ARREST VAN HET GERECHT (Achtste kamer)

28 oktober 2009 *

In zaak T-137/08,

BCS SpA, gevestigd te Milaan (Italië), vertegenwoordigd door M. Franzosi, V. Jandoli en F. Santonocito, advocaten,

verzoekster,

tegen

Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM), vertegenwoordigd door D. Botis als gemachtigde,

verweerder,

* Procestaal: Engels.

andere partij in de procedure voor de kamer van beroep van het BHIM, interveniënte voor het Gerecht:

Deere & Company, gevestigd te Wilmington, Delaware (Verenigde Staten), vertegenwoordigd door J. Gray, solicitor, en A. Tornato, advocaat,

betreffende een verzoek om vernietiging van de beslissing van de tweede kamer van beroep van het BHIM van 16 januari 2008 (zaak R 222/2007-2), betreffende een nietigheidsprocedure tussen BCS SpA en Deere & Company,

wijst

HET GERECHT
VAN EERSTE AANLEG (Achtste kamer),

samengesteld als volgt: E. Martins Ribeiro, president, N. Wahl (rapporteur) en A. Dittrich, rechters,

griffier: N. Rosner, administrateur,

gezien het op 9 april 2008 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 22 juli 2008 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord van het BHIM,

gezien de op 29 juli 2008 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord van interveniënte,

na de terechtzitting op 11 maart 2009,

het navolgende

Arrest

Voorgeschiedenis van het geding

1 Op 1 april 1996 heeft interveniënte, Deere & Company, bij het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM) 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)] een gemeenschapsmerkaanvraag ingediend voor het volgende teken:



2 De waren waarvoor de inschrijving is aangevraagd, behoren tot de klassen 7 en 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, en zijn voor elk van deze klassen omschreven als volgt:

— klasse 7: „Werkmachines voor de landbouw en de bosbouw, voortgetrokken of gemotoriseerd”;

— klasse 12: „Gemotoriseerde werkmachines voor de landbouw en de bosbouw, inzonderheid tractoren, kleine tractoren, motorploegen en aanhangers”.

3 Voor de aanduiding van de kleuren waarop de inschrijvingsaanvraag betrekking heeft is het Munsell-systeem gebruikt: 9.47 GY3.57/7.45 (groen) en 5.06 Y7 63/10.66 (geel). Volgens de beschrijving „[is] de carrosserie van het voertuig groen en [zijn] de wielen geel”, zoals een bij de aanvraag gevoegde en hierna weergegeven afbeelding illustreert:



4 Op 20 november 2001 heeft interveniënte de inschrijving van dat merk (hierna: „bestreden merk”) verkregen.

5 Op 5 januari 2004 heeft verzoekster, BCS SpA, een verzoek om nietigverklaring voor alle door de inschrijving van het bestreden merk beschermde waren ingediend op basis van artikel 51, lid 1, sub a, juncto artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 [thans artikel 52, lid 1, sub a, en artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 207/2009], en artikel 52, lid 1, sub c, juncto artikel 8, lid 4, van voormelde verordening [thans artikel 53, lid 1, sub c, en artikel 8, lid 4, van verordening nr. 207/2009].

6 Tot staving van haar verzoek om nietigverklaring heeft verzoekster in de eerste plaats aangevoerd dat het bestreden merk onderscheidend vermogen miste op de dag van de inschrijvingsaanvraag en dat het bewijs van door gebruik verkregen onderscheidend vermogen in de zin van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 7, lid 3, van verordening nr. 207/2009) ontoereikend was.

7 In de tweede plaats heeft verzoekster betoogd dat het bestreden merk was ingeschreven ondanks het feit dat er een niet-ingeschreven Italiaans merk bestond dat eveneens werd gevormd door een combinatie van de kleuren groen en geel. Zij heeft te kennen gegeven dat het gebruik van dat merk vóór 1996 voor „werkmachines voor de landbouw, inzonderheid tractoren, kleine tractoren, motorploegen en aanhangers" in België, Denemarken, Griekenland, Spanje, Frankrijk, Italië, Nederland, Oostenrijk, Portugal en het Verenigd Koninkrijk, haar het recht verleende het gebruik van een recenter merk te verbieden.

8 Bij beslissing van 30 november 2006 heeft de nietigheidsafdeling van het BHIM het verzoek om nietigverklaring op beide onderdelen verworpen. Daartoe heeft het overwogen dat verzoekster niet met succes de geldigheid had aangevochten van de bewijselementen die interveniënte overeenkomstig artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 had voorgedragen aangaande het onderscheidend vermogen verkregen door gebruik, en dat, ofschoon verzoekster had aangetoond dat zij de kleuren groen en geel vóór de inschrijvingsaanvraag voor het bestreden merk op diverse landbouwmachines had gebruikt, zij echter niet had aangetoond dat dat teken vóór die datum door het relevante publiek van de betrokken grondgebieden werd waargenomen als een aanduiding van de commerciële oorsprong.

9 Op 2 februari 2007 heeft verzoekster beroep tot vernietiging van de beslissing van de nietigheidsafdeling ingesteld op grond dat het door gebruik van het bestreden merk verkregen onderscheidend vermogen niet was beoordeeld met inaanmerkingneming van alle betrokken grondgebieden en dat de nietigheidsafdeling, hoewel zij had toegegeven dat het teken waarvan verzoekster houder is op de markt was gebruikt, ten onrechte had geconcludeerd dat het door het relevante publiek niet werd waargenomen als een oorsprongsaanduiding.

10 Bij beslissing van de tweede kamer van beroep van het BHIM van 16 januari 2008 (hierna: „bestreden beslissing") is het beroep op alle onderdelen verworpen.

Procesverloop en conclusies van partijen

11 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beslissing te vernietigen;

— het BHIM te verwijzen in de kosten.

12 Het BHIM concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep op alle onderdelen te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

13 Bij beschikking van 5 maart 2009 heeft het Gerecht partijen verzocht, ter terechtzitting hun eventuele opmerkingen over bepaalde documenten kenbaar te maken.

In rechte

14 Ter onderbouwing van haar beroep voert verzoekster drie middelen aan, ontleend aan schending van respectievelijk artikel 7, lid 3, artikel 8, lid 4, en artikel 73 van verordening nr. 40/94 (thans artikel 75 van verordening nr. 207/2009).

Het eerste middel, ontleend aan schending van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94

Argumenten van partijen

15 Verzoekster betoogt in de eerste plaats dat de kamer van beroep blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door niet na te gaan of het bestreden merk (combinatie van de kleuren groen en geel) reeds als merk was gebruikt, overeenkomstig de in de rechtspraak vastgelegde voorwaarden. Tot staving van dit argument zet verzoekster uiteen dat de kamer van beroep een globale beoordeling van de bewijselementen achterwege heeft gelaten en deze elementen alleen individueel heeft onderzocht, zonder coördinatie of zonder ze globaal in de beschouwing te betrekken.

16 In de tweede plaats merkt verzoekster op dat de kamer van beroep de in het dossier gevoegde bewijzen niet correct heeft beoordeeld, enerzijds omdat de geproduceerde documenten niet de gehele Europese Unie althans een substantieel deel daarvan dekten, en anderzijds omdat de bewijskracht van die elementen zwak was doordat er enkel uit bleek dat de kleuren waren gebruikt met een woordmerk of afkomstig waren van handelspartners van interveniënte en niet van voor de betrokken consument representatieve, onafhankelijke bronnen.

17 Volgens verzoekster moet een bijzonder hoge bewijsdrempel worden gehanteerd bij het onderzoek of het bestreden merk onderscheidend vermogen door gebruik heeft verkregen, aangezien de kleuren hoofdzakelijk op de waren worden gebruikt voor decoratieve doeleinden en niet ter aanduiding van de oorsprong, en dus geen intrinsiek onderscheidend vermogen hebben. Dit geldt te meer wanneer zij, zoals in casu, hoofdzakelijk worden gebruikt met een andere onderscheidende aanduiding, waar de betrokken consument wellicht meer aandacht aan zal besteden.

18 Bovendien geeft verzoekster te kennen dat de kamer van beroep heeft verzuimd te verifiëren of het betrokken publiek de combinatie van de kleuren groen en geel, niet gecombineerd met een ander beeld- of woordmerk, inderdaad had opgevat als een aanduiding van de commerciële oorsprong van de betrokken waren. Het administratieve dossier bevatte enkel een marktonderzoek, betreffende de perceptie door het betrokken publiek in Duitsland, waarin het onderscheidend vermogen van het bestreden merk wordt geëvalueerd.

19 In de derde plaats is verzoekster van oordeel dat de gegevens betreffende de verkoopvolumes, de reclamekosten en de marktaandelen niet alle grondgebieden betreffen of voor sommige daarvan uiterst zwak zijn, en dat de verklaringen van de verschillende verenigingen geen melding maken van het uitsluitende gebruik van het bestreden merk door interveniënte, van latere datum zijn dan de neerlegging van de inschrijvingsaanvraag voor het bestreden merk en niet voor een notaris zijn afgelegd.

20 Ter terechtzitting heeft verzoekster voorts opgemerkt dat de grafische voorstelling van het bestreden merk „geometrisch variabel" is, dat wil zeggen noch duidelijk noch nauwkeurig, in strijd met de in de rechtspraak vastgelegde vereisten.

21 Het BHIM en interveniënte concluderen tot afwijzing van het onderhavige middel. Ter terechtzitting heeft het BHIM bovendien te kennen gegeven dat het middel dat verzoekster ontleent aan de grafische voorstelling van het bestreden merk, een nieuw middel vormt dat derhalve niet-ontvankelijk is.

Beoordeling door het Gerecht

— Ontvankelijkheid van de ter terechtzitting opgeworpen grief

22 De aan de dubbelzinnige grafische voorstelling van het bestreden merk ontleende grief heeft betrekking op de toepassing van artikel 4 (thans artikel 4 van verordening nr. 207/2009) en artikel 7, lid 1, sub a, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 7, lid 1, sub a, van verordening nr. 207/2009). In haar verzoekschrift heeft verzoekster de kamer van beroep enkel schending verweten van artikel 7, lid 3 — op grond waarvan kan worden afgeweken van artikel 7, lid 1, sub b, c en d (artikel 7, lid 1, sub c en d, is thans artikel 7, lid 1, sub c en d, van verordening nr. 207/2009), artikel 8, lid 4, en artikel 73 van verordening nr. 40/94.

23 Hieruit volgt dat de door verzoekster ter terechtzitting opgeworpen grief dat het bestreden merk niet voldoet aan de vereisten met betrekking tot de grafische voorstelling, geen nadere uiteenzetting van een in het verzoekschrift aangevoerd middel is, maar een in de loop van de procedure opgeworpen nieuw middel. Ingevolge artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht is dat middel derhalve niet-ontvankelijk.

— De gegrondheid van het aan schending van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 ontleende middel

24 Om te beginnen moeten de beginselen in herinnering worden gebracht die in de rechtspraak zijn ontwikkeld met betrekking tot de toepassing van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94.

25 Aangaande de verkrijging van onderscheidend vermogen door gebruik volgt uit de rechtspraak dat de betrokken kringen de waar of de dienst als afkomstig van een bepaalde onderneming dienen te identificeren op basis van het gebruik van het merk, en dus aan de hand van de aard en het effect van het merk, waardoor dit de betrokken waar van die van andere ondernemingen kan onderscheiden [zie naar analogie arrest Hof van 18 juni 2002, C-299/99, Jurispr. blz. I-5475, punt 64].

26 In dat verband moet de uitdrukking „gebruik van het merk als merk" aldus worden begrepen dat zij enkel betrekking heeft op een gebruik van het merk met het oog op de identificatie door de betrokken kringen van de waar of de dienst als afkomstig van een bepaalde onderneming (zie naar analogie arrest Hof van 7 juli 2005, Nestlé, C-353/03, Jurispr. blz. I-6135, punt 29).

27 Voor het overige kan de verkrijging van het onderscheidend vermogen van een merk voortvloeien uit het gebruik ervan in combinatie met of als onderdeel van een ander ingeschreven merk (zie in die zin arrest Hof van 17 juli 2008, L & D/OHMI en Sämann, C-488/06 P, Jurispr. blz. I-5725, punt 49 en aangehaalde rechtspraak).

28 Tevens zij in herinnering gebracht dat artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 geen onderscheid maakt op grond van de aard van de betrokken tekens. Bijgevolg kunnen kleuren en combinaties van kleuren 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 (zie in die zin arrest Hof van 21 oktober 2004, KWS Saat/BHIM, C-447/02 P, Jurispr. blz. I-10107, punten 78 en 79 en aangehaalde rechtspraak).

29 Het onderscheidend vermogen van een teken, daaronder begrepen het onderscheidend vermogen verkregen door gebruik, moet 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 arrest Philips, reeds aangehaald, punten 59 en 63).

30 In dat verband moet de bevoegde autoriteit alle factoren onderzoeken waaruit kan blijken dat het merk waarop aanspraak wordt gemaakt geschikt is geworden om de betrokken waar als afkomstig van een bepaalde onderneming te identificeren (zie naar analogie arrest Hof van 4 mei 1999, Windsurfing Chiemsee, C-108/97 en C-109/97, Jurispr. blz. I-2779, punt 49).

31 Bovendien is het vaste rechtspraak dat bij de beoordeling of een merk onderscheidend vermogen heeft verkregen door het gebruik dat ervan is gemaakt, rekening kan 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 identificeert als afkomstig van een bepaalde onderneming, alsmede de verklaringen van kamers van koophandel en industrie of van andere beroepsverenigingen (zie naar analogie reeds aangehaalde arresten Windsurfing Chiemsee, punt 51; Philips, punt 60, en Nestlé, punt 31).

32 De in het verzoekschrift aangevoerde middelen dienen tegen de achtergrond van de voorgaande overwegingen te worden onderzocht.

33 Aangaande de bewering dat de kamer van beroep heeft nagelaten de bewijselementen globaal te beoordelen en die elementen enkel individueel heeft onderzocht zonder ze samen in de beschouwing te betrekken, moet worden vastgesteld dat uit de bestreden beslissing blijkt dat de kamer van beroep inderdaad elk bewijselement heeft onderzocht, maar tevens heeft geoordeeld dat alle door interveniënte overgelegde bewijselementen „coherent waren en elkaar bevestigden" (punt 33 van de bestreden beschikking).

34 Uit de punten 32, 36 tot en met 38 en 41 van de bestreden beschikking volgt voorts dat de conclusie van de kamer van beroep betreffende de verkrijging van onderscheidend vermogen is gebaseerd op de inaanmerkingneming van een reeks elementen die het langdurige en intensieve gebruik van het bestreden merk bewijzen, alsook op het feit dat het relevante publiek door dat gebruik de commerciële herkomst van de van bedoeld teken voorziene waren heeft kunnen identificeren.

35 Aangaande de grief dat de kamer van beroep blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door niet te verifiëren of het bestreden merk als merk was gebruikt, is het juist dat niet om het even welk gebruik van een teken, inzonderheid het gebruik van een combinatie van twee kleuren, per se een gebruik als merk vormt (zie punten 25 en 26 hierboven).

36 In casu heeft de kamer van beroep evenwel in het kader van haar beoordeling van de gegrondheid van de inschrijving van het bestreden merk in de punten 32 en 38 van de bestreden beslissing onder meer rekening gehouden met de verklaringen van beroepsverenigingen volgens welke de combinatie van de kleuren groen en geel verwees naar de door interveniënte vervaardigde landbouwmachines, en met het feit dat interveniënte gedurende een aanzienlijke periode vóór 1996 dezelfde kleurencombinatie op coherente wijze op haar machines in de Europese Unie had gebruikt.

37 Deze twee elementen volstaan om te concluderen dat het gebruik van de combinatie van de kleuren groen en geel niet zuiver stilistisch was, maar heeft meegebracht dat het betrokken publiek de commerciële oorsprong van de van die kleurencombinatie voorziene waren kon identificeren. Verzoeksters grief dat de kamer van beroep

artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 heeft geschonden door niet te verifiëren of de combinatie van de kleuren groen en geel als merk was gebruikt, kan dan ook niet slagen.

38 Wat de grief betreft dat de in het dossier van de kamer van beroep gevoegde bewijzen niet alle lidstaten van de Europese Unie op 1 april 1996 omvatten, moet het volgende worden opgemerkt.

39 Om te beginnen moet worden beklemtoond dat weliswaar moet worden aangetoond dat het bestreden merk in de gehele Gemeenschap onderscheidend vermogen heeft verkregen (zie in die zin arrest Hof van 22 juni 2006, Storck/BHIM, C-25/05 P, Jurispr. blz. I-5719, punt 83), maar dat geenszins vereist is dat voor elke lidstaat dezelfde soorten bewijselementen worden overgelegd.

40 Dat het dossier, behalve voor Duitsland, geen opiniepeiling bevatte ter beoordeling van de perceptie van het bestreden merk door het relevante publiek in de Europese Unie, kan dus niet tot vernietiging van de bestreden beslissing leiden.

41 Het ontbreken van een opiniepeiling sluit niet uit dat wordt aangetoond dat een teken onderscheidend vermogen heeft verkregen door gebruik, daar zulks ook met andere elementen kan worden aangetoond (zie punt 31 hierboven). Uit het reeds aangehaalde arrest Windsurfing Chiemsee (punten 49 - 53) volgt immers dat het houden van een opiniepeiling niet absoluut noodzakelijk is om te kunnen concluderen dat een teken onderscheidend vermogen heeft verkregen door gebruik.

42 Aangaande de overgelegde cijfers kan worden vastgesteld dat de in Finland en Ierland behaalde omzetten de enige cijfers zijn die niet in het dossier van de kamer van beroep voorkomen. Voor die twee lidstaten en voor de overige lidstaten van de Europese Unie

op 1 april 1996 had interveniënte echter bij het BHIM gedetailleerde gegevens over haar marktaandelen en haar verkoopvolumes tussen 1970 en 1996 en over die van haar concurrenten overgelegd.

43 Voor zover wordt beweerd dat de door interveniënte gehouden marktaandelen te gering waren om te dienen als bewijs van een vergaande en duurzame verspreiding op de markt, zij opgemerkt dat de betrokken waren productiegoederen zijn met een hoge aanschafprijs, die de consument pas aanschaft nadat hij het aanbod op de markt aandachtig heeft bestudeerd door de diverse concurrerende modellen te vergelijken en te inspecteren.

44 Op een dergelijke markt hoeft een merk geen groot marktaandeel te hebben verworven opdat kan worden geconcludeerd dat de relevante consument het heeft onthouden. Daartoe volstaat het dat wordt aangetoond dat het merk langdurig sterk op de markt aanwezig is geweest.

45 In casu volgt uit het dossier van de kamer van beroep, in de eerste plaats dat interveniënte in de Europese Unie op coherente wijze dezelfde kleurencombinatie op al haar landbouwmachines heeft gebruikt gedurende een aanzienlijke periode vóór 1996 en, in de tweede plaats, dat in de landen waar het marktaandeel van interveniënte volgens verzoekster bijzonder zwak was, de aanwezigheid van interveniënte dateert van minstens 30 jaar vóór de datum van de inschrijvingsaanvraag, daar zij in Oostenrijk aanwezig is sinds 1966, in Finland sinds 1939, in Griekenland sinds 1949 en in Italië sinds 1953 (punten 5 en 38 van de bestreden beslissing). Verzoekster heeft deze feiten niet betwist.

46 Uit het voorgaande volgt dat, ofschoon het bestreden merk is gebruikt en gepromoot in combinatie met het woordmerk John Deere en de reclamekosten van interveniënte in de Europese Unie globaal en niet voor ieder land individueel zijn gepresenteerd, verzoekster ten onrechte beweert dat niet rechtens genoegzaam is aangetoond dat interveniënte de combinatie van de kleuren groen en geel op haar waren als merk had gebruikt en dat de waren vergaand en duurzaam waren verspreid in alle lidstaten van de Europese Unie op 1 april 1996.

47 Bijgevolg moet worden onderzocht of dat gebruik en die verspreiding voldoende zijn geweest om te kunnen concluderen dat het relevante publiek aan de hand van het bestreden merk de commerciële oorsprong van de betrokken waren heeft kunnen identificeren.

48 In dit verband stelt verzoekster de pertinentie en de bewijskracht van de door de kamer van beroep in aanmerking genomen verklaringen van de diverse verenigingen aan de orde. Zij geeft te kennen dat die verklaringen niet spontaan zijn afgelegd, dat de inhoud ervan door verzoekster is opgelegd althans gecoördineerd, dat zij niet spraken over het door interveniënte bestreden exclusieve gebruik van het merk, dat zij dateren van na de referentieperiode en niet zijn afgelegd voor een notaris, en dat de verklarende eenheden noch representatief waren voor het relevante publiek noch onafhankelijk, daar het in de meeste gevallen ging om handelspartners van interveniënte.

49 Aangaande de data van de verklaringen zij opgemerkt dat het feit dat deze in 2000 zijn ondertekend, niet impliceert dat zij geen bewijskracht hebben om te beoordelen of op de datum van indiening van de inschrijvingsaanvraag voor het bestreden merk onderscheidend vermogen door gebruik was verkregen (zie in die zin arrest Hof van 17 april 2008, Ferrero Deutschland/BHIM en Cornu, C-108/07 P, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 53). Voor het overige kan ingevolge artikel 51, lid 2, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 52, lid 2, van verordening nr. 207/2009) de inschrijving van het bestreden merk niet nietig worden verklaard indien wordt aangetoond dat het merk vóór de datum van het verzoek om nietigverklaring, in casu 5 januari 2004, onderscheidend vermogen had. Verzoeksters grief dat de afgelegde verklaringen niet pertinent zijn daar zij niet noodzakelijkerwijze betrekking hebben op de periode vóór 1 april 1996, kan derhalve hoe dan ook niet slagen.

50 Aangaande de vraag of de verenigingen hun verklaringen niet spontaan hebben afgelegd en aangaande de rol van interveniënte bij de opstelling van de afgelegde verklaringen, moet worden opgemerkt dat het feit dat die verklaringen zijn afgelegd op verzoek van interveniënte en dat deze laatste eventueel de voorbereiding ervan heeft gecoördineerd, op zich niet afdoet aan de inhoud en de bewijskracht van de verklaringen.

51 Bij gebreke van tegenbewijs moet immers worden vermoed dat iedere vereniging haar verklaring geheel vrijwillig heeft ondertekend en de inhoud ervan voor haar rekening neemt. Bovendien kan de bewijskracht van een verklaring niet worden ontkend met als argument dat zij niet voor een notaris is overgelegd [arrest Gerecht van 10 september 2008, Boston Scientific/BHIM — Terumo (CAPIO), T-325/06, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 41].

52 Voor het overige is verzoeksters bewering dat de verklaringen die zijn afgelegd door de verdelers van landbouwmachines en de verenigingen van producenten van landbouwmachines niet betrouwbaar zijn, ongegrond.

53 Om te beginnen volgt geenszins uit de rechtspraak dat alleen verklaringen van verenigingen die consumenten vertegenwoordigen in aanmerking kunnen worden genomen. De daartoe door het Hof gebruikte formulering „verklaringen van de kamers van koophandel en industrie of van andere beroepsverenigingen" (arrest Windsurfing Chiemsee, reeds aangehaald, punt 51), omvat veeleer mede de verklaringen van producenten- en/of verdelersverenigingen.

54 Bijgevolg hoeft in casu alleen te worden bepaald of de diverse verenigingen die verklaringen hebben afgelegd als onafhankelijk kunnen worden beschouwd, zodat zij hun verklaringen hebben kunnen formuleren zonder rekening te houden met het specifieke belang van interveniënte.

55 Met betrekking tot de landbouwersverenigingen en de verenigingen van producenten van landbouwmachines, die als hoofddoel hebben de belangen van de door hen vertegenwoordigde en georganiseerde sector te behartigen en te bevorderen, moet worden geconstateerd dat verzoekster geen enkele aanwijzing heeft verschaft die ertoe strekt aan te tonen dat die verenigingen partijdig waren of er belang bij hadden dat interveniënte de inschrijving zou verkrijgen van een merk waarop zij geen recht heeft. De kamer van beroep heeft dan ook op goede gronden rekening gehouden met de verklaringen van die verenigingen.

56 Wat betreft de onafhankelijkheid van de eenheden die als verdeler voor interveniënte in Finland en in Italië zijn opgetreden, volstaat de vaststelling dat hun verklaringen slechts de verklaringen van de vereniging van producenten van landbouwmachines in Italië en van de landbouwersvereniging in Finland bevestigen. Zoals hierboven in punt 55 is vastgesteld, heeft verzoekster geen element aangevoerd dat kan afdoen aan de bewijskracht van de verklaringen van deze twee verenigingen. Dat de kamer van beroep rekening heeft gehouden met de verklaringen van de Finse en de Italiaanse distributeurs, kan derhalve niet tot vernietiging van de bestreden beslissing leiden.

57 Aangaande het argument dat de verklaringen niet het bewijs leveren dat het bestreden merk „uitsluitend" door interveniënte is gebruikt, moet worden opgemerkt dat het verband dat het publiek tussen het merk en een commerciële herkomst legt relevant is en niet het uitsluitende gebruik van het merk.

58 In casu blijkt uit de door de diverse verenigingen afgelegde verklaringen — behalve uit die met betrekking tot Ierland en Denemarken — dat de combinatie van de kleuren groen en geel, gebruikt in verband met landbouwmachines, in de betrokken sector met interveniënte wordt geassocieerd. Dit wordt bevestigd door de opiniepeiling in Duitsland.

59 Aangaande Ierland en Denemarken geven de overgelegde verklaringen aan dat bovenvermelde kleurencombinatie wordt geassocieerd met waren van meerdere producenten en niet alleen met die van interveniënte. Dit kan echter niet tot vernietiging van de bestreden beslissing leiden.

60 In de eerste plaats heeft de kamer van beroep de verkrijging van het onderscheidend vermogen van het bestreden merk beoordeeld op basis van een reeks aanwijzingen, waaronder de verklaringen van diverse verenigingen en de in Duitsland gehouden opiniepeiling, en rekening houdend met het feit dat de waren van interveniënte gedurende een aanzienlijke periode sterk aanwezig waren op alle relevante markten en dat interveniënte de combinatie van de kleuren groen en geel intensief en langdurig als merk op bedoelde waren had gebruikt.

61 In de tweede plaats blijkt uit punt 5 van de bestreden beslissing dat interveniënte op de Deense markt aanwezig is sinds 1947 en op de Ierse markt sinds 1951. Bovendien blijkt uit het dossier van de kamer van beroep dat interveniënte sterk op die twee markten aanwezig is geweest sinds 1970, in een mate die vergelijkbaar is met haar aanwezigheid in verschillende andere lidstaten op die datum.

62 De kamer van beroep kan dan ook niet worden verweten te hebben geconcludeerd dat rechtens genoegzaam was bewezen dat het bestreden merk onderscheidend vermogen in de zin van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 had verkregen op 1 april 1996, de datum van indiening van de inschrijvingsaanvraag voor het bestreden merk.

63 Uit het voorgaande volgt dat verzoeksters eerste middel niet kan slagen.

Het tweede en het derde middel, ontleend aan schending van respectievelijk artikel 8, lid 4, en artikel 73 van verordening nr. 40/94

Argumenten van partijen

64 In het kader van het tweede en het derde middel betoogt verzoekster in hoofdzaak dat in de bestreden beslissing ten aanzien van haar niet-ingeschreven Italiaanse merk dat de kleuren groen en geel dekt, strengere criteria zijn gehanteerd dan de criteria die zijn toegepast bij het onderzoek van de inschrijvingsaanvraag voor het bestreden merk, ofschoon de voorwaarden voor de verkrijging van rechten op het merk op de voornaamste punten in beide gevallen dezelfde zijn. Daardoor heeft de kamer van beroep niet alleen artikel 8, lid 4, van verordening nr. 40/94 geschonden, maar ook artikel 73 van die verordening, voor zover haar redenering onvoldoende en tegenstrijdig is.

65 Het BHIM en interveniënte concluderen tot afwijzing van deze middelen.

Beoordeling door het Gerecht

66 Aangaande het aan schending van artikel 73 van verordening nr. 40/94 ontleende middel moet worden geconstateerd dat het ongegrond is.

67 Volgens de rechtspraak moet de door artikel 73 van verordening nr. 40/94 vereiste motivering immers de redenering van de instantie waarvan de handeling afkomstig is, duidelijk en ondubbelzinnig doen uitkomen. Deze verplichting heeft een tweeledig doel, namelijk enerzijds de betrokkene in staat stellen, kennis te nemen van de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel om zijn rechten te kunnen verdedigen, en anderzijds de gemeenschapsrechter in staat stellen, zijn toezicht op de rechtmatigheid van de maatregel uit te oefenen [zie arrest Gerecht van 21 november 2007, Wesergold Getränkeindustrie/BHIM — Lidl Stiftung (VITAL FIT), T-111/06, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 62 en aangehaalde rechtspraak].

68 Eveneens zij in herinnering gebracht dat een tegenstrijdigheid in de motivering van een beslissing schending oplevert van de uit artikel 73 van verordening nr. 40/94 voortvloeiende verplichting, die de geldigheid van deze handeling aantast indien wordt aangetoond dat de geadresseerde van de handeling door deze tegenstrijdigheid geheel of gedeeltelijk geen kennis kan nemen van de werkelijke redenen van de beslissing en dat daardoor het dispositief van de handeling geheel of gedeeltelijk iedere juridische grondslag ontbeert (zie in die zin arrest Gerecht van 24 januari 1995, Tremblay e.a./Commissie, T-5/93, Jurispr. blz. II-185, punt 42).

69 In casu beweert verzoekster niet dat zij geen kennis heeft kunnen nemen van de redenen waarom de kamer van beroep de bestreden beslissing heeft vastgesteld. Zij betoogt veeleer dat de kamer van beroep vergelijkbare bewijselementen verschillend heeft beoordeeld en daardoor ten aanzien van vergelijkbare elementen divergerende conclusies heeft getrokken. Een dergelijke benadering, indien al aangetoond, kan echter

geen schending opleveren van artikel 73 van verordening nr. 40/94, maar alleen schending van artikel 8, lid 4, van die verordening.

70 Wat de beweerde schending van artikel 8, lid 4, van verordening nr. 40/94 betreft geeft verzoekster te kennen dat de kamer van beroep heeft geconcludeerd dat zij geen feitelijk merkrecht op de Italiaanse markt had verkregen, terwijl de kleuren van haar teken dezelfde waren als die van het bestreden merk, de aangebrachte bewijzen even sterk waren, zo niet sterker, en de secundaire betekenis op dezelfde wijze is verkregen.

71 In dit verband moet worden opgemerkt dat de bewijslast die op verzoekster rust ingevolge artikel 8, lid 4, van verordening nr. 40/94, strookt met die welke krachtens artikel 7, lid 3, van die verordening op interveniënte rust.

72 In casu moet echter worden vastgesteld dat uit de niet-betwiste feiten blijkt dat de door verzoekster voor de kamer van beroep overgelegde elementen in hun geheel genomen minder bewijskracht hadden dan de elementen die interveniënte had overgelegd.

73 In de eerste plaats zijn partijen het erover eens dat verzoekster in ieder geval tussen 1973 en 1982 het gebruik van de combinatie van de kleuren groen en geel op haar waren in Italië heeft gestaakt. Verzoekster had een niet-ingeschreven recht op haar teken kunnen verwerven door het gebruik tussen 1983 en 1996, maar heeft dit niet gedaan. Uit de vaststellingen in de punten 45 en 46 van de bestreden beslissing blijkt voorts dat verzoekster niet betwist dat zij de combinatie van de kleuren groen en geel niet coherent en eenvormig heeft gebruikt. Zij heeft juist verschillende tinten groen en geel en ook een combinatie van groen en wit gebruikt.

74 Hieruit volgt dat door de onderbreking van het gebruik van de combinatie van de kleuren groen en geel als merk, en door het afwisselende gebruik van die kleuren, het

publiek verzoekster niet stelselmatig met een bepaalde kleurencombinatie heeft kunnen associëren.

75 In de tweede plaats heeft de kamer van beroep terecht vraagtekens geplaatst achter de bewijskracht van de door voormalige werknemers van verzoekster afgelegde verklaringen. Zoals blijkt uit de punten 46 en 54 van de bestreden beslissing, zijn die verklaringen niet gestaafd door andere bewijselementen in het dossier en zijn zij zelfs gedeeltelijk tegengesproken.

76 In de derde plaats kan er de kamer van beroep geen verwijt van worden gemaakt dat zij heeft geconcludeerd dat het door verzoekster geproduceerde marktonderzoek niet overtuigend was. Dienaangaande moet worden beklemtoond dat de kamer van beroep in de punten 57 en 58 van de bestreden beslissing uiteen heeft gezet dat de deelnemers aan dat onderzoek, anders dan bij het door interveniënte verrichte onderzoek het geval was, niet was gevraagd naar de reden waarom zij een bepaald antwoord gaven en dat hun geen andere afbeelding, in een andere kleur, was voorgelegd om er zeker van te zijn dat zij de afbeelding niet herkenden aan andere criteria dan aan de kleur. Deze feiten worden door verzoekster niet betwist. Bijgevolg kan niet worden vastgesteld of aan het einde van verzoeksters onderzoek de deelnemers de waren van verzoekster uitsluitend aan die kleuren en niet aan de vorm ervan of aan andere elementen hebben erkend.

77 Ook moet worden vastgesteld dat de kamer van beroep terecht heeft geconcludeerd dat de bewijskracht van verzoeksters onderzoek aanzienlijk geringer was dan die van het door interveniënte gepresenteerde onderzoek, aangezien de personen die in het kader van verzoeksters onderzoek zijn ondervraagd was verzocht, hun perceptie van de merken tien jaar eerder te reconstrueren.

78 Gelet op het voorgaande moeten het tweede en het derde middel worden afgewezen.

79 Het beroep moet dus worden verworpen.

Kosten

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

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Achtste kamer)

rechtdoende, verklaart:

1) Het beroep wordt verworpen.

2) BCS SpA wordt verwezen in de kosten.

Martins Ribeiro Wahl Dittrich

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 28 oktober 2009.

ondertekeningen