RETTENS DOM (Anden Afdeling)

29. september 2010 *

I sag T-378/07,

CNH Global NV, Amsterdam (Nederlandene), ved barrister M. Edenborough og solicitor R. Harrison,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved A. Folliard-Monguiral, som befuldmægtiget,

sagsøgt,

* Processprog: engelsk.

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 5. juli 2007 af Første Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 1642/2006-1) vedrørende en ansøgning om registrering af et tegn, der gengiver en rød, sort og grå traktor, som EF-varemærke

har

RETTEN (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, I. Pelikánová, og dommerne K. Jürimäe og S. Soldevila Fragoso (refererende dommer),

justitssekretær: K. Pocheć,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 2. oktober 2007,

under henvisning til svarskriftet, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 15. januar 2008,

under henvisning til replikken, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 13. maj 2008,

og efter retsmødet den 17. marts 2010,

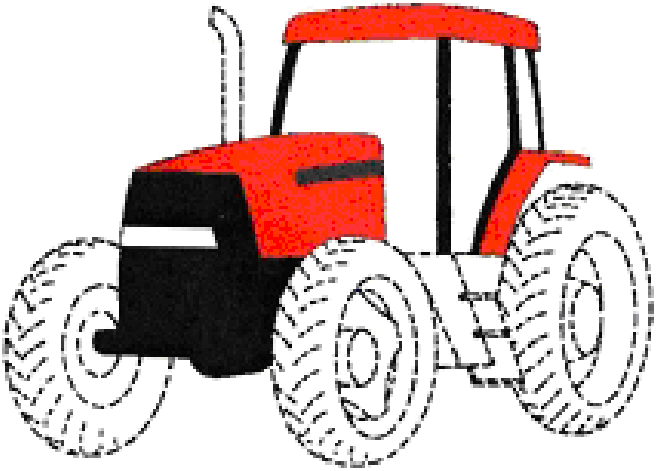
afsagt følgende

Dom

Tvistens baggrund

1 Den 15. juli 2004 indgav sagsøgeren, CNH Global NV, en ansøgning om registrering af et EF-varemærke til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«) i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som ændret (erstattet af Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26.2.2009 om EF-varemærker (EUT L 78, s. 1)).

2 Der blev ansøgt om varemærkeregistrering af følgende figurtegn:



3 Det omhandlede tegn er beskrevet som »[en] kombination af farverne rød, sort og grå anvendt på de ydre overflader af en traktor, idet der er anvendt rød farve på motorhjelmen, taget og hjulskærmene, lysegrå og mørkegrå farve på motorhjelmen i form af en vandret stribe og sort farve på gitteret foran motorhjelmen, på chassiset og på de ydre, lodrette pyntelister«.

4 De varer, som registreringsansøgningen vedrører, henhører under klasse 12 i Nicearrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer til følgende beskrivelse: »Traktorer«.

5 Ved afgørelse af 27. oktober 2006 afslog undersøgeren registreringsansøgningen med den begrundelse, at selv om sagsøgeren havde godtgjort at have »bemærkelsesværdige« salgstal i medlemsstaterne i Vesteuropa, havde sagsøgeren ikke ført bevis for en intensiv brug af det omhandlede tegn i de nye medlemsstater, som primært er landbrugslande, og at det følgelig ikke var muligt at fastslå, at det ansøgte varemærke har opnået fornødent særpræg ved brug inden for en væsentlig del af Det Europæiske Fællesskab.

6 Den 15. december 2006 påklagede sagsøgeren undersøgerens afgørelse. Ved afgørelse af 5. juli 2007 (herefter »den anfægtede afgørelse«) tiltrådte Første Appelkammer denne afgørelse og afslog klagen.

7 Appelkammeret understregede i det væsentlige, dels at den relevante kundekreds består af landbrugere, dels at eftersom den omhandlede farvekombination mangler fornødent særpræg i sig selv, ville det ansøgte varemærke kun kunne registreres på betingelse af, at det har opnået fornødent særpræg ved brug inden for en væsentlig del af Fællesskabet. Appelkammeret anførte imidlertid, at sagsøgeren ikke havde godtgjort, at denne betingelse var opfyldt, idet sagsøgeren dels ikke havde taget hensyn til de nye medlemsstater i afgrænsningen af det relevante marked, dels at salgstallene i disse medlemsstater, og faktisk også i visse af de gamle medlemsstater, var åbenbart utilstrækkelige til at godtgøre en intensiv brug af det nævnte tegn.

Parternes påstande

8 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

9 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

10 Sagsøgeren har til støtte for søgsmålet i det væsentlige gjort et enkelt anbringende gældende vedrørende tilsidesættelse af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 (nu artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 207/2009).

Parternes argumenter

11 Sagsøgeren har anført, at den relevante kundekreds, som består af en ganske lille del af den samlede befolkning, opfatter farvekombinationen på de traktorer, som sagsøgeren fremstiller, som et varemærke, og dette vil den gøre på samme måde i de forskellige medlemsstater.

12 Det er sagsøgerens vurdering, at den relevante kundekreds omfatter såvel nuværende traktorejere som fremtidige traktorkøbere, men ikke dem, som blot har en simpel potentiel interesse i disse varer, idet kun de førstnævnte vil have en ægte interesse i, at varemærket opfylder sin afgørende funktion bestående i at identificere varernes handelsmæssige oprindelse.

13 Ifølge sagsøgeren kan begrebet »landbruger« ikke tages i betragtning med henblik på afgrænsningen af den relevante kundekreds, idet det er upræcist og inkluderer irrelevante personer, såsom små landbrugere eller landbrugere, som ikke har midler til at købe en traktor. Det var således med urette, at appelkammeret fastslog, at landbrugere generelt udgør den relevante kundekreds, og denne fejl medførte, at appelkammeret foretog en fejlfortolkning af de fremlagte beviser.

14 Sagsøgeren har således bestridt den af Harmoniseringskontoret fremsatte påstand, hvorefter sagsøgeren har medgivet, at den relevante kundekreds skulle bestå af landbrugere generelt.

15 Sagsøgeren har gjort gældende, at ifølge retspraksis skal et varemærkes fornødne særpræg opnået ved brug godtgøres for en væsentlig del af den berørte kundekreds, men ikke for denne kundekreds i sin helhed. Et sådant bevis skal endvidere føres for en væsentlig del af det relevante område, men ikke for området i sin helhed, idet der, i modsætning til det af Harmoniseringskontoret hævdede, ikke er sket nogen ændring i retspraksis eller foretaget nogen lovreform i denne retning.

16 Sagsøgeren har desuden præciseret, at Harmoniseringskontorets synspunkt, hvorefter et varemærkes opnåelse af fornødent særpræg ved brug skal være fastslået for enhver medlemsstats samlede område og for hele den relevante kundekreds, er »uigennemførligt i praksis«.

17 Ifølge sagsøgeren er den relevante kundekreds ikke ens fordelt mellem medlemsstaterne, og den grad af brug, der er relevant, ændrer sig således i forhold til de særlige omstændigheder i hver enkelt medlemsstat.

18 Sagsøgeren har anført, at i den foreliggende sag er de absolutte salgstal for de omhandlede varer, det geografiske område, der dækkes, samt den omstændighed, at salgene ikke er ens fordelt inden for Fællesskabet, irrelevante forhold med henblik på at fastslå, om det ansøgte varemærke har opnået fornødent særpræg ved brug inden for en væsentlig del af Fællesskabet. De forhold, der skal tages i betragtning, er dels salgstallene i forhold til markedets størrelse, dels den geografiske fordeling af den relevante kundekreds.

19 Sagsøgeren har gjort gældende, at i den foreliggende sag er salgstallene for de varer, som registreringsansøgningen vedrører, »bemærkelsesværdige« i de medlemsstater, som er beliggende i Vesteuropa. Det ansøgte varemærke har således opnået fornødent særpræg ved brug i de gamle medlemsstater, som udgør 90 % af Fællesskabet og dermed en væsentlig del heraf, og varemærket har således for den relevante kundekreds opnået det fornødne særpræg i henhold til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94.

20 Sagsøgeren har anført, at befolkningens størrelse, det geografiske områdes udstrækning og det forhold, at medlemsstaterne beliggende i Østeuropa er landbrugslande, er irrelevante omstændigheder med henblik på at fastslå, om det ansøgte varemærke har opnået fornødent særpræg ved brug inden for en væsentlig del af Det Europæiske Fællesskab. Ifølge sagsøgeren er den relevante kundekreds det forhold, der skal tages i betragtning. Under alle omstændigheder er landbrugsbedrifterne i disse medlemsstater for små til at benytte traktorer, og den relevante kundekreds i denne del af Fællesskabet er derfor meget begrænset. Det er således med urette, at Harmoniseringskontoret har anført, at sagsøgeren har ignoreret medlemsstaterne beliggende i Østeuropa, og at sagsøgeren har set bort fra markederne i de nye medlemsstater ud fra den antagelse, at de er ubetydelige.

21 Sagsøgeren har understreget, at Harmoniseringskontoret har anvendt virksomhedens salgstal på en måde, der var »vildledende og frem for alt forkert«.

22 Sagsøgeren har desuden anført, at Harmoniseringskontoret i sit svarskrift har fremført to spørgsmål, som ikke har været gjort gældende hverken for undersøgeren eller for appelkammeret, og som vedrører dels spørgsmålet om, hvor uafhængige de to repræsentanter for erhvervssammenslutninger er, som har udarbejdet den af sagsøgeren fremlagte erklæring i stævningens bilag, og deres evne til at fastslå måden, hvorpå et givent varemærke opfattes i Europa, dels brugen af det ansøgte varemærke i kombination med ordmærket CASE eller CASE INTERNATIONAL. Disse argumenter er ugrundede, dels fordi de nævnte repræsentanter har udmærkede forudsætninger

for at fastslå, hvordan varemærket opfattes, dels fordi ordbestanddelene i det ansøgte varemærke er ulæselige, således at farvekombinationen er den eneste særprægede bestanddel.

23 Endelig har sagsøgeren præciseret, at der er fremlagt såvel direkte beviser, som påviser, at en traktors farvekombination kan udgøre en angivelse af den handelsmæssige oprindelse, som fotografier, der viser den nævnte farvekombination. Det er ligeledes godtgjort, at der har været ført en særlig reklamekampagne for disse traktorer rettet mod den relevante kundekreds.

24 Harmoniseringskontoret har bestridt samtlige af de af sagsøgeren fremførte argumenter.

Rettens bemærkninger

25 Farver eller farvesammensætninger kan som sådanne udgøre EF-varemærker og kan i sig selv som følge af den brug, der er gjort deraf, have fået fornødent særpræg for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke de søges registreret; jf. artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 (Domstolens dom af 21.10.2004, sag C-447/02 P, KWS Saat mod KHIM, Sml. I, s. 10107, præmis 79, og Rettens dom af 28.10.2009, sag T-137/08, BCS mod KHIM — Deere (Kombination af farverne grøn og gul), Sml. II, s. 4047, præmis 28).

26 I den foreliggende sag har sagsøgeren ikke bestridt undersøgerens og appelkammerets konklusioner, hvorefter det ansøgte varemærke mangler fornødent iboende særpræg, men har begrænset diskussionen til anvendelsen af nævnte forordnings artikel 7, stk. 3, på det omhandlede tegn.

27 I medfør af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 er de absolutte registreringshindringer i samme forordnings artikel 7, stk. 1, litra b)-d) [nu artikel 7, stk. 1, litra b)-d), i forordning nr. 207/2009], ikke til hinder for registreringen af et varemærke, såfremt dette for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det søges registreret, har fået fornødent særpræg ved den brug, der er gjort deraf.

28 Med hensyn hertil bemærkes for det første, at det fremgår af retspraksis, at det, for at et varemærke har fået fornødent særpræg ved brug, kræves, at i det mindste en betydelig andel af den relevante kundekreds på grund af mærket identificerer varen eller tjenesteydelsen som hidrørende fra en bestemt virksomhed (Rettens dom af 12.9.2007, sag T-141/06, Glaverbel mod KHIM (En glasoverflades struktur), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 32; jf. ligeledes analogt Domstolens dom af 4.5.1999, forenede sager C-108/97 og C-109/97, Windsurfing Chiemsee, Sml. I, s. 2779, præmis 52, og af 7.7.2005, sag C-353/03, Nestlé, Sml. I, s. 6135, præmis 30).

29 Denne identifikation skal foretages i kraft af den brug, der er gjort af tegnet som varemærke, og dermed i kraft af tegnets art og virkning, der gør det egnet til at adskille den pågældende vare fra andre virksomheders (jf. analogt Domstolens dom af 18.6.2002, sag C-299/99, Philips, Sml. I, s. 5475, præmis 64, og Nestlé-dommen, præmis 26).

30 For det andet bemærkes, at for at opnå registrering af et varemærke i henhold til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 er det nødvendigt, at det fastslås, at der er opnået fornødent særpræg som følge af brugen i hele det område, hvor varemærket fra begyndelsen manglede fornødent særpræg (jf. i denne retning Domstolens dom af 22.6.2006, sag C-25/05 P, Storck mod KHIM, Sml. I, s. 5719, præmis 83 og 86, Rettens dom i sagen om en glasoverflades struktur, præmis 35 og 40, og dens dom af 10.3.2009, sag T-8/08, Piccoli mod KHIM (Form som en muslingeskal), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 36 og 41, og af 30.9.2009, sag T-75/08, JOOP! mod KHIM (!), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 41; jf. ligeledes analogt Domstolens dom af 7.9.2006, sag C-108/05, Bovemij Verzekeringen, Sml. I, s. 7605, præmis 22).

31 For det tredje fremgår det af Domstolens praksis, at ved afgørelsen af, om det omhandlede tegn har fået særpræg som følge af den brug, der er gjort deraf, skal der foretages en samlet vurdering af de elementer, som kan godtgøre, at varemærket er blevet egnet til at identificere de pågældende varer eller tjenesteydelser som hidrørende fra en bestemt virksomhed og dermed til at adskille disse varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders (jf. analogt Windsurfing Chiemsee-dommen, præmis 49).

32 Ved vurderingen af, om et varemærke har fået fornødent særpræg som følge af den brug, der er gjort deraf, kan der bl.a. tages hensyn til varemærkets markedsandel, intensiteten, den geografiske udstrækning og varigheden af brugen af dette varemærke, størrelsen af de investeringer, som virksomheden har foretaget for at fremme varemærket, den andel af de relevante omsætningskredse, der identificerer varerne eller tjenesteydelserne som hidrørende fra en bestemt virksomhed på grund af varemærket, samt erklæringer fra industri- og handelskamre eller andre faglige sammenslutninger (!-dommen, præmis 44; jf. ligeledes analogt Windsurfing Chiemsee-dommen, præmis 51, og Nestlé-dommen, præmis 31).

33 For det fjerde skal et tegns fornødne særpræg, herunder det særpræg, der er opnået ved brug heraf, bedømmes i forhold dels til de varer eller tjenesteydelser, for hvilke der er ansøgt om registrering af varemærket, dels til den formodede opfattelse af den pågældende vare- eller tjenesteydelseskategori hos en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger (jf. analogt Philips-dommen, præmis 59 og 63, og Nestlé-dommen, præmis 25).

34 Endelig skal et varemærke have fået fornødent særpræg ved brug inden indgivelsen af ansøgningen (Domstolens dom af 11.6.2009, sag C-542/07 P, Imagination Technologies mod KHIM, Sml. I, s. 4937, præmis 60, og Rettens dom af 11.2.2010, sag T-289/08, Deutsche BKK mod KHIM (Deutsche BKK), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 60).

35 Det er på baggrund af den ovenfor anførte retspraksis, at det skal undersøges, om appelkammeret i den foreliggende sag har foretaget en urigtig retsanvendelse, da det afviste sagsøgerens argumentation om, at det ansøgte varemærke har opnået fornødent særpræg ved brug i en væsentlig del af Fællesskabet og dermed burde have været godkendt til registrering for de omhandlede varer i medfør af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94.

36 I denne forbindelse bemærkes, at sagsøgeren har bestridt den afgrænsning af den relevante kundekreds, som appelkammeret lagde til grund, samt appelkammerets vurdering, hvorefter det omhandlede tegn ikke har opnået fornødent særpræg ved brug i en væsentlig del af Fællesskabet.

37 Hvad for det første angår afgrænsningen af den relevante kundekreds, med hensyn til hvilken det ansøgte varemærke skulle have opnået fornødent særpræg ved brug, har sagsøgeren begrænset den til nuværende traktorejere og fremtidige traktorkøbere, hvorimod appelkammeret lod den omfatte samtlige landbrugere.

38 Retten finder, at afgrænsningen af den relevante kundekreds er knyttet til en undersøgelse af de påtænkte købere af de omhandlede varer, idet det er i forhold til disse, at varemærket skal udøve sin grundlæggende funktion. En sådan afgrænsning skal således foretages på grundlag af varemærkers grundlæggende funktion, som er at garantere oprindelsen af den vare eller tjenesteydelse, der er omfattet af varemærket, over for forbrugeren eller den endelige bruger, som dermed sættes i stand til uden risiko for forveksling at adskille varen eller tjenesteydelsen fra varer eller tjenesteydelser med en anden oprindelse (dommen i sagen om en glasoverflades struktur, præmis 23 og den deri nævnte retspraksis).

39 Undersøgt på baggrund af denne retspraksis er de argumenter, som sagsøgeren har gjort gældende for at bestride, at den relevante kundekreds kunne udgøres af landbrugere generelt, og for i forhold til denne definition at udelukke hele den del af befolkningen, som blot er potentielt interesseret i de omhandlede varer, ikke relevante.

40 Dels er landbrugere i kraft af deres landbrugsvirksomhed den naturlige målgruppe for de nødvendige redskaber til denne virksomhed, herunder traktorer. Sagsøgeren er selv kommet frem til denne konklusion, eftersom sagsøgeren i et af de for Retten fremlagte dokumenter erkender, at landbrugere er de typiske forbrugere af traktorer. Argumenter vedrørende den ringe størrelse af visse landbrugsbedrifter og landbrugeres budgetmæssige begrænsninger kan ikke drage denne konklusion i tvivl. Som det nemlig fremgår af de dokumenter, som sagsøgeren har fremlagt for Retten, er det lykkedes de forskellige traktorfabrikanter at udvikle kompakte maskiner, som er beregnet til anvendelse i små bedrifter. Det forhold, at visse landbrugere ikke har midler til at købe en traktor, er ligeledes en omstændighed, som kan ændre sig over tid, eller som kan løses ved hjælp af finansieringsforslag fra f.eks. forhandlere af landbrugsmaskiner.

41 Dels er sagsøgerens sondring mellem fremtidige traktorkøbere og personer, som blot er potentielt interesserede i disse maskiner, kunstig. Hvad angår varemærkerettigheder og dermed identifikationen af den handelsmæssige oprindelse af varer, der bringes på markedet, kan der nemlig ikke være andre personer, som potentielt er interesserede i traktorer, end deres fremtidige købere. Andre »interesserede« såsom mekanikere, historikere, sociologer eller politologer, for hvem varemærkets grundlæggende funktion, som er at identificere de omhandlede varers handelsmæssige oprindelse med henblik på at træffe en beslutning om køb, ikke spiller nogen rolle, kan der således uden videre ses bort fra.

42 De af sagsøgeren fremførte argumenter, hvorefter den afgrænsning af den relevante kundekreds, som appelkammeret lagde til grund, bestrides, gør det desuden ikke muligt at godtgøre, at de nuværende traktorejeres og de potentielle traktorkøberes opfattelse af det omhandlede tegn adskiller sig fra opfattelsen blandt landbrugere generelt. Såfremt en sådan restriktiv afgrænsning af den relevante kundekreds blev lagt til grund, ville det endvidere have til følge, at sagsøgeren på kunstig vis kunne begrænse den kundekreds, i forhold til hvilken sagsøgeren skal godtgøre, at det ansøgte varemærke har opnået fornødent særpræg ved brug.

43 Det fremgår af det ovenstående, at det var med rette, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 13 anførte, at den berørte kundekreds består af landbrugere, uden at kammeret foretog nogen sondring på grundlag af, om interessen vedrørende traktorkøb er aktuel eller potentiel.

44 For det andet har sagsøgeren, i modsætning til det af appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 25 fastslåede, gjort gældende, at virksomheden har påvist, at det ansøgte varemærke har opnået fornødent særpræg ved brug inden for en væsentlig del af Fællesskabet, således som påkrævet i henhold til retspraksis.

45 I denne forbindelse bemærkes, at i henhold til artikel 1, stk. 2, i forordning nr. 40/94 (nu artikel 1, stk. 2, i forordning nr. 207/2009) har EF-varemærket »enhedskarakter«, hvilket indebærer, at det »har samme retsvirkninger overalt inden for Fællesskabet«. Det følger af EF-varemærkets enhedskarakter, at det er en betingelse for registrering, at et tegn har fornødent særpræg i hele Fællesskabet. Det forholder sig følgelig således, at et varemærke i henhold til artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 40/94 (nu artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 207/2009) skal udelukkes fra registrering, hvis det mangler fornødent særpræg i en del af Fællesskabet (Rettens dom af 30.3.2000, sag T-91/99, Ford Motor mod KHIM (OPTIONS), Sml. II, s. 1925, præmis 23-25).

46 Artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94, der tillader registrering af tegn, som har opnået fornødent særpræg ved brug, skal ses i lyset af denne betingelse. Ifølge den praksis, der er henvist til ovenfor i denne doms præmis 30, er det nødvendigt at fastslå, at der er opnået fornødent særpræg som følge af brugen i hele det område, hvor varemærket manglede et sådant særpræg.

47 I modsætning til det af sagsøgeren anførte må denne retspraksis ikke sammenblandes med den praksis, der har til formål at præcisere indholdet af udtrykket »er renommeret« i en medlemsstat eller i Fællesskabet i den forstand, hvori dette er anvendt i artikel 5, stk. 2, i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1), og i artikel 9, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 9, stk. 1, litra c), i forordning nr. 207/2009], hvilket er en betingelse, som et registreret varemærke skal opfylde for at nyde en mere omfattende beskyttelse i forhold til varer eller tjenesteydelser af anden art. I dette tilfælde drejer det sig nemlig ikke om at undersøge, om et tegn opfylder betingelserne for at blive registreret som EF-varemærke inden for hele Fællesskabet. Det drejer sig snarere om at forhindre brugen af et tegn, når et eksisterende varemærke er renommeret enten i en medlemsstat eller i Fællesskabet, og hvis brugen af tegnet uden rimelig grund medfører en utilbørlig udnyttelse af det nævnte varemærkes særpræg eller renommé, eller sådan brug skader dette særpræg eller renommé. Domstolen har således fastslået, at i territorial henseende er et renommé i en væsentlig del af en medlemsstat for så vidt angår direktiv 89/104/EØF, eller af Fællesskabet for så vidt angår forordning nr. 40/94, tilstrækkeligt til at forbyde brugen af det nævnte tegn (Domstolens dom af 14.9.1999, sag C-375/97, General Motors, Sml. I, s. 5421, præmis 28 og 29, og af 6.10.2009, sag C-301/07, PAGO International, Sml. I, s. 9429, præmis 27 og 30).

48 I den foreliggende sag fremgår det af de ovenstående betragtninger, at i modsætning til hvad sagsøgeren har gjort gældende, og hvad appelkammeret konkluderede i den anfægtede afgørelses punkt 19, skal spørgsmålet, om det ansøgte varemærke havde opnået fornødent særpræg ved brug, fastslås ud fra Fællesskabet i sin helhed, således som dette så ud på tidspunktet for indgivelsen af ansøgningen om registrering af EF-varemærket, dvs. den 15. juli 2004, med undtagelse af den del af Fællesskabet, hvor

det ansøgte varemærke allerede fra begyndelsen havde et sådant særpræg. Det er således på dette område, som omfatter områderne i de ti nye medlemslande, som tiltrådte Den Europæiske Union som følge af udvidelsen den 1. maj 2004, at i det mindste en betydelig andel af den relevante kundekreds på baggrund af det ansøgte varemærke skal kunne identificere de omhandlede varer som hidrørende fra en bestemt virksomhed, således som det følger af den ovenfor i præmis 28 nævnte retspraksis.

49 Appelkammerets fejlagtige vurdering kan imidlertid ikke medføre, at den anfægtede afgørelse er ugyldig, idet de betingelser, som skal tages i betragtning med henblik på at bevise, at det ansøgte varemærke har opnået fornødent særpræg ved brug, er strengere end de betingelser, som appelkammeret anvendte. Ifølge den praksis, der er henvist til ovenfor i præmis 30, skulle sagsøgeren, for at kunne få det ansøgte figurtegn registreret, have påvist, at det omhandlede tegn for en betydelig andel af den berørte kundekreds havde opnået fornødent særpræg ved brug i hele Fællesskabet, før virksomheden indgav registreringsansøgningen. Med henblik herpå kunne sagsøgeren have fremlagt forskellige former for bevis for Harmoniseringskontoret, af den type, som er anført i præmis 32 ovenfor, og dette på grundlag af tilgængelige data for hver medlemsstat (jf. i denne retning dommen i sagen kombination af farverne grøn og gul, præmis 39).

50 Uanset denne manøvremargin, som sagsøgeren således kunne handle inden for vedrørende beviser, har denne ikke fremlagt et eneste element, som har gjort det muligt at fastslå, at fornødent særpræg er opnået i de ti nye medlemsstater. Dels har sagsøgeren nemlig ikke fremlagt nogen elementer til støtte for sine påstande om, at virksomheden i de nævnte medlemsstater har oplevet et »væsentligt gennembrud«, dels medgiver sagsøgeren, at »det klart fremgår af beviserne, at varerne omfattet af det ansøgte varemærke blev solgt i 23 af de 25 (daværende) medlemsstater«. Som det endvidere fremgår af beviserne fremlagt for Retten, erkender sagsøgeren, at denne ikke på tidspunktet for registreringsansøgningens indgivelse var i stand til at godtgøre, at det omhandlede tegn havde opnået fornødent særpræg ved brug i de nævnte

medlemsstater. I henhold til artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 40/94 forhindrer manglen på fornødent særpræg i en del af Fællesskabet således registrering af det ansøgte varemærke.

51 Ingen af de af sagsøgeren fremsatte argumenter vedrørende bevisværdien af visse af de af sagsøgeren fremlagte dokumenter med henblik på at fastslå, at det ansøgte varemærke har opnået fornødent særpræg ved brug, kan rejse tvivl om dette resultat.

52 Hvad for det første angår de af sagsøgeren fremlagte erklæringer fra den specialiserede kundekreds kan det konstateres, at de ikke hidrører fra alle medlemsstaterne. De af sagsøgeren fremlagte erklæringer stammer således udelukkende fra repræsentanter for erhvervssammenslutninger i Belgien og Det Forenede Kongerige og vedrører blot Belgien og Det Forenede Kongerige, som sandsynligvis også er de lande, som de nævnte repræsentanters kendskab begrænser sig til.

53 Disse erklæringer udgør ganske vist direkte beviser for det ansøgte varemærkes opnåelse af fornødent særpræg ved brug, hvilket ikke er bestridt af parterne. Ifølge retspraksis kan sagkyndige erklæringer hidrørende fra 2 ud af 25 medlemslande på datoen for registreringsansøgningens indgivelse imidlertid ikke tjene som bevis for, at det omhandlede tegn har opnået fornødent særpræg i Fællesskabets andre lande (jf. i denne retning dommen i sagen om en glasoverflades struktur, præmis 39). På trods af sine påstande under retsmødet har sagsøgeren derudover ikke godtgjort, at der er tale om repræsentanter for fælleseuropæiske sammenslutninger, hvis erklæringer omhandler hele Fællesskabet. Disse erklæringer kan dermed ikke anses for tilstrækkelige med henblik på at fastslå, at det ansøgte varemærke har opnået fornødent særpræg ved brug i andre medlemsstater end de nævnte.

54 Hvad for det andet angår salgstallene og reklamematerialet skal det præciseres, at ifølge retspraksis udgør disse sekundære beviser, som i givet fald kan underbygge de direkte beviser vedrørende fornødent særpræg opnået ved brug, således som disse er fremlagt i erklæringerne. Salgstal og reklamemateriale i sig selv påviser nemlig ikke, at den kundekreds, som de omhandlede varer er rettet mod, opfatter tegnet som en angivelse af den handelsmæssige oprindelse. Hvad angår de medlemsstater, for hvilke der ikke er fremlagt yderligere beviser, kan det derfor ikke alene ved hjælp af fremlæggelse af salgstal og reklamemateriale godtgøres, at der er opnået fornødent særpræg ved brug (jf. i denne retning dommen i sagen om en glasoverflades struktur, præmis 41).

55 I den foreliggende sag fremgår det ud fra en undersøgelse af den af sagsøgeren fremlagte dokumentation, at ingen af dokumenterne vedrørende salgstal eller indsatsen i forbindelse med de foretagne reklamekampagner gør det muligt at fastslå, hvilken andel af den relevante kundekreds der identificerer tegnet som en angivelse af den handelsmæssige oprindelse. Det fremlagte reklamemateriale er i øvrigt temmelig sparsomt, idet det begrænser sig til visse dokumenter på engelsk og tysk og en opgørelse over kommunikationsudgifter til fremme af det ansøgte varemærke i otte medlemsstater.

56 Sagsøgeren har ganske vist også fremlagt dokumentation, der godtgør det ansøgte varemærkes markedsandele i forskellige medlemsstater med henblik på at bevise en solid og varig udbredelse på det omhandlede marked. Efter at have sammenholdt de nævnte markedsandele med de af sagsøgeren angivne salgstal og med data fra en uafhængig undersøgelse, der ligeledes er fremlagt af sagsøgeren, har Retten imidlertid konstateret, at der forefindes væsentlige uoverensstemmelser. De af sagsøgeren angivne markedsandele er følgelig ikke pålidelige og er dermed ikke tilstrækkelige til at påvise, at det ansøgte varemærke har en solid og varig udbredelse på fællesskabsmarkedet.

57 Hvad endelig angår fotografierne beviser disse udelukkende, at sagsøgeren har benyttet kombinationen af farverne rød, sort og grå på sine traktorer. I lighed med salgstallene og reklamematerialet påviser de imidlertid ikke i sig selv, at den kundekreds, som de omhandlede varer er rettet mod, opfatter det omtvistede tegn som en angivelse af den handelsmæssige oprindelse.

58 Det følger af det ovenstående, således som anført ovenfor i præmis 49, at appelkammerets fejl vedrørende afgrænsningen af det relevante område ikke kan have nogen indflydelse på den anfægtede afgørelses gyldighed, for så vidt som sagsøgeren ikke har påvist, at det ansøgte varemærke har opnået fornødent særpræg ved brug i hele Fællesskabet.

59 Det eneste anbringende skal følgelig forkastes, og dermed må Harmoniseringskontoret i det hele frifindes.

Sagens omkostninger

60 I henhold til artikel 87, stk. 2, i Rettens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Sagsøgeren har tabt sagen og bør derfor pålægges at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Harmoniseringskontorets påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Anden Afdeling):

1) Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) frifindes.

2) CNH Global NV betaler sagens omkostninger.

Pelikánová Jürimäe Soldevila Fragoso

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 29. september 2010.

Underskrifter