

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (andra avdelningen)

*

I mål T-399/02,

Eurocermex SA, Evere (Belgien), företrätt av advokaterna **A. Bertrand** och **T. Reisch**,

sökande,

mot

Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken och mönster),
företrädd av **S. Laitinen** och **A. Rassat**, båda i egenskap av ombud,

svarande,

angående en talan om ogiltigförklaring av det beslut som har fattats av första överklagandenämnden vid harmoniseringsbyrån den 21 oktober 2002 (ärende R 188/2002-1), avseende en ansökan om registrering av ett tredimensionellt varumärke (en flaska med lång hals i vilken en citronskiva är fastsatt) som gemenskapsvarumärke,

* Rättegångsspråk: franska.

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (andra avdelningen)

sammansatt av ordföranden J. Pirrung samt domarna A.W.H. Meij och N.J. Forwood,

justitiesekreterare: J. Palacio González, byrådirektör,

med beaktande av den ansökan som ingavs till förstainstansrättens kansli den 31 december 2002,

med beaktande av den svarsinlaga som ingavs till förstainstansrättens kansli den 24 april 2003,

efter förhandling den 25 november 2003,

följande

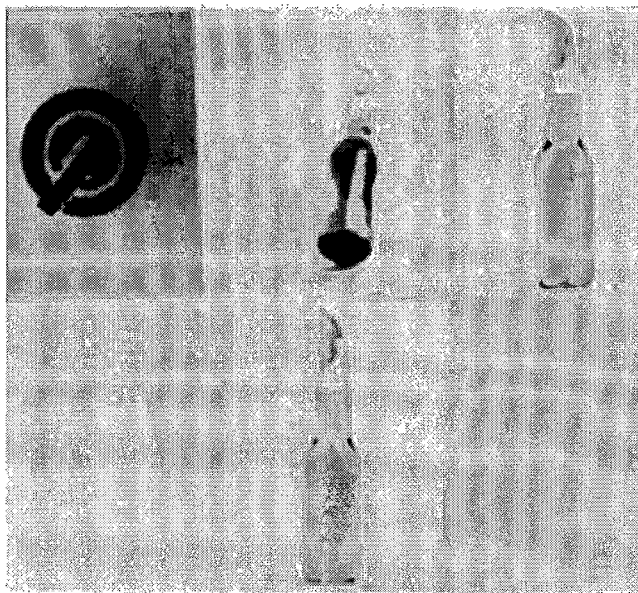
Dom

Bakgrund till tvisten

- 1 Den 27 november 1998 ingav sökanden, vars verksamhet består i att sälja och distribuera det mexikanska ölet CORONA inom Europa, en ansökan om gemenskapsvarumärke till Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (nedan kallad harmoniseringsbyrån), i

enlighet med rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärke (EGT L 11, 1994 s. 1; svensk specialutgåva, område 17, volym 2, s. 3) i ändrad lydelse.

- 2 Det varumärke som registreringsansökan avsåg är en tredimensionell form för vilken det även görs anspråk på färgerna gult och grönt. Det framgår av den grafiska framställningen, såsom den framställs i bilagan till registreringsansökan (återgiven i svart och vitt nedan), att varumärket utgörs av en genomskinlig flaska som är fylld med en gul vätska och som har en lång hals i vilken i citronskiva med grönt skal är fastsatt.



- 3 De varor och tjänster som registreringsansökan avsåg omfattas av klasserna 16, 25, 32 och 42 i Niceöverenskommelsen av den 15 juni 1957 om internationell

klassificering av varor och tjänster för varumärkesregistrering, med ändringar och tillägg, och motsvarar för var och en av klasserna följande beskrivning:

- klass 16: ”Papper, kartong samt produkter därav; trycksaker, bokbinderi-material, fotografier; pappersvaror (skriv- och kontorsmaterial); klister och lim för pappersvaror och hushållsändamål; kontorsutrustning med undantag av möbler; plastmaterial för emballering (ej ingående i andra klasser) trycktyper; klichéer ”,

- klass 25: ”Kläder, T-shirts, kortbyxor av alla slag; fotbeklädnader av alla slag; huvudbonader av alla slag”,

- klass 32: ”Öl; mineral- och kolsyrat vatten, fruktjuicer”,

- klass 42: ”Restauranger, barer, snackbarer”.

4 I skrivelse av den 18 oktober 1999 upplyste granskaren sökanden om att hon ansåg att det sökta varumärket helt och hållet saknade särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94.

- 5 I skrivelse av den 17 februari 2000, skickat per telefax den 22 februari 2000, yttrade sökanden sig i detta hänseende och gjorde gällande att ordmärket CORONA är ett känt varumärke. I denna skrivelse angav sökanden att det i de till skrivelsen bifogade bilagorna förekommer en artikel med titeln *La bière mexicaine* (det mexikanska ölet) som publicerades i tidningen *Le Monde* den 31 augusti 1997. Dessa bilagor finns däremot inte i den akt som överklagandenämnden har överlämnat till förstainstansrätten.
- 6 I skrivelse av den 25 september 2001 ändrade granskaren sin tidigare ståndpunkt att det sökta varumärket helt och hållet saknade särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 och förelade sökanden att inom två månader inkomma med bevisning som styrker att detta varumärke har uppnått särskiljningsförmåga till följd av dess användning.
- 7 Genom beslut av den 21 december 2001 avslog granskaren registreringsansökan i enlighet med artikel 38 i förordning nr 40/94, för de varor och tjänster som omfattas av klasserna 32 och 42 med motiveringen att det sökta varumärket helt och hållet saknade särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94. Granskaren fastställde härvid att sökanden inom den föreskrivna fristen inte hade inkommit med bevisning som styrker att detta varumärke har uppnått särskiljningsförmåga till följd av dess användning.
- 8 Den 20 februari 2002 överklagade sökanden granskarens beslut till harmoniseringsbyrån i enlighet med artikel 59 i förordning nr 40/94. Genom beslut av den 21 oktober 2002, som delgavs sökanden den 24 oktober 2002 (nedan kallat det omtvistade beslutet) ogiltigförklarade den första överklagandenämnden delvis granskarens beslut i den del det innebar ett avslag på registreringsansökan för varan "mineralvatten" som omfattas av klass 32. I övrigt avslog överklagandenämnden överklagandet.

Parternas yrkanden

9 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

- ändra det omtvistade beslutet genom att ogiltigförklara granskarens beslut i den del det avser följande varor och tjänster: ”Öl, kolsyrat vatten och fruktjuicer” och ”Restauranger, barer och snackbarer” samt återförvisa ärendet till granskaren för fortsatt handläggning, och

- förplikta harmoniseringsbyrån att ersätta rättegångskostnaderna.

10 Harmoniseringsbyrån har yrkat att förstainstansrätten skall

- ogilla talan, och

- förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

11 Till stöd för sin talan har sökanden åberopat två grunder som innebär att artikel 7.1 b respektive artikel 7.3 i förordning nr 40/94 har åsidosatts.

Den första grunden: Åsidosättande av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94

Parternas argument

- 12 Sökanden har ifrågasatt överklagandenämndens bedömning att konsumenterna är vana vid att den form som flaskan har och som utgör det sökta varumärket används för såväl öl som kolsyrade drycker och fruktjuicer. Sökanden anser att det endast är vissa mexikanska ölsorter som säljs i flaskor med denna form, medan övrig öl som säljs i Europa, med undantag för vissa sorter som med framgång har varit föremål för rättsliga förfaranden avseende varumärkesintrång, säljs i flaskor vilkas utformning markant skiljer sig från den som utgör det sökta varumärket.

- 13 Beträffande fruktjuicer har sökanden anfört att den klassiska flaskan för dessa drycker skiljer sig från den aktuella flaskan genom att den är av en annan storlek och har en kortare hals. Vad gäller kolsyrat vatten har sökanden gjort gällande att konsumenterna inte är vana vid flaskor om 33 cl, såsom den omtvistade flaskan, eftersom kolsyrat vatten vanligtvis säljs i flaskor om 75 cl eller 1 liter.

- 14 Slutligen har sökanden hänvisat till en tidningsartikel och har anfört att eftersom en citronklyfta är fastsatt i halsöppningen på flaskan får det sökta varumärket en specifik karaktär som medför att målgruppen kan fastställa det kommersiella ursprunget för varor som presenteras på detta sätt. Sökanden har vidare tillagt att överklagandenämnden inte har motiverat dess ställningstagande såvitt avser fruktjuicer och kolsyrat vatten, då det inte är särskilt vanligt att denna typ av drycker serveras tillsammans med en citronklyfta.

- 15 Harmoniseringsbyrån har gjort gällande att flaskans form som utgör det sökta varumärket förfaller vara påfallande vanlig. När det gäller just den avlånga halsen på den omtvistade flaskan har harmoniseringsbyrån, genom att ta fram vissa exempel, anfört att ett flertal ölsorter säljs i flaskor som har samma utformning. Att en citronskiva är fastsatt i flaskans hals utgör enligt harmoniseringsbyrån endast ett tillägg av en intetsägande beståndsdel som dessutom är vanligt förekommande för vissa ölsorter. Harmoniseringsbyrån har härav dragit slutsatsen att de olika delarna av det sökta varumärket var för sig är vanligt förekommande vid försäljning av de aktuella varorna och att det härvid föreligger konkreta indikationer på att det går att fastställa att dessa delar betraktade som en enhet, också är vanligt förekommande inom den berörda verksamheten eller skulle kunna vara det.

Förstainstansrättens bedömning

- 16 Enligt artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 får ”varumärken som saknar särskiljningsförmåga” inte registreras.
- 17 Med ett varumärkes särskiljningsförmåga i den mening som avses i denna bestämmelse avses att varumärket skall vara ägnat att säkerställa att den vara som är föremål för registreringsansökan härrör från ett visst företag och, således, ägnat att särskilja denna vara från andra företags varor (se domstolens dom av den 18 juni 2002 i mål C-299/99, Philips, REG 2002, s. I-5475, punkt 35, och av den 8 april 2003 i de förenade målen C-53/01–55/01, Linde m.fl., REG 2003, s. I-3161, punkt 40).
- 18 De varumärken som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 är bland annat sådana varumärken som ur målgruppens perspektiv är allmänt förekommande i handeln för att presentera de aktuella varorna eller tjänsterna eller i förhållande

till vilka det åtminstone finns konkreta indikationer på att de kan användas på ett sådant sätt (se förstainstansrättens dom av den 2 juli 2002 i mål T-323/00, SAT.1 mot harmoniseringsbyrån (SAT.2), REG 2002, s. II-2839, punkt 37, och av den 5 mars 2003 i mål T-194/01, Unilever mot harmoniseringsbyrån (äggformad tablett), REG 2003, s. II-383, punkt 39).

- 19 Ett varumärkes särskiljningsförmåga skall bedömas utifrån dels de varor eller tjänster som registreringsansökan avser, dels hur konsumenterna av dessa varor eller tjänster uppfattar varumärket (se domen i det ovan i punkt 17 nämnda målet Linde m.fl., punkt 41). Det handlar om den uppfattning som en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsument kan tänkas ha (se, analogt, domstolens dom av den 16 juli 1998 i mål C-210/96, Gut Springenheide och Tusky, REG 1998, s. I-4657, punkt 31, och domen i det ovan i punkt 17 nämnda målet Philips, punkt 63).
- 20 Målgruppen för det sökta varumärket är samtliga slutkonsumenter. Öl, kolsyrat vatten och fruktjuicer är nämligen dagligvaror och vad beträffar de tjänster som det sökta varumärket avser, rör det sig om sedvanliga konsumenttjänster.
- 21 Vad gäller de varor för vilka registreringsansökan har avslagits i förevarande fall, det vill säga öl, kolsyrat vatten och fruktjuicer, utgörs det sökta varumärket av deras förpackning, nämligen själva flaskan samt ett tillägg till denna förpackning i form av en citronskiva. Eftersom drycker, liksom andra vätskor inte har någon egentlig form och försäljning av dessa varor kräver en förpackning genom vilken varan ges en form, skall denna förpackning vid bedömningen av ansökan om registrering som varumärke likställas med varans form.

- 22 Det framgår av rättspraxis att kriterierna för bedömningen av särskiljningsförmågan hos tredimensionella varumärken som består av en varas form inte skiljer sig från dem som skall tillämpas på andra kategorier av varumärken. I artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 görs det inte någon åtskillnad mellan olika slags varumärken när det gäller bedömningen av deras särskiljningsförmåga (angående varors form, se domen i det ovan i punkt 18 nämnda målet äggformad tablett, punkt 44, samt avseende artikel 3.1 b i rådets första direktiv 89/104/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar (EGT L 40, 1989, s. 1; svensk specialutgåva, område 13, volym 17, s. 178), se domen i det ovan i punkt 17 nämnda målet Linde m.fl., punkterna 42–49).
- 23 Målgruppen uppfattar dock inte nödvändigtvis ett tredimensionellt varumärke som utgörs av varans förpackning på samma sätt som ett ordmärke, ett figurmärke eller ett tredimensionellt varumärke som utgörs av ett kännetecken som är oberoende av utformningen av de varor som det avser. Genomsnittskonsumenten är nämligen inte, i avsaknad av någon grafisk eller textmässig beståndsdel, van vid att grunda ett antagande om varors ursprung på deras förpackningar och det kan därför vara svårt att fastställa att ett sådant tredimensionellt varumärke har särskiljningsförmåga (se, analogt, domen i det ovan i punkt 17 nämnda målet Linde m.fl., punkt 48, domstolens dom av den 6 maj 2003 i mål C-104/01, Libertel, REG 2003, s. I-3793, punkt 65, och domen i det ovan i punkt 18 nämnda målet äggformad tablett, punkt 45).
- 24 Själva förpackningen för en vara i flytande form är oundgänglig för dess försäljning och genomsnittskonsumenten tillskriver den i första hand en ren förpackningsfunktion. Ett tredimensionellt varumärke som utgörs av en sådan förpackning anses endast ha särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 om en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsument av en sådan vara kan, utan att fästa särskild uppmärksamhet och utan att anta ett analyserande och jämförande betraktelsesätt, särskilja de berörda varorna från andra företags varor.

- 25 Eftersom sökanden har ansökt om registrering av ett varumärke som består av flera delar (ett sammansatt varumärke) är det varumärkets helhetsintryck som skall beaktas vid bedömningen av dess särskiljningsförmåga. Detta synsätt är emellertid inte oförenligt med en bedömning av varumärkets olika delar var för sig (se domen i det ovan i punkt 18 nämnda målet äggformad tablett, punkt 54).
- 26 För det första när det gäller det sökta varumärkets tredimensionella form kännetecknas den av en flaska av glas vars övre del har formen av en stympad kon och som har en avlång hals.
- 27 Överklagandenämnden har i punkt 13 i det omtvistade beslutet med rätta anfört att flera ölsorter, men också kolsyrade drycker och fruktjuicer säljs i flaskor med en form som är mycket lik den här aktuella flaskans form. Harmoniseringsbyrån har i bilagan till sitt svar tagit fram flera bilder av ölflaskor som styrker detta påstående. Sökanden har däremot inte förebringat någon bevisning till styrkande att det med framgång har väckts talan mot användning av likadana flaskor för europeiskt öl. Beträffande kolsyrat vatten och fruktjuicer är det allmänt känt att dessa drycker säljs i flaskor av olika storlekar och inte endast i flaskor om 75 cl eller 1 liter såsom sökanden har påstått. Variationen av dessa flaskors former är dessutom mycket stor. Följaktligen är den berörda flaskans tredimensionella form vanligt förekommande, eller kan åtminstone komma att bli det, för presentationen av samtliga aktuella produkter.
- 28 Vad därefter beträffar den gröna limeskivan så framgår det av hänvisningarna till Internet som anges i fotnoten i punkt 15 i det omtvistade beslutet, och av de kompletterande uppgifter som harmoniseringsbyrån har lämnat i bilagan till sitt svar, att det är styrkt att denna beståndsdel är allmänt förekommande i handeln för att presentera öl. Vad gäller övriga berörda varor är det allmänt känt att citronen är allmänt förekommande i handeln vid presentation av olika sorters livsmedel. Detta gäller också citronskivor eller citronklyftor som ofta serveras tillsammans med kolsyrat vatten eller andra alkoholfria drycker och även lime

används på detta sätt. Dessa omständigheter utgör konkreta indikationer på att det är möjligt att fastställa att citron och även lime kan vara allmänt förekommande i handeln vid presentation av de berörda produkterna.

- 29 När de gäller de färger på vilka det görs anspråk, framgår det av den grafiska framställningen av det sökta varumärket att det handlar dels om färgen på det gula innehållet i flaskan som i sig är genomskinlig, dels färgen på citronskivans gröna skal och på dess fruktkött, vilket har en mycket ljus gulaktig grön färg. Den gula färgen motsvarar färgen på öl och på visst kolsyrat vatten, nämligen läskedrycker, medan de två nyanser av grönt som återges i framställningen av varumärket motsvarar den naturliga färgen på limens skal och fruktkött. Den gröna och gula färgen är dessutom vanliga färger som är allmänt förekommande i handeln vid presentation av alla sorters livsmedel och särskilt drycker.
- 30 Härav följer att det sökta varumärket består av en kombination av olika beståndsdelar, vilka var och en kan vara allmänt förekommande i handeln för att presentera de varor som avses i registreringsansökan och vilka saknar särskiljningsförmåga i förhållande till dessa produkter.
- 31 Det framgår dessutom av rättspraxis att det förhållandet att ett sammansatt varumärke endast består av delar som saknar särskiljningsförmåga i förhållande till de varor och tjänster som är i fråga gör det möjligt att sluta sig till att detta varumärke betraktat i sin helhet också kan vara allmänt förekommande i handeln för att presentera dessa varor eller tjänster (se domen i det ovan i punkt 18 nämnda målet SAT.2, punkt 49). Detta gäller emellertid inte om det finns konkreta indikationer — exempelvis avseende det sätt på vilket de olika delarna är sammansatta — på att det sammansatta varumärket, betraktat i sin helhet, har en vidare innebörd än summan av dess beståndsdelar (se, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomers förslag till avgörande till domstolens dom av den 12 februari 2004 i mål C-363/99, Koninklijke KPN Nederland, REG 2004, I-1619, punkt 65).

- 32 I förevarande fall förefaller det inte föreligga några sådana indikationer. Det sökta varumärket som i huvudsak kännetecknas av en kombination av en tredimensionell form av en flaska och dels färgerna gult och grönt, dels en limeskiva, kan vara allmänt förekommande i handeln för att presentera de varor som avses i registreringsansökan. Med hänsyn särskilt till varumärkets uppbyggnad, som kännetecknas av att en limeskiva är fastsatt i flaskans hals, är det svårt att föreställa sig hur man på ett annat sätt skulle kunna kombinera dessa delar i en enda tredimensionell enhet. Det är dessutom det enda sätt på vilket det går att tillföra en dryck en limeskiva eller en limeklyfta när denna dricks direkt ur flaskan. Härav följer att det sätt på vilket det aktuella sammansatta varumärkets delar har kombinerats inte kan anses ge detta särskiljningsförmåga.
- 33 Det skall vidare tilläggas att eventuella skillnader mellan det sökta varumärkets form och färg och andra flaskors form och färg, vilka fyller en funktion som förpackning för dessa varor, inte har någon inverkan på denna slutsats. Det sökta varumärket, betraktat i dess helhet, skiljer sig nämligen inte nämnvärt från grundläggande former som används för förpackningar för de berörda varorna och vilka är allmänt förekommande i handeln, utan förefaller snarare utgöra en variant av dessa former.
- 34 Genomsnittskonsumenten analyserar inte heller i detalj form och färg på förpackningen för de berörda varorna utan ägnar den förhållandevis liten uppmärksamhet.
- 35 Det sökta varumärket, såsom det uppfattas av en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsument, medför således inte att det går att identifiera de varor som avses i registreringsansökan eller särskilja dem från varor med ett annat kommersiellt ursprung. Varumärket saknar således särskiljningsförmåga i förhållande till dessa varor.

- 36 Beträffande de tjänster som avses i registreringsansökan, nämligen restauranger, barer, snackbarer, skall det påpekas att dessa tjänster särskilt har till syfte att sälja de berörda produkterna. Såsom det ovan har fastställts kan det sökta varumärket vara allmänt förekommande i handeln för att presentera dessa varor. Denna slutsats utgör en konkret indikation på att det är möjligt att fastställa att detta varumärke även kan vara allmänt förekommande i handeln för att presentera dessa tjänster. Varumärket saknar således särskiljningsförmåga även i förhållande till dessa tjänster.
- 37 Härav följer att talan inte kan bifallas på den grunden att artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 har åsidosatts.

Den andra grunden: Åsidosättande av artikel 7.3 b i förordning nr 40/94

Parternas argument

- 38 Sökanden har anfört att den inom hela gemenskapen i stor utsträckning har använt det sökta varumärket vid försäljning av ölet CORONA och att detta varumärke har varit föremål för en omfattande marknadsföring, som var seriös, varaktig och fortlöpande. Sökanden anser därför att det utifrån varumärket är möjligt att fastställa att de berörda produkterna härrör från sökandens företag.
- 39 Till stöd för sin talan har sökanden anfört följande bevisning. För det första de handlingar som den tidigare gett in i bilagan till inlagen, innehållande grunderna för överklagandet vid harmoniseringsbyrån, daterad den 19 april 2002, för det

andra en tidningsartikel med titeln ”Det mexikanska ölet”, publicerad i tidningen *Le Monde*, som sökanden har åberopat under granskningsförfarandet, för det tredje fem fotografier av flaskor och slutligen för det fjärde en artikel med titeln ”Dossier-Bières” (Tema öl).

- 40 Harmoniseringsbyrån anser att den bevisning som förebringats av sökanden under förfarandet inför överklagandenämnden inte med tillräckligt stor säkerhet visar att det sökta varumärket har uppnått särskiljningsförmåga till följd av dess användning och att de bevis som åberopas för första gången i ansökan till förstainstansrätten skall avvisas.

Förstainstansrättens bedömning

- 41 Enligt artikel 7.3 i förordning nr 40/94 utgör de absoluta registreringshinder som anges i artikel 7 b, c och d i samma förordning inte hinder för registrering av ett varumärke om detta till följd av dess användning har uppnått en särskiljningsförmåga i fråga om de varor eller tjänster för vilka det ansöks om registrering. I det fall som avses i artikel 7.3 i förordning nr 40/94 är nämligen den omständigheten att det kännetecknen som utgör det berörda varumärket av målgruppen uppfattas som en upplysning om kommersiellt ursprung för en vara eller en tjänst resultatet av en ekonomisk ansträngning från registreringsökandens sida. Denna omständighet motiverar ett undantag från de bakomliggande hänsyn till allmänintresset i artikel 7.1 b, c och d enligt vilka de varumärken som avses i dessa bestämmelser skall kunna användas fritt av alla för att undvika att en enskild näringsidkare erhåller en orättmätig konkurrensfördel (se domen i det ovan i punkt 18 nämnda målet SAT.2, punkt 36).

- 42 För det första framgår det av rättspraxis avseende tolkningen av artikel 3.3 i direktiv 89/104, som har i stort sett samma normativa innehåll som artikel 7.3 i

förordning nr 40/94, att det för att uppnå särskiljningsförmåga till följd av ett varumärkes användning krävs att åtminstone en betydande andel av målgruppen på grund av varumärket kan ange att varorna eller tjänsterna härrör från ett visst företag. De omständigheter som skall föreligga för att kravet på särskiljningsförmåga till följd av användning skall anses vara uppfyllt, kan emellertid inte fastställas enbart på grundval av allmänna och abstrakta uppgifter, såsom bestämda procentsatser (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 4 maj 1999 i de förenade målen C-108/97 och C-109/97, Windsurfing Chiemsee, REG 1999, s. I-2779, punkt 52, och domen i det ovan i punkt 17 nämnda målet Philips, punkt 61).

43 För det andra krävs det för att ett varumärke skall kunna registreras med stöd av artikel 7.3 i förordning nr 40/94 att det visas att varumärket till följd av användning har uppnått särskiljningsförmåga i den väsentliga del av gemenskapen där sådan förmåga saknas enligt artikel 7.1 b, c och d i denna förordning (förstainstansrättens dom av den 30 mars 2000 i mål T-91/99, Ford Motor mot harmoniseringsbyrån (OPTIONS), REG 2000, s. II-1925, punkt 27).

44 För det tredje skall vid bedömningen av huruvida varumärket i ett enskilt fall har uppnått särskiljningsförmåga till följd av användning hänsyn tas till sådana faktorer som bland annat den marknadsandel som varumärket innehar, hur ofta, hur länge och på hur stort geografiskt område detta varumärke har använts, hur stora investeringar som har gjorts av företaget för att marknadsföra det. Lämplig bevisning i detta hänseende är bland annat yttranden från handelskammare och andra yrkessammanslutningar samt opinionsundersökningar (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 42 nämnda målet (Windsurfing Chiemsee, punkterna 51 och 53, och domen i det ovan i punkt 17 nämnda målet Philips, punkt 60).

45 För det fjärde skall varumärket ha uppnått särskiljningsförmåga till följd av användning innan ansökan om varumärke inges (se förstainstansrättens dom av den 12 december 2002 i mål T-247/01, eCopy mot harmoniseringsbyrån, REG 2002, s. II-5301, punkt 36).

- 46 Det är mot denna bakgrund som det skall prövas om överklagandenämnden i förevarande fall har åsidosatt artikel 7.3 i förordning nr 40/94 genom att anse att det sökta varumärket inte kunde registreras enligt denna bestämmelse.
- 47 I det omtvistade beslutet finns ingen uppgift om i vilken del av gemenskapen som varumärket saknar särskiljningsförmåga. När det gäller sådana varumärken som inte är ordmärken, såsom det aktuella varumärket, finns det skäl att anta att bedömningen av deras särskiljningsförmåga blir densamma inom hela gemenskapen, såvida det inte finns konkreta indikationer som tyder på det motsatta förhållandet. Eftersom det av handlingarna i målet inte framkommer att så skulle vara fallet skall det absoluta registreringshinder som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 anses föreligga avseende det sökta varumärket inom hela gemenskapens område. Varumärket skall således inom hela gemenskapens område ha uppnått en särskiljningsförmåga till följd av användning för att kunna registreras i enlighet med artikel 7.3 i samma förordning.
- 48 Sökanden har under det administrativa förfarandet vid harmoniseringsbyrån i sin inläga innehållande grunderna för överklagandet, daterad den 19 april 2002, anfört att det sökta varumärket har uppnått särskiljningsförmåga till följd av användning inom hela gemenskapens område, och sökanden har härvid gett in årsredovisningen för år 1999 avseende försäljning och export för det mexikanska företaget Grupo Modelo SA de CV, marknadsföringsmaterial samt fotografier av flaskor.
- 49 Det skall således prövas huruvida överklagandenämndens slutsats att den bevisning som förebringats inte med tillräcklig säkerhet kunde styrka att varumärket hade uppnått särskiljningsförmåga till följd av användning före ansökningsdagen.

50 Harmoniseringsbyrån har beträffande årsredovisningen för år 1999 avseende försäljning och export för det mexikanska företaget Grupo Modelo SA de CV med rätta påpekat att de flaskor som avses i denna inte alla är identiska med den flaska som utgör det sökta varumärket och vidare att det på samtliga flaskor finns en etikett med olika texter som exempelvis "corona", "corona extra", "coronita" eller "estrella". I det ekonomiska resultatet för perioden 1990-1999 på sidorna 4 och 5 i detta dokument görs inte heller någon åtskillnad mellan de olika varumärken som använts av detta företag eller mellan de olika geografiska marknaderna. I de stycken i detta dokument som behandlar den europeiska marknaden anges det endast på ett allmänt och icke detaljerat sätt att ställningen för de varumärken som använts av det mexikanska företaget Grupo Modelo SA de CV under år 1999 har stärkts i Frankrike, Italien, Belgien, Tyskland, Grekland och i andra länder, att en stark uppgång har skett i Österrike samt att inträdet på marknaden i Förenade kungariket har förbättrats. Beträffande den spanska marknaden anges i huvudsak att stora marknadsföringskampanjer har genomförts och att försäljningsvolymen har ökat med tolv procent i förhållande till år 1998, vilket har stärkt varumärket Coronitas ställning som innehavare av den största marknadsandelen av importerad öl. I dokumentet finns däremot inte någon uppgift om det sökta varumärkets marknadsandel eller om hur stora investeringar som har gjorts för att marknadsföra det. Av detta dokument är det med andra ord inte möjligt att dra slutsatsen att åtminstone en betydande andel av målgruppen i gemenskapen uppfattar att varumärket ger en upplysning om de berörda varornas eller tjänsternas kommersiella ursprung.

51 Detsamma gäller för det marknadsföringsmaterial som ingetts av sökanden, eftersom det härav inte kan dras någon konkret slutsats såvitt avser de faktorer som anges ovan i punkt 44. Vidare innehåller inte det marknadsföringsmaterial som ingetts av sökanden någon bevisning som styrker användning av varumärket i den form som det har i registreringsansökan. På samtliga bilder som getts in har den form och de färger som det görs anspråk på kompletterats med sökandens ordmärken. Detta material kan följaktligen inte anses utgöra bevisning som styrker att målgruppen uppfattar att det sökta varumärket i sig, oberoende av de ordmärken och figurmärken som det kompletterats med i marknadsföringen och vid försäljningen av varorna, ger en upplysning om de berörda varornas och tjänsternas kommersiella ursprung.

- 52 Det skall tilläggas att sökanden inte får åberopa bevisning för att styrka att det sökta varumärket har uppnått särskiljningsförmåga som den har förebringat för första gången i bilagan till dess ansökan. Överklagandenämnden är nämligen endast skyldig att beakta bevisning som kan vara relevant för bedömningen av huruvida ett varumärke har uppnått särskiljningsförmåga till följd av dess användning, om registreringsökanden har förebringat bevisningen under det administrativa förfarandet vid harmoniseringsbyrån (se domen i det ovan i punkt 45 nämnda målet eCopy, punkt 47). Följaktligen kan bevisning som inte förebringats under det administrativa förfarandet vid harmoniseringsbyrån inte innebära att det omtvistade beslutets lagenlighet ifrågasätts.
- 53 Slutligen vad gäller artikeln med titeln ”Det mexikanska ölet” i tidningen *Le Monde*, som sökanden har hänvisat till i samband med granskarens prövning och beträffande vilken det inte klart framgår av handlingarna i målet att den har förebringats vid harmoniseringsbyrån, är det tillräckligt att påpeka att denna artikel endast avser den franska marknaden och således inte visar att det sökta varumärket har uppnått särskiljningsförmåga inom hela gemenskapen.
- 54 Sökanden har således inte visat att det sökta varumärket har uppnått särskiljningsförmåga till följd av dess användning inom hela gemenskapens i den mening som avses i artikel 7.3 i förordning nr 40/94. Talan kan inte bifallas på den grunden att denna bestämmelse har åsidosatts.
- 55 Härav följer att talan skall ogillas.

Rättegångskostnader

- 56 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Harmoniseringsbyrån har yrkat att sökanden skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökanden har tappat målet, skall harmoniseringsbyråns yrkande bifallas.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN

följande dom:

- 1) Talan ogillas.

- 2) Sökanden skall ersätta rättegångskostnaderna.

Pirrung

Meij

Forwood

Avkunnad vid offentligt sammanträde den 29 april 2004 i Luxemburg.

H. Jung

J. Pirrung

Justitiesekreterare

Ordförande