsthed.

¹²⁰ Retten kan således ikke kritiseres for ved fastsættelsen af sagens genstand alene at have baseret sig på appellants påstande for appelkammeret. Retten sikrede sig tværtimod, at det ikke fremgik af appellants påstande for Indsigelsesafdelingen, at appellanten også baserede sin indsigelse på artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94.

¹²¹ Efter således at have fastslået, at den relative registreringshindring i artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94 ikke var omfattet af sagen for appelkammeret, afviste Retten med rette dette anbringende

¹²² Appellanten havde således ikke kompetence til for Retten at ændre sagens genstand, således som den fulgte af de påstande og anbringender, der var fremsat af appellanten selv og af Orange (jf. i denne retning dom af 26.4.2007, sag C-412/05 P, Alcon mod KHIM, Sml. I, s. 3569, præmis 43).

¹²³ For det første består den prøvelse, som Retten skal foretage i henhold til artikel 63 i forordning nr. 40/94, i en lovlighedsprøvelse af de afgørelser, der træffes af Harmoniseringskontorets appelkamre. Retten kan kun ophæve eller omgøre den anfægtede afgørelse, hvis den på det tidspunkt, den blev truffet, var behæftet med en af

de ophævelses- eller omgørelsesgrunde, der er nævnt i forordningens artikel 63, stk. 2 (jf. i denne retning dom af 13.3.2007, sag C-29/05 P, KHIM mod Kaul, Sml. I, s. 2213, præmis 53).

¹²⁴ For det andet følger det af artikel 135, stk. 4, i Rettens procesreglement, at parterne ikke kan foretage ændringer i sagsgenstanden, som den har foreligget for appelkammeret.

¹²⁵ Hvad for det andet angår påstanden om, at appelkammeret fejlagtigt fastslog, at artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94 ikke var omfattet af sagen, skal det bemærkes, at appellanten har fremført et anbringende, der ikke var omfattet af sagen for Retten til prøvelse af afgørelsen, og en sådan påstand udgør et nyt anbringende, der udvider sagens genstand, og som derfor ikke kan gøres gældende for første gang på tidspunktet for appellen.

¹²⁶ En anerkendelse af en adgang for en part til først for Domstolen at fremføre et anbringende og argumenter, som parten ikke har fremført for Retten, ville nemlig være ensbetydende med at give ham ret til at forelægge Domstolen — der har en begrænset kompetence i appelsager — en mere omfattende tvist end den, der blev forelagt Retten. Under en appel har Domstolen således kun kompetence til at tage stilling til den retlige afgørelse, der er blevet truffet vedrørende de anbringender og argumenter, der er blevet behandlet i første instans (jf. bl.a. dom af 1.6.1994, sag C-136/92 P, Kommissionen mod Brazzelli Lualdi m.fl., Sml I, s. 1981, præmis 59, af 30.3.2000, sag C-266/97 P, VBA mod VGB m.fl., Sml. I, s. 2135, præmis 79, af 29.4.2004, forenede sager C-456/01 P og C-457/01 P, Henkel mod KHIM, Sml. I, s. 5089, præmis 50, og dommen i sagen JCB Service mod Kommissionen, præmis 114).

¹²⁷ Det følger heraf, at det fjerde anbringende delvist må forkastes og delvist afvises.

Om det femte anbringende om en tilsidesættelse af artikel 63 i forordning nr. 40/94 og af Rettens procesreglement, idet Retten afviste appellants påstand om en hjemvisning af sagen til fortsat behandling ved appelkammeret

Parternes argumenter

- 128 Ifølge appellanten var den påstand, som blev fremsat for Retten, ikke en ny påstand, men en subsidiær påstand baseret på artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94. Da en principal påstand nødvendigvis omfatter alle dertil knyttede påstande, ændres sagens genstand ikke hver gang, der tilføjes en påstand til den oprindelige påstand.
- 129 Retten har derfor ved at fastslå, at påstanden er ny og ændrer sagens genstand, og ved følgelig at afvise appellants påstand tilsidesat artikel 63 i forordning nr. 40/94 og artikel 44 og 48 samt artikel 135, stk. 4, i Rettens procesreglement.
- 130 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at den pågældende påstand er baseret på et nyt anbringende om, at appelkammeret tilsidesatte artikel 74, stk. 1, i forordning nr. 40/94 ved ikke at tage stilling til anvendelsen af forordningens artikel 8, stk. 5, og at det først blev fremsat af appellanten, da denne blev klar over, at dens anbringende om en tilsidesættelse af sidstnævnte bestemmelse ikke kunne antages til realitetsbehandling. Henset til, at denne subsidiære påstand først blev fremsat på tidspunktet for retsmødet, var det ifølge Harmoniseringskontoret med rette, at Retten under henvisning til artikel 44 og 48 i Rettens procesreglement afviste den.

Domstolens bemærkninger

- ¹³¹ Som det følger af præmis 119-124 i denne dom, var det med rette, at Retten afviste anbringendet om en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94.
- ¹³² Appellantens her omhandlede anbringende, hvormed denne har kritiseret Retten for at have kvalificeret den påstand, som appellanten har hævdet blev fremsat som en subsidiær påstand til anbringendet om en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 40/94 og under antagelse af, at Retten ville anse dette anbringende som begrundet, som en ny påstand, må følgelig forkastes som irrelevant.

Om det sjette anbringende om en tilsidesættelse af artikel 63 i forordning nr. 40/94 og af artikel 135, stk. 4, i Rettens procesreglement, idet Retten har afvist at antage visse dokumenter til realitetsbehandling

Parternes argumenter

- ¹³³ Appellanten har gjort gældende, at Retten ved at erklære, at visse dokumenter, som appellanten fremlagde for første gang for Retten, ikke kunne antages til realitetsbehandling, tilsidesatte artikel 63 i forordning nr. 40/94 samt artikel 135, stk. 4, i Rettens procesreglement.
- ¹³⁴ I det foreliggende tilfælde fremlagde appellanten udelukkende nye dokumenter for Retten, fordi appelkammeret havde anset de beviser, der blev fremlagt for det, for utilstrækkelige.

- 135 Ifølge Harmoniseringskontoret må det sjette anbringende forkastes for så vidt som Rettens rolle består i at efterprøve lovligheden af appelkammerets afgørelser og ikke i at efterprøve, om den i forbindelse med, at den træffer afgørelse i en sag anlagt til prøvelse af en af disse afgørelser, lovligt kan træffe en ny afgørelse med samme konklusion. Appelkammeret kan derfor ikke kritiseres for nogen ulovlighed i relation til faktiske forhold, der ikke blev forelagt kammeret.

Domstolens bemærkninger

- 136 Som Retten med rette har anført i den appellerede doms præmis 16, har en sag, der indbringes for Retten, til formål at få efterprøvet lovligheden af afgørelserne truffet af appelkamrene ved Harmoniseringskontoret i henhold til artikel 63 i forordning nr. 40/94.
- 137 Det følger af denne bestemmelse, at faktiske omstændigheder, der ikke er påberåbt ved Harmoniseringskontorets instanser, ikke kan påberåbes i forbindelse med et søgsmål, der indbringes for Retten.
- 138 Det følger ligeledes af bestemmelsen, at Retten ikke kan undersøge de faktiske omstændigheder igen i lyset af de beviser, der forelægges denne for første gang. Lovligheden af en afgørelse truffet af et appelkammer må således vurderes på grundlag af de oplysninger, der forelå for appelkammeret på det tidspunkt, hvor det traf afgørelsen.
- 139 I den forbindelse har Domstolen allerede bemærket, at det følger af artikel 61, stk. 2, og af artikel 76 i forordning nr. 40/94, at med henblik på behandling af den klage, der er indbragt for appelkammeret, opfordrer appelkammeret om fornødent parterne til inden for en af kammeret fastsat frist at fremkomme med deres bemærkninger til dets meddelelser, og at det ligeledes kan træffe afgørelse om bevisoptagelse, herunder om

fremlæggelse af dokumenter og bevismidler. Artikel 62, stk. 2, i forordning nr. 40/94 præciserer, at hvis appelkammeret hjemviser sagen til videre behandling i den afdeling, der har truffet den pågældende afgørelse, er denne afdeling bundet af præmisserne og konklusionerne i appelkammerets afgørelse, »såfremt de faktiske omstændigheder er uforandrede«. Sådanne bestemmelser bekræfter muligheden for, at den faktuelle baggrund kan blive udvidet igennem de forskellige stadier i sagens forløb ved Harmoniseringskontoret (dommen i sagen KHIM mod Kaul, præmis 58).

140 Appellanten kan derfor ikke påberåbe sig en utilstrækkelig adgang til at forelægge bevismidler for Harmoniseringskontoret.

141 Desuden bemærkes, at artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94 bestemmer, at Harmoniseringskontoret kan se bort fra kendsgerninger og beviser, som ikke er påberåbt eller fremført rettidigt af de pågældende parter.

142 Domstolen har i den forbindelse fastslået, at når sådanne kendsgerninger og beviser ikke, som i den foreliggende sag, er blevet påberåbt og fremlagt af den berørte part inden for en frist, der er fastsat herfor i henhold til bestemmelserne i forordning nr. 40/94, og dermed heller ikke »rettidigt« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i nævnte forordnings artikel 74, stk. 2, har den pågældende part ikke en ubetinget ret til at få dem taget i betragtning af appelkammeret ved Harmoniseringskontoret, idet appelkammeret tværtimod har en skønsmargen med henblik på at beslutte, om en sådan hensyntagen skal finde sted henset til den afgørelse, som appelkammeret skal træffe (jf. dommen i sagen KHIM mod Kaul, præmis 63).

143 De beviser, der aldrig har været forelagt Harmoniseringskontoret, har under alle omstændigheder ikke været forelagt rettidigt og kan ikke udgøre et kriterium for lovligheden af appelkammerets afgørelse.

144 Idet Rettens afgørelse om at afvise de dokumenter, der blev fremlagt for første gang for denne, er berettiget i henhold til artikel 63 i forordning nr. 40/94, er det ikke længere

nødvendigt at undersøge appellanterns argumenter om den påståede tilsidesættelse af artikel 135, stk. 4, i Rettens procesreglement.

145 På baggrund af det ovenstående må det sjette anbringende forkastes som ubegrundet.

146 Idet ingen af appellanterns anbringender kan tiltrædes, må appellen forkastes i det hele.

Sagens omkostninger

147 I henhold til artikel 69, stk. 2, i Domstolens procesreglement, der i henhold til samme reglements artikel 118 finder tilsvarende anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Harmoniseringskontoret har nedlagt påstand om, at appellantern tilpligtes at betale sagens omkostninger, og da appellantern har tabt sagen, bør det pålægges sidstnævnte at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Første Afdeling):

1) Appellen forkastes.

2) Les Éditions Albert Rene Sàrl betaler sagens omkostninger.

Underskrifter