DOMSTOLENS DOM (Første Afdeling)

23. marts 2006 *

I sag C-206/04 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i Domstolens statut, iværksat den 6. maj 2004,

Mülhens GmbH & Co. KG, Köln (Tyskland), ved Rechtsanwälte T. Schulte-Beckhausen og C. Musiol,

appellant,

de andre parter i appelsagen:

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved S. Laitinen og A. von Mühlendahl, som befuldmægtigede,

sagsøgte i første instans,

* Processprog: engelsk.

Zirh International Corp., New York (USA), ved Rechtsanwalt L. Kouker,

intervenient i første instans,

har

DOMSTOLEN (Første Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, P. Jann, og dommerne N. Colneric, J.N. Cunha Rodrigues, M. Ilešič (refererende dommer) og E. Levits,

generaladvokat: D. Ruiz-Jarabo Colomer
justitssekretær: ekspeditionssekretær M. Ferreira,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 6. oktober 2005,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 10. november 2005,

afsagt følgende

Dom

1 I appelskriftet har Mülhens GmbH & Co. KG nedlagt påstand om ophævelse af den dom, der blev afsagt af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans den

3. marts 2004, Mülhens mod KHIM — Zirh International (ZIRH) (sag T-355/02, Sml. II, s. 791, herefter »den appellerede dom«), hvorved appellanten ikke fik medhold i sin påstand om annullation af den afgørelse, der var blevet truffet af Andet Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«) den 1. oktober 2002 (sag R 247/2001-3), hvorved dette afviste den indsigelse, som appellanten havde rejst mod registreringen af ordmærket »ZIRH« (herefter »den anfægtede afgørelse«).

Retsforskrifter

2 Artikel 8, stk. 1, i Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1) bestemmer:

»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«.

3 Forordningens artikel 8, stk. 2, er affattet således:

»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

[...]«

4 Artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 har i det væsentlige samme ordlyd som artikel 4, stk. 1, litra b), i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1).

Sagens baggrund

5 Den 21. september 1999 indgav Zirh International Corp. (herefter »Zirh Corp.«) en ansøgning til Harmoniseringskontoret om registrering af ordmærket »ZIRH« som EF-varemærke for de varer og tjenesteydelser, der henhører under klasse 3, 5 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 (herefter »Nice-arrangementet«).

6 Den 24. maj 2000 rejste appellanten indsigelse i henhold til artikel 42 i forordning nr. 40/94 mod registrering af varemærket for alle de varer og tjenesteydelser, ansøgningen vedrørte. Indsigelsen var begrundet med, at der forelå et ældre EF-varemærke, nemlig et blandet ord- og figurtegn, der består af ordet »SIR«, ledsaget af en heraldisk figur, der var registreret for varer, der henhører under klasse 3 i Nice-arrangementet, og som svarer til følgende beskrivelse: »Parfumerivarer, æteriske olier, kosmetiske præparater, hårvand, tandplejemidler, sæber« (herefter »det ældre varemærke«).

7 Den 29. juni 2001 blev indsigelsen forkastet af Harmoniseringskontorets Indsigelsesafdeling, der bl.a. fandt, at selv om de pågældende varer og tjenesteydelser blev markedsført gennem de samme afsætningskanaler eller på de samme salgssteder, var forskellene mellem de to varemærker klart større end den fonetiske lighed, der måtte være mellem varemærkerne på nogle af de officielle sprog i Den Europæiske Union, hvorfor der ikke var en risiko for forveksling mellem de to varemærker.

8 Den 10. juli 2001 påklagede appellanten afgørelsen til Andet Appelkammer ved Harmoniseringskontoret, der med den anfægtede afgørelse gav afslag på klagen og stadfæstede den afgørelse, Indsigelsesafdelingen havde truffet, med henvisning til de samme grunde som denne.

Retsforhandlinger ved Retten og den appellerede dom

9 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 4. december 2002 anlagde appellanten sag til prøvelse af den anfægtede afgørelse med påstand om annullation heraf, støttet af et eneste anbringende vedrørende tilsidesættelsen af begrebet risiko for forveksling, som omhandlet i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

10 Retten henviste først, i den appellerede doms præmis 33-43, til de bestemmelser, der finder anvendelse, og den relevante retspraksis på området for risiko for forveksling med et ældre varemærke.

11 Dernæst foretog Retten en helhedsvurdering af alle de relevante faktorer, idet den bl.a. tog hensyn til de bestanddele, der har særpræg eller dominans, hvorefter den fastslog, at den fonetiske lighed, der var mellem de omhandlede varemærker, i væsentlig grad var blevet opvejet. Retten udtrykte sig således:

»44 Hvad angår den visuelle sammenligning mellem de omtvistede varemærker kan det for det første konstateres, at selv om ordbestanddelene i de to varemærker har det andet og det tredje anvendte bogstav til fælles, nemlig bogstaverne »ir«, har de ikke ubetydelige visuelle forskelle. De første bogstaver, der er henholdsvis »s« og »z«, er nemlig forskellige. Desuden er de pågældende ordbestanddele sammensat af et forskelligt antal bogstaver, idet bogstaverne »ir« er efterfulgt af bogstavet »h« i det ansøgte varemærke. Endvidere er ordmærket i det ældre varemærke ledsaget af en heraldisk figur, mens det ansøgte varemærke udelukkende består af et ordmærke, der er skrevet med almindelige skrifttyper.

Ved den samlede visuelle vurdering af de omtvistede tegn, foreligger der særlige bestanddele for hvert tegn, der gør, at helhedsindtrykket af hvert tegn er forskelligt.

45 Hvad angår den fonetiske lighed har Harmoniseringskontoret ikke bestridt, at ordbestanddelene i de to varemærker ligner hinanden på visse af Den Europæiske Unions officielle sprog. Harmoniseringskontoret har nemlig i svarskriftets punkt 26 med rette gjort gældende, at det ældre varemærke i mange medlemsstater med stor sandsynlighed vil blive udtalt på engelsk, da »sir« er et velkendt engelsk ord, der vil kunne tænkes at være kendt af selv en ikke-engelsktalende kundekreds. Selv om det ansøgte EF-varemærke på visse sprog kan udtales forskelligt, bemærkes det, hvilket Harmoniseringskontoret har erkendt, at de omhandlede varemærker i hvert fald i engelsktalende lande og Spanien fonetisk ligner hinanden, da de respektive forskelle i udtalen på engelsk og spansk ikke er særligt udprægede. Varemærkerne skal derfor antages at have fonetisk lighed i disse lande.

46 Hvad angår den begrebsmæssige sammenligning af de omtvistede varemærker har sagsøgeren ikke bestridt Harmoniseringskontorets vurdering på dette punkt. Som Harmoniseringskontoret med rette har gjort gældende, er der ingen begrebsmæssig lighed, da det er sandsynligt, at gennemsnitsforbrugeren i medlemsstaterne vil tænke på det engelske ord »sir«, på grund af det udbredte kendskab til dette ord i Europa. Da ordet »zirh« ikke har nogen klar betydning på noget af de 11 officielle sprog i Den Europæiske Union, vil den brede offentlighed derfor opfatte ordet »zirh« som en neologisme. Det må derfor fastslås, at der ikke foreligger en begrebsmæssig lighed mellem de to varemærker.

47 Det må følgelig fastslås, at der hverken er en visuel eller begrebsmæssig lighed mellem varemærkerne SIR og ZIRH. Fonetisk ligner de omtvistede varemærker hinanden i visse lande. Det skal i den forbindelse bemærkes, at ifølge retspraksis

kan det ikke udelukkes, at en fonetisk lighed mellem to varemærker i sig selv kan skabe risiko for forveksling ((Domstolens dom af 22.6.1999, sag C-342/97), Lloyd Schuhfabrik Meyer (Sml. I, s. 3819), præmis 28, og Rettens dom af 15.1.2003, sag T-99/01, Mystery Drinks mod KHIM — Karlsberg Brauerei (MYSTERY), Sml. II, s. 43, præmis 42).

48 Som allerede anført i præmis 39 og 42 ovenfor skal der foretages en helhedsvurdering af alle de relevante faktorer i den foreliggende sag på grundlag af de omtvistede varemærkers helhedsindtryk, idet der navnlig tages hensyn til de bestanddele af varemærkerne, der har særpræg og dominans.

49 Ifølge Rettens praksis kan fonetiske ligheder opvejes af begrebsmæssige forskelle, der adskiller de pågældende varemærker. For at der kan blive tale om en sådan opvejning kræves det, at mindst et af de omhandlede varemærker fra den relevante kundekreds' synsvinkel har en klar og bestemt betydning, som denne kundekreds uden videre kan forstå ((Rettens dom af 14.10.2003, sag T-292/01, Phillips-Van Heusen mod KHIM — Pash Textilvertrieb und Einzelhandel (BASS), Sml. II, s. 4335), præmis 54).

50 Som der er blevet redegjort for i præmis 46, er dette tilfældet for ordbestanddelen af det ældre varemærke i den foreliggende sag. Dette afkræftes ikke af, at ordmærket ikke betegner nogen egenskab ved de varer, for hvilke registreringen af dette varemærke er blevet foretaget. Dette forhold forhindrer nemlig ikke den relevante kundekreds i uden videre at forstå betydningen af ordbestanddelen af det ældre varemærke. For at opveje fonetiske ligheder mellem de omhandlede varemærker er det tilstrækkeligt, at et af de omhandlede mærker har en sådan betydning, såfremt det andet mærke ikke har en sådan betydning eller blot har en helt anden betydning (jf. i denne retning BASS-dommen, præmis 54).

51 I den foreliggende sag bestyrkes denne opvejelse af den omstændighed, at varemærkerne SIR og ZIRH ligeledes har visuelle forskelle. I den sammenhæng bemærkes, som Harmoniseringskontoret har fremhævet, at graden af fonetisk lighed mellem to varemærker har en begrænset betydning ved varer, der markedsføres således, at den relevante kundekreds normalt ved købet ligeledes opfatter det mærke, varerne er omfattet af, visuelt (jf. i denne retning BASS-dommen, præmis 55).

52 Dette er tilfældet for varerne, som omhandles i den foreliggende sag, i modsætning til hvad sagsøgeren har anført. Sagsøgerens argumenter om, at salget af varer, der er omfattet af det ældre varemærke, ikke udelukkende sker på grundlag af deres visuelle aspekter, og at parfumerier og frisør- og skønheds-saloner er en vigtig markedsføringskanal for sagsøgerens varer, afkræfter ikke denne konklusion.

53 I den forbindelse bemærkes, at sagsøgeren på ingen måde har godtgjort, at virksomhedens varer almindeligvis markedsføres på en sådan måde, at kundekredsen ikke har nogen visuel opfattelse af varemærket. Sagsøgeren har begrænset sig til at anføre, at der er en traditionel afsætningskanal gennem parfumerier og frisør- og skønhedssaloner, hvor varen ikke kan tages direkte af kunderne selv, men kun gennem en sælger som mellemled.

54 Selv om det antages, at parfumerier og frisør- og skønhedssaloner kan udgøre vigtige afsætningskanaler for sagsøgerens varer, er det ubestridt, at varerne også på disse steder almindeligvis er udstillet på hylder på en måde, der giver forbrugerne mulighed for en visuel undersøgelse. Det følger heraf, at selv om det ikke er udelukket, at de pågældende varer ligeledes kan sælges ifølge en mundtlig bestilling, kan det ikke antages, at dette er den almindelige fremgangsmåde ved afsætningen af disse varer.«

12 Følgelig fastslog Retten i den appellerede doms præmis 55, at graden af lighed mellem de pågældende varemærker ikke er tilstrækkelig stor til at antage, at den relevante kundekreds kan tro, at de pågældende varer hidrører fra den samme virksomhed eller i givet fald fra økonomisk forbundne virksomheder, og Harmoniseringskontoret blev på denne baggrund frifundet.

Appellen

13 Appellanten har nedlagt påstand om, at den appellerede dom ophæves og den anfægtede afgørelse annulleres, og at Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger. Appellanten har til støtte for appellen gjort et eneste anbringende gældende, der består af to led, og som vedrører tilsidesættelsen af artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Hvert af de to led indeholder selv to forskellige klagepunkter.

14 Harmoniseringskontoret og Zirh Corp. har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og at appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Om det første led af det eneste anbringende (risiko for forveksling)

Det første klagepunkt

— Parternes argumenter

15 Appellanten har gjort gældende, at den delvise lighed og delvise identitet mellem de omhandlede varer og tjenesteydelser på den ene side, og den fonetiske lighed

mellem de omhandlede varemærker på den anden side medfører, at der er risiko for forveksling mellem varemærkerne. Ifølge appellanten, der i den forbindelse har påberåbt sig præmis 28 i Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, indebærer artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, at den væsentlige lighed vedrørende et af de sensoriske kriterier godtgør, at der er risiko for forveksling. I det foreliggende tilfælde skyldes denne risiko den fonetiske lighed.

16 Harmoniseringskontoret har ikke bestridt appellantens analyse for så vidt angår ligheden mellem varemærkerne. Imidlertid er det af den opfattelse, at rækkevidden af Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen blot er erkendelsen af en mulighed for, at den fonetiske lighed er tilstrækkelig til at godtgøre, at der er risiko for forveksling.

— Domstolens bemærkninger

17 Indledningsvis bemærkes, at ifølge syvende betragtning til forordning nr. 40/94 afhænger bedømmelsen af risikoen for forveksling 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.

18 Risikoen for forveksling i offentlighedens bevidsthed skal således underkastes en helhedsvurdering under hensyntagen til alle de relevante faktorer i det foreliggende tilfælde (jf. i denne retning, vedrørende direktiv 89/104, dom af 11.11.1997, sag C-251/95, SABEL, Sml. I, s. 6191, præmis 22, og af 22.6.2000, sag C-425/98, Marca Mode, Sml. I, s. 4861, præmis 40).

19 Denne helhedsvurdering skal for så vidt angår de pågældende varemærkers visuelle, fonetiske eller begrebsmæssige lighed være baseret på helhedsindtrykket af varemærkerne, idet der bl.a. skal tages hensyn til de bestanddele, der har særpræg eller dominans (jf. bl.a., vedrørende direktiv 89/104, SABEL-dommen, præmis 23, og Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 25).

20 I den forbindelse fastslog Retten i den appellerede doms præmis 47, efter at have foretaget en bedømmelse af helhedsindtrykket af de to pågældende tegn, at der hverken er en visuel eller begrebsmæssighed lighed mellem tegnene, men at de derimod fonetisk ligner hinanden i visse lande, hvilket ikke udelukker, at denne eneste lighed kan skabe risiko for forveksling.

21 Det kan ikke udelukkes, at alene en fonetisk lighed mellem varemærker kan skabe risiko for forveksling som omhandlet i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 (jf., vedrørende direktiv 89/104, Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen, præmis 28). Det bør imidlertid bemærkes, at en sådan risiko skal fastslås som led i en helhedsvurdering for så vidt angår den begrebsmæssige, visuelle og fonetiske lighed mellem de pågældende tegn. I den forbindelse er bedømmelsen af, om der er en fonetisk lighed, blot en af de relevante faktorer, der indgår i helhedsvurderingen.

22 Man kan følgelig ikke af præmis 28 i Lloyd Schuhfabrik Meyer-dommen udlede, at der nødvendigvis er risiko for forveksling hver gang det godtgøres, at der alene er fonetisk lighed mellem to tegn.

23 Derfor har Retten, som led i helhedsvurderingen af risikoen for forveksling, med rette undersøgt helhedsindtrykket af de to pågældende tegn for så vidt angår de eventuelle begrebsmæssige, visuelle og fonetiske ligheder.

24 Herefter må det første klagepunkt i det første led af det eneste anbringende forkastes.

Det andet klagepunkt

— Parternes argumenter

25 Ifølge appellanten er den fonetiske lighed tilstrækkelig til at godtgøre, at der foreligger en risiko for forveksling, hvis de varer, som de omhandlede varemærker vedrører, ikke udelukkende købes efter at være blevet set. Hvad angår de omhandlede varer har forbrugerne i mange forretninger ikke mulighed for at betjene sig selv, og de må derfor udtrykkeligt bede om dem. Desuden købes disse varer ofte via telefon. Ifølge appellanten kender den forbruger, der i alle disse tilfælde blot har et fonetisk indtryk af varemærket »SIR«, ikke de visuelle kendetegn ved de varer, som dette mærke betegner.

26 Ifølge Harmoniseringskontoret er den fonetiske lighed ikke afgørende i det foreliggende tilfælde, da de omhandlede varer almindeligvis købes efter at være blevet set. Varerne markedsføres nemlig ifølge Harmoniseringskontoret således, at de relevante kundekredse ved købet opfatter varemærket som en visuel angivelse af disse varer. Selv om det er muligt verbalt at henvise til de omhandlede varer, finder Harmoniseringskontoret følgelig, at den afsætningskanal, der kræver en verbal bestilling, ikke er typisk eller gennemsnitlig ved køb af disse varer. På denne baggrund finder Harmoniseringskontoret, at der ikke i denne sag er nogen risiko for forveksling som omhandlet i artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

— Domstolens bemærkninger

27 Hvad angår appellantens andet klagepunkt vedrørende betydningen af fremgangsmåden ved markedsføring af de omhandlede varer bemærkes, at hensigten med appellen i realiteten er, at Domstolen sætter sin egen vurdering af de faktiske omstændigheder i stedet for Rettens.

28 Imidlertid udgør Rettens vurdering, der fremgår af den appellerede doms præmis 52-54, hvorefter de omhandlede varer almindeligvis markedsføres på en sådan måde, at de relevante kundekredse kan foretage en visuel undersøgelse af dem, en bedømmelse af faktisk art, der ikke kan efterprøves af Domstolen i en appelsag. Det fremgår nemlig af artikel 225, stk. 1, andet afsnit, EF og artikel 58, stk. 1, i Domstolens statut, 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 tage stilling til bevismaterialet. Bedømmelsen af de faktiske omstændigheder og bevismaterialet er således ikke et retsspørgsmål, der som sådan kan efterprøves af Domstolen under en appelsag, medmindre disse omstændigheder og beviser er blevet forkert gengivet (jf. dom af 15.9.2005, sag C-37/03 P, BioID mod KHIM, Sml. I, s. 7975, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis).

29 Da appellanten ikke har gjort gældende, at Retten har gengivet de faktiske omstændigheder og bevismaterialet forkert, må det andet klagepunkt i det første led af det eneste anbringende afvises.

30 Følgelig fastslås, for så vidt angår det første led af det eneste anbringende, at Retten ikke har tilsidesat artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

31 På baggrund af ovenstående overvejelser kan det første led af det eneste anbringende derfor delvis ikke antages til realitetsbehandling, delvis er det ugrundet.

Om det andet led af det eneste anbringende (opvejningen af den fonetiske lighed)

Det første klagepunkt

— Parternes argumenter

32 Appellanten har gjort gældende, at udgangspunktet for Rettens argumentation, som den kommer til udtryk i den appellerede doms præmis 48 og 49, er urigtigt. Ifølge appellanten kan den fonetiske lighed ikke opvejes af de visuelle og begrebsmæssige forskelle.

33 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at hvis Domstolen tiltræder Rettens argumentation i dommen i sagen Phillips-Van Heusen mod KHIM — Pash Textilvertrieb und Einzelhandel (BASS) (præmis 54), hvorefter de begrebsmæssige og visuelle forskelle, der adskiller de to varemærker, opvejer de fonetiske ligheder, hvis mindst et af varemærkerne, fra den relevante kundekreds' synsvinkel, har en klar og bestemt betydning, som denne kundekreds uden videre kan forstå, skal den anvende argumentationen i denne sag.

— Domstolens bemærkninger

34 Som det er anført i denne doms præmis 19, skal helhedsvurderingen for så vidt angår de pågældende varemærkers visuelle, fonetiske eller begrebsmæssige lighed være baseret på helhedsindtrykket af varemærkerne, idet der bl.a. skal tages hensyn til de bestanddele, der har særpræg eller dominans.

35 Denne helhedsvurdering indebærer, at de begrebsmæssige og visuelle forskelle mellem to tegn kan opveje de fonetiske 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).

36 Følgelig kunne Retten, efter med rette i den appellerede doms præmis 48 og 49 at have anført, at helhedsvurderingen tillige omfatter en bedømmelse af de bestanddele i de omhandlede tegn, der har særpræg eller dominans, og at de fonetiske ligheder kan opvejes af de begrebsmæssige forskelle på tegnene, uden at tilsidesætte artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 fastslå, at graden af lighed mellem de omtvistede tegn ikke er tilstrækkelig stor til at antage, at den relevante kundekreds kan tro, at de pågældende varer hidrører fra den samme virksomhed, eller i givet fald fra økonomisk forbundne virksomheder.

37 Heraf følger, at det første klagepunkt i det andet led i det eneste anbringende skal forkastes.

Det andet klagepunkt

— Parternes argumenter

38 Appellanten har gjort gældende, at den væsentlige betydning af varemærket »SIR« kun er klar, når varemærket udtales på engelsk. Udtalen på alle andre officielle sprog i Den Europæiske Union giver ingen mening og skaber et rent fantasitegn. Ifølge appellanten kunne Retten derfor ikke i denne sag lægge til grund, at et af de omhandlede varemærker har en klar og bestemt betydning, for derefter at fastslå, at den fonetiske lighed opvejes af de begrebsmæssige og visuelle forskelle, der adskiller disse varemærker. Derfor har Retten foretaget en urigtig retsanvendelse, da den fortolkede artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

39 Harmoniseringskontoret har anført, at figurmærket »SIR« har en klar og bestemt betydning som omhandlet i Rettens dom i sagen Phillips-Van Heusen mod KHIM — Pash Textilvertrieb und Einzelhandel (BASS) (præmis 54). Derfor har Retten ikke foretaget en urigtig retsanvendelse, da den fortolkede artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

— Domstolens bemærkninger

40 Hvad angår appellantens andet klagepunkt vedrørende bedømmelsen af de begrebsmæssige og visuelle forskelle på de omhandlede tegn må det fastslås, at hensigten med appellen i realiteten er, at Domstolen sætter sin egen vurdering af de faktiske omstændigheder i stedet for Rettens.

41 I den forbindelse er det tilstrækkeligt at bemærke, at Rettens stillingtagen i den appellerede doms præmis 50 og 51, hvorefter de begrebsmæssige og visuelle forskelle på de omhandlede tegn opvejer den fonetiske lighed, er en bedømmelse af faktisk art, der ikke kan efterprøves af Domstolen i en appelsag. Det fremgår nemlig af artikel 225, stk. 1, andet afsnit, EF og artikel 58, stk. 1, i Domstolens statut, at appel er begrænset til retsspørgsmål. Det er derfor alene Retten, der har kompetence til at fastlægge og bedømme de relevante faktiske omstændigheder og til at tage stilling til bevismaterialet. Bedømmelsen af disse faktiske omstændigheder og bevismaterialet er således ikke et retsspørgsmål, der som sådan kan efterprøves af Domstolen under en appelsag, medmindre disse omstændigheder og beviser er blevet forkert gengivet (jf. dommen i sagen BioID mod KHIM, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis).

42 Da appellanten ikke har gjort gældende, at Retten har gengivet de faktiske omstændigheder og bevismaterialet forkert, må det andet klagepunkt i det andet led af det eneste anbringende afvises.

43 Følgelig fastslås for så vidt angår det andet led af det eneste anbringende, at Retten ikke har tilsidesat artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

44 På baggrund af ovenstående overvejelser kan det andet led af det eneste anbringende derfor delvis ikke antages til realitetsbehandling, delvis er det ugrundet.

45 Ingen af leddene af det eneste anbringende, som appellanten har gjort gældende til støtte for appellen, er begrundet, og appellen må derfor forkastes.

Sagens omkostninger

46 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, der i medfør af procesreglementets artikel 118 finder tilsvarende anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Harmoniseringskontoret og Zirh Corp. har nedlagt påstand om, at appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger, og appellanten 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) Mülhens GmbH & Co. KG betaler sagens omkostninger.

Underskrifter