TRIBUNALENS DOM (andra avdelningen)

den 29 september 2010 *

I mål T-378/07,

CNH Global NV, Amsterdam (Nederländerna), företrätt av M. Edenborough, barrister, och R. Harrison, solicitor,

sökande,

mot

Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (harmoniseringsbyrån), företrädd av A. Folliard-Monguiral, i egenskap av ombud,

svarande,

* Rättegångsspråk: engelska.

angående en talan mot det beslut som fattats av harmoniseringsbyråns första överklagandenämnd den 5 juli 2007 (ärende R 1642/2006-1) om en ansökan om registrering som gemenskapsvarumärke av ett kännetecken som återger en traktor i rött, svart och grått, meddelar

TRIBUNALEN (andra avdelningen)

sammansatt av ordföranden I. Pelikánová samt domarna K. Jürimäe och S. Soldevila Fragoso (referent),

justitiesekreterare: K. Pocheć,

med beaktande av ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 2 oktober 2007,

med beaktande av svarsinlagan som inkom till förstainstansrättens kansli den 15 januari 2008,

med beaktande av repliken som inkom till förstainstansrättens kansli den 13 maj 2008,

efter förhandlingen den 17 mars 2010,

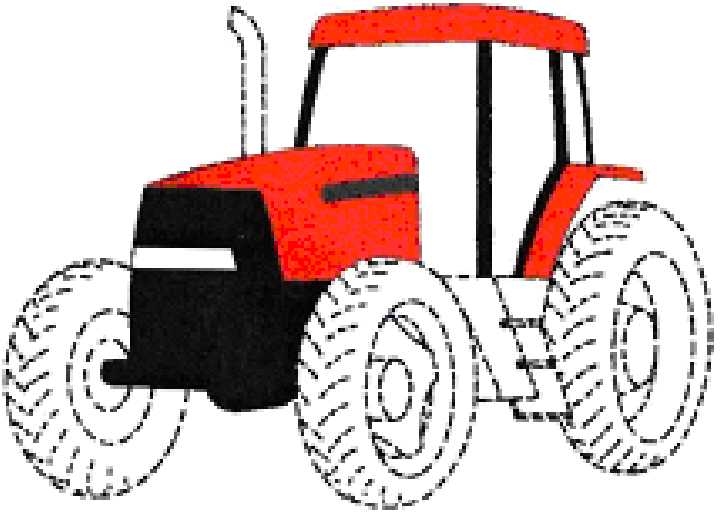
följande

Dom

Bakgrund till tvisten

1 Sökanden, CNH Global NV, ingav den 15 juli 2004 en ansökan om registrering av gemenskapsvarumärke till harmoniseringsbyrån i enlighet med rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken (EGT L 11, 1994, s. 1; svensk specialutgåva, område 17, volym 2, s. 3), i dess ändrade lydelse (ersatt av rådets förordning (EG) nr 207/2009 av den 26 februari 2009 om gemenskapsvarumärken (EUT L 78, s. 1)).

2 Det sökta varumärket utgörs av nedanstående figurkännetecken:



3 Det aktuella kännetecknet beskrivs på följande sätt: ”Kännetecknet utgörs av en kombination av färgerna rött, svart och grått såsom dessa applicerats på en traktors utsida; rött på motorhuven, taket och stänkskärmarna, ljus- och mörkgrått på motorhuven i form av ett horisontell streck samt svart på grillen fram på motorhuven, underredet och de vertikala listerna.”

4 De varor som registreringsansökan avsåg omfattas av klass 12 i Niceöverenskommelsen om internationell klassificering av varor och tjänster vid varumärkesregistrering av den 15 juni 1957, med ändringar och tillägg, och motsvarar följande beskrivning: ”Traktorer”.

5 Granskaren avslog registreringsansökan den 27 oktober 2006. Granskaren angav att sökanden visserligen hade kunnat visa upp ”remarkabla” försäljningssiffror i de medlemsstater som ligger i Västeuropa, men att sökanden inte hade styrkt att det sökta varumärket använts i intensiv omfattning i de nya medlemsstaterna, som huvudsakligen är jordbruksländer. Granskaren fann därför att det inte var styrkt att det sökta varumärket hade förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning i en väsentlig del av Europeiska gemenskapen.

6 Sökanden överklagade granskarens beslut den 15 december 2006. Genom beslut av den 5 juli 2007 (nedan kallat det angripna beslutet) avslog första överklagandenämnden överklagandet och fastställde granskarens beslut.

7 Överklagandenämnden motiverade sitt beslut enligt följande: Omsättningskretsen utgörs av jordbrukare. Eftersom kombinationen av de aktuella färgerna inte har någon ursprunglig särskiljningsförmåga, kan det sökta varumärket registreras endast om det har förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning i en väsentlig del av gemenskapen. Sökanden har inte visat att detta villkor är uppfyllt. Sökanden har nämligen inte beaktat de nya medlemsstaterna i definitionen av den relevanta marknaden, och försäljningssiffrorna i dessa medlemsstater (och till och med i vissa av de gamla medlemsstaterna) var helt klart otillräckliga för att visa att märket använts i intensiv omfattning.

Parternas yrkanden

8 Sökanden har yrkat att tribunalen ska

— ogiltigförklara det angripna beslutet och

— förplikta harmoniseringsbyrån att ersätta rättegångskostnaderna.

9 Harmoniseringsbyrån har yrkat att tribunalen ska

— ogilla talan och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

10 Sökanden har åberopat en grund till stöd för sin talan, nämligen att överklagandenämnden åsidosatte artikel 7.3 i förordning nr 40/94 (nu artikel 7.3 i förordning nr 207/2009).

Parternas argument

11 Sökanden har gjort gällande följande. Omsättningskretsen, som består av en mycket liten procentandel av den totala befolkningen, uppfattar färgkombinationen på sökandens traktorer som ett varumärke. Omsättningskretsens uppfattning är densamma i de olika medlemsstaterna.

12 I omsättningskretsen ingår de som i dag äger traktorer, men även framtida traktorköpare. Däremot ingår inte de som bara har ett potentiellt intresse av traktorer. Det är nämligen bara de förstnämnda som har ett riktigt intresse av att varumärket fyller sin grundläggande funktion att ange varornas kommersiella ursprung.

13 Begreppet jordbrukare kan inte användas som referens när man ska definiera omsättningskretsen. Detta begrepp är nämligen inte precist och det inbegriper även personer som är irrelevanta i sammanhanget, såsom småjordbrukare och jordbrukare som inte är tillräckligt bemedlade för att köpa sig en traktor. Överklagandenämnden gjorde således en felaktig bedömning när den kom fram till att omsättningskretsen ska anses bestå av jordbrukare i allmänhet. Denna felaktiga bedömning ledde till att överklagandenämnden tolkade den åberopade bevisningen på ett felaktigt sätt.

14 Harmoniseringsbyråns bedömning att omsättningskretsen utgörs av jordbrukare i allmänhet är således felaktig.

15 Enligt rättspraxis ska det visas att ett varumärke har förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning för en betydande del av omsättningskretsen, men inte för hela omsättningskretsen. Det ska även visas att så skett med avseende på en väsentlig del av det relevanta området, men inte med avseende på hela det relevanta området. Till skillnad från vad som gjorts gällande av harmoniseringsbyrån, har det på detta rättsområde inte skett någon ändring av rättspraxis i den riktningen, och inte heller av lagstiftningen.

16 Harmoniseringsbyråns uppfattning, nämligen att det ska visas att ett varumärke har förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning med avseende på hela territoriet i varje medlemsstat och med avseende på hela omsättningskretsen, är ”orealistisk”.

17 Omsättningskretsen är inte enhetligt fördelad mellan samtliga medlemsstater. Den användningsgrad som är lämplig att utgå från ändras således beroende på de särskilda förhållanden som gäller i varje medlemsstat.

18 De absoluta försäljningssiffrorna för de aktuella produkterna, det täckta geografiska området liksom det förhållandet att försäljningen inte är enhetligt fördelad inom gemenskapen är omständigheter som saknar relevans för att visa att det sökta varumärket förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning i en väsentlig del av gemenskapen. Det som ska beaktas vid denna bedömning är i stället antalet sålda traktorer i förhållande till marknadens storlek och den geografiska fördelningen av omsättningskretsen.

19 Sökandens försäljningssiffror för de varor som avses med det sökta varumärket är ”remarkabla” i de medlemsstater som ligger i Västeuropa. Det sökta varumärket har således förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning i de gamla medlemsstaterna. Dessa utgör 90 procent av gemenskapen och därmed en väsentlig del av densamma. Följaktligen har det sökta varumärket förvärvat särskiljningsförmåga för omsättningskretsen i den mening som avses i artikel 7.3 i förordning nr 40/94.

20 Befolkningsstorleken, storleken på det geografiska området och det förhållandet att medlemsstaterna i Östeuropa är jordbruksländer saknar relevans för att visa att det sökta varumärket förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning i en väsentlig del av gemenskapen. Omsättningskretsen är den faktor som ska tas i beaktande. I vart fall är jordbruken i dessa medlemsstater för små för att använda traktorer, och omsättningskretsen i denna del av gemenskapen är därmed starkt begränsad. Harmoniseringsbyrån gjorde således en felaktig bedömning när den fann att sökanden hade underlåtit att beakta medlemsstaterna i Östeuropa och att sökanden hade bortsett från marknaderna i de nya medlemsstaterna på grund av att de var försumbara.

21 Harmoniseringsbyrån använde sig vidare av sökandens försäljningssiffror på ett ”vilseledande och inte minst felaktigt sätt”.

22 Dessutom har harmoniseringsbyrån aktualiserat två frågeställningar i svarsinlagan som inte var uppe till diskussion vare sig hos granskaren eller vid överklagandenämnden. Den första frågeställningen avser huruvida de två branschorganisationsföreträdarna, vars utlåtanden sökanden åberopat som bilagor till ansökan, är oberoende och huruvida de har kompetens att uttala sig om hur ett visst varumärke uppfattas i Europa. Den andra frågeställningen rör användningen av det sökta varumärket tillsammans med ordmärket CASE eller CASE INTERNATIONAL. Harmoniseringsbyrån kan inte vinna framgång med sina argument, eftersom de båda företrädarna mycket väl kan uttala sig om hur varumärket uppfattas och eftersom ordelementen i det sökta

varumärket är oläsbara, då det bara är färgkombinationen som är den särskiljande beståndsdelen.

23 Slutligen har sökanden åberopat direkta bevis som styrker att färgkombinationen på en traktor kan ange det kommersiella ursprunget samt fotografier som visar denna färgkombination. Det har även visats att en särskild marknadsföringskampanj, riktad mot omsättningskretsen, har genomförts beträffande sökandens traktorer.

24 Harmoniseringsbyrån har bestritt samtliga argument som sökanden har framfört.

Tribunalens bedömning

25 Färger eller färgkombinationer som sådana kan utgöra gemenskapsvarumärken och kan till följd av användning förvärva särskiljningsförmåga för de varor eller tjänster som registreringsansökan avser, med stöd av artikel 7.3 i förordning nr 40/94 (domstolens dom av den 21 oktober 2004 i mål C-447/02 P, KWS Saat mot harmoniseringsbyrån, REG 2004, s. I-10107, punkt 79, och förstainstansrättens dom av den 28 oktober 2009 i mål T-137/08, BCS mot harmoniseringsbyrån - Deere (kombination av färgerna grönt och gult), REG 2009, s. II-4047, punkt 28).

26 I förevarande mål har sökanden inte bestritt granskarens och överklagandenämndens bedömning att det sökta varumärket saknar ursprunglig särskiljningsförmåga. Sökanden har i stället begränsat sin argumentation på så sätt att den bara avser tillämpningen av artikel 7.3 i förordning nr 40/94 på det aktuella kännetecknet.

27 Enligt artikel 7.3 i förordning nr 40/94 ska de absoluta registreringshinder som avses i artikel 7.1 b, c och d i förordning nr 40/94 (nu artikel 7.1 b, c och d i förordning nr 207/2009) inte hindra att ett varumärke registreras, om märket till följd av användning har förvärvat särskiljningsförmåga i fråga om de varor eller tjänster för vilka det ansöks om registrering.

28 Enligt rättspraxis krävs att åtminstone en betydande del av omsättningskretsen tack vare varumärket kan ange att de berörda varorna eller tjänsterna kommer från ett visst företag, för att ett varumärke ska anses ha förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning (förstainstansrättens dom av den 12 september 2007 i mål T-141/06, Glaverbel mot harmoniseringsbyrån (textur på en glasyta), ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 32, se även, analogt, domstolens dom av den 4 maj 1999 i de förenade målen C-108/97 och C-109/97, Windsurfing Chiemsee, REG 1999, s. I-2779, punkt 52, och av den 7 juli 2005 i mål C-353/03, Nestlé, REG 2005, s. I-6135, punkt 30).

29 Detta angivande av att de berörda varorna eller tjänsterna kommer från ett visst företag ska göras tack vare att kännetecknet använts som varumärke, och därmed tack vare kännetecknets egenskaper och effekt, vilka medför att kännetecknet är ägnat att särskilja de aktuella varorna eller tjänsterna från andra företags varor eller tjänster (se, analogt, domstolens dom av den 18 juni 2002 i mål C-299/99, Philips, REG 2002, s. I-5475, punkt 64, och domen i det ovannämnda målet Nestlé, punkt 26).

30 För att ett varumärke ska kunna registreras med stöd av artikel 7.3 i förordning nr 40/94 är det för det andra nödvändigt att det visas att varumärket till följd av användning har förvärvat särskiljningsförmåga i hela det område där varumärket från början saknade sådan särskiljningsförmåga (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 22 juni 2006 i mål C-25/05 P, Storck mot harmoniseringsbyrån, REG 2006, s. I-5719, punkterna 83 och 86, förstainstansrättens dom i det ovannämnda målet Textur på en glasyta, punkterna 35 och 40, av den 10 mars 2009 i mål T-8/08, Piccoli mot harmoniseringsbyrån (formen på en snäcka), ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkterna 36 och 41, och av den 30 september 2009 i mål T-75/08, JOOP! mot harmoniseringsbyrån (!), ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 41, se även, analogt, domstolens dom av den 7 september 2006 i mål C-108/05, Bovemij Verzekeringen, REG 2006, s. I-7605, punkt 22).

31 Tribunalen anger för det tredje att det följer av domstolens praxis att det, för att avgöra om det aktuella kännetecknet har förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning, ska göras en samlad bedömning av de uppgifter som kan visa att varumärket blivit ägnat till att ange att de aktuella varorna eller tjänsterna kommer från ett visst företag och således att dessa varor eller tjänster kan särskiljas från andra företags varor eller tjänster (se, analogt, domen i de ovannämnda förenade målen Windsurfing Chiemsee, punkt 49).

32 Vid bedömningen av huruvida ett varumärke har förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning kan hänsyn tas till bland annat varumärkets marknadsandel, i hur stor omfattning, hur länge och på hur stort geografiskt område varumärket har använts, hur stora investeringar som har gjorts för att marknadsföra det, hur stor del av omsättningskretsen som tack vare varumärket kan ange att varan eller tjänsten kommer från ett visst företag samt utlåtanden från industri- och handelskamrar och andra branschorganisationer (se domen i det ovannämnda målet !, punkt 44, se även, analogt, domen i de ovannämnda förenade målen Windsurfing Chiemsee, punkt 51, och i det ovannämnda målet Nestlé, punkt 31).

33 Ett kännetecknens särskiljningsförmåga, inbegripet särskiljningsförmåga som förvärvats till följd av användning, ska för det fjärde bedömas med avseende på de varor eller tjänster som registreringsansökan omfattar och med beaktande av den uppfattning som en normalt informerad och skäligen uppmärksam och medveten genomsnittskonsument av den berörda kategorin varor eller tjänster kan antas ha (se, analogt, domarna i de ovannämnda målen Philips, punkterna 59 och 63, och Nestlé, punkt 25).

34 Slutligen ska varumärket ha förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning innan registreringsansökan inges (domstolens dom av den 11 juni 2009 i mål C-542/07 P, Imagination Technologies mot harmoniseringsbyrån, REG 2009, s. I-4937, punkt 60, och tribunalens dom av den 11 februari 2010 i mål T-289/08, Deutsche BKK mot harmoniseringsbyrån (Deutsche BKK), ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 60).

35 Det är mot bakgrund av denna rättspraxis som tribunalen kommer att pröva huruvida överklagandenämnden gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att inte godta sökandens argument, att det sökta varumärket förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning i en väsentlig del av gemenskapen och, därmed, borde ha registrerats för de berörda varorna med stöd av artikel 7.3 i förordning nr 40/94.

36 Sökanden har bestritt överklagandenämndens definition av omsättningskretsen. Sökanden har även gjort gällande att överklagandenämnden gjorde fel när den kom fram till att det aktuella kännetecknet inte har förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning i en väsentlig del av gemenskapen.

37 När det för det första gäller definitionen av den omsättningskrets som ska anse att det sökta varumärket förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning, anser sökanden att omsättningskretsen bara ska utgöras av nuvarande traktorägare och framtida traktorköpare. Överklagandenämnden däremot fann att omsättningskretsen består av alla jordbrukare.

38 Tribunalen anser att definitionen av omsättningskretsen ska göras utifrån en bedömning av vilka mottagare de aktuella varorna riktar sig till. Det är nämligen i förhållande till dessa som varumärket ska utveckla sin grundläggande funktion. En sådan definition ska således göras mot bakgrund av varumärkenas grundläggande funktion, som är att, i fråga om en vara eller tjänst som kännetecknas av varumärket, garantera konsumenten eller slutanvändaren varans eller tjänstens ursprung, så att det är möjligt att utan risk för förväxling särskilja denna vara eller tjänst från andra med ett annat ursprung (domen i det ovannämnda målet Textur på en glasyta, punkt 23 och där angiven rättspraxis).

39 Sökanden har i denna del gjort gällande att omsättningskretsen inte kan bestå av jordbrukare i allmänhet och att den del av befolkningen som endast är potentiellt intresserad av de aktuella varorna inte ska ingå i omsättningskretsen. Mot bakgrund av den rättspraxis som angetts ovan, finner tribunalen att sökandens argument inte är relevanta.

40 Det är jordbrukarna som, i egenskap av lantbrukare, är mottagare av de redskap som behövs för att de ska kunna bedriva sin verksamhet, bland annat traktorer. Sökanden har själv gjort denna bedömning i och med att sökanden, i ett av de dokument som getts in till tribunalen, vitsordat att det typiskt sett är jordbrukare som köper traktorer. Argumenten angående den ringa storleken på vissa jordbruk och jordbrukarnas budget föranleder inte tribunalen att göra någon annan bedömning i denna del. Såsom framgår av de dokument som sökanden har gett in till tribunalen, har de olika traktortillverkarna nämligen lyckats att utveckla kompakta motorer som är avsedda att användas i små jordbruk. Det förhållandet att vissa jordbrukare inte är bemedlade att köpa en traktor är dessutom något som kan komma att ändras med tiden, eller så kan finansieringsmodeller som erbjuds av exempelvis återförsäljare av jordbruksmaskiner ändra på detta.

41 Vidare finner tribunalen att den åtskillnad som görs av sökanden, nämligen mellan framtida traktorköpare och personer som endast är potentiellt intresserade av traktorer, är konstruerad. Vad gäller varumärkesrätten, och således angivelsen av det kommersiella ursprunget för de varor som släpps ut på marknaden, kan det nämligen inte finnas några andra personer som är potentiellt intresserade av traktorer än framtida traktorköpare. Övriga ”intresserade personer” kan således uteslutas direkt, såsom mekaniker, historiker, sociologer eller statsvetare. För dessa yrkeskategorier har varumärkets grundläggande funktion att ange det kommersiella ursprunget för varorna vid köpbeslut inte någon betydelse.

42 Vad sedan angår de argument som sökanden anfört till bestridande av överklagandenämndens definition av omsättningskretsen, gör tribunalen följande bedömning. Dessa argument visar inte att nuvarande traktorägare och potentiella traktorköpare skulle uppfatta det aktuella kännetecknet på ett annat sätt än jordbrukare i allmänhet. Om man definierade omsättningskretsen så restriktivt, skulle det för övrigt innebära att sökanden på ett konstruerat sätt kan inskränka den omsättningskrets i förhållande till vilken sökanden måste visa att det sökta varumärket förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning.

43 Överklagandenämnden gjorde således en riktig bedömning när den i punkt 13 i det angripna beslutet slog fast att omsättningskretsen utgörs av jordbrukare, utan att skilja på om jordbrukarna är faktiskt eller potentiellt intresserade av att köpa en traktor.

44 Sökanden har för det andra gjort gällande att det visats att det sökta varumärket har förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning i en väsentlig del av gemenskapen på sätt som krävs i rättspraxis. Överklagandenämnden kom däremot i punkt 25 i det angripna beslutet fram till den motsatta slutsatsen.

45 Enligt artikel 1.2 i förordning nr 40/94 (nu artikel 1.2 i förordning nr 207/2009) har gemenskapsvarumärket en ”enhetlig karaktär”, vilket innebär att märket har ”samma rättsverkan i hela gemenskapen”. Gemenskapsvarumärkets enhetliga karaktär innebär att ett kännetecken, för att kunna registreras, måste ha särskiljningsförmåga i hela gemenskapen. Därför får ett varumärke inte registreras enligt artikel 7.2 i förordning nr 40/94 (nu artikel 7.2 i förordning nr 207/2009) om det saknar särskiljningsförmåga i en del av gemenskapen (förstainstansrättens dom av den 30 mars 2000 i mål T-91/99, Ford Motor mot harmoniseringsbyrån (OPTIONS), REG 2000, s. II-1925, punkterna 23–25).

46 Artikel 7.3 i förordning nr 40/94, som stadgar att kännetecken som har förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning får registreras, ska läsas mot detta krav. Enligt den rättspraxis som tribunalen erinrat om i punkt 30 ovan, är det nödvändigt att det visas att varumärket till följd av användning har förvärvat särskiljningsförmåga i hela det område där varumärket saknade sådan särskiljningsförmåga.

47 Till skillnad från vad som gjorts gällande av sökanden, får denna rättspraxis inte sammanblandas med den rättspraxis som preciserar innebörden av begreppet ”känt” i en medlemsstat eller i gemenskapen i den mening som avses i artikel 5.2 i rådets första direktiv 89/104/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar (EGT L 40, 1989, s. 1; svensk specialutgåva, område 13, volym 17, s. 178) och i artikel 9.1 c i förordning nr 40/94 (nu artikel 9.1 c i förordning nr 207/2009), vilket är ett rekvisit som måste vara uppfyllt för att ett registrerat varumärke ska kunna skyddas även med avseende på varor eller tjänster som inte är av liknande slag. I det fallet är det nämligen inte fråga om att pröva om ett kännetecken uppfyller villkoren för att registreras som gemenskapsvarumärke i hela gemenskapen. Det är snarare fråga om att förhindra användning av ett kännetecken när ett befintligt varumärke är känt antingen i en medlemsstat eller i gemenskapen och när användningen av kännetecknet utan skälig anledning drar otillbörlig fördel av eller är till förfång för nämnda varumärkes särskiljningsförmåga eller renommé. Domstolen har således funnit att i territoriellt hänseende är det tillräckligt att varumärket är känt i en väsentlig del av en medlemsstat (när det gäller direktiv 89/104/EEG) eller gemenskapen (när det gäller förordning nr 40/94) för att nämnda kännetecken inte ska få användas (domstolens dom av den 14 september 1999 i mål C-375/97, General Motors, REG 1999, s. I-5421, punkterna 28 och 29, och av den 6 oktober 2009 i mål C-301/07, PAGO International, REG 2009, s. I-9429, punkterna 27 och 30).

48 Av det ovannämnda följer att – till skillnad från vad sökanden har gjort gällande och till skillnad från vad överklagandenämnden angav i punkt 19 i det angripna beslutet – det ska visas att det sökta varumärket hade förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning i hela gemenskapen såsom gemenskapen var sammansatt då registreringsansökan gavs in, det vill säga den 15 juli 2004, med undantag för den del av gemenskapen där det sökta varumärket redan från början hade sådan

särskiljningsförmåga. Detta område inbegriper de tio nya medlemsstater som anslöt sig till Europeiska unionen till följd av utvidgningen den 1 maj 2004, och det är inom detta område som, enligt den rättspraxis som anges i punkt 28 ovan, åtminstone en betydande del av omsättningskretsen tack vare det sökta varumärket ska kunna ange att de berörda varorna kommer från ett visst företag.

49 Denna felbedömning från överklagandenämndens sida innebär dock inte att det angripna beslutet ska anses vara rättsstridigt. De villkor som ska tillämpas vid bedömningen av om det sökta varumärket förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning är nämligen strängare än dem som överklagandenämnden tillämpade. För att kunna få det sökta figurkännetecknet registrerat, borde sökanden nämligen, i enlighet med den rättspraxis som anges i punkt 30 ovan, ha visat att kännetecknet innan registreringsansökan gavs in hade förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning i hela gemenskapen för en betydande del av omsättningskretsen. Sökanden skulle därvid ha kunnat åberopa olika bevis vid harmoniseringsbyrån, av sådant slag som anges i punkt 32 ovan, och detta utifrån tillgängliga uppgifter i var och en av medlemsstaterna (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Kombination av färgerna grönt och gult, punkt 39).

50 Trots det handlingsutrymme som sökanden därmed hade i fråga om bevisföringen, har sökanden inte åberopat någon bevisning till styrkande av att det sökta varumärket förvärvat särskiljningsförmåga i de tio nya medlemsstaterna. Sökanden har nämligen inte åberopat någon bevisning till stöd för påståendet att sökanden hade gjort ”betydande inbrytningar” på marknaden i nämnda medlemsstater. Vidare har sökanden vitsordat att ”det följer klart och tydligt av bevisningen att de varor som är försedda med det sökta varumärket såldes i 23 av de 25 medlemsstater som fanns vid den tidpunkten”. Som framgår av handlingarna i målet har sökanden även vitsordat att då registreringsansökan gavs in kunde sökanden inte visa att det aktuella kännetecknet hade förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning i nämnda medlemsstater. I och med att det sökta varumärket saknar särskiljningsförmåga i en del av

gemenskapen, kan det således, i enlighet med artikel 7.2 i förordning nr 40/94, inte registreras som gemenskapsvarumärke.

51 Vad beträffar sökandens argument angående bevisvärdet hos vissa dokument som sökanden åberopat, till styrkande av att det sökta varumärket förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning, finner tribunalen att inget av dessa argument kan föranleda någon annan bedömning.

52 Vad för det första gäller de utlåtanden från en specialiserad del av omsättningskretsen som getts in av sökanden, finner tribunalen att dessa utlåtanden inte kommer från samtliga medlemsstater. Dessa utlåtanden kommer nämligen uteslutande från branschorganisationsföreträdare i Belgien och Förenade kungariket, och de avser endast dessa båda länder. Det är troligtvis så att dessa företrädare har kunskap om marknadsförhållandena endast i just dessa länder.

53 Dessa utlåtanden utgör visserligen direkta bevis för att det sökta varumärket förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning, vilket inte har bestritts av parterna. Enligt rättspraxis kan emellertid utlåtanden från fackmän, från 2 av de 25 medlemsstater som gemenskapen bestod av då registreringsansökan gavs in, inte anses styrka att det aktuella kännetecknet har förvärvat särskiljningsförmåga i de andra länderna inom gemenskapen (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Textur på en glasyta, punkt 39). Trots sökandens uppgifter under förhandlingen, har denne inte heller styrkt att det var fråga om företrädare för paneuropeiska organisationer vars utlåtanden gäller hela gemenskapen. Utlåtandena kan därmed inte anses styrka att det sökta varumärket förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning utanför Belgien och Förenade kungariket.

54 För det andra preciserar tribunalen att uppgifter om försäljningsvolym och marknadsföringsmaterial enligt rättspraxis utgör indicier som i förekommande fall kan stödja direkt bevisning för att ett märke förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning, såsom den som framkommit genom utlåtandena. Uppgifter om försäljningsvolym och marknadsföringsmaterial styrker nämligen inte i sig att omsättningskretsen uppfattar kännetecknet som en uppgift om det kommersiella ursprunget. Enbart uppgifter om försäljningsvolym och marknadsföringsmaterial kan således inte anses styrka att det sökta varumärket har förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning när det gäller de medlemsstater beträffande vilka sökanden inte åberopat någon ytterligare bevisning (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Textur på en glasyta, punkt 41).

55 En prövning av den av sökanden åberopade bevisningen ger vid handen att inget av dokumenten om försäljningsvolymer eller marknadsföringsåtgärder kan anses styrka vilken del av omsättningskretsen som uppfattar det aktuella kännetecknet som en uppgift om det kommersiella ursprunget. Det åberopade marknadsföringsmaterialet är dessutom av ganska begränsad omfattning; det utgörs bara av några dokument på engelska och tyska jämte en sammanställning av utgifter för spridning av det sökta varumärket i åtta medlemsstater.

56 Sökanden har visserligen även åberopat dokumentation som visar marknadsandelarna för det sökta varumärket i de olika medlemsstaterna för att styrka att det använts i intensiv omfattning och på ett varaktigt sätt på den relevanta marknaden. Tribunalen har emellertid jämfört dessa marknadsandelar med dels den försäljningsvolym som sökanden redovisat, dels uppgifter från en oberoende studie som också den åberopats av sökanden, och tribunalen har därvid kunnat konstatera betydande brist på koherens. Tribunalen fäster därför inte någon tilltro till de uppgifter om marknadsandelar som sökanden åberopat, och de kan inte anses styrka att det sökta varumärket använts i intensiv omfattning och på ett varaktigt sätt på gemenskapsmarknaden.

57 Slutligen finner tribunalen att fotografierna endast visar att sökanden har använt kombinationen av färgerna rött, svart och grått på sina traktorer. Tribunalen gör emellertid samma bedömning beträffande dessa fotografier som när det gäller uppgifterna om försäljningsvolym och marknadsföringsmaterialet, nämligen att de inte i sig visar att omsättningskretsen uppfattar det aktuella kännetecknet som en uppgift om det kommersiella ursprunget.

58 Såsom angetts i punkt 49 ovan kan överklagandenämndens felbedömning av det relevanta området inte anses ha någon inverkan på det angripna beslutets lagenlighet, eftersom sökanden inte har visat att det sökta varumärket förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning i hela gemenskapen.

59 Talan kan således inte bifallas såvitt avser den enda grund som åberopats av sökanden. Talan ogillas därmed i sin helhet.

Rättegångskostnader

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

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (andra avdelningen)

följande:

1) Talan ogillas.

2) CNH Global NV ska ersätta rättegångskostnaderna.

Pelikánová Jürimäe Soldevila Fragoso

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 29 september 2010.

Underskrifter