

Ten vierde heeft het Gerecht met de verwijzing naar alternatieve reguleringsmaatregelen een onjuiste uitlegging gegeven aan de in artikel 107, lid 3, VWEU genoemde begrippen „interne markt” en „[verandering van] de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt”, door niet te onderkennen dat reguleringsmaatregelen eveneens de mededinging veranderen. De globale veronderstelling dat elke reguleringsmaatregel minder afbreuk doet aan deze rechtsbelangen dan een steunmaatregel, komt neer op het hanteren van een ontoelaatbaar beperkte maatstaf.

Ten vijfde verwijft de Bondsrepubliek Duitsland het Gerecht dat het het door de Commissie ontwikkelde beginsel van technologische neutraliteit heeft overgenomen, zonder daarbij te erkennen dat daarmee in casu het door de Duitse autoriteiten nagestreefde doel van de maatregel van de hand wordt gewezen. Technologische neutraliteit is slechts dan een geschikt criterium voor het toetsen van de verenigbaarheid, wanneer het doel van de subsidie is gelegen in de omschakeling naar digitale omroep op zich. In geval van subsidie van de omschakeling naar DVB-T in Berlijn en Brandenburg dient echter om verscheidene redenen juist deze transmissiewijze te worden gesubsidieerd, terwijl transmissie via kabel en satelliet geen subsidie behoeft. Bij de vaststelling van het rechtmatige doel van de steunmaatregel heeft de lidstaat een beoordelingsmarge.

---

**Hogere voorziening ingesteld op 23 december 2009 door BCS Spa tegen het arrest van het Gerecht van eerste aanleg (Achtste kamer) van 28 oktober 2009 in zaak T-137/08: BCS Spa/BHIM (merken, tekeningen en modellen)**

**(Zaak C-553/09 P)**

(2010/C 51/42)

*Procestaal: Engels*

### Partijen

*Rekwirante:* BCS Spa (vertegenwoordigers: M. Franzosi, V. Jandoli, F. Santonocito, advocaten)

*Andere partijen in de procedure:* Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen), Deere & Company

### Conclusies

De bestreden beslissingen vernietigen;

gemeenschapsmerk 63 289 nietig verklaren;

verweerder in de kosten verwijzen.

### Middelen en voornaamste argumenten

Rekwirante betoogt dat het bestreden arrest om de volgende redenen op een onjuiste opvatting van het recht berust:

- I. Het Gerecht heeft artikel 7, lid 1, sub b, en lid 3, van de verordening inzake het gemeenschapsmerk <sup>(1)</sup> onjuist uitgelegd door te verklaren dat de verkrijging van onderscheidend vermogen van een teken niet afhangt van het uitsluitende gebruik van het merk thans en in het verleden (bovendien was bedoeld gebruik niet bewezen en wordt het in dezelfde beslissing geacht in sommige landen te worden ontkend);
- II. Het Gerecht heeft de in de communautaire rechtspraak ontwikkelde criteria voor de bepaling van het onderscheidend vermogen onjuist toegepast, in strijd met artikel 7, lid 3, van de verordening inzake het gemeenschapsmerk.

Onder I. wordt het ontbreken van uitsluitend gebruik in andere delen van de Gemeenschap bewezen door verklaringen van derden in Denemarken en Ierland. Het ontbreken van een eenduidige associatie tussen de kleurencombinatie geel en groen en Deere is onverenigbaar met de erkenning dat het teken in deze landen onderscheidend vermogen heeft verkregen.

Onder II. BCS komt BCS op tegen de criteria die het Gerecht rehtens heeft gehanteerd met betrekking tot het bewijs van secundaire betekenis, daar deze indruisen tegen de beginselen zoals die zijn vastgelegd in vaste rechtspraak van het Hof van Justitie. De duur van het gebruik in Denemarken, de marktaandelen en de omzet kunnen niet worden beschouwd als elementen die — individueel beschouwd — volstaan om de secundaire betekenis te bewijzen. Inzonderheid kunnen zij het achterwege laten van een opiniepeiling (of een andersluidend resultaat van verklaringen van derden) niet compenseren, daar dit bewijsparameters van andere aard zijn.

Het Gerecht heeft ten onrechte het rechtstreekse bewijs van het ontbreken van onderscheidend vermogen van gemeenschapsmerk 63 289 in Ierland en Denemarken buiten beschouwing gelaten.

---

<sup>(1)</sup> Verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB L 11, blz. 1), vervangen door verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad van 26 februari 2009 inzake het gemeenschapsmerk (gecodeerde versie) (PB L 78, blz. 1)