ARREST VAN HET GERECHT (Zesde kamer)

2 juli 2009 *

In zaak T-414/07,

Européenne de traitement de l'information (Euro-Information), gevestigd te Straatsburg (Frankrijk), vertegenwoordigd door P. Greffe, M. Chaminade en L. Paudrat, advocaten,

verzoekster,

tegen

Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM), vertegenwoordigd door O. Montalto en R. Bianchi als gemachtigden,

verweerder,

betreffende een beroep tegen de beslissing van de eerste kamer van beroep van het BHIM van 6 september 2007 (zaak R 290/2007-1) houdende afwijzing van de aanvraag

* Procestaal: Frans.

tot inschrijving als gemeenschapsmerk van een teken in de vorm van een hand die een kaart met drie driehoeken vasthoudt,

wijst

HET GERECHT
VAN EERSTE AANLEG (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: A. W. H. Meij, kamerpresident, V. Vadapalas (rapporteur) en L. Truchot, rechters,

griffier: J. Palacio González, hoofdadministrateur,

gezien het op 19 november 2007 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 4 februari 2008 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord,

na de terechtzitting op 10 oktober 2008,

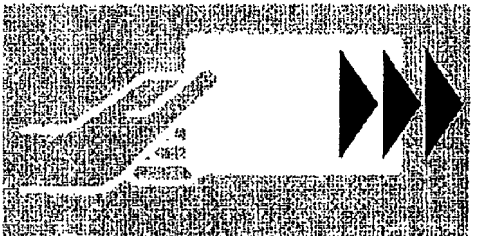
het navolgende

Arrest

Voorgeschiedenis van het geding

1 Op 10 juli 2006 heeft verzoekster, Européenne de traitement de l'information (Euro-Information), bij het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM) een gemeenschapsmerkaanvraag ingediend krachtens verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1), zoals gewijzigd [vervangen door verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad van 26 februari 2009 inzake het gemeenschapsmerk (PB L 78, blz. 1)].

2 De inschrijvingsaanvraag betreft het volgende beeldteken:



3 De waren en diensten waarvoor de inschrijving is aangevraagd, behoren tot de klassen 9, 35 tot en met 38 en 42 in de zin van de Overeenkomst van Nice van 15 juni 1957 betreffende de internationale classificatie van de waren en diensten ten behoeve van de inschrijving van merken, zoals herzien en gewijzigd. Deze klassen zijn als volgt omschreven:

— klasse 9: „apparaten voor het opnemen, het overbrengen en het weergeven van geluid of beeld, elektronische agenda's, verkoopautomaten, automaten voor afgifte van kaartjes, tickets, rekeningoverzichten, rekeningafschriften, betaalautomaten, bankautomaten, camera's (filmapparaten), videocamera's, geheugenkaarten of kaarten met microprocessor, magneetkaarten, magneetkaarten of kaarten met microprocessor voor identificatie, magneetkaarten of kaarten met microprocessor voor betaling, creditering of debitering, videocassettes, cd-roms, streepjescodelezers, compact discs (audio-video), optische compact discs, valsgelddetectors, floppydisks, magnetische gegevensdragers, optische gegevensdragers, videoschermen, gegevensverwerkende apparatuur, intercommunicatieapparatuur, interfaces voor computers, lezers (informatica), software (geregistreerd), boekhoudkundige software, monitors (computerprogramma's), computers, computerrandapparatuur, geregistreerde computerprogramma's, opgenomen computerbesturingsprogramma's, radiotelefonische toestellen, ontvangers (geluid en beeld), telefoontoestellen, draagbare telefoons, televisietoestellen, vooruitbetalingssystemen voor televisietoestellen, tijdopnametoestellen, transmittoren (telecommunicatie), processors (centrale verwerkingseenheden), computersoftware en -hardware voor volledige dienstverlening op afstand van banken, financiers en verzekeraars, software voor online beveiligd betalen via communicatienetwerken, apparatuur en toestellen voor elektronisch betalen, computermateriaal voor elektronisch betalen, software voor elektronisch betalen, elektronische betaalkaarten, elektrische en elektronische toestellen voor het beheer van financiële transacties";

— klasse 35: „abonnementsdiensten voor kranten (voor derden), ondersteuning bij bedrijfsleven, adviesverlening bij organisatie en management van bedrijfsleven, professionele consultancy bij bedrijfsleven, expertises in bedrijfsleven, zakelijke informatie, inwinnen van zakelijke informatie, schattingen in handelszaken,

kostprijsanalyse, verspreiding van reclameboodschappen, overschrijving van berichten, boekhouding, consultancy inzake personeel, reclamebrieven, reclame-e-mails, online verspreiding van reclame via een elektronischecommunicatienetwerk, informatiediensten, bijstand en adviesverlening op administratief en commercieel vlak voor toepassing van beveiligd betalen voor e-commerce via internet, opstellen van belastingaangiften, productdemonstraties, verspreiding van reclamemateriaal (folders, prospectussen, drukwerk, staaltjes), marktstudies, organisatie van commerciële of verkoopsbevorderende tentoonstellingen, invoeren van informatie in een centraal bestand, systematisering van informatie in een centraal bestand, beheer van computerbestanden, bijhouden van de boekhouding, bijhouden van de kasboeken, marktonderzoek, economische prognoses, projecten (ondersteuning van het management), publicatie van reclameteksten, reclame via briefwisseling, radioreclame, televisiereclame, opstellen van rekeningoverzichten, telefoonbeantwoorddiensten (voor afwezige abonnees), secretariaatsdiensten, statistische informatie, tekstverwerking, audit, organisatie van wedstrijden (voor reclamedoeleinden of met het oog op omzetstijging), promoties en reclame voor klanten- en personeelsbinding, doorgeven en ontvangen van bestellingen voor producten en diensten via internet, intranet en extranet, administratief beheer van verkoopautomaten, betaalautomaten en bankautomaten";

— klasse 36: „zaken in onroerend goederen, verzekering, ongevallenverzekering, factoring, bankzaken, financiële zaken, monetaire zaken, kredietverstrekking, incassodiensten, bankanalyse, financiële analyse, monetaire analyse, leasing, waardering (schatting) van onroerende goederen, uitgifte van waardebonnen, voorzieningsfonds, kapitaalvorming, -investering en -belegging, creditcarddiensten, debetkaartdiensten, borgstellingen (garanties), wisseltransacties, controle van cheques, uitgifte van reischeques, innen van waardepapieren, wisseltransacties, innen van waardepapieren, verrekeningen (wissel), adviesverlening in bankzaken, adviesverlening in financiële zaken, verzekeringsmakelaardij, makelaardij in onroerende goederen, beursmakelaardij, krediet, bewaarhouding van waardepapieren, spaardiensten, financiële schattingen en expertises (verzekeringen, banken, onroerende goederen), trustdiensten, financieringsdiensten, financiële informatie, fiscale schattingen, fiscale expertises, kapitaalvorming, -investering en -belegging, elektronische geldoverdrachten, financiële en bankinformatie, invordering van huurgelden, ziekteverzekering, maritieme verzekering, leningen op pand, financiële verrichtingen, monetaire verrichtingen, sponsoring, leningen (financiën), financiële transacties, levensverzekering, beheer van effectenrekeningen, vermogensbeheer, online financiële en bankinformatiediensten, interactieve financiële en

bankinformatiediensten via computer, elektronisch betalen, elektronische overdracht van waardepapieren, geld, kapitaal, aandelen, vreemde valuta en andere financiële effecten, online betaaldiensten via een elektronisch communicatienetwerk, online makelaardij en transacties via een elektronisch communicatienetwerk";

— klasse 37: „bouw; reparaties; installatiewerkzaamheden";

— klasse 38: „telecommunicatie, nieuwsdiensten in het bijzonder in de banksector, communicatie via computerterminal, communicatie via radio, communicatie via telefoon, communicatie via televisie, verzending van ijlboodschappen, overbrenging van ijlboodschappen, uitzending van televisieprogramma's, uitzending van radioprogramma's, televisie-uitzendingen, telecommunicatie-informatie, verhuur van apparaten voor het verzenden van berichten, verhuur van telefoontoestellen, e-maildiensten, verzenden van berichten, verzenden van berichten en beelden via computer, mobilofoondiensten, transmissie via satelliet, telefoondiensten, overbrenging van informatie via internet, intranet en extranet, interactieve overbrenging van informatie via computer, overbrenging van informatie van databanken, internationale gegevenstransmissie tussen computersystemen in een netwerk, online informatietransmissie, transmissie en ontvangst van informatie, boodschappen, beeld en geluid via vaste en mobiele telefoon, computer, micro-computer of videosysteem, telecommunicatiediensten via e-mail of videotekst, telecommunicatiediensten voor volledige dienstverlening op afstand van banken, financiers en verzekeraars, online toegang tot financiële databanken, verhuur van toegangstijd voor een databankserver (informaticadiensten), verhuur van toegangstijd voor computer voor gegevensverwerking";

— klasse 42: „juridische diensten, analyse voor installatie van computersystemen, arbitragediensten, herstel van databanken, dienstverlening in geschillen, technische projectstudies, expertises (ingenieurswerkzaamheden), verhuur van compu-

tersoftware, verhuur van computers, opstellen (ontwerpen) van software, updating van software, onderhoud van computersoftware, computerprogrammering, wettelijke bijstand (voogdij), beheer van industriële-eigendomsrechten, deponering en beheer van merken, tekeningen en modellen, reserveren en registreren van domeinnamen, beheer van domeinnamen, online juridische informatiediensten, interactieve juridische informatiediensten via computer, opstellen en ontwikkelen van systemen voor elektronisch betalen en beveiliging van financiële transacties via internet of een ander computernetwerk, computerprogrammering voor toegang tot systeem voor beheer van verkoopautomaten, betaalautomaten en bankautomaten".

4 Bij beslissing van 18 december 2006 heeft de onderzoeker op grond van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 [thans artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 207/2009] alleen inschrijving geweigerd voor de volgende waren en diensten (hierna: de „betrokken waren en diensten"):

— klasse 9: „verkoopautomaten, automaten voor afgifte van kaartjes, tickets, rekeningoverzichten, rekeningafschriften, betaalautomaten, bankautomaten, geheugenkaarten of kaarten met microprocessor, magneetkaarten, magneetkaarten of kaarten met microprocessor voor identificatie, magneetkaarten of kaarten met microprocessor voor betaling, creditering of debitering, magnetische gegevensdragers, gegevensverwerkende apparatuur, intercommunicatieapparatuur, interfaces voor computers, lezers (informatica), software (geregistreerd), boekhoudkundige software, monitors (computerprogramma's), computers, computerrandapparatuur, geregistreerde computerprogramma's, opgenomen computerbesturingsprogramma's, processors (centrale verwerkingseenheden), computersoftware en -hardware voor volledige dienstverlening op afstand van banken, financiers en verzekeraars, software voor online beveiligd betalen via communicatienetwerken, apparatuur en toestellen voor elektronisch betalen, computermateriaal voor elektronisch betalen, software voor elektronische betalen, elektronische betaalkaarten, elektrische en elektronische toestellen voor het beheer van financiële transacties";

— klasse 35: „administratief beheer van verkoopautomaten, betaalautomaten en bankautomaten”;

— klasse 36: „bankzaken, financiële zaken, monetaire zaken, kredietverstrekking, voorzieningsfonds, creditcarddiensten, debetkaartdiensten, wisseltransacties, innen van waardepapieren, verrekeningen (wissel), adviesverlening in bankzaken, adviesverlening in financiële zaken, krediet, bewaarhouding van waardepapieren, spaardiensten, financiële informatie, kapitaalvorming, -investering en –belegging, elektronische geldoverdrachten, financiële en bankinformatie, financiële verrichtingen, monetaire verrichtingen, leningen (financiën), financiële transacties, beheer van effectenrekeningen, vermogensbeheer, online financiële en bankinformatiediensten, interactieve financiële en bankinformatiediensten via computer, elektronisch betalen, elektronische overdracht van waardepapieren, geld, kapitaal, aandelen, vreemde valuta en andere financiële effecten, online betaaldiensten via een elektronisch communicatienetwerk, online makelaardij en transacties via een elektronisch communicatienetwerk”;

— klasse 38: „telecommunicatie, communicatie via computerterminal, e-maildiensten, verzenden van berichten, verzenden van berichten en beelden via computer, overbrenging van informatie via internet, intranet en extranet, interactieve overbrenging van informatie via computer, overbrenging van informatie van databanken, internationale gegevenstransmissie tussen computersystemen in een netwerk, online informatietransmissie, transmissie en ontvangst van informatie, boodschappen, beeld en geluid via computer, micro-computer of videosysteem, telecommunicatiediensten via e-mail of videotekst, telecommunicatiediensten voor volledige dienstverlening op afstand van banken, financiers en verzekeraars, online toegang tot financiële databanken, verhuur van toegangstijd voor een databankserver (informaticadiensten), verhuur van toegangstijd voor computer voor gegevensverwerking”;

— klasse 42: „opstellen en ontwikkelen van systemen voor elektronisch betalen en beveiliging van financiële transacties via internet of een ander computernetwerk, computerprogrammering voor toegang tot systeem voor beheer van verkoopautomaten, betaalautomaten en bankautomaten".

5 Op 15 februari 2007 heeft verzoekster op grond van de artikelen 57 tot en met 62 van verordening nr. 40/94 [thans de artikelen 58 tot en met 64 van verordening nr. 207/2009] bij het BHIM beroep ingesteld tegen de beslissing van de onderzoeker.

6 Bij beslissing van 6 september 2007 (hierna: „bestreden beslissing") heeft de eerste kamer van beroep van het BHIM dit beroep verworpen op grond van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 [thans artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 207/2009], op grond dat het aangevraagde teken onderscheidend vermogen mist voor de betrokken waren en diensten. Volgens de kamer van beroep wordt dit merk door het relevante publiek opgevat als een gebruiksaanwijzing, een te volgen stap of handelwijze om door middel van een bank- of andere kaart een transactie uit te voeren.

Conclusies van de partijen

7 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beslissing te vernietigen;

— het BHIM te gelasten het aangevraagde merk in te schrijven.

8 Ter terechtzitting heeft verzoekster bijkomend gevorderd dat het BHIM wordt verwezen in de kosten.

9 Het BHIM concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

Ontvankelijkheid van de tweede vordering van verzoekster

10 Verzoekster vraagt het Gerecht met haar tweede vordering om het BHIM te gelasten het aangevraagde merk in te schrijven. Dienaangaande moet eraan worden herinnerd dat ingevolge artikel 63, lid 6, van verordening nr. 40/94 [thans artikel 65, lid 6, van

verordening nr. 207/2009] het BHIM verplicht is, de maatregelen te treffen die nodig zijn ter uitvoering van het arrest van de gemeenschapsrechter. Het Gerecht kan derhalve geen bevelen richten tot het BHIM. Dit dient immers de consequenties te trekken die uit het dictum en de motivering van het onderhavige arrest voortvloeien [zie in die zin arresten Gerecht van 31 januari 2001, Mitsubishi HiTec Paper Bielefeld/BHIM (Giroform), T-331/99, Jurispr. blz. II-433, punt 33, en 27 februari 2002, Eurocool Logistik/BHIM (EUROCOOL), T-34/00, Jurispr. blz. II-683, punt 12]. Verzoeksters tweede vordering is dus niet-ontvankelijk.

Ten gronde

11 Verzoekster voert ter ondersteuning van haar beroep één middel aan: schending van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 [thans artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 207/2009].

Argumenten van de partijen

12 Verzoekster stelt dat uit geen enkel van de bestanddelen van het merk waarvan inschrijving is aangevraagd, dit wil zeggen de gestileerde afbeelding van een hand, de witte rechthoek die de hand vasthoudt, en de opeenvolging van drie rechthoeken, afzonderlijk dan wel in hun geheel beschouwd, kan worden afgeleid dat dit merk de aanwijzing is van een „te volgen stap" of een „handelwijze" om „een transactie met een bankkaart" uit te voeren, zoals de kamer van beroep in de bestreden beslissing heeft geoordeeld.

13 In de eerste plaats betwist verzoekster dat het oordeel van de kamer van beroep juist is, namelijk dat de heldere rechthoek die de hand vasthoudt op het betrokken teken, een bankkaart is.

14 Zo is het onjuist te stellen dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen mist voor een deel van de waren en diensten van de klassen 9, 35 en 42, aangezien deze waren en diensten noodzakelijkerwijs verband houden met het gebruik van kaarten voor elektronisch betalen en met de uitvoering van transacties door middel van deze kaarten, alsmede voor de diensten van de klassen 36 en 38, aangezien dit merk de boodschap overbrengt dat de consument deze transacties kan uitvoeren door middel van elektronische kaarten of magneetkaarten.

15 In de tweede plaats voert verzoekster aan dat de combinatie van een hand die een heldere rechthoek vasthoudt, wegens de gestileerde afbeelding, de schikking en de compositie van de hand en de rechthoek, een bestanddeel vormt met onderscheidend vermogen voor een aantal van de betrokken waren of diensten.

16 Volgens verzoekster wijkt de kamer van beroep echter af van de bestanddelen van het aangevraagde merk en van de opgave van de betrokken waren en diensten in een poging om een verband te leggen tussen bepaalde bestanddelen van het aangevraagde merk en de betrokken waren en diensten. Bovendien negeert zij de combinatie van de drie rechthoeken, die een van de onderscheidende en dominerende bestanddelen van het aangevraagde merk vormt. Dat bestanddeel is evenwel ongebruikelijk en willekeurig voor de betrokken waren en diensten en maakt het mogelijk de waren en diensten van verzoekster te identificeren ten aanzien van die van haar concurrenten.

17 Volgens verzoekster bezitten de bestanddelen van het aangevraagde merk, afzonderlijk dan wel in hun geheel beschouwd, volledig onderscheidend vermogen voor de volgende waren en diensten:

— klasse 9: „magnetische gegevensdragers, gegevensverwerkende apparatuur, intercommunicatieapparatuur, interfaces voor computers, lezers (informatica), software (geregistreerd), monitors (computerprogramma's), computers, computerrandapparatuur, geregistreerde computerprogramma's, opgenomen computerbesturingsprogramma's, processors (centrale verwerkingseenheden), software voor online beveiligd betalen via communicatienetwerken, apparatuur en toestellen voor elektronisch betalen, computermateriaal voor elektronisch betalen, software voor elektronische betalen";

— klasse 36: „kredietverstrekking, voorzieningsfonds, kredieten, spaardiensten, kapitaalvorming, -investering en -belegging, leningen (financiën), beheer van effectenrekeningen, vermogensbeheer, elektronisch betalen, online betaaldiensten via een elektronisch communicatienetwerk";

— klasse 38: „telecommunicatie, communicatie via computerterminal, e-maildiensten, verzenden van berichten, verzenden van berichten en beelden via computer, overbrenging van informatie via internet, intranet en extranet, interactieve overbrenging van informatie via computer, overbrenging van informatie van databanken, internationale gegevenstransmissie tussen computersystemen in een netwerk, online informatietransmissie, transmissie en ontvangst van informatie, boodschappen, beeld en geluid via computer, micro-computer of videosysteem, telecommunicatiediensten via e-mail of videotekst, verhuur van toegangstijd voor een databankserver (informaticadiensten), verhuur van toegangstijd voor computer voor gegevensverwerking";

— klasse 42: „opstellen en ontwikkelen van systemen voor elektronisch betalen en beveiliging van financiële transacties via internet of een ander computernetwerk”.

18 De bestanddelen, afzonderlijk beschouwd, bestaande uit een gestileerde hand, een heldere rechtbank die de hand vasthoudt, en de opeenvolging van drie rechthoeken, die, in hun geheel beschouwd, tevens een onderscheidende en willekeurige combinatie vormen, hebben onderscheidend vermogen voor voornoemde waren en diensten, met als gevolg dat kan worden vastgesteld dat er voor de combinatie van deze bestanddelen geen vrijhoudingsbehoefte bestaat met betrekking tot deze waren en diensten.

19 Bijgevolg is er geen houvast voor de conclusie dat het betrokken merk in het handelsverkeer gewoonlijk wordt gebruikt voor deze waren en diensten.

20 Bovendien bezit het aangevraagde merk, in zijn geheel beschouwd, onderscheidend vermogen voor de volgende waren en diensten:

— klasse 9: „verkoopautomaten, automaten voor afgifte van kaartjes, tickets, rekeningoverzichten, rekeningafschriften, betaalautomaten, bankautomaten, geheugenkaarten of kaarten met microprocessor, magneetkaarten, magneetkaarten of kaarten met microprocessor voor identificatie, magneetkaarten of kaarten met microprocessor voor betaling, creditering of debitering, boekhoudkundige software, computersoftware en -hardware voor volledige dienstverlening op

afstand van banken, financiers en verzekeraars, elektronische betaalkaarten, elektrische en elektronische toestellen voor het beheer van financiële transacties”;

— klasse 35: „administratief beheer van verkoopautomaten, betaalautomaten en bankautomaten”;

— klasse 36: „bankzaken, financiële zaken, monetaire zaken, creditcarddiensten, debetkaartdiensten, wisseltransacties, innen van waardepapieren, verrekeningen (wissel), adviesverlening in bankzaken, adviesverlening in financiële zaken, bewaarhouding van waardepapieren, financiële informatie, elektronische geldoverdrachten, financiële en bankinformatie, financiële verrichtingen, monetaire verrichtingen, financiële transacties, online financiële en bankinformatiediensten, interactieve financiële en bankinformatiediensten via computer, elektronische overdracht van waardepapieren, geld, kapitaal, aandelen, vreemde valuta en andere financiële effecten, online makelaardij en transacties via een elektronisch communicatienetwerk”;

— klasse 38: „telecommunicatiediensten voor volledige dienstverlening op afstand van banken, financiers en verzekeraars, online toegang tot financiële databank”;

— klasse 42: „computerprogrammering voor toegang tot systeem voor beheer van verkoopautomaten, betaalautomaten en bankautomaten”.

21 Verzoekster merkt op dat, ook al kunnen een aantal bestanddelen van het aangevraagde merk eventueel doen denken aan het domein waartoe voornoemde waren en diensten behoren, dient te worden vastgesteld dat de afbeelding van een opeenvolging van drie

driehoeken onderscheidend en willekeurig is voor al deze waren en diensten. Voor dat bestanddeel bestaat er dus geen enkele vrijhoudingsbehoefte met betrekking tot deze waren en diensten.

22 Bovendien is er geen houvast voor de conclusie dat dit bestanddeel in het handelsverkeer gewoonlijk wordt gebruikt voor dergelijke waren en diensten. Bijgevolg is de opeenvolging van drie driehoeken in combinatie met de overige bestanddelen van het betrokken merk onderscheidend voor deze waren en diensten.

23 In de derde plaats merkt verzoekster op dat de opeenvolging van de drie donkere driehoeken die naar rechts wijzen, waarvan twee de rechthoek overlappen, een van de onderscheidende en dominerende bestanddelen voor alle betrokken waren en diensten vormt.

24 De drie zwarte driehoeken, die een voor de betrokken waren en diensten ongebruikelijke en willekeurige grafische voorstelling hebben, zijn immers visueel doorslaggevend en verlenen het merk, in zijn geheel beschouwd, een geheel bijzondere indruk, waardoor de consument het merk kan onthouden en onderscheiden van merken van haar concurrenten.

25 Verzoekster voert aan dat op geen enkele grond kan worden geconcludeerd dat het betrokken merk in het handelsverkeer gewoonlijk wordt gebruikt voor de betrokken waren en diensten. Het merk stelt het relevante publiek in staat, zonder mogelijke verwarring de waren en diensten van de merkhouder te onderscheiden van waren en diensten met een andere commerciële herkomst.

26 Verzoekster betoogt dat zij het intensieve gebruik, vóór indiening van de inschrijvingsaanvraag, van een logo bestaande uit drie naar rechts wijzende driehoeken heeft aangetoond. Zij heeft immers een exemplaar van briefpapier, twee facturen en een pagina van haar website overgelegd. Volgens haar legt het publiek noodzakelijkerwijs een verband tussen haar en het aangevraagde merk, dat dit logo integraal overneemt.

27 Verzoekster voert bovendien aan dat het intrinsieke onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk een feit is, aangezien dit merk op intensieve wijze werd gebruikt vóór indiening van de inschrijvingsaanvraag. Banken waarmee zij verbonden is, hebben dit merk gebruikt op hun geldautomaten, zoals blijkt uit een foto die in 2005 te Thionville (Frankrijk) werd genomen, en uit een document „Euro Automatic Cash - Supports et déploiements sur GABs CEE-SE-IDF-SMB" van juni 2006, dat zij in de loop van de procedure voor het BHIM heeft overgelegd. Bijgevolg kan het aangevraagde merk volgens verzoekster door dit gebruik extra onderscheidend vermogen verkrijgen en kan het feit dat het relevante publiek met dit merk vertrouwd is, het onderscheidend vermogen ervan vergroten.

28 Ten slotte benadrukt verzoekster dat het BHIM reeds de inschrijving van met het aangevraagde merk vergelijkbare merken heeft aanvaard.

29 Het BHIM betwist dat de door verzoekster aangedragen argumenten gegrond zijn.

Beoordeling door het Gerecht

30 Ingevolge artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 [thans artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 207/2009] wordt inschrijving geweigerd van „merken die elk onderscheidend vermogen missen".

31 Volgens vaste rechtspraak moet het onderscheidend vermogen van een merk worden beoordeeld met betrekking tot de waren of diensten waarvoor de inschrijving is aangevraagd, en uitgaande van de perceptie van het merk door het relevante publiek, dat bestaat uit de normaal geïnformeerde en redelijk oplettende en omzichtige gemiddelde consument van deze waren of diensten (arresten Hof van 29 april 2004, Henkel/BHIM, C-456/01 P en C-457/01 P, Jurispr. blz. I-5089, punt 35, en 22 juni 2006, Storck/BHIM, C-25/05 P, Jurispr. blz. I-5719, punt 25).

32 De merken waartegen artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 [thans artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 207/2009] gericht is, zijn inzonderheid de merken die uit het oogpunt van het relevante publiek gewoonlijk in de handel worden gebruikt voor de voorstelling van de betrokken waren of diensten, of waarvoor er op zijn minst concrete aanwijzingen bestaan waaruit kan worden opgemaakt dat de merken op deze wijze kunnen worden gebruikt. Bovendien zijn de onder deze bepaling vallende tekens ongeschikt voor het vervullen van de wezenlijke functie van het merk, te weten de herkomst van de waar of dienst aan te geven, zodat de consument die de door dit merk aangeduide waar heeft verkregen of aan wie de door dit merk aangeduide dienst is verleend, bij een latere aankoop of opdracht, indien de ervaring positief was, die keuze kan herhalen of, in geval van een negatieve ervaring, een andere keuze kan maken [arresten Gerecht van 3 december 2003, Nestlé Waters France/BHIM (vorm van fles), T-305/02, Jurispr. blz. II-5207, punt 28; 31 maart 2004, Fieldturf/BHIM (LOOKS LIKE GRASS… FEELS LIKE GRASS… PLAYS LIKE GRASS), T-216/02, Jurispr. blz. II-1023, punten 23 en 24, en 24 november 2004, Henkel/BHIM (vorm van witte doorzichtige flacon), T-393/02, Jurispr. blz. II-4115, punt 30].

33 Verzoekster betwist niet de conclusie van de kamer van beroep wat het relevante publiek betreft. Bij de toetsing van het oordeel van de kamer van beroep wat het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk betreft zal bijgevolg rekening worden gehouden met de normaal geïnformeerde, redelijk oplettende en omzichtige gemiddelde Europese consument, naar wie wordt verwezen in punt 15 van de bestreden beslissing.

34 Verzoekster betwist niet dat het aangevraagde merk bestaat in een grafische afbeelding van een gestileerde hand, een heldere rechthoek die de hand vasthoudt, en een opeenvolging van drie donkere rechthoeken die naar rechts wijzen, waarvan twee de rechthoek overlappen.

35 Bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk, dat volgens verzoekster ontstaat door de gestileerde afbeelding van de bestanddelen ervan, dient te worden onderzocht of dit merk, gelet op de totaalindruk die door de combinatie van de vorm, de kleuren en de dessins ervan wordt opgeroepen, door het relevante publiek kan worden opgevat als een aanduiding van de commerciële herkomst ervan.

36 Om te beginnen kan niet worden ingestemd met verzoeksters argument dat de verschillende bestanddelen van het aangevraagde merk los van elkaar moeten worden beschouwd en het onderscheidend vermogen van elk bestanddeel afzonderlijk moet worden beoordeeld. Het onderzoek van het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk moet immers berusten op de erdoor opgeroepen totaalindruk en niet op elk afzonderlijk bestanddeel [zie in die zin arresten Hof van 15 september 2005, BioID/BHIM, C-37/03 P, Jurispr. blz. I-7975, punt 29, en 8 mei 2008, Eurohypo/BHIM, C-304/06 P, Jurispr. blz. I-3297, punt 41].

37 Zoals de kamer van beroep terecht heeft opgemerkt, wordt, gelet op de betrokken waren en diensten, de afbeelding van een hand die een rechthoek vasthoudt die op een kaart lijkt, in combinatie met drie in dezelfde richting wijzende driehoeken, door het relevante publiek echter waargenomen als een gebruiksaanwijzing die duidt op de te volgen stap om door middel van een kaart een transactie te verrichten, en niet als een aanduiding van de commerciële herkomst van de betrokken waren en diensten. De gemiddelde consument wordt immers dagelijks met dit soort gebruiksaanwijzing geconfronteerd op diverse plaatsen, zoals banken, supermarkten, stations, luchthavens, parkings en telefooncellen.

38 Verzoekster heeft geen enkel argument aangevoerd ter weerlegging dat dit oordeel gegrond is. Hoewel verzoekster betwist dat de heldere rechthoek kan worden opgevat als een magneetkaart of een chipkaart, nemen de context van deze figuur, namelijk de gestileerde hand die de kaart vasthoudt en de drie in dezelfde richting wijzende driehoeken, alsmede de betrokken waren en diensten alle onzekerheid weg over de wijze waarop het relevante publiek dit teken waarneemt.

39 Zo ook mist het geheel bestaande uit de drie zwarte driehoeken, doordat het is opgenomen in het betrokken teken, onderscheidend vermogen, anders dan verzoekster stelt, want het relevante publiek neemt dit geheel waar als richtingaangevende pijlen die een gebruik aanduiden, namelijk de plaats waar de magneetkaart in de automaat moet worden ingevoerd. Deze driehoeken missen dus onderscheidend vermogen voor elke klasse van de betrokken waren en diensten. Derhalve behoeven de overige elementen van het aangevraagde merk niet afzonderlijk te worden onderzocht.

40 Bovendien heeft de kamer van beroep terecht geoordeeld dat haar conclusie dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen mist, geldt — zoals zij in detail heeft uiteengezet in de punten 19 tot en met 22 van de bestreden beslissing — voor alle betrokken waren en diensten die verband houden met het gebruik van elektronische betaalkaarten en de verrichting van transacties waarvoor dergelijke kaarten noodzakelijk zijn, zoals elektronische betalingen door middel van een magneetkaart (klasse 9), het administratief beheer van verkoopautomaten (klasse 35), de systemen voor elektronisch betalen via computernetwerk (klasse 42), de verkoop van magnetische betaalkaarten en de transacties door middel van deze kaarten (klasse 36), of de telecommunicatieprocedés en de transmissie van elektronische informatie die een soort van boodschap zijn dat deze diensten verkrijgbaar zijn mits een magneetkaart wordt gebruikt (klasse 38).

41 In dit verband zij met name vastgesteld dat verzoekster heeft nagelaten aan te tonen dat de kamer van beroep in de punten 19 tot en met 22 van de bestreden beslissing ten onrechte heeft geoordeeld dat het aangevraagde merk, gelet op de betrokken waren en diensten, door het relevante publiek wordt waargenomen als een rechtstreekse en noodzakelijke verwijzing naar de uitvoering van elektronische betalingen door middel van een magneetkaart.

42 Gelet op het voorgaande heeft de kamer van beroep terecht geoordeeld dat, gelet op de totaalindruk die wordt opgeroepen door de combinatie van de verschillende bestanddelen van het aangevraagde teken, dit teken het relevante publiek niet in staat stelt, de commerciële herkomst van de betrokken waren en diensten te identificeren wanneer het bij een aankoop een keuze moet maken.

43 Verzoekster voert voorts aan dat het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk wordt vergroot door het gebruik dat is gemaakt van het bestanddeel bestaande in de afbeelding van drie opeenvolgende driehoeken die naar rechts wijzen, als logo van verzoekster op haar briefpapier, haar facturen en haar website, en bovendien door het gebruik dat van het aangevraagde merk is gemaakt vóór indiening van de aanvraag tot inschrijving van het merk, door een groep van banken waartoe zij behoort, met name op de automatische loketten van de bank CIC in eerste instantie en nadien door de gehele groep.

44 Om te beginnen beroept verzoekster zich niet op schending van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 [thans artikel 7, lid 3, van verordening nr. 207/2009], dat bepaalt dat de absolute weigeringsgronden van artikel 7, lid 1, sub b, c en d, van deze verordening [thans artikel 7, lid 1, sub b, c en d, van verordening nr. 207/2009] niet in de weg staan aan de inschrijving van een merk indien dit merk als gevolg van het gebruik dat ervan is gemaakt, onderscheidend vermogen heeft verkregen voor de waren en diensten waarvoor de inschrijving is aangevraagd. Om toepassing van de absolute weigeringsgrond van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 [thans artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 207/2009] te blokkeren kan verzoekster niet aanvoeren dat het aangevraagde merk „extra" onderscheidend vermogen heeft verkregen of nog dat het onderscheidend vermogen vergroot door het gebruik dat ervan is gemaakt.

Aangezien het aangevraagde merk intrinsiek onderscheidend vermogen mist in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 [thans artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 207/2009], kan dit teken enkel worden ingeschreven wanneer is voldaan aan de voorwaarden van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 [thans artikel 7, lid 3, van verordening nr. 207/2009].

45 Aangezien verzoekster hooguit stelt dat het aangevraagde merk voldoende intrinsiek onderscheidend vermogen bezit, in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 [thans artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 207/2009], wegens het gebruik dat van het uit drie driehoeken bestaande logo is gemaakt binnen de compositie ervan en wegens het gebruik van het aangevraagde merk zelf, dient deze grief derhalve te worden afgewezen.

46 Voor zover verzoekster niettemin heeft willen aanvoeren dat het aangevraagde merk moet worden ingeschreven op grond van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 [thans artikel 7, lid 3, van verordening nr. 207/2009], is volgens de rechtspraak betreffende de uitlegging van artikel 3, lid 3, van de Eerste richtlijn (89/104/EEG) van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (PB 1989, L 40, blz. 1), dat in wezen hetzelfde voorschrijft als artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 [thans artikel 7, lid 3, van verordening nr.207/2009], voor de verkrijging van onderscheidend vermogen door gebruik van het merk vereist dat minstens een aanzienlijk deel van het relevante publiek de betrokken waren of diensten op basis van het merk als van een bepaalde onderneming afkomstig identificeert [zie in die zin arresten Hof van 4 mei 1999, Windsurfing Chiemsee, C-108/97 en C-109/97, Jurispr. blz. I-2779, punt 52, en 18 juni 2002, Philips, C-299/99, Jurispr. blz. I-5475, punt 61; zie eveneens voor verordening nr. 40/94, arresten Gerecht van 29 april 2004, Eurocermex/BHIM (vorm van fles bier), T-399/02, Jurispr. blz. II-1391, punt 42, en 14 juni 2007, Europig/BHIM (EUROPIG), T-207/06, Jurispr. blz. II-1961, punt 55].

47 Bij de beoordeling of een merk door gebruik onderscheidend vermogen heeft verkregen, kan met name rekening worden gehouden met het marktaandeel van het merk, de intensiteit, de geografische spreiding en de duur van het gebruik van dit merk, de hoogte van het reclamebudget van de onderneming voor het merk, het gedeelte van het betrokken publiek dat de waar op basis van het merk als afkomstig van een bepaalde onderneming identificeert, alsmede verklaringen van de kamers van koophandel en industrie en van andere beroepsverenigingen. Wanneer op basis van deze factoren kan worden aangenomen dat het relevante publiek of op zijn minst een aanzienlijk deel ervan de waar dankzij het merk identificeert als afkomstig van een bepaalde onderneming, dient de conclusie te luiden dat is voldaan aan het vereiste van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 [thans artikel 7, lid 3, van verordening nr. 207/2009] [zie, mutatis mutandis, arresten Windsurfing Chiemsee, reeds aangehaald, punten 51 en 52, en Philips, reeds aangehaald, punten 60 en 61; arrest Gerecht van 5 maart 2003, Alcon/BHIM — Dr. Robert Winzer Pharma (BSS), T-237/01, Jurispr. blz. II-411, punt 50].

48 In casu dient in de eerste plaats te worden opgemerkt dat het logo waarnaar verzoekster verwijst, niet samenvalt met het aangevraagde merk, maar een van de bestanddelen ervan is. Zoals de kamer van beroep in punt 27 van de bestreden beslissing terecht heeft geoordeeld, kan het onderscheidend vermogen dat dit logo eventueel heeft verkregen door het gebruik ervan, niet ten goede komen van het aangevraagde teken, dat bestaat uit andere bestanddelen die binnen de erdoor opgeroepen totaalindruk de doorslag geven.

49 In de tweede plaats zij vastgesteld dat de bewijselementen die verzoekster in de loop van de procedure voor het BHIM heeft overgelegd in verband met het gebruik van het aangevraagde merk, kennelijk ontoereikend zijn als bewijs van het door het gebruik verkregen onderscheidend vermogen, gelet op de in de punten 47 en 48 supra uiteengezette vereisten van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 [thans artikel 7, lid 3, van verordening (EG) nr. 207/2009]. In dit verband kan worden volstaan met de opmerking dat bij gebreke van bewijzen in verband met de marktaandelen, de intensiteit en de geografische uitgestrektheid van het gebruik van het aangevraagde merk, niet op basis van het gegeven alleen dat een bankgroep van dit merk gebruik heeft gemaakt op haar geldautomaten, kan worden geoordeeld dat een aanzienlijk deel van het relevante publiek de betrokken waren en diensten, waarvoor het aangevraagde merk zou zijn gebruikt, zal identificeren als afkomstig van verzoekster of van de groep waartoe zij behoort.

50 Verzoeksters argument kan bijgevolg niet dienen ter onderbouwing van de conclusie dat het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk vergroot of dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen heeft verkregen door het gebruik ervan in de zin van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 [thans artikel 7, lid 3, van verordening nr. 207/2009].

51 Aangaande de argumenten in verband met de vroegere inschrijvingen door het BHIM, die zouden neerkomen op schending van het gelijkheidsbeginsel, zij herinnerd aan de vaste rechtspraak, volgens welke de rechtmatigheid van de beslissingen van de kamers van beroep alleen op basis van verordening nr. 40/94 [thans verordening nr. 207/2009], zoals uitgelegd door de gemeenschapsrechter, wordt beoordeeld en niet op basis van een eerdere praktijk van de kamers van beroep [arrest BioID/BHIM, reeds aangehaald, punt 47, en arrest Gerecht van 27 februari 2002, Streamserve/BHIM (STREAMSERVE), T-106/00, Jurispr. blz. II-723, punt 66].

52 Bijgevolg dient het enige middel, schending van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 [thans artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 207/2009] ongegrond te worden verklaard en het beroep dient dus te worden verworpen.

Kosten

53 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van het BHIM te worden verwezen in de kosten.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Zesde kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) Het beroep wordt verworpen.

2) Européenne de traitement de l'information (Euro-Information) wordt verwezen in de kosten.

Meij Vadapalas Truchot

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 2 juli 2009.

ondertekeningen