ARREST VAN HET GERECHT (Tweede kamer)

29 september 2010 *

In zaak T-378/07,

CNH Global NV, gevestigd te Amsterdam (Nederland), vertegenwoordigd door M. Edenborough, barrister, en R. Harrison, solicitor,

verzoekster,

tegen

Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM), vertegenwoordigd door A. Folliard-Monguiral als gemachtigde,

verweerder,

* Procestaal: Engels.

betreffende een beroep tegen de beslissing van de eerste kamer van beroep van het BHIM van 5 juli 2007 (zaak R 1642/2006-1) inzake een aanvraag tot inschrijving van het teken bestaande in de weergave van een tractor in rood, zwart en grijs als gemeenschapsmerk,

wijst HET GERECHT (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: I. Pelikánová, kamerpresident, K. Jürimäe en S. Soldevila Fragoso (rapporteur), rechters,

griffier: K. Pocheć,

gezien het op 2 oktober 2007 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 15 januari 2008 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord,

gezien de op 13 mei 2008 ter griffie van het Gerecht neergelegde repliek,

na de terechtzitting op 17 maart 2010,

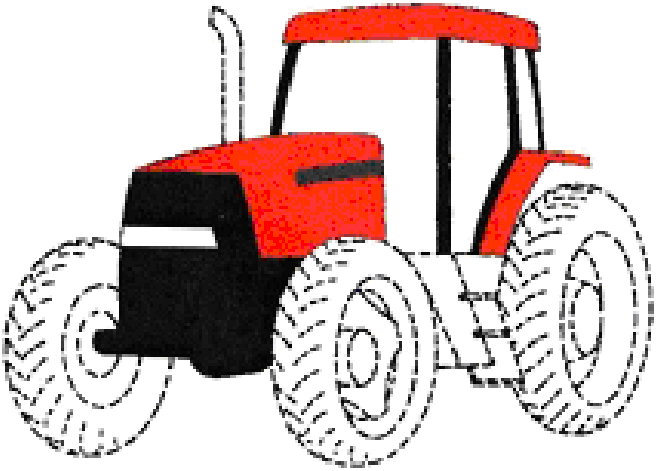
het navolgende

Arrest

Voorgeschiedenis van het geding

1 Op 15 juli 2004 heeft verzoekster, CNH Global NV, 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 Het betrokken teken wordt beschreven als „[een] combinatie van de kleuren rood, zwart en grijs zoals toegepast op de buitenzijden van een tractor, waarbij het rood is gebruikt voor de motorkap, het dak en de wielkappen, het licht- en donkergrijs voor de motorkap in de vorm van een horizontale streep, en het zwart voor het rooster aan de voorzijde van de motorkap, het chassis en de verticale sierlijsten".

4 De waren waarvoor de merkaanvraag werd ingediend, behoren tot klasse 12 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. Zij zijn omschreven als volgt: „Tractoren".

5 Op 27 oktober 2006 heeft de onderzoeker de inschrijvingsaanvraag afgewezen op grond dat verzoekster weliswaar had aangetoond dat haar verkoopcijfers „voortreffelijk" waren in de in West-Europa gelegen lidstaten, maar zij niet het bewijs had geleverd van intensief gebruik van het betrokken teken in de nieuwe lidstaten, die hoofdzakelijk landbouwstaten zijn, en derhalve niet kon worden vastgesteld dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen had verkregen door het gebruik ervan in een aanmerkelijk gedeelte van de Europese Gemeenschap.

6 Op 15 december 2006 heeft verzoekster beroep ingesteld tegen de beslissing van de onderzoeker. Bij beslissing van 5 juli 2007 (hierna: „bestreden beslissing") heeft de eerste kamer van beroep het beroep verworpen door de beslissing van de onderzoeker te bevestigen.

7 In wezen heeft de kamer van beroep erop gewezen dat het relevante publiek bestond uit landbouwers en dat, aangezien de betrokken kleurencombinatie elk onderscheidend vermogen van huis uit miste, het aangevraagde merk enkel kon worden ingeschreven indien het onderscheidend vermogen had verkregen door het gebruik ervan in een aanmerkelijk gedeelte van de Gemeenschap. Volgens de kamer van beroep had verzoekster niet aangetoond dat was voldaan aan deze voorwaarde, aangezien zij enerzijds geen rekening had gehouden met de nieuwe lidstaten bij de afbakening van de relevante markt, en anderzijds de verkoopcijfers in deze lidstaten, en zelfs in bepaalde oude lidstaten, duidelijk ontoereikend waren om een intensief gebruik van dit teken aan te tonen.

Conclusies van partijen

8 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beslissing te vernietigen;

— het BHIM te verwijzen in de kosten.

9 Het BHIM concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

10 Verzoekster voert in wezen één middel aan, te weten schending van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 7, lid 3, van verordening nr. 207/2009).

Argumenten van partijen

11 Verzoekster is van mening dat het relevante publiek, dat een zeer gering percentage van de gehele bevolking uitmaakt, de kleurencombinatie van de door haar vervaardigde tractoren zal opvatten als een merk, en dat dit publiek dat in de verschillende lidstaten op dezelfde manier zal doen.

12 Verzoekster stelt dat het relevante publiek de huidige eigenaars en toekomstige kopers van tractoren omvat, maar niet de personen die louter potentieel belangstelling voor deze waren hebben, aangezien enkel eerstgenoemden er een werkelijk belang bij hebben dat het merk zijn wezenlijke functie van identificatie van de commerciële herkomst van de waren vervult.

13 Volgens verzoekster mag het begrip „landbouwer" niet in aanmerking worden genomen voor de afbakening van het relevante publiek, aangezien deze term vaag is en personen omvat die niet relevant zijn, zoals kleine landbouwbedrijven of landbouwers die niet de middelen hebben om een tractor te kopen. De kamer van beroep heeft aldus ten onrechte geoordeeld dat de landbouwers in het algemeen het relevante publiek vormden en heeft door deze onjuiste opvatting de overgelegde bewijzen verkeerd uitgelegd.

14 Verzoekster betwist dus de stelling van het BHIM, dat zij zou erkennen dat het relevante publiek bestaat uit de landbouwers in het algemeen.

15 Verzoekster wijst erop dat volgens de rechtspraak moet worden aangetoond dat een merk door gebruik onderscheidend vermogen heeft verkregen voor een aanzienlijk deel van het betrokken publiek, maar niet voor dit volledige publiek. Bovendien moet een dergelijk bewijs worden geleverd voor een aanmerkelijk gedeelte van het relevante grondgebied, maar niet voor het gehele grondgebied, aangezien — anders dan het BHIM stelt — geen enkele omslag in de rechtspraak of wetsherziening in die zin heeft plaatsgevonden.

16 Verzoekster preciseert voorts dat het vereiste van het BHIM, dat de verkrijging van onderscheidend vermogen door gebruik van een merk moet worden aangetoond voor het gehele grondgebied van elke lidstaat en voor het volledige relevante publiek, „niet werkbaar" is.

17 Volgens verzoekster is er geen gelijkmatige spreiding van het relevante publiek tussen alle lidstaten en de passende mate van gebruik verschilt dus naargelang van de specifieke omstandigheden in elke lidstaat.

18 Verzoekster is van mening dat in casu de absolute verkoopcijfers van de betrokken waren, het bestreken geografische gebied en het feit dat de verkopen niet gelijkmatig in de Gemeenschap zijn gespreid, irrelevant zijn voor de vaststelling of het aangevraagde merk onderscheidend vermogen door gebruik in een aanmerkelijk gedeelte van de Gemeenschap heeft verkregen. De in aanmerking te nemen elementen zijn enerzijds het aantal verkopen gelet op de omvang van de markt en anderzijds de geografische spreiding van het relevante publiek.

19 Verzoekster wijst erop dat in casu de verkoopcijfers van de waren waarvoor de inschrijving is aangevraagd, „voortreffelijk" zijn in de in West-Europa gelegen lidstaten. Aldus heeft het aangevraagde merk onderscheidend vermogen door gebruik verkregen in de oude lidstaten, die 90 % van de Gemeenschap uitmaken en daarvan dus een aanmerkelijk gedeelte vormen, zodat het een dergelijk onderscheidend vermogen bij het relevante publiek heeft verkregen in de zin van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94.

20 Het bevolkingscijfer, de omvang van het geografische gebied, en het feit dat de in Oost-Europa gelegen lidstaten landbouwstaten zijn, zijn niet ter zake dienend voor de vaststelling of het aangevraagde merk door gebruik onderscheidend vermogen heeft verkregen in een aanmerkelijk gedeelte van de Gemeenschap. Het element dat in aanmerking moet worden genomen, is het relevante publiek. In elk geval zijn de landbouwexploitaties in die lidstaten te klein voor het gebruik van tractoren en het relevante publiek in dit deel van de Gemeenschap is bijgevolg zeer beperkt. Het BHIM heeft dus ten onrechte gesteld dat verzoekster is voorbijgegaan aan de in Oost-Europa gelegen lidstaten en de markten van de nieuwe lidstaten heeft terzijde geschoven door deze verwaarloosbaar te achten.

21 Verzoekster voert aan dat het BHIM haar verkoopcijfers op „misleidende en vooral onjuiste" wijze heeft gebruikt.

22 Verzoekster betoogt voorts dat het BHIM in zijn memorie van antwoord twee kwesties heeft ter sprake gebracht die noch voor de onderzoeker noch voor de kamer van beroep waren opgeworpen. Het betreft enerzijds de onafhankelijkheid van de twee vertegenwoordigers van beroepsorganisaties wier verklaring bij het verzoekschrift is gevoegd, en hun vermogen om vast te stellen op welke wijze een gegeven merk in Europa wordt opgevat, en anderzijds het gebruik van het aangevraagde merk in combinatie met het woordmerk CASE of CASE INTERNATIONAL. Deze argumenten zijn ongegrond, aangezien enerzijds deze vertegenwoordigers de aangewezen personen zijn om vast stellen hoe het merk wordt opgevat en anderzijds de woordelementen

van het aangevraagde merk onleesbaar zijn, zodat de kleurencombinatie het enige onderscheidende element is.

23 Ten slotte stelt verzoekster dat directe bewijzen waaruit blijkt dat de kleurencombinatie van een tractor een aanduiding van de commerciële herkomst kan vormen, alsmede foto's waaruit deze kleurencombinatie blijkt, werden overgelegd. Tevens werd aangetoond dat voor haar tractoren bijzondere reclame werd gemaakt, gericht op het relevante publiek.

24 Het BHIM betwist alle door verzoekster aangevoerde argumenten.

Beoordeling door het Gerecht

25 Kleuren of kleurencombinaties kunnen als zodanig gemeenschapsmerken vormen en kunnen op zich voor de waren of de diensten waarvoor de inschrijving is aangevraagd, krachtens artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 onderscheidend vermogen verkrijgen door het gebruik dat ervan is gemaakt [arrest Hof van 21 oktober 2004, KWS Saat/BHIM, C-447/02 P, Jurispr. blz. I-10107, punt 79, en arrest Gerecht van 28 oktober 2009, BCS/BHIM — Deere (Combinatie van kleuren groen en geel), T-137/08, Jurispr. blz. II-4047, punt 28].

26 In casu komt verzoekster niet op tegen de vaststelling van de onderzoeker en van de kamer van beroep dat het aangevraagde merk geen onderscheidend vermogen van huis uit heeft, maar betwist enkel de toepassing van artikel 7, lid 3, van die verordening op het betrokken teken.

27 Overeenkomstig artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 staan de absolute weigeringsgronden van artikel 7, lid 1, sub b tot en met d, van deze verordening (thans artikel 7, lid 1, sub b tot en met d, van verordening nr. 207/2009) niet in de weg 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 of diensten waarvoor inschrijving is aangevraagd.

28 Op dit punt dient in de eerste plaats te worden opgemerkt dat volgens de rechtspraak voor de verkrijging van onderscheidend vermogen door gebruik van het merk vereist is 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 [arrest Gerecht van 12 september 2007, Glaverbel/BHIM (Textuur van glazen oppervlak), T-141/06, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 32; zie ook, naar analogie, arresten Hof van 4 mei 1999, Windsurfing Chiemsee, C-108/97 en C-109/97, Jurispr. blz. I-2779, punt 52, en 7 juli 2005, Nestlé, C-353/03, Jurispr. blz. I-6135, punt 30].

29 Die identificatie moet gebeuren op basis van het gebruik van het teken als merk, en dus aan de hand van de aard en het effect van het teken, waardoor dit de betrokken waren of diensten van die van andere ondernemingen kan onderscheiden (zie, naar analogie, arrest Hof van 18 juni 2002, Philips, C-299/99, Jurispr. blz. I-5475, punt 64, en arrest Nestlé, reeds aangehaald, punt 26).

30 In de tweede plaats kan een merk op grond van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 slechts worden ingeschreven wanneer is bewezen dat het onderscheidend vermogen door gebruik heeft verkregen op het gehele grondgebied waarop het ab initio dergelijk onderscheidend vermogen miste [zie, in die zin, arrest Hof van 22 juni 2006, Storck/BHIM, C-25/05 P, Jurispr. blz. I-5719, punten 83 en 86; arrest Gerecht Textuur van glazen oppervlak, reeds aangehaald, punten 35 en 40; arresten van 10 maart 2009, Piccoli/BHIM (Vorm van schelp), T-8/08, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punten 36 en 41, en 30 september 2009, JOOP!/BHIM (!), T-75/08, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 41; zie ook, naar analogie, arrest Hof van 7 september 2006, Bovemij Verzekeringen, C-108/05, Jurispr. blz. I-7605, punt 22].

31 In de derde plaats vloeit uit de rechtspraak van het Hof voort dat, om vast te stellen of het betrokken teken na het gebruik dat ervan is gemaakt, onderscheidend vermogen heeft verkregen, alle factoren moeten worden onderzocht waaruit kan blijken dat het merk geschikt is geworden om de betrokken waren of diensten als afkomstig van een bepaalde onderneming te identificeren en dus om deze waren of diensten van die van andere ondernemingen te onderscheiden (zie, naar analogie, arrest Windsurfing Chiemsee, reeds aangehaald, punt 49).

32 Bij de beoordeling of een merk onderscheidend vermogen heeft verkregen door het gebruik dat ervan is gemaakt, kan rekening worden gehouden met onder meer het marktaandeel van het merk, de intensiteit, de geografische spreiding en de duur van het gebruik van dit merk, de omvang van de investeringen die de onderneming heeft gedaan voor de promotie ervan, het aandeel van de betrokken kringen dat op basis van het merk de waar of dienst identificeert als afkomstig van een bepaalde onderneming, alsmede de verklaringen van kamers van koophandel en industrie of van andere beroepsverenigingen (arrest !, reeds aangehaald, punt 44; zie ook, naar analogie, reeds aangehaalde arresten Windsurfing Chiemsee, punt 51, en Nestlé, punt 31).

33 In de vierde plaats moet het onderscheidend vermogen van een teken, daaronder begrepen het onderscheidend vermogen verkregen door gebruik, worden beoordeeld met betrekking tot de waren of diensten waarvoor de inschrijving van het merk is aangevraagd, en rekening houdend met de vermoedelijke perceptie van de normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument van de betrokken categorie waren of diensten (zie, naar analogie, reeds aangehaalde arresten Philips, punten 59 en 63, en Nestlé, punt 25).

34 Ten slotte moet het onderscheidend vermogen als gevolg van gebruik vóór de indiening van de merkaanvraag zijn verkregen [arrest Hof van 11 juni 2009, Imagination Technologies/BHIM, C-542/07 P, Jurispr. blz. I-4937, punt 60, en arrest Gerecht van 11 februari 2010, Deutsche BKK/BHIM (Deutsche BKK), T-289/08, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 60].

35 Tegen de achtergrond van deze rechtspraak moet worden onderzocht of de kamer van beroep in casu blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door verzoeksters betoog, dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen door gebruik heeft verkregen in een aanmerkelijk gedeelte van de Gemeenschap en dus krachtens artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 voor de betrokken waren had moeten worden ingeschreven, van de hand te wijzen.

36 In dit verband betwist verzoekster de door de kamer van beroep vastgestelde definitie van het relevante publiek, alsmede haar oordeel dat het betrokken teken geen onderscheidend vermogen door het gebruik ervan in een aanmerkelijk gedeelte van de Gemeenschap heeft verkregen.

37 Wat in de eerste plaats de definitie betreft van het relevante publiek waarvoor het aangevraagde merk onderscheidend vermogen door gebruik zou hebben verkregen, beperkt verzoekster dit publiek tot de huidige eigenaars en de toekomstige kopers van tractoren, terwijl de kamer van beroep dit uitbreidt tot alle landbouwers.

38 Het Gerecht is van oordeel dat het relevante publiek wordt vastgesteld op basis van het onderzoek van de personen waarvoor de betrokken waren zijn bestemd, aangezien het merk ten opzichte van die personen zijn wezenlijke functie moet vervullen. Aldus moet een dergelijke vaststelling worden verricht tegen de achtergrond van de wezenlijke functie van merken, te weten de consument of eindverbruiker de identiteit van de oorsprong van de door het merk aangeduide waar of dienst waarborgen, door hem in staat te stellen die waar of dienst zonder gevaar voor verwarring te onderscheiden van waren of diensten die een andere oorsprong hebben (arrest Textuur van glazen oppervlak, reeds aangehaald, punt 23, en aangehaalde rechtspraak).

39 Tegen de achtergrond van deze rechtspraak falen de argumenten die verzoekster heeft aangevoerd om te betwisten dat het relevante publiek kan bestaan uit de landbouwers in het algemeen, en om de volledige bevolking die slechts potentieel belangstelling heeft voor de betrokken waren, van deze definitie uit te sluiten.

40 Om te beginnen zijn landbouwers, in hun hoedanigheid van landbouwexploitanten, diegene voor wie de voor hun exploitatie noodzakelijke werktuigen, onder meer tractoren, zijn bestemd. Verzoekster komt zelf tot die conclusie wanneer zij in een van de voor het Gerecht overgelegde documenten erkent dat landbouwers de typische gebruikers van tractoren zijn. Aan deze conclusie kan niet worden afgedaan door de argumenten inzake de kleine omvang van bepaalde landbouwexploitaties en de financiële situatie van de landbouwers. Zoals blijkt uit de door verzoekster voor het Gerecht overgelegde documenten, zijn de verschillende producenten van tractoren er immers in geslaagd om compacte machines te ontwerpen die zijn bestemd voor gebruik in kleine exploitaties. Dat bepaalde landbouwers niet beschikken over de middelen om een tractor aan te kopen, is eveneens een omstandigheid die mettertijd kan wijzigen of kan worden overwonnen door financieringsvoorstellen van bijvoorbeeld de verkopers van landbouwmachines.

41 Verder is het door verzoekster gemaakte onderscheid tussen toekomstige kopers van tractoren en personen die slechts potentieel belangstelling hebben voor dergelijke machines, artificieel. Aangezien het gaat om het merkenrecht en dus om de identificatie van de commerciële herkomst van de op de markt gebrachte waren, kunnen er immers geen andere personen potentieel belangstelling hebben voor tractoren dan de toekomstige kopers ervan. Aldus dienen de andere „belangstellenden" zoals werktuigkundigen, historici, sociologen of politicologen waarvoor de wezenlijke functie van het merk, te weten de identificatie van de commerciële herkomst van die waren voor de aankoopbeslissing, geen enkele rol speelt, onmiddellijk te worden uitgesloten.

42 Verzoeksters argumenten ter betwisting van de door de kamer van beroep vastgestelde definitie van het relevante publiek tonen voorts niet aan dat de perceptie van het betrokken teken door de huidige eigenaars en potentiële kopers van tractoren verschilt van de perceptie door de landbouwers in het algemeen. Bij vaststelling van deze restrictieve definitie van het relevante publiek zou verzoekster bovendien de mogelijkheid worden geboden om het publiek ten opzichte waarvan zij de verkrijging van onderscheidend vermogen door gebruik van het aangevraagde merk moet aantonen, op artificiële wijze te beperken.

43 Uit het voorgaande volgt dat de kamer van beroep in punt 13 van de bestreden beslissing terecht heeft gesteld dat het betrokken publiek bestond uit landbouwers, zonder daarbij een onderscheid te maken naargelang hun belangstelling voor de aankoop van een tractor actueel of potentieel is.

44 In de tweede plaats en anders dan de kamer van beroep in punt 25 van de bestreden beslissing heeft vastgesteld, beweert verzoekster dat zij het bewijs heeft geleverd dat het aangevraagde merk door het gebruik ervan onderscheidend vermogen heeft verkregen in een aanmerkelijk gedeelte van de Gemeenschap, zoals de rechtspraak vereist.

45 In dit verband dient eraan te worden herinnerd dat overeenkomstig artikel 1, lid 2, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 1, lid 2, van verordening nr. 207/2009) het gemeenschapsmerk een „eenheid vormt", hetgeen inhoudt dat het „dezelfde rechtsgevolgen [heeft] in de gehele Gemeenschap". Omdat het gemeenschapsmerk een eenheid vormt, moet een teken bijgevolg in de gehele Gemeenschap onderscheidend vermogen bezitten om te kunnen worden ingeschreven. Volgens artikel 7, lid 2, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 7, lid 2, van verordening nr. 207/2009) moet inschrijving van een merk dan ook worden geweigerd indien het in een deel van de Gemeenschap onderscheidend vermogen mist [arrest Gerecht van 30 maart 2000, Ford Motor/BHIM (OPTIONS), T-91/99, Jurispr. blz. II-1925, punten 23-25].

46 Artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94, volgens hetwelk tekens kunnen worden ingeschreven die door gebruik onderscheidend vermogen hebben verkregen, moet tegen de achtergrond van dit vereiste worden uitgelegd. Volgens de in punt 30 supra aangehaalde rechtspraak moet worden bewezen dat het merk onderscheidend vermogen door gebruik heeft verkregen op het gehele grondgebied waarop het onderscheidend vermogen mist.

47 Anders dan verzoekster betoogt, mag deze rechtspraak niet worden verward met de rechtspraak die strekt tot verduidelijking van de betekenis van de uitdrukking „bekend is" in een lidstaat of in de Gemeenschap in de zin van artikel 5, lid 2, 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) en van artikel 9, lid 1, sub c, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 9, lid 1, sub c, van verordening nr. 207/2009), voorwaarde waaraan een ingeschreven merk moet voldoen om in aanmerking te komen voor een bescherming die wordt verruimd tot niet-soortgelijke waren of diensten. In dit geval wordt immers niet onderzocht of een teken voldoet aan de voorwaarden voor inschrijving als gemeenschapsmerk in de gehele Gemeenschap. Integendeel wordt beoogd het gebruik van een teken te verhinderen wanneer een bestaand merk bekend is hetzij in een lidstaat hetzij in de Gemeenschap en door het gebruik zonder geldige reden van het teken ongerechtvaardigd voordeel getrokken wordt uit of afbreuk wordt gedaan aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van dat merk. Aldus heeft het Hof geoordeeld dat, wat het territoriale aspect betreft, bekendheid in een aanmerkelijk gedeelte van een lidstaat (wat richtlijn 89/104/EEG betreft) of van de Gemeenschap (wat verordening nr. 40/94 betreft) volstond om het gebruik van dat teken te verbieden (arresten Hof van 14 september 1999, General Motors, C-375/97, Jurispr. blz. I-5421, punten 28 en 29, en 6 oktober 2009, PAGO International, C-301/07, Jurispr. blz. I-9429, punten 27 en 30).

48 In casu volgt hieruit dat, anders dan verzoekster betoogt en de kamer van beroep in punt 19 van de bestreden beslissing heeft geoordeeld, de verkrijging van onderscheidend vermogen door gebruik van het aangevraagde merk moet worden aangetoond in de gehele Gemeenschap, zoals deze bestond op het tijdstip van indiening van de gemeenschapsmerkaanvraag, te weten 15 juli 2004, met uitzondering van het gedeelte van de Gemeenschap waarin het aangevraagde merk ab initio dergelijk on-

derscheidend vermogen had. Het is dus op dit grondgebied, met inbegrip van dat van de tien nieuwe lidstaten die ingevolge de uitbreiding op 1 mei 2004 tot de Europese Unie zijn toegetreden, dat volgens de in punt 28 supra aangehaalde rechtspraak minstens een aanzienlijk deel van het relevante publiek de betrokken waren op basis van het aangevraagde merk als van een bepaalde onderneming afkomstig moet kunnen identificeren.

49 Deze onjuiste opvatting van de kamer van beroep kan evenwel niet leiden tot de onrechtmatigheid van de bestreden beslissing, aangezien de voorwaarden die in aanmerking moeten worden genomen voor de vaststelling of het aangevraagde merk onderscheidend vermogen door gebruik heeft verkregen, strenger zijn dan die welke de kamer van beroep heeft toegepast. Om het aangevraagde beeldteken te kunnen laten inschrijven, had verzoekster volgens de in punt 30 supra aangehaalde rechtspraak moeten aantonen dat het betrokken teken vóór de indiening van de inschrijvingsaanvraag in de gehele Gemeenschap onderscheidend vermogen door gebruik had verkregen voor een aanzienlijk deel van het betrokken publiek. Hiertoe had verzoekster voor het BHIM onderscheiden bewijselementen kunnen voorleggen, zoals die welke in punt 32 supra worden genoemd, en naargelang van de beschikbare gegevens in elke lidstaat (zie, in die zin, arrest Combinatie van kleuren groen en geel, reeds aangehaald, punt 39).

50 Niettegenstaande de speelruimte waarover verzoekster aldus beschikte met betrekking tot de bewijsvoering, heeft zij geen enkel element voorgedragen op basis waarvan de verkrijging van dat onderscheidend vermogen in de tien nieuwe lidstaten kon worden vastgesteld. Enerzijds heeft zij immers geen enkel element aangevoerd ter onderbouwing van haar stelling dat zij in die lidstaten „aanzienlijk succes" had geboekt en anderzijds erkent zij dat „uit de bewijzen duidelijk blijkt dat de waren waarop het aangevraagde merk is aangebracht, verkocht werden in 23 van 25 lidstaten (in die tijd)". Zoals blijkt uit de voor het Gerecht overgelegde documenten, erkent verzoekster voorts dat zij op het tijdstip van indiening van de inschrijvingsaanvraag niet kon aantonen dat het betrokken teken onderscheidend vermogen door gebruik had verkregen in die lidstaten. Bijgevolg staat het ontbreken van onderscheidend vermogen

in een deel van de Gemeenschap in de weg aan inschrijving van het aangevraagde merk overeenkomstig artikel 7, lid 2, van verordening nr. 40/94.

51 Aan deze conclusie kan niet worden afgedaan door verzoeksters argumenten inzake de bewijswaarde van bepaalde documenten die zij heeft overgelegd ten bewijze dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen door gebruik heeft verkregen.

52 Wat in de eerste plaats de door verzoekster overgelegde verklaringen van het gespecialiseerde publiek betreft, dient te worden vastgesteld dat deze niet afkomstig zijn uit alle lidstaten. De door verzoekster overgelegde verklaringen zijn immers uitsluitend afgelegd door vertegenwoordigers van beroepsorganisaties in België en het Verenigd Koninkrijk en betreffen enkel België en het Verenigd Koninkrijk, de landen waartoe de kennis van deze vertegenwoordigers zich waarschijnlijk beperkt.

53 Het is juist dat deze verklaringen rechtstreekse bewijzen vormen dat het aangevraagde merk door gebruik onderscheidend vermogen heeft verkregen, hetgeen door partijen niet werd betwist. Volgens de rechtspraak kunnen de verklaringen van vaklui uit 2 van de 25 lidstaten op het tijdstip van indiening van de merkaanvraag evenwel niet het bewijs leveren dat het betrokken teken onderscheidend vermogen heeft verkregen in de andere landen van de Gemeenschap (zie, in die zin, arrest Textuur van glazen oppervlak, reeds aangehaald, punt 39). Niettegenstaande haar beweringen ter terechtzitting, heeft verzoekster voorts niet aangetoond dat het ging om vertegenwoordigers van pan-Europese organisaties, wier verklaringen betrekking hadden op de gehele Gemeenschap. Derhalve kunnen deze verklaringen niet toereikend worden geacht voor de vaststelling dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen door gebruik heeft verkregen buiten bovengenoemde lidstaten.

54 Wat in de tweede plaats de omvang van de verkoop en het reclamemateriaal betreft, dient te worden gepreciseerd dat volgens de rechtspraak dergelijke elementen slechts bijkomstige bewijzen zijn die in voorkomend geval de rechtstreekse bewijzen van het door gebruik verkregen onderscheidend vermogen, zoals de door verklaringen geleverde bewijzen, kunnen bevestigen. De omvang van de verkoop en het reclamemateriaal tonen immers als zodanig niet aan dat het door de betrokken waren beoogde publiek het teken als een aanduiding van de commerciële herkomst opvat. Met betrekking tot de lidstaten waarvoor geen enkel ander element werd overgelegd, kan het bewijs van door gebruik verkregen onderscheidend vermogen dus niet worden geleverd door de loutere overlegging van verkoopcijfers en reclamemateriaal (zie, in die zin, arrest Textuur van glazen oppervlak, reeds aangehaald, punt 41).

55 In casu blijkt uit het onderzoek van de door verzoekster overgelegde documentatie dat geen enkel document inzake de omvang van de verkoop of de reclame-inspanningen toelaat vast te stellen welk deel van het relevante publiek het betrokken teken identificeert als een aanduiding van de commerciële herkomst. Bovendien is het overgelegde reclamemateriaal vrij beperkt, aangezien het louter gaat om enkele documenten in het Engels en in het Duits en om een uitgavenstaat inzake communicatie met betrekking tot het aangevraagde merk in acht lidstaten.

56 Het is juist dat verzoekster ook documentatie inzake de marktaandelen van het aangevraagde merk in de verschillende lidstaten heeft overgelegd om een intense en duurzame verspreiding op de betrokken markt te bewijzen. Na een vergelijking van deze marktaandelen met de door verzoekster bekendgemaakte verkoopcijfers en met de eveneens door verzoekster overgelegde gegevens van een onafhankelijk onderzoek, heeft het Gerecht evenwel belangrijke incoherenties vastgesteld. Bijgevolg zijn de door verzoekster aangevoerde marktaandelen niet betrouwbaar en volstaan dus niet als bewijs van een intense en duurzame verspreiding van het aangevraagde merk op de gemeenschapsmarkt.

57 Wat ten slotte de foto's betreft, deze tonen enkel aan dat verzoekster de combinatie van de kleuren rood, zwart en grijs op haar tractoren heeft gebruikt. Net zoals de omvang van de verkoop of het reclamemateriaal tonen zij evenwel als zodanig niet aan dat het door de betrokken waren beoogde publiek het betrokken teken opvat als een aanduiding van de commerciële herkomst.

58 Uit het voorgaande volgt dat, zoals in punt 49 supra is opgemerkt, de onjuiste opvatting van de kamer van beroep bij de vaststelling van het relevante grondgebied niet van invloed kan zijn geweest op de rechtmatigheid van de bestreden beslissing, aangezien verzoekster niet heeft aangetoond dat het aangevraagde merk in de gehele Gemeenschap onderscheidend vermogen door gebruik heeft verkregen.

59 Derhalve dient het enige middel te worden afgewezen en moet het beroep in zijn geheel worden verworpen.

Kosten

60 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht 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 (Tweede kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) Het beroep wordt verworpen.

2) CNH Global NV wordt verwezen in de kosten.

Pelikánová Jürimäe Soldevila Fragoso

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 29 september 2010.

ondertekeningen