

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (femte avdelningen)
den 7 juni 2005 *

I mål T-303/03,

Lidl Stiftung & Co. KG, med säte i Neckarsulm (Tyskland), företrädd av advokaten
P. Groß,

sökande,

mot

Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (harmoniseringsbyrån), företrädd av U. Pfléghar och G. Schneider, båda
i egenskap av ombud,

svarande,

* Rättegångsspråk: tyska.

varvid motparten i förfarandet vid harmoniseringsbyråns överklagandenämnd, som intervenerat vid förstainstansrätten, var

REWE-Zentral AG, Köln (Tyskland), inledningsvis företrätt av M. Kinkeldey, därefter av advokaterna M. Kinkeldey och C. Schmitt,

angående en talan mot beslut som fattats av harmoniseringsbyråns första överklagandenämnd den 30 juni 2003 (ärende R 408/2002-1) om ett invändningsförfarande där det nationella varumärket SOLEVITA anförts som hinder mot registrering av gemenskapsordmärket Salvita,

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN(femte avdelningen)

sammansatt av ordföranden M. Vilaras samt domarna F. Dehousse och D. Šváby,

justitiesekreterare: H. Jung,

med beaktande av ansökan, som inkom till förstainstansrättens kansli den 4 september 2003,

med beaktande av harmoniseringsbyråns svarsinlaga, som inkom till förstainstansrättens kansli den 16 januari 2004,

med beaktande av intervenientens svarsinlaga, som inkom till förstainstansrättens kansli den 16 januari 2004,

efter förhandlingen den 30 november 2004,

följande

Dom

Målets bakgrund

- 1 REWE-Central AG ingav den 14 augusti 1997 en ansökan om registrering av ett gemenskapsvarumärke till Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (nedan kallad harmoniseringsbyrån) med stöd av rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken (EGT L 11, 1994, s. 1; svensk specialutgåva, område 17, volym 2, s. 3).
- 2 Det sökta varumärket är ordmärket *Salvita*.
- 3 De varor för vilka registrering har sökts ingår i klasserna 5, 29, 30 och 32 enligt Niceöverenskommelsen om internationell klassificering av varor och tjänster vid

- Klass 30: "Såser, fruktsåser, bindemedel för såser, såspulver, ketchup, pepparrot, kapis, kaffe, te, kakao, choklad, chokladvaror, kakaohaltigt dryckespulver; chokladdrycker, marsipan, nougat, marsipan- och nougatprodukter; puddingar, puddingrätter, bredbara smörgåspålägg, huvudsakligen innehållande socker, kakao, nougat, mjölk och/eller fett; praliner, även fyllda; socker, sötsaker, vaniljsocker, karameller, speciellt karamell-, pepparmint-, frukt- och gummikarameller, sugkarameller, tuggummi för icke-medicinska ändamål; ris, tapioka, kaffeersättning; pizzor; mjöl och preparerade spannmålsprodukter för livsmedelsändamål, skalad fullkornsspannmål, nämligen ris, vete, havre, korn, råg, hirs, majs och bovete, nämnda varor även i form av blandningar och andra tillredningar, speciellt vetekli, vetegroddar, majs mjöl, majsgryn, linfrön, müsli och müslikakor (i huvudsak bestående av spannmålsflingor, torkad frukt, nötter), frukostflingor, popcorn; bröd, kuvertbröd, konditorivaror och godsaker; pasta och fullkornspasta, speciellt nudlar; bakfärdiga kakdegår, smakämnen för bakning, glasyr till tårter, glass, gräddglass; honung, sirap, jäst, bakpulver; puddingpulver; salt; senap; vinäger; kryddor, kryddblandningar, pepparkorn; salta bakverk, spannmålschips, saltade och osaltade nötter samt andra snacksartiklar, ingående i klass 30; samtliga nämnda varor (i förekommande fall) även i form av dietiska livsmedel för icke-medicinskt bruk, samtliga nämnda varor (om möjligt) även djupfrysta respektive konserverade, steriliserade eller homogeniserade."

- Klass 32: "Öl; mineral- och kolsyrat vatten samt andra icke alkoholhaltiga drycker; fruktdrycker och -juicer, grönsaksjuicer; safter och andra koncentrat för framställning av drycker; vassledrycker; pulver för snabbdrycker."

4 Ansökan om varumärkesregistrering offentliggjordes den 13 juli 1998 i Bulletinen för gemenskapsvarumärken nr 50/98.

- 5 Den 13 oktober 1998 anförde Lidl Stiftung & Co. KG invändning mot att varumärket skulle registreras och anförde risk för förväxling, i den mening som avses i artikel 8.1 b i förordning nr 40/94. Denna invändning grundades på att det finns ett äldre tyskt varumärke, SOLEVITA, som registrerats den 27 juni 1983 avseende varor som omfattas av klass 32 enligt Niceöverenskommelsen. Invändningen riktades mot olika varor som omfattas av klasserna 29, 30 och 32 och som specificeras i ansökan om gemenskapsvarumärke.
- 6 Intervenienten begärde i skrivelse av den 27 oktober 1999 att sökanden skulle bevisa varumärkets användning, i enlighet med artikel 43.2 i förordning nr 40/94.
- 7 Harmoniseringsbyråns invändningsenhet anmodade i skrivelse av den 18 januari 2000 sökanden att inge denna bevisning inom två månader.
- 8 Den 14 februari 2000 ingav sökanden följande:
 - Ett intyg undertecknat av direktören för internationell försäljning av den 27 januari 2000 rörande omsättningen i Förbundsrepubliken Tyskland under åren 1993–1999 avseende varor bärande varumärket SOLEVITA.
 - En förteckning över varor som hade saluförts under varumärket SOLEVITA under åren 1993–1999, med rubriken "Solevita bis 10-1999" (Solevita fram till oktober månad 1999), med anmärkningen "Stand: 23. März 1998 — 27.01.00" (uppdaterad den 23 mars 1998 — 27.01.00).

— Kopior av förpackningsmodeller för olika fruktjuicer som saluförts under varumärket SOLEVITA, i samtliga fall odaterade.

- 9 Invändningsenheten avlog den 28 mars 2002 sökandens invändning. I skälen till beslutet förklarade enheten, i huvudsak, att de handlingar som sökanden hade ingett inte räckte till som bevisning om reell användning och verkligt bruk av det äldre nationella varumärket. Invändningsenheten anmärkte särskilt att förpackningsmodellerna var odaterade, att intyget hade begränsat bevisvärde, eftersom det hade upprättats av en anställd hos sökanden med arbetsledande ställning och dessutom att det endast gav indicier om varumärkets användning. Enligt invändningsenheten hade sökanden varken ingett fakturor eller förklaringar från tredje man som styrkte eller bekräftade sökandens egna uppgifter om omsättningen, varför enheten vid bevisprövningen fann att bevisning om reell användning och verkligt bruk inte förelåg. Invändningsenheten fann dessutom att invändningen skulle avslås, eftersom de motstående kännetecknen inte liknar varandra på något sätt.
- 10 Den 10 maj 2002 överklagade sökanden invändningsenhetens beslut. Sökanden ansåg att denne hade bevisat varumärkets användning i förevarande fall. Sökanden ansåg vidare att invändningsenheten hade åsidosatt sökandens rätt att yttra sig genom att denne inte beretts tillfälle att yttra sig över nämndens bedömning av dess bevisning om verkligt bruk av varumärket. Invändningsenheten hade även åsidosatt dispositionsprincipen, eftersom intervenienten inte hade ifrågasatt varumärkets användning.
- 11 Genom beslut av den 30 juni 2003 (nedan kallat det ifrågasatta beslutet) avlog första överklagandenämnden överklagandet.

- 12 Överklagandenämnden anmärkte i huvudsak, och avseende bevisningen om varumärkets användning, att intyget var en ensidig förklaring som hade upprättats av den berörda parten eller en av dess chefstjänstemän och att en sådan förklaring inte var tillräcklig bevisning om objektiva fakta, om den inte stöddes av annan bevisning såsom fakturor, vilket här inte var fallet. Kopiorna av förpackningsmodellerna visade inget om hur länge varorna hade saluförts, varför överklagandenämnden ansåg att de inte styrkte uppgifterna om omsättningen, vilket gällde även övrig ingiven bevisning. Överklagandenämnden drog därav slutsatsen att invändningsenheten hade gjort rätt när den ansåg att handlingarna inte utgjorde tillräcklig bevisning om varumärkets användning under den aktuella perioden.
- 13 Vad gäller rätten att yttra sig, i den mening som avses i artikel 73 andra meningen i förordning nr 40/94, förklarade överklagandenämnden att harmoniseringsbyrån, vid bedömningen av ett ärende, har rätt att använda samtliga uppgifter från en part utan att först ge denne möjlighet att yttra sig däröver, eftersom den berörda parten anses ha kunskap om dessa uppgifter. Vad gäller dispositionsprincipen, ansåg överklagandenämnden att frågan om varumärkets användning endast faller under denna princip i den mening att den som yrkar något kan dra tillbaka sitt yrkande när som helst. Invändningsenheten hade således inte åsidosatt artikel 74.1 i förordning nr 40/94.

Parternas yrkanden

- 14 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara det ifrågasatta beslutet, och

— förplikta harmoniseringsbyrån att ersätta rättegångskostnaderna.

15 Harmoniseringsbyrån och intervenienten har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

16 Sökanden har anfört tre grunder till stöd för sin talan. I sin första grund motsätter sig sökanden överklagandenämndens slutsats att denne inte har styrkt varumärkets användning. I den andra och den tredje grunden hävdar sökanden att rätten att yttra sig respektive dispositionsprincipen har åsidosatts.

Bevisningen om verkligt bruk av varumärket

Parternas argument

17 Sökandens första grund innehåller fem punkter.

- 18 Sökanden har, med erinran om ordalydelsen av artikel 43.2 och 43.3 i förordning nr 40/94 och med hänvisning till flera beslut från harmoniseringsbyråns överklagandenämnder, anmärkt att med "verkligt" bruk avses en reell användning av det äldre varumärket på marknaden i syfte att fästa kundernas uppmärksamhet på de varor och tjänster som saluförs med detta kännetecken. Enligt artikel 43.3 i förordning nr 40/94 krävs således inte någon omfattande användning av varumärket, till skillnad från vad som är fallet enligt andra bestämmelser, såsom artikel 7.3 i samma förordning. Det räcker att bevisa att det äldre varumärket verkligen har använts och att det inte bara använts på marknaden "som fiktiv rättighet".
- 19 Sökanden har vidare hävdats att överklagandenämnden i sitt beslut har hänvisat till domstolens dom av den 11 mars 2003 i mål C-40/01, Ansul (REG 2003, s. I-2439), och förstainstansrättens dom av den 12 mars 2003 i mål T-174/01, Goulbourn mot harmoniseringsbyrån — Redcats (Silk Cocoon) (REG 2003, s. II-789). Enligt sökanden tycks överklagandenämnden anse att dessa två domar rör frågan vilka handlingar som är tillräckliga för att bevisa verkligt bruk av varumärket. Så är dock inte fallet, eftersom dessa två domar enligt sökanden saknar samband med förevarande mål.
- 20 Sökanden har för det tredje, med hänvisning till artikel 43.2 i förordning nr 40/94 och regel 22.2 och 22.3 i kommissionens förordning nr 2868/95 av den 13 december 1995 om genomförande av rådets förordning nr 40/94 (EGT L 303, s. 1), motsatt sig överklagandenämndens syn att vissa handlingar kan räcka som bevisning om trovärdig användning enligt tysk rätt men inte vara tillräckliga som bevisning om användning i den mening som avses i förordning nr 40/94. Denna anmärkning rör särskilt omständigheten att intyget har lägre bevisvärde än vad som vanligen anses vara fallet enligt tysk rätt.
- 21 Sökanden har för det fjärde gjort gällande att det ifrågasatta beslutet strider mot tredje överklagandenämndens beslut av den 11 juli 2001 i ärende R 759/2000-3,

Grafenwälder mot Grafenwalder. I detta ärende hade invändaren ingett ett intyg, en sammanställning över månadsomsättningen för den berörda perioden, två kopior av varor som bar varumärket samt en reklamskylt. Sökanden har framhållit att överklagandenämnden, med upphävande av invändningsenhetens slutsatser, särskilt i punkt 22 i sitt beslut, preciserat att "invändarens uppgifter uppfyller dessa krav, särskilt som regeln [regel 22 i förordning nr 2868/95] inte kräver att samtliga uppgifter enligt regelns uppräkningsbehöver inges samtidigt". Enligt sökanden stärks denna rättssyn dessutom av andra överklagandenämndens beslut av den 8 november 2000 i ärende R 756/1999-2, DOCTORS mot DOC & TORS.

22 Sökanden anser för det femte att handlingarna i ärendet sammantaget inte lämnar något tvivel om att det äldre varumärket har varit föremål för omfattande verkligt bruk, vad avser varan i fråga under den aktuella perioden i Tyskland, där varumärket är registrerat. Sökanden har till stöd för sin ståndpunkt hänvisat till första överklagandenämndens beslut av den 6 april 2001 i ärende R 129/2000-1, VISIO mot VISION. Sökanden anser därför att den har bevisat verkligt bruk av varumärket, i den mening som avses i artikel 43.2 i förordning nr 40/94.

23 Harmoniseringsbyrån anser å sin sida att även om det inom ramen för invändningsförfarandet inte krävs att invändaren bevisar att dennes varumärke har uppnått särskiljningsförmåga till följd av dess användning, såsom föreskrivs i artikel 7.3 i förordning nr 40/94, befrias invändaren ändå inte från sin bevisbörda.

24 Invändaren måste tvärtom enligt artikel 43.2 i förordning nr 40/94 bevisa att denne har gjort verkligt bruk av kännetecknet under den relevanta perioden.

- 25 Enligt regel 22.3 i förordning nr 2868/95 krävs inte att samtliga uppgifter som uppräknas i regeln inges samtidigt. Invändarens bevisning måste dock enligt regel 22.2 ge möjlighet till säkra slutsatser om var det äldre varumärket har använts, hur länge, hur omfattande och på vilket sätt.
- 26 Harmoniseringsbyrån har i förevarande fall medgett att de handlingar som ingetts i ärendet utgör ett tillåtet bevis enligt artikel 76.1 i förordning nr 40/94 och regel 22.2 och 22.3 i förordning nr 2868/95. Harmoniseringsbyrån har särskilt angett att intyget från invändaren tillåts som bevisning.
- 27 Harmoniseringsbyrån anser dock att en sådan förklarings bevisvärde måste bedömas mot bakgrund av övriga handlingar som har ingetts, med beaktande av deras innehåll och de särskilda omständigheterna i ärendet. Denna prövning har lett till slutsatsen att intyget varken självständigt eller med beaktande av övrig bevisning utgör tillräcklig bevisning om verkligt bruk av det äldre varumärket.
- 28 Harmoniseringsbyrån anser härvid att den förteckning som har bifogats intyget bara återger de uppgifter som redan framgår av intyget utan att för den skull bevisa dem. Dessa indicier räcker inte som bevisning om verkligt bruk, eftersom de inte stöds av exempelvis fakturor, kataloger eller annonser. Vad gäller de odaterade kopiorna av förpackningsmodeller kan de bara ge grund för antaganden och de stöder därför inte övrig bevisning och övriga förklaringar.

29 Intervenienten har å sin sida även medgett att intyget utgör ett tillåtet bevis, såsom uttryckligen föreskrivs i artikel 76.1 f i förordning nr 40/94. Det ankommer dock på harmoniseringsbyrån, och särskilt dess överklagandenämnder, att fritt avgöra intygets bevisvärde.

30 Uppgifterna om antal sålda enheter och under vilken period denna försäljning har ägt rum kommer endast från det intyg som upprättats av sökandens egen direktör för internationell försäljning. Förteckningen över varor som saluförts kommer också från sökanden själv och stöds inte av någon annan, objektiv bevisning. Denna förteckning förstärker således inte intygets bevisvärde. Den utgör i själva verket bara ett rent påstående i skriftlig form från en part i målet och saknar således bevisvärde. Intervenienten anser att förpackningsmodellerna är den enda objektiva bevisning som sökanden har ingett. Av förpackningsmodellerna framgår dock inget om vid vilket datum eller under vilken period de har använts.

31 Intervenienten har vidare anmärkt att inte heller enligt tysk rätt utgör ett intyg bevisning om reell användning och verkligt bruk om inte annan bevisning ingetts som stöder uppgifterna i intyget. Intervenienten har härvid hänvisat till ett beslut från första överklagandenämnden som det hänvisats till i stämningsansökan.

Förstainstansrättens bedömning

32 Enligt artikel 43.2 och 43.3 i förordning nr 40/94 kan den som inlämnar ansökan om gemenskapsvarumärke kräva bevis för att det äldre varumärket under en tid av fem år före dagen för offentliggörandet av den ansökan om gemenskapsvarumärke mot vilket det har gjorts en invändning, verkligen har använts inom det område inom vilket det skyddas.

- 33 Enligt regel 22.2 i förordning nr 2868/95 skall de uppgifter och belägg som skall framläggas som bevis om användning utgöras av information om plats, tid, omfattning och typ av användning av invändningsmärket för de varor och tjänster för vilket det är registrerat och på vilka invändningen grundas. Enligt samma regel skall det framläggas "bevis som stöder" denna information.
- 34 I regel 22.3 i förordning nr 2868/95 preciseras härvid att bevisningen "helst" skall begränsas till inlämnandet av stödande dokument och "sådana saker" som förpackningar, etiketter, prislister, kataloger, fakturor, fotografier, tidningsannonser och sådana skriftliga yttranden som avses i artikel 76.1 f i förordning nr 40/94, däribland intygade skriftliga utlåtanden.
- 35 Vad gäller tolkningen av begreppet verkligt bruk skall det anmärkas att syftet med kravet på att det måste ha gjorts verkligt bruk av det äldre varumärket för att detta skall kunna åberopas som hinder mot en ansökan om gemenskapsvarumärke är att begränsa antalet konflikter mellan två varumärken, om det inte finns några giltiga ekonomiska skäl som följer av en faktisk funktion som varumärket fyller på marknaden (domen i det ovan i punkt 19 nämnda målet *Silk Cocoon*, punkt 38). Syftet med nämnda bestämmelse är emellertid varken att uppskatta hur framgångsrikt ett företag är eller att kontrollera dess ekonomiska strategi eller ens att uteslutande ge varumärkesskydd åt kommersiellt utnyttjande som sker i stor omfattning (förstainstansrättens dom av den 8 juli 2004 i mål T-334/01, *MFE Marienfelde mot harmoniseringsbyrå — Vétoquinol (HIPOVITON)* (REG 2004, s. II-2787, punkt 32).
- 36 Såsom framgår av domen i det ovan i punkt 19 nämnda målet *Ansul* angående tolkningen av artikel 12.1 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), vars normativa innehåll i sak

motsvarar innehållet i artikel 43 i förordning nr 40/94, är det fråga om verkligt bruk av ett varumärke när detta används i enlighet med dess grundläggande funktion, som är att garantera ursprungsidentiteten hos de varor och tjänster för vilka det har registrerats, i syfte att skapa eller bibehålla avsättningsmöjligheter för dessa varor och tjänster. Detta gäller inte fiktiv användning som enbart har till syfte att bibehålla varumärkesrätten (punkt 43). Villkoret om verkligt bruk av varumärket förutsätter härvid att märket, såsom det är skyddat inom det relevanta området, används offentligt och utåt (domen i det ovan i punkt 19 nämnda målet Silk Cocoon, se, för ett liknande resonemang och analogt, domen i det ovan i punkt 19 nämnda målet Ansul, punkt 37).

37 Bedömningen av huruvida det har gjorts verkligt bruk av varumärket skall göras på grundval av samtliga omständigheter och förhållanden som kan styrka att märket faktiskt utnyttjas kommersiellt. Sådana omständigheter är i synnerhet användning som anses motiverad i den berörda ekonomiska sektorn för att bibehålla eller skapa marknadsandelar för de varor och tjänster som skyddas av varumärket, dessa varors eller tjänsters art, marknadens egenskaper samt i vilken omfattning och hur ofta varumärket har använts (domen i det ovan i punkt 35 nämnda målet HIPOVITON, punkt 34, se, för ett liknande resonemang och analogt, domen i det ovan i punkt 19 nämnda målet Ansul, punkt 43).

38 Vid prövningen av huruvida det har gjorts verkligt bruk av ett äldre varumärke, skall det göras en helhetsbedömning med hänsyn till samtliga relevanta omständigheter i fallet (domen i det ovan i punkt 35 nämnda målet HIPOVITON, punkt 36). Vidare kan det inte visas att ett varumärke verkligen har använts genom antaganden eller presumtioner, utan det skall finnas konkreta och objektiva omständigheter som visar att det skett en faktisk och tillräcklig användning av varumärket på den berörda marknaden (förstainstansrättens dom av den 12 december 2002 i mål T-39/01, Kabushiki Kaisha Fernandes mot harmoniseringsbyrån — Harrison (HIWATT), punkt 47, REG 2002, s. II.-5233).

39 I förevarande fall innehåller den skriftliga förklaring som upprättats av sökandens direktör för internationell försäljning och tabellen över sålda varor uppgifter om varumärkets användning vad gäller platsen (Tyskland), tiden (åren 1993–1999), omfattningen (omsättning, detaljerad till år och vara) och varornas art (särskilt fruktjuicer).

- 40 Vad gäller den skriftliga förklaring som upprättats av sökandens direktör för internationell försäljning, skall det anmärkas att i artikel 76.1 f i förordning nr 40/94, anges som bevisning om varumärkets användning, och med hänvisning till regel 22 i förordning nr 2868/95, "beedigt eller intygat skriftligt utlåtande eller annat skriftligt utlåtande som har liknande rättsverkan enligt lagstiftningen i den medlemsstat där utlåtandet upprättades". Av detta följer att det skall undersökas vad som gäller enligt medlemsstatens lagstiftning om verkningarna av en skriftlig förklaring inte har upprättats under ed eller intygats. Det är ostridigt i målet att den skriftliga förklaring som har upprättats av sökandens direktör för internationell försäljning utgör ett intygat skriftligt utlåtande och att överklagandenämnden förklarat att den kan beaktas som sådan. Därför, och utan att det är nödvändigt att analysera dess verkningar enligt tysk rätt, ingår denna förklaring i den bevisning som avses i artikel 76.1 f i förordning nr 40/94, som det hänvisas till i regel 22 i förordning nr 2868/95.
- 41 Trots att intyget och tabellen över sålda varor kan anses som tillåten bevisning måste det göras en övergripande bedömning av handlingarna i ärendet, med beaktande av samtliga relevanta omständigheter, för att avgöra om verkligt bruk av varumärket har bevisats. Enligt ordalydelsen i regel 22.3 i förordning nr 2868/95 finns det olika former av bevisning om varumärkets användning som parterna kan anföra. Varken av förordning nr 40/94 eller förordning nr 2868/95 framgår något som utgör grund för harmoniseringsbyrån att anse att den bevisning om varumärkets användning som har ingetts, tillsammans eller för sig, nödvändigtvis styrker att verkligt bruk har ägt rum.
- 42 För det första har intyget och tabellen över sålda varor upprättats av sökanden själv. Vid bedömningen av ett dokumentets bevisvärde skall det bedömas om dokumentet innehåller tillförlitliga uppgifter och tas hänsyn till dokumentets ursprung, omständigheterna kring dess tillkomst, till vem det är ställt och huruvida dess innehåll verkar förnuftigt och trovärdigt (se, för ett liknande resonemang och analogt, förstainstansrättens dom av den 15 mars 2000 i de förenade målen T-25/95, T-26/95, T-30/95–T-32/95, T-34/95–T-39/95, T-42/95–T-46/95, T-48/95, T-50/95–T-65/95, T-68/95–T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 och T-104/95, Cimenteries

CBR m.fl. mot kommissionen, REG 2000, s. II-491, punkt 1838, se även generaladvokaten Légers förslag till avgörande i mål C-57/02 P, Acerinox mot kommissionen, ännu ej publicerat i rättsfallssamlingen, punkt 202). Det finns inget stöd i förordning nr 40/94 eller förordning nr 2868/95 för slutsatsen att bevisvärdet av bevisningen om varumärkets användning, inbegripet förklaringar som intygas, skall bedömas mot bakgrund av en medlemsstats inhemska lagstiftning.

43 Sökanden har för det andra inte vid något tillfälle försett harmoniseringsbyrån med andra uppgifter som exempelvis stöder intygets eller förteckningens uppgifter om omsättningen.

44 De enda övriga uppgifter som framgår av ärendet är odaterade kopior av förpackningar för varorna i fråga. Även om dessa kopior kan styrka "arten" (fruktjuice) av och eventuellt "platsen" (texten på förpackningsmodellerna är författade på tyska) för varumärkets användning, utgör de ingen bevisning om hur länge det har använts och hur omfattande användningen har varit.

45 Det skall slutligen anmärkas att annan bevisning som hade kunnat stärka bevisvärdet hos intyget — exempelvis fakturor, kataloger eller tidningsannonser — inte är sådan att det är svårt för sökanden att finna denna. Sådan bevisning hade kunnat inges till överklagandenämnden, och detta särskilt som redan invändningsenheten i sitt beslut hade ansett att bevisningen om varumärkets användning var otillräcklig.

- 46 Mot denna bakgrund och med hänsyn till samtliga relevanta omständigheter finner förstainstansrätten att överklagandenämnden inte har begått ett fel genom att anse att sökanden inte hade styrkt det äldre varumärkets användning i förevarande fall.
- 47 Sökandens övriga argument ändrar inte denna bedömning.
- 48 Vad gäller det faktum att överklagandenämnden i det ifrågasatta beslutet har hänvisat till domarna i de ovan i punkt 19 nämnda målen Ansul och Silk Cocoon, vilka har påståtts sakna betydelse i förevarande fall, konstaterar förstainstansrätten, i motsats till vad sökanden har anfört, att överklagandenämnden inte har påstått att dessa domar rör frågan om vilka handlingar som räcker som bevisning om verkligt bruk av varumärket. Överklagandenämnden har, såsom klart framgår av punkt 15 i det ifrågasatta beslutet, endast hänvisat till dessa två domar vad avser definitionen av begreppet "verkligt bruk" enligt gemenskapsrätten. Detta argument är således ogrundat.
- 49 Vad avser omständigheten att tidigare beslut från harmoniseringsbyråns överklagandenämnder strider mot det ifrågasatta beslutet räcker det att anmärka att lagenligheten av de beslut som fattas av överklagandenämnderna skall bedömas enbart på grundval av förordning nr 40/94, enligt den tolkning som gemenskapsdomstolarna har gett denna, och inte mot bakgrund av överklagandenämndernas tidigare beslutspraxis (förstainstansrättens dom av den 9 oktober 2002 i mål T-36/01, Glaverbel mot harmoniseringsbyrån (ytan på en glasskiva), REG 2002, s. II-3887, punkt 35, och av den 20 november 2002 i de förenade målen T-79/01 och T-86/01, Bosch mot harmoniseringsbyrån (Kit pro och Kit Super Pro), REG 2002, s. II-4881, punkt 32). Argumentet saknar därför betydelse.
- 50 Av det ovanstående följer att talan inte kan vinna bifall med stöd av den första grunden.

Åsidosättande av rätten att yttra sig

Parternas argument

- 51 Sökanden anser att överklagandenämnden, när den inte trodde på intyget och ansåg att det hade ett begränsat bevisvärde, borde ha berett sökanden tillfälle att yttra sig i enlighet med artikel 73 andra meningen i förordning nr 40/94. Sökanden menar att denne, med hänsyn till ett beslut fattat av en annan överklagandenämnd i ett annat ärende (ärendet Grafenwälder mot Grafenwalder, som nämns ovan i punkt 21), hade rätt att anta att de handlingar som sökanden ingett till harmoniseringsbyrån utgjorde tillräckliga upplysningar om varumärkets användning vad gäller platsen, tiden, omfattningen och varornas art. Sökanden har särskilt anfört att denne inte hade anledning att tro att överklagandenämnden skulle anse att intyget hade ett begränsat bevisvärde. Sökanden anser därför att denne borde ha informerats av "domstolen", då denna hade en uppfattning i rättsfrågan som sökanden inte kände till och som "domstolen" skulle lägga till grund för sitt beslut. Ärendet skilde sig därför från det ärende som var i fråga i förstainstansrättens dom av den 5 juni 2002 i mål T-198/00, Hershey Foods mot harmoniseringsbyrån (Kiss Device with plume) (REG 2002, s. II-2567), till vilken det hänvisas i det ifrågasatta beslutet.
- 52 Harmoniseringsbyrån anser å sin sida att rätten att yttra sig rör samtliga faktiska och rättsliga omständigheter som ligger till grund för ett beslut men inte den beslutande myndighetens slutliga ställningstagande. Harmoniseringsbyrån anser därför att invändningsenheten inte har åsidosatt rätten att yttra sig och att invändningsenhetens beslut i vilket fall som helst inte kan vara föremål för talan vid förstainstansrätten.
- 53 Om sökandens grund däremot rör överklagandenämndens beslut, anser harmoniseringsbyrån att det är svårt att förstå påståendet att sökanden förvägrats tillfälle att yttra sig, eftersom överklagandenämnden avslog invändningen av samma skäl som invändningsenheten.

- 54 Intervenienten anser å sin sida att harmoniseringsbyrån endast kan grunda sitt beslut på omständigheter som parterna har fått kännedom om och som de har kunnat ta ställning till. Att bedöma om omständigheterna är sådana att det har bevisats reell användning och verkligt bruk av varumärket hör till den rättsliga bedömningen. Det rör sig inte om konstaterande av fakta, utan om en rättslig bedömning av de handlingar som har ingetts, och harmoniseringsbyrån är inte skyldig att först delge parterna denna bedömning. Intervenienten har vidare anfört att det skulle strida mot harmoniseringsbyråns neutralitetsplikt att uppmana en part att lämna in ytterligare bevisning om varumärkets användning.

Förstainstansrättens bedömning

- 55 Förstainstansrätten anmärker inledningsvis att sökanden genom sin grund om att principen om rätten att yttra sig har åsidosatts i själva verket hävdar ett åsidosättande av artikel 73 andra meningen i förordning nr 40/94, enligt vilken harmoniseringsbyråns beslut endast får grunda sig på omständigheter som parterna har haft tillfälle att yttra sig över.
- 56 Vidare har sökanden vid förhandlingen angett att denna grund avser det förfarande som föregått invändningsenhetens beslut såväl som det förfarande som har föregått det ifrågasatta beslutet.
- 57 Vad avser det förfarande som föregått invändningsenhetens beslut har denna del av grunden anförts för första gången först under det muntliga förfarandet.

58 Enligt artikel 48.2 första stycket i förstainstansrättens rättegångsregler får emellertid nya grunder inte åberopas under rättegången, såvida de inte föranleds av rättsliga eller faktiska omständigheter som framkommit först under förfarandet.

59 I vilket fall som helst följer det av artikel 63.1 i förordning nr 40/94 att talan vid gemenskapsdomstolen endast får väckas mot överklagandenämndernas beslut. Vid en sådan talan kan således endast grunder som rör överklagandenämndens eget beslut upptas till sakprövning.

60 Talan kan således inte upptas till sakprövning i den del som rör grunden om att artikel 73 andra meningen i förordning nr 40/94 har åsidosatts vad gäller invändningsenhetens beslut.

61 Vad avser det ifrågasatta beslutet, förutsatt att sökanden kan anses klandra överklagandenämndens beslut att inte upphäva invändningsenhetens beslut, trots att det har begåtts ett fel i förfarandet som föregått beslutet, konstaterar förstainstansrätten att överklagandenämnden hade rätt när den i punkt 26 i det ifrågasatta beslutet påpekade att harmoniseringsbyrån vid sin handläggning har rätt att beakta samtliga upplysningar från en part utan att först ge denne tillfälle att yttra sig över desamma. I vilket fall som helst var överklagandenämnden inte skyldig att upphäva invändningsenhetens beslut på denna grund, när det inte var fråga om något rättsligt fel i själva saken. Sökanden har dessutom överklagat till överklagandenämnden, bland annat i syfte att framföra argument om de uppgifter som har anförts för att bevisa ett verkligt bruk av varumärket i fråga, och sökanden har på detta sätt medgett tillfälle att yttra sig.

- 62 Vad rör rätten att yttra sig vid överklagandenämnden anmärker förstainstansrätten att bedömningen av de faktiska omständigheterna utgör en del av beslutet. Rätten att yttra sig omfattar samtliga faktiska och rättsliga omständigheter som ligger till grund för ett beslut men inte den beslutande myndighetens slutliga ställningstagande (se analogt förstainstansrättens dom av den 21 januari 1999 i de förenade målen T-129/95, T-2/96 och T-97/96, Neue Maxhütte Stahlwerke och Lech-Stahlwerke mot kommissionen, REG 1999, s. II-17, punkt 231). Såsom redan har anförts har sökanden dessutom själv ingett handlingarna i fråga till harmoniseringsbyrån, varför denne självklart har kunnat ta ställning till dem och deras relevans. Överklagandenämnden var därför inte skyldig att låta sökanden yttra sig vad gäller dess bedömning av de omständigheter som denna valt att grunda sitt beslut på.
- 63 Talan kan således inte bifallas med stöd av grunden om att artikel 73 andra meningen i förordning nr 40/94 har åsidosatts.

Åsidosättande av dispositionsprincipen

Parternas argument

- 64 Enligt sökanden följer det av dispositionsprincipen, som sökanden hävdar följer av artikel 74.1 i förordning nr 40/94, att överklagandenämnden inte borde ha tvivlat på trovärdigheten av de uppgifter som denne hade lämnat i intyget på grund av intervenientens uppgifter eller motstridiga uppgifter i handlingarna och att den inte hade rätt att ex officio ifrågasätta uppgifterna och endast tillerkänna intyget ett begränsat bevisvärde.

- 65 Överklagandenämnden ansåg, enligt sökanden, felaktigt att artikel 74.1 i förordning nr 40/94 inte hade åsidosatts. Överklagandenämnden hade nämligen inte beaktat att intervenienten inte hade riktat någon invändning mot bevisningen om varumärkets användning. Överklagandenämnden hade vidare inte beaktat att intervenienten implicit hade erkänt bevisvärdet av bevisningens art och innehåll genom att intervenienten begränsade sin förteckning över dessa varor och genom att intervenienten framdeles, inbegripet i förevarande mål, endast uttalat sig om förväxlingsrisken. Mot denna bakgrund saknas skäl att betvivla att de handlingar som har ingetts är sanningsenliga och korrekta. Enligt sökanden saknade invändningensheten således rättslig grund för att ex officio anse att handlingarna hade bestritts, betvivla uppgifterna i intyget och tillerkänna dem ett lägre bevisvärde. Det ifrågasatta beslutet har således föregåtts av ett allvarligt förfarandefel.
- 66 Harmoniseringsbyrån menar, vad avser frågan vad det innebär för bevisningen om varumärkets användning att intervenienten inte har ifrågasatt varumärkets användning efter det att sökanden har ingett bevishandlingar, att förstainstansrätten har uttalat sig om detta i sin dom av den 13 juni 2002 i mål T-232/00, Chef Revival USA mot harmoniseringsbyrån — Massagué Marín (Chef) (REG 2002, s. II-2749). Enligt denna dom följer det av artikel 74.1 i förordning nr 40/94 att det ankommer på parterna att inkomma med bevisning till stöd för sina yrkanden. I domen sägs inget om något undantag från denna princip om bevisningen inte har ifrågasatts.
- 67 Vad avser frågan huruvida bristen på reaktion kan ses som ett instämmande i de faktiska omständigheterna, har harmoniseringsbyrån understrukit att varken förordning nr 40/94 eller förordning nr 2868/95 uttryckligen innehåller en sådan princip. Om den som har ingett ansökan inte yttrar sig kan harmoniseringsbyrån fatta ett beslut rörande invändningen på grundval av den bevisning som har ingetts. Harmoniseringsbyrån har vidare anfört att även om den som har ingett ansökan om registrering av varumärket inte reagerar på invändningen, har byrån tillgång till ansökan, och denna utgör tillsammans med invändningen nödvändigt beslutsunderlag.

- 68 Harmoniseringsbyrån har tillagt att enligt artikel 43.2 i förordning nr 40/94 skall, om registreringsökanden har begärt bevis om att invändaren har använt sitt varumärke, invändningen avslås om sådan bevisning inte föreligger.
- 69 Mot denna bakgrund anser harmoniseringsbyrån att sökandens argument att begränsningen i ansökan utgör ett implicit medgivande inte kan vinna bifall. Enligt harmoniseringsbyrån kan en sådan begränsning göras när som helst och är inte knuten till invändningsförfarandet. Sökandens förklaring är inte övertygande.
- 70 Intervenienten har å sin sida anfört att enligt artikel 74.1 i förordning nr 40/94 omfattar harmoniseringsbyråns bedömning av de faktiska omständigheterna bara de grunder och yrkanden som framförts av parterna. En invändning kan således inte avslås enbart av det skälet att invändaren inte har bevisat reell användning och verkligt bruk, om registreringsökanden aldrig har bestritt invändarens bruk av sitt varumärke. Om användningen av det varumärke som invändningen grundas på ifrågasätts någon gång under förfarandet, gäller detta ifrågasättande för hela förfarandet och även eventuell talan vid domstol. Det är således inte nödvändigt att upprepa ifrågasättandet, och ifrågasättandet fortsätter att gälla till dess att registreringsökanden uttryckligen drar tillbaka ifrågasättandet eller uttryckligen medger reell användning och verkligt bruk av det äldre varumärket, vilket här inte har varit fallet.
- 71 Intervenienten har tillagt att i förfarandet vid överklagandenämnden har denne yttrat sig om den bristande användningen av varumärket. Att intervenienten i invändningsförfarandet endast har fört fram argumentet om förväxlingsrisk betyder inte att denne har dragit tillbaka sin grund rörande bristande reell användning och verkligt bruk. Ett sådant tillbakadragande kan bara göras uttryckligen, vilket här inte är fallet.

72 Vad gäller begränsningen i förteckningen över de varor som omfattas av registreringsansökan anser intervenienten inte att denna begränsning betyder att denne implicit har dragit tillbaka sitt ifrågasättande om varumärkets bruk. Detta ifrågasättande kan bara dras tillbaka genom en uttrycklig förklaring till harmoniseringsbyrån. Intervenienten har tillagt att begränsningen i förteckningen över varor och tjänster rör andra omständigheter och har lett till andra invändningsförfaranden.

Förstainstansrättens bedömning

73 Förstainstansrätten anser inledningsvis att sökanden genom sin grund om åsidosättande av dispositionsprincipen i själva verket har hävdad att artikel 74.1 i förordning nr 40/94 har åsidosatts.

74 Enligt denna bestämmelse skall "i ärenden om relativa registreringshinder prövningen vara begränsad till vad parterna åberopat och yrkat". Begreppet yrkat omfattar härvid ansökan om registrering av varumärket och invändningar mot densamma. Med åberopat avses rättsliga och faktiska omständigheter som parterna har anfört till stöd för sina yrkanden.

75 I förevarande fall hade harmoniseringsbyrån alltså att ta ställning till två yrkanden, i den mening som avses i artikel 74.1 i förordning nr 40/94. Det första, från intervenienten, rör registrering av varumärket Salvita. Det andra, från sökanden, rör en invändning mot samma registrering, på grund av att det föreligger ett äldre varumärke, SOLEVITA. Dessa två yrkanden stöds på de grunder som har anförts av parterna.

- 76 Artikel 74.1 i förordning nr 40/94, i den franska versionen, avser inte uttryckligen parternas inlämnande av bevis, men det följer likväl av bestämmelsen att det även ankommer på parterna att inkomma med bevisning till stöd för sina yrkanden. Denna tolkning bekräftas av en analys av andra språkversioner av denna bestämmelse, särskilt av den engelska versionen, vari anges "the facts, evidence and arguments provided by the parties", av den tyska, vari anges "das Vorbringen ... der Beteiligten" och den italienska, vari hänvisas till "[ai] fatti, prove ed argomenti addotti ... dalle parti" (domen i det ovan i punkt 66 nämnda målet Chef, punkt 45).
- 77 Enligt artikel 43.2 och 43.3 i förordning nr 40/94 skall, på begäran av den som har gett in registreringsansökan, innehavaren av ett äldre varumärke som har gjort en invändning bevisa att varumärket verkligen har brukats eller att det finns godtagbara skäl varför det aldrig har använts. Om en sådan begäran framställs medför det således att bevisbördan för att varumärket verkligen har använts (eller för att det finns skälig grund för att det inte använts) läggs på den som framställt invändningen, vid äventyr av att invändningen avslås. För att så skall ske krävs det att det i tid framställs en uttrycklig begäran vid harmoniseringsbyrån. Härav följer att underlåtenheten att inge bevis för att varumärket verkligen har använts inte kan medföra att invändningen avslås, såvida inte sökanden i tid har framställt en uttrycklig begäran om sådana bevis vid harmoniseringsbyrån (förstainstansrättens dom av den 17 mars 2004 i de förenade målen T-183/02 och T-184/02, El Corte Inglés mot harmoniseringsbyrån — González Cabello och Iberia Líneas Aéreas de España (MUNDICOR), REG 2004, s. II-965, punkterna 38 och 39).
- 78 I förevarande fall har intervenienten den 27 oktober 1999 begärt att sökanden skall bevisa verkligt bruk av sitt varumärke, i enlighet med artikel 43.2 i förordning nr 40/94. Det är ostridigt att denna begäran var uttrycklig och framställdes i rätt tid. Sökanden har därför bevisbördan för att dennes varumärke verkligen har använts.
- 79 Mot denna bakgrund och med hänsyn till att intervenienten inte har dragit tillbaka sin ansökan om registrering av varumärket Salvita, ankom det på sökanden att bevisa verkligt bruk av sitt varumärke, vilket dock inte har skett i förevarande mål,

varför harmoniseringsbyrån gjorde rätt när den avslög invändningen, detta trots att intervenienten inte hade bestritt de uppgifter som sökanden hade framfört till stöd för invändningen.

80 Vad gäller sökandens argument att intervenienten begränsat sin förteckning över vilka varor registreringsansökan gäller och därmed implicit ansett att verkligt bruk av varumärket hade bevisats anmärker förstainstansrätten att intervenienten endast har begränsat förteckningen över varor som omfattas av klass 5 från ansökan om gemenskapsvarumärke. Det är ostridigt att sökandens invändning endast rörde varor som anges i klasserna 29, 30 och 32 i ansökan om gemenskapsvarumärke. Av detta följer att begränsningen av förteckningen över varor som omfattas av registreringen saknar betydelse för sökandens invändning. I vilket fall som helst ankom det på sökanden att bevisa verkligt bruk av varumärket i fråga. Eftersom sökanden inte har presenterat sådan bevisning och intervenienten inte har dragit tillbaka sin ansökan om registrering av gemenskapsvarumärke, gjorde harmoniseringsbyrån rätt när den avslög sökandens invändning.

81 Mot denna bakgrund kan talan inte bifallas med stöd av grunden att artikel 74.1 andra meningen i förordning nr 40/94 har åsidosatts, och talan skall därför ogillas i sin helhet.

Rättegångskostnader

82 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Eftersom sökanden har tappat målet, skall harmoniseringsbyråns och intervenientens yrkanden bifallas.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (femte avdelningen)

följande dom:

- 1) **Talan ogillas.**
- 2) **Sökanden skall ersätta rättegångskostnaderna.**

Vilaras

Dehousse

Šváby

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 7 juni 2005.

H. Jung

Justitiesekreterare

M. Vilaras

Ordförande