



Jurisprudentie

ARREST VAN HET GERECHT (Negende kamer – uitgebreid)

19 juni 2019*

„Uniemerkt – Nietigheidsprocedure – Uniebeeldmerk dat drie parallel lopende strepen weergeeft – Absolute nietigheidsgrond – Geen door gebruik verkregen onderscheidend vermogen – Artikel 7, lid 3, en artikel 52, lid 2, van verordening (EG) nr. 207/2009 [thans artikel 7, lid 3, en artikel 59, lid 2, van verordening (EU) 2017/1001] – Vorm van gebruik die niet in aanmerking kan worden genomen – Vorm die door niet verwaarloosbare variaties verschilt van de vorm waarin het merk is ingeschreven – Omkering van de kleurencombinatie”

In zaak T-307/17,

adidas AG, gevestigd te Herzogenaurach (Duitsland), vertegenwoordigd door I. Fowler en I. Junkar, sollicitors,

verzoekster,

ondersteund door

Marques, gevestigd te Leicester (Verenigd Koninkrijk), vertegenwoordigd door M. Treis, advocaat,

interveniente,

tegen

Bureau voor intellectuele eigendom van de Europese Unie (EUIPO), vertegenwoordigd door M. Rajh en H. O'Neill als gemachtigden,

verweerder,

andere partij in de procedure voor de kamer van beroep van het EUIPO, interveniente voor het Gerecht:

Shoe Branding Europe BVBA, gevestigd te Oudenaarde (België), vertegenwoordigd door J. Løje, advocaat,

betreffende een beroep tegen de beslissing van de tweede kamer van beroep van het EUIPO van 7 maart 2017 (zaak R 1515/2016-2) inzake een nietigheidsprocedure tussen Shoe Branding Europe en adidas,

wijst

* Procestaal: Engels.

HET GERECHT (Negende kamer – uitgebreid),

samengesteld als volgt: S. Gervasoni, president, L. Madise, R. da Silva Passos, K. Kowalik-Bańczyk (rapporteur) en C. Mac Eochaidh, rechters,

griffier: E. Hendrix, administrateur,

gezien het op 18 mei 2017 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 10 augustus 2017 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord van het EUIPO,

gezien de op 12 juli 2017 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord van interveniënte,

gezien de beschikking van 5 december 2017 waarbij Marques is toegelaten tot interventie aan de zijde van verzoekster,

gezien de op 22 januari 2018 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie in interventie van Marques,

gezien de op 19 februari 2018 ter griffie van het Gerecht neergelegde opmerkingen van verzoekster,

gezien de op 28 februari 2018 ter griffie van het Gerecht neergelegde opmerkingen van het EUIPO,

gezien de op 28 februari 2018 ter griffie van het Gerecht neergelegde opmerkingen van interveniënte,

na de terechtzitting op 24 januari 2019,

het navolgende

Arrest

I. Voorgeschiedenis van het geding

- 1 Op 18 december 2013 heeft verzoekster, adidas AG, bij het Bureau voor intellectuele eigendom van de Europese Unie (EUIPO) een Uniemerkaanvraag ingediend krachtens verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad van 26 februari 2009 inzake het Uniemerkt (PB 2009, L 78, blz. 1), zoals gewijzigd [vervangen door verordening (EU) 2017/1001 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 inzake het Uniemerkt (PB 2017, L 154, blz. 1)].

2 Het merk waarvan inschrijving wordt aangevraagd, is hieronder weergegeven:



3 In de inschrijvingsaanvraag wordt het merk aangeduid als beeldmerk en wordt het omschreven als volgt:

„Het merk wordt gevormd door drie op dezelfde afstand van elkaar geplaatste parallel lopende strepen van gelijke breedte die in welke richting dan ook op de waar zijn aangebracht”.

4 De waren waarvoor inschrijving is aangevraagd, behoren tot klasse 25 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: „kledingstukken, schoeisel, hoofddeksels”.

5 Het merk is op 21 mei 2014 onder nummer 12442166 ingeschreven.

6 Op 16 december 2014 heeft interveniënte, Shoe Branding Europe BVBA, een vordering tot nietigverklaring tegen het betrokken merk ingesteld op grond van artikel 52, lid 1, onder a), van verordening nr. 207/2009 [thans artikel 59, lid 1, onder a), van verordening 2017/1001], gelezen in samenhang met artikel 7, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 [thans artikel 7, lid 1, onder b), van verordening 2017/1001].

7 Op 30 juni 2016 heeft de nietigheidsafdeling de vordering tot nietigverklaring van interveniënte toegewezen wegens het ontbreken van elk – zowel intrinsiek als door het gebruik verkregen – onderscheidend vermogen.

8 Op 18 augustus 2016 heeft verzoekster op grond van de artikelen 58 tot en met 64 van verordening nr. 207/2009 (thans de artikelen 66 tot en met 71 van verordening 2017/1001) bij het EUIPO beroep ingesteld tegen de beslissing van de nietigheidsafdeling. In dit beroep heeft zij niet betwist dat het betrokken merk geen intrinsiek onderscheidend vermogen heeft, maar zij heeft daarentegen gesteld dat dit merk door gebruik onderscheidend vermogen heeft verkregen in de zin van artikel 7, lid 3, en artikel 52, lid 2, van verordening nr. 207/2009 (thans artikel 7, lid 3, en artikel 59, lid 2, van verordening 2017/1001).

9 Bij beslissing van 7 maart 2017 (hierna: „bestreden beslissing”) heeft de tweede kamer van beroep van het EUIPO het beroep verworpen.

- 10 Om te beginnen heeft de kamer van beroep aangegeven dat het betrokken merk geldig was ingeschreven als beeldmerk (punt 20 van de bestreden beslissing). Vervolgens heeft zij het oordeel van de nietigheidsafdeling bevestigd, volgens hetwelk dit merk intrinsiek onderscheidend vermogen miste (punt 22 van de bestreden beslissing). Ten slotte heeft zij het door verzoekster overgelegde bewijsmateriaal onderzocht en vastgesteld dat verzoekster niet had bewezen dat dit merk in de hele Europese Unie onderscheidend vermogen door gebruik had verkregen (punt 69 van de bestreden beslissing). Bijgevolg heeft de kamer van beroep geoordeeld dat het betrokken merk in strijd met artikel 7, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 was ingeschreven en dat het derhalve nietig moest worden verklaard (punt 72 van de bestreden beslissing).

II. Conclusies van partijen

- 11 Verzoekster, ondersteund door de vereniging Marques (hierna: „interveniërende vereniging”), verzoekt het Gerecht:
- de bestreden beslissing te vernietigen;
 - het EUIPO en interveniënte te verwijzen in de kosten.
- 12 Het EUIPO verzoekt het Gerecht:
- het beroep te verwerpen;
 - verzoekster te verwijzen in de kosten;
 - de interveniërende vereniging te verwijzen in haar eigen kosten.
- 13 Interviënte verzoekt het Gerecht:
- het beroep te verwerpen;
 - verzoekster te verwijzen in de kosten.

III. In rechte

- 14 Tot staving van haar beroep voert verzoekster, ondersteund door de interveniërende vereniging, één enkel middel aan, namelijk schending van artikel 52, lid 2, van verordening nr. 207/2009, gelezen in samenhang met artikel 7, lid 3, van deze verordening en het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen alsmede het evenredigheidsbeginsel.
- 15 Dit middel kan worden opgevat als een middel dat uit twee onderdelen bestaat, voor zover verzoekster in wezen in de eerste plaats meent dat de kamer van beroep ten onrechte talrijke bewijzen buiten beschouwing heeft gelaten omdat deze betrekking hadden op andere tekens dan het betrokken merk en, in de tweede plaats, dat de kamer van beroep de zaak onjuist heeft beoordeeld door vast te stellen dat niet was aangetoond dat het betrokken merk onderscheidend vermogen had verkregen als gevolg van het gebruik dat ervan is gemaakt op het grondgebied van de Unie.

A. Inleidende overwegingen

- 16 Volgens artikel 7, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 wordt inschrijving geweigerd van merken die onderscheidend vermogen missen. Ingevolge artikel 7, lid 2, van diezelfde verordening (thans artikel 7, lid 2, van verordening 2017/1001) is deze absolute weigeringsgrond ook van

toepassing indien deze slechts in een deel van de Unie bestaat. Volgens artikel 7, lid 3, van verordening nr. 207/2009 staat deze grond evenwel niet in de weg aan de inschrijving van een merk dat als gevolg van het gebruik dat ervan is gemaakt, onderscheidend vermogen heeft verkregen voor de waren waarvoor de inschrijving is aangevraagd.

- 17 Voorts wordt volgens artikel 52, lid 1, onder a), van verordening nr. 207/2009 een Uniemerkt op vordering bij het EUIPO nietig verklaard, wanneer het is ingeschreven in strijd met artikel 7 van deze verordening. Het Uniemerkt kan volgens artikel 52, lid 2, van verordening nr. 207/2009, indien het in strijd met artikel 7, lid 1, onder b), van deze verordening is ingeschreven, echter niet nietig worden verklaard wanneer het na inschrijving door het gebruik dat ervan is gemaakt onderscheidend vermogen heeft verkregen voor de waren of diensten waarvoor het ingeschreven is.
- 18 Uit artikel 7, lid 3, en artikel 52, lid 2, van verordening nr. 207/2009 blijkt derhalve dat in het kader van een nietigheidsprocedure het ontbreken van intrinsiek onderscheidend vermogen van een ingeschreven merk geen nietigheid van dit merk tot gevolg heeft, indien het, nadat er gebruik van is gemaakt, onderscheidend vermogen heeft verkregen, ofwel vóór de inschrijving ervan, ofwel tussen de inschrijving ervan en de datum van de vordering tot nietigverklaring [zie in die zin arrest van 14 december 2017, bet365 Group/EUIPO – Hansen (BET 365), T-304/16, EU:T:2017:912, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak].
- 19 Eveneens moet in herinnering worden gebracht dat het onderscheidend vermogen van een merk, of het nu intrinsiek is of verkregen door gebruik, betekent dat dit merk zich leent om de waar waarvoor de inschrijving wordt aangevraagd, als afkomstig van een bepaalde onderneming te identificeren en dus om deze waar van die van andere ondernemingen te onderscheiden (zie in die zin en naar analogie arresten van 4 mei 1999, Windsurfing Chiemsee, C-108/97 en C-109/97, EU:C:1999:230, punt 46, en 18 juni 2002, Philips, C-299/99, EU:C:2002:377, punt 35).
- 20 Dit intrinsieke of door gebruik verkregen onderscheidend vermogen moet enerzijds worden beoordeeld in relatie tot de waren of diensten waarvoor de inschrijving is aangevraagd, en anderzijds in relatie tot de perceptie ervan door het relevante publiek (zie naar analogie arresten van 18 juni 2002, Philips, C-299/99, EU:C:2002:377, punten 59 en 63, en 12 februari 2004, Koninklijke KPN Nederland, C-363/99, EU:C:2004:86, punten 34 en 75).
- 21 Het relevante publiek voor de waren waarvoor het betrokken merk is ingeschreven, namelijk kledingstukken, schoeisel en hoofddeksels, bestaat in de onderhavige zaak uit alle potentiële consumenten van deze waren in de Unie, dat wil zeggen zowel het grote publiek als het gespecialiseerde publiek.
- 22 De twee onderdelen van het in punt 15 hierboven genoemde enige middel dienen tegen de achtergrond van deze overwegingen te worden onderzocht.

B. Eerste onderdeel: ongerechtvaardigd buiten beschouwing laten van bepaalde bewijzen

- 23 In het kader van het eerste onderdeel van het middel heeft verzoekster, ondersteund door de interveniërende vereniging, de kamer van beroep verweten talrijke bewijzen buiten beschouwing te hebben gelaten omdat deze volgens die kamer betrekking hadden op andere tekens dan het betrokken merk. Die motivering vloeit ten eerste voort uit een verkeerde uitlegging van het betrokken merk en, ten tweede, uit een onjuiste toepassing van de „wet van de toegelaten varianten”. Deze twee grieven moeten achtereenvolgens worden onderzocht.

1. Eerste grief: onjuiste opvatting van het betrokken merk

- 24 In het kader van de eerste grief stelt verzoekster, ondersteund door de interveniërende vereniging, dat de kamer van beroep het betrokken merk verkeerd heeft opgevat door te oordelen dat er slechts aanspraak op dit merk werd gemaakt voor zover het bepaalde afmetingen heeft en in het bijzonder de hoogte en breedte ervan in een bepaalde verhouding tot elkaar staan. Het betrokken merk vertegenwoordigt immers een „oppervlaktepatroon” dat in verschillende afmetingen en verhoudingen kan worden weergegeven naargelang de waren waarop het wordt aangebracht. De drie op dezelfde afstand van elkaar geplaatste parallel lopende strepen waardoor het betrokken merk wordt gevormd, kunnen immers op verschillende wijzen worden verlengd of ingekort, ook door ze schuin af te snijden. Zich baserend op de richtsnoeren van het EUIPO en het gewettigd vertrouwen dat daaruit volgt, voegt verzoekster daaraan toe dat zij zich erop kan beroepen dat het betrokken merk een patroonmerk vormt, ook al is het ingeschreven als beeldmerk.
- 25 Het EUIPO en interveniënte betwisten de argumenten van verzoekster en de interveniërende vereniging.
- 26 Ter beantwoording van de argumenten van verzoekster en de interveniërende vereniging moet er in de eerste plaats aan worden herinnerd dat ingevolge artikel 4 van verordening nr. 207/2009 (thans artikel 4 van verordening 2017/1001) Uniemerken kunnen worden gevormd door alle tekens die vatbaar zijn voor grafische voorstelling, mits deze de waren of diensten van een onderneming kunnen onderscheiden.
- 27 In de tweede plaats is het van belang dat inschrijving enkel kan plaatsvinden op grond van, en binnen de grenzen van, de door de aanvrager bij het EUIPO ingediende inschrijvingsaanvraag. Hieruit volgt dat het EUIPO geen kenmerken van het aangevraagde merk in aanmerking kan nemen die niet worden aangegeven in de inschrijvingsaanvraag of in de begeleidende documenten [zie arrest van 25 november 2015, Jaguar Land Rover/BHIM (Vorm van een auto), T-629/14, niet gepubliceerd, EU:T:2015:878, punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak].
- 28 In dit verband moeten de kenmerken van een merk worden beoordeeld aan de hand van diverse elementen.
- 29 Volgens regel 1, lid 1, onder d), en regel 3, leden 2 en 5, van verordening (EG) nr. 2868/95 van de Commissie van 13 december 1995, tot uitvoering van verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad inzake het gemeenschapsmerk (PB 1995, L 303, blz. 1) [thans artikel 2, lid 1, onder d), en artikel 3, leden 6 tot en met 8 en lid 3, onder b) en f), van uitvoeringsverordening (EU) 2018/626 van de Commissie van 5 maart 2018 houdende nadere uitvoeringsvoorschriften voor enkele bepalingen van verordening 2017/1001 en tot intrekking van uitvoeringsverordening (EU) 2017/1431 (PB 2018, L 104, blz. 37)], moet de Uniemerkaanvraag, wanneer aanspraak wordt gemaakt op een grafische voorstelling of een bijzondere kleur, om te beginnen de grafische voorstelling van het merk bevatten, in voorkomend geval in kleur.
- 30 Het vereiste van grafische voorstelling heeft met name tot doel, het merk zelf af te bakenen, om aldus te bepalen wat precies de bescherming is die het ingeschreven merk de houder ervan verleent (zie naar analogie arresten van 12 december 2002, Sieckmann, C-273/00, EU:C:2002:748, punt 48, en 24 juni 2004, Heidelberger Bauchemie, C-49/02, EU:C:2004:384, punt 27). Bijgevolg moet de aanvrager van het merk een grafische voorstelling van het merk indienen die precies overeenstemt met het voorwerp van de bescherming die hij wenst te verkrijgen. Is het merk eenmaal ingeschreven, dan kan de houder ervan geen aanspraak maken op een bescherming die ruimer is dan de door deze grafische voorstelling verleende bescherming [zie in die zin arrest van 30 november 2017, Red Bull/EUIPO – Optimum Mark (Combinatie van de kleuren blauw en zilver), T-101/15 en T-102/15, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2017:852, punt 71].

- 31 Vervolgens is in regel 3, lid 3, van verordening nr. 2868/95 bepaald dat de inschrijvingsaanvraag „een beschrijving van het merk [mag] bevatten”. Indien de inschrijvingsaanvraag een beschrijving bevat, moet deze beschrijving dientengevolge samen met de grafische voorstelling worden onderzocht (zie in die zin en naar analogie arrest van 30 november 2017, Combinatie van de kleuren blauw en zilver, T-101/15 en T-102/15, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2017:852, punt 79).
- 32 Ten slotte moet het EUIPO tevens het onderscheidend vermogen van het merk waarvan inschrijving wordt aangevraagd onderzoeken met het oog op de merkencategorie die de aanvrager in zijn inschrijving heeft gekozen (zie in die zin beschikking van 21 januari 2016, Enercon/BHIM, C-170/15 P, niet gepubliceerd, EU:C:2016:53, punten 29, 30 en 32).
- 33 In de derde plaats moet worden opgemerkt dat, anders dan het geval is met uitvoeringsverordening (EU) 2017/1431 van de Commissie van 18 mei 2017 houdende nadere uitvoeringsvoorschriften voor enkele bepalingen van verordening nr. 207/2009 (PB 2017, L 205, blz. 39) (vervangen door uitvoeringsverordening 2018/626), noch in verordening nr. 207/2009 noch in verordening nr. 2868/95 – die beide van toepassing waren op het moment waarop het verzoek tot nietigverklaring werd ingediend – sprake was van „patroonmerken”, en overigens ook niet van „beeldmerken”, als bijzondere merkencategorieën.
- 34 Voor de inwerkingtreding van uitvoeringsverordening 2017/1431 heeft het Gerecht evenwel erkend dat een teken dat als beeldmerk wordt aangeduid, kan bestaan uit een reeks elementen die op regelmatige wijze worden herhaald [zie in die zin arrest van 9 november 2016, Birkenstock Sales/EUIPO (Weergave van een patroon van elkaar kruisende golvende lijnen), T-579/14, EU:T:2016:650, punten 43, 49, 53 en 62]. Derhalve kon een patroonmerk tot aan de inwerkingtreding van uitvoeringsverordening 2017/1431 worden ingeschreven als beeldmerk, aangezien het bestond uit een afbeelding [zie in die zin arrest van 19 september 2012, Fraas/BHIM (Ruitmotief in lichtgrijs, donkergrijs, beige, donkerrood en bruin), T-326/10, niet gepubliceerd, EU:T:2012:436, punt 56].
- 35 In het onderhavige geval is het merk overeenkomstig de inschrijvingsaanvraag ingeschreven als beeldmerk en was die inschrijving gebaseerd op de grafische voorstelling en de beschrijving die in de punten 2 en 3 hierboven zijn weergegeven.
- 36 In punt 38 van de bestreden beslissing heeft de kamer van beroep het betrokken merk als volgt opgevat:
- „Het bestaat uit drie dunne parallel lopende verticale zwarte strepen op een witte achtergrond waarvan de lengte ongeveer vijf keer groter is dan de breedte. Het heeft relatief weinig kenmerken: de lengte-breedteverhouding (ongeveer 5:1), de witte ruimte op gelijke afstand tussen de zwarte strepen en het feit dat deze strepen parallel lopen.”
- 37 Vastgesteld moet worden dat deze opvatting van het betrokken merk nauwkeurig overeenstemt met de grafische voorstelling op basis waarvan dit merk is ingeschreven. In het bijzonder heeft de kamer van beroep terecht opgemerkt dat de totale lengte en de totale breedte van het betrokken merk in een verhouding staan van ongeveer 5 tot 1. Bovendien heeft de kamer van beroep terecht in aanmerking genomen dat de drie parallel lopende zwarte strepen en de twee witte ruimtes die deze strepen scheiden even dik zijn.
- 38 Verzoekster bestrijdt deze opvatting van het betrokken merk allereerst met het argument dat een beeldmerk kan worden ingeschreven zonder de afmetingen of verhoudingen ervan aan te duiden (zie in die zin en naar analogie arrest van 10 juli 2014, Apple, C-421/13, EU:C:2014:2070, punten 19 en 27) en voorts dat het betrokken merk een patroonmerk vormt. In deze omstandigheden is de enige functie van de grafische voorstelling dat deze een patroon laat zien dat bestaat uit drie op dezelfde afstand van elkaar geplaatste parallel lopende strepen, zonder definitief uitsluitel te geven over de lengte van de strepen of de wijze waarop ze worden afgesneden.

- 39 Dit betoog kan niet worden aanvaard.
- 40 Ten eerste moet worden vastgesteld dat de kamer van beroep in haar bestreden beslissing bij de aanduiding van het betrokken merk weliswaar rekening heeft gehouden met de relatieve verhoudingen van de verschillende onderdelen van dit merk zoals het in de inschrijvingsaanvraag werd weergegeven, maar dat zij het betrokken merk daarentegen niet heeft gedefinieerd met een verwijzing naar de grootte waarop dit merk, in zijn algemeenheid, kan worden weergegeven op de betrokken waren. Hieruit blijkt dat, in tegenstelling tot wat verzoekster meent, de kamer van beroep het betrokken merk niet aldus heeft opgevat dat daarmee werd afgedaan aan het feit dat geen aanspraak op dit merk werd gemaakt in een weergave met bijzondere afmetingen.
- 41 Ten tweede erkent verzoekster dat het betrokken merk geldig is ingeschreven als beeldmerk. Uit de in punt 30 hierboven weergegeven rechtspraak blijkt dat een beeldmerk in beginsel wordt ingeschreven in de verhoudingen zoals die blijken uit de grafische voorstelling ervan. Deze vaststelling komt niet weer ter discussie te staan door het arrest van 10 juli 2014, Apple (C-421/13, EU:C:2014:2070, punten 19 en 27), waarop verzoekster zich beroept. In dit arrest wordt immers enkel aangegeven dat een patroon als merk kan worden ingeschreven, zelfs wanneer het geen aanwijzingen bevat over de maten en verhoudingen van het voorwerp dat het weergeeft. Dat arrest betekent evenwel niet dat een merk kan worden ingeschreven zonder dat de verhoudingen van het teken zelf zijn vastgelegd.
- 42 Ten derde stelt verzoekster tevergeefs dat dit merk geen gewoon beeldmerk vormt, maar een patroonmerk waarvan de verhoudingen niet vaststaan.
- 43 In dit verband vloeit om te beginnen noch uit de grafische voorstelling van het betrokken merk noch uit de beschrijving van dit merk voort dat het bestaat uit een reeks elementen die op regelmatige wijze worden herhaald.
- 44 Vervolgens ontbreken concrete gegevens waarmee verzoeksters bewering wordt gestaafd dat het voorwerp van de door het betrokken merk verleende bescherming bestaat in het gebruik van drie op dezelfde afstand van elkaar geplaatste parallel lopende strepen zonder dat het van belang is hoe lang deze zijn, of hoe ze zijn afgesneden. Om te beginnen is deze bewering in tegenspraak met de grafische voorstelling van het betrokken merk waarop een teken is te zien met als kenmerken de totale lengte en totale breedte ervan die in een verhouding van ongeveer 5 tot 1 staan, alsook de rechthoekige vorm ervan bestaande uit drie strepen die in een rechte hoek zijn afgesneden. Voorts wordt deze bewering evenmin onderbouwd door de beschrijving van het betrokken merk, waarin er alleen op wordt gewezen dat dit merk wordt gevormd door „drie op dezelfde afstand van elkaar geplaatste parallel lopende strepen van gelijke breedte” en wordt verduidelijkt dat deze strepen „in welke richting dan ook op de waar [kunnen worden] aangebracht”, zonder aan te geven dat de lengte van de strepen kan worden aangepast of dat de strepen schuin kunnen worden afgesneden.
- 45 Ten slotte is het weliswaar juist dat vóór de inwerkingtreding van uitvoeringsverordening 2017/1431 in de richtsnoeren van het EUIPO werd aangegeven dat „merken die een patroon laten zien [...] [o]vereenkomstig de praktijken van het [EUIPO] ‚beeldmerken’ [waren]”, maar deze richtsnoeren bevatten geen definitie van deze patroonmerken die afweek van de definitie die voortvloeide uit de in punt 34 hierboven weergegeven rechtspraak. In deze richtsnoeren werd immers verduidelijkt dat „[e]en beeldmerk [...] als een ‚patroonmerk’ [kon] worden beschouwd als het uit een reeks bestanddelen [bestond] die zich op regelmatige wijze [herhaalden]”.
- 46 In deze omstandigheden moet worden vastgesteld dat het betrokken merk een gewoon beeldmerk is, en geen patroonmerk. Bijgevolg heeft de kamer van beroep enerzijds geen blijk gegeven van een onjuiste opvatting van het betrokken merk en kan verzoekster zich anderzijds ter betwisting van deze opvatting hoe dan ook niet beroepen op het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen.
- 47 Bijgevolg moet de eerste grief worden afgewezen.

2. Tweede grief: onjuiste toepassing van de „wet van de toegelaten varianten”

- 48 In het kader van de tweede grief stelt verzoekster, ondersteund door de interveniërende vereniging, dat de kamer van beroep de „wet van de toegelaten varianten” onjuist heeft toegepast. Zij omschrijft deze wet als de regel dat het gebruik van een merk in een op onderdelen afwijkende vorm zonder dat het onderscheidend vermogen van het merk in de vorm waarin het is ingeschreven, daardoor wordt gewijzigd, eveneens als gebruik van dit merk wordt beschouwd. Anders dan de kamer van beroep heeft geoordeeld, hebben volgens haar alle door haar overgelegde stukken betrekking op vormen van gebruik van het betrokken merk waarbij het onderscheidend vermogen van het merk niet wordt gewijzigd. Derhalve zijn deze vormen van gebruik relevant ter beoordeling of het betrokken merk onderscheidend vermogen heeft verkregen.
- 49 Alvorens de gegrondheid van deze grief te onderzoeken, moet vooraf het begrip „gebruik” van het merk in de zin van artikel 7, lid 3, en artikel 52, lid 2, van verordening nr. 207/2009 worden gedefinieerd.

a) Het begrip gebruik van het merk in de zin van artikel 7, lid 3, en artikel 52, lid 2, van verordening nr. 207/2009

- 50 Verzoekster, ondersteund door de interveniërende vereniging, meent dat het begrip gebruik van het merk in de zin van artikel 7, lid 3, en artikel 52, lid 2, van verordening nr. 207/2009 op dezelfde wijze moet worden opgevat als het begrip normaal gebruik van een merk dat is opgenomen in artikel 15, lid 1, van dezelfde verordening (thans artikel 18, lid 1, van verordening 2017/1001). Dit laatste begrip omvat in sommige gevallen het gebruik van dit merk in vormen die afwijken van de vorm waarin het is ingeschreven.
- 51 Het EUIPO en interveniënte betwisten deze opvatting. Zij stellen dat het begrip „gebruik” in artikel 7, lid 3, en artikel 52, lid 2, van verordening nr. 207/2009 veel enger is dan het begrip „normaal gebruik” in artikel 15, lid 1, van deze verordening. Volgens hen kan de houder van een merk, ter vaststelling of het onderscheidend vermogen heeft verkregen, zich uitsluitend beroepen op het gebruik van het merk zoals dat is ingeschreven. Alleen onbeduidende variaties kunnen worden toegelaten.
- 52 Met betrekking tot vormen van gebruik van een merk die in aanmerking kunnen worden genomen, moet worden nagegaan of het begrip „gebruik” in de zin van artikel 7, lid 3, en artikel 52, lid 2, van verordening nr. 207/2009 al of niet op dezelfde wijze moet worden opgevat als het begrip „normaal gebruik” uit artikel 15, lid 1, van deze verordening.
- 53 In dit verband is het nuttig in herinnering te brengen dat volgens artikel 15, lid 1, tweede alinea, onder a), van verordening nr. 207/2009 [thans artikel 18, lid 1, tweede alinea, onder a), van verordening 2017/1001] het normale gebruik van een ingeschreven merk ook „het gebruik [ervan omvat] in een op onderdelen afwijkende vorm zonder dat het onderscheidend vermogen van dit merk in de vorm waarin het ingeschreven is, wordt gewijzigd”. Uit deze bepaling volgt dat wordt aangenomen dat normaal gebruik van een merk is gemaakt wanneer het bewijs wordt geleverd van gebruik ervan in een vorm die lichtjes afwijkt van de vorm waarin het is ingeschreven (arrest van 13 september 2007, Il Ponte Finanziaria/BHIM, C-234/06 P, EU:C:2007:514, punt 86).
- 54 Opgemerkt moet worden dat met artikel 15, lid 1, tweede alinea, onder a), van verordening nr. 207/2009 wordt beoogd om, door geen strikte overeenstemming te vereisen tussen de in de handel gebruikte vorm en de ingeschreven vorm van het merk, de houder van het ingeschreven merk de mogelijkheid te bieden om bij het commerciële gebruik ervan variaties aan het teken aan te brengen waardoor het beter inspeelt op de eisen van het in de handel brengen en promoten van de betrokken

waren en diensten zonder dat het onderscheidend vermogen ervan wordt gewijzigd (arresten van 25 oktober 2012, Rintisch, C-553/11, EU:C:2012:671, punt 21, en 18 juli 2013, Specsavers International Healthcare e.a., C-252/12, EU:C:2013:497, punt 29).

- 55 Anders dan in artikel 15, lid 1, tweede alinea, onder a), van verordening nr. 207/2009, komt in artikel 7, lid 3, en artikel 52, lid 2, van dezelfde verordening evenwel niet uitdrukkelijk het gebruik van een merk aan bod in vormen die afwijken van die waarin dit merk aan de inschrijvingsprocedure werd onderworpen en, in voorkomend geval, werd ingeschreven.
- 56 Dit verschil in bewoordingen is terug te voeren op het feit dat de in punt 55 hierboven genoemde bepalingen van een andere grondgedachte uitgaan. Artikel 15, lid 1, tweede alinea, onder a), van verordening nr. 207/2009 is immers slechts van toepassing op een al ingeschreven merk waarvan het onderscheidend vermogen niet ter discussie staat. Met dit artikel is het dus mogelijk de bescherming van het merk te handhaven door het gebruik ervan te bewijzen, in voorkomend geval onder bepaalde vormen die afwijken van de vorm waarin het werd ingeschreven. Artikel 7, lid 3, en artikel 52, lid 2, van die verordening zijn daarentegen gebaseerd op het idee dat een teken dat geen intrinsiek onderscheidend vermogen heeft respectievelijk een merk dat gelet op het ontbreken van onderscheidend vermogen ervan ten onrechte werd ingeschreven, in bepaalde gevallen dankzij het gebruik ervan toch kunnen worden ingeschreven of ingeschreven kunnen blijven. Met andere woorden, het uitgangspunt van artikel 15, lid 1, tweede alinea, onder a), van verordening nr. 207/2009 is de inschrijving van een merk en deze bepaling vereist dat nadien het gebruik van dat merk wordt onderzocht, terwijl het uitgangspunt van artikel 7, lid 3, en artikel 52, lid 2, van dezelfde verordening het gebruik van een teken is, teneinde in voorkomend geval tot inschrijving ervan te kunnen overgaan of de inschrijving te kunnen handhaven.
- 57 Dat neemt niet weg dat de noodzaak, vermeld in punt 54 hierboven, om ten behoeve van het commerciële gebruik van een merk hieraan bepaalde variaties aan te brengen, ook bestaat tijdens de periode waarin dit merk in voorkomend geval in de zin van artikel 7, lid 3, en artikel 52, lid 2, van verordening nr. 207/2009 als gevolg van het gebruik ervan onderscheidend vermogen verkrijgt.
- 58 Het criterium van het gebruik kan dan ook niet worden beoordeeld aan de hand van verschillende elementen naargelang wordt vastgesteld of dit criterium rechten op een merk kan doen ontstaan dan wel kan verzekeren dat dergelijke rechten in stand worden gehouden. Wanneer voor een teken bescherming als merk kan worden verkregen op grond van een bepaalde vorm van gebruik ervan, dan moet diezelfde vorm van gebruik ook kunnen verzekeren dat die bescherming in stand wordt gehouden. Bijgevolg moet met betrekking tot de vormen van gebruik worden geoordeeld dat de voorwaarden die gelden bij het onderzoek of een merk normaal is gebruikt, vergelijkbaar zijn met die welke gelden voor de verkrijging van onderscheidend vermogen van een teken als gevolg van het gebruik met het oog op de inschrijving ervan (arrest van 18 april 2013, Colloseum Holding, C-12/12, EU:C:2013:253, punten 33 en 34; zie ook in die zin en naar analogie de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Nestlé, C-353/03, EU:C:2005:61, punt 24).
- 59 Hieruit volgt dat de in artikel 15, lid 1, van verordening nr. 207/2009 bedoelde vormen van gebruik van een merk, waaronder „een [slechts] op onderdelen afwijkende vorm zonder dat het onderscheidend vermogen van [dit] merk [...] wordt gewijzigd” niet alleen in aanmerking moeten worden genomen om te toetsen of dit merk het voorwerp heeft uitgemaakt van normaal gebruik in de zin van deze bepaling, maar tevens om vast te stellen of dit merk in de zin van artikel 7, lid 3, en artikel 52, lid 2, van verordening nr. 207/2009 als gevolg van het gebruik dat ervan is gemaakt onderscheidend vermogen heeft verkregen.
- 60 Het is juist dat het in het kader van artikel 7, lid 3, en artikel 52, lid 2, van verordening nr. 207/2009 niet passend zou zijn om zelfs al van wijzigingen van het onderscheidend vermogen te spreken voordat is vastgesteld of het merk een dergelijk vermogen heeft verkregen.

- 61 Geoordeeld is echter dat artikel 15, lid 1, tweede alinea, onder a), van verordening nr. 207/2009 betrekking heeft op situaties waarin de vorm van het in het economisch verkeer gebruikte teken slechts op verwaarloosbare punten afwijkt van de vorm waarin dit teken is ingeschreven, zodat de twee tekens kunnen worden geacht globaal equivalent te zijn [zie in die zin arrest van 15 december 2015, LTJ Diffusion/BHIM – Arthur et Aston (ARTHUR & ASTON), T-83/14, EU:T:2015:974, punt 18 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 13 september 2016, hyphen/EUIPO – Skylotec (Afbeelding van een veelhoek), T-146/15, EU:T:2016:469, punt 27].
- 62 Zoals verzoekster terecht opmerkt, moet in deze omstandigheden het begrip gebruik van een merk in de zin van artikel 7, lid 3, en artikel 52, lid 2, van verordening nr. 207/2009 aldus worden opgevat dat het niet alleen verwijst naar het gebruik van het merk in de vorm waarin het aan de inschrijvingsprocedure werd onderworpen en mogelijk werd ingeschreven, maar tevens naar het gebruik van het merk in vormen die slechts door verwaarloosbare variaties van deze vorm afwijken en die daardoor kunnen worden geacht globaal equivalent te zijn aan deze vorm.
- 63 In casu moet worden geconstateerd dat de kamer van beroep in wezen het in punt 61 hierboven vermelde criterium heeft toegepast. Zij heeft immers verwezen naar artikel 15, lid 1, tweede alinea, onder a), van verordening nr. 207/2009 (punt 30 van de bestreden beslissing) en verduidelijkt dat dankzij deze bepaling rekening kon worden gehouden met het gebruik van een teken dat uitsluitend op verwaarloosbare punten afweek van de vorm waarin een teken was ingeschreven, zodat de twee tekens konden worden geacht globaal equivalent te zijn (punt 32 van de bestreden beslissing). Zij heeft tevens aangegeven dat het in het kader van artikel 7, lid 3, van deze verordening in beginsel niet noodzakelijk was dat het merk in het bewijsmateriaal precies zo werd weergegeven als het was ingeschreven (punt 69 van de bestreden beslissing).

b) Toepassing van de „wet van de toegelaten varianten”

- 64 Verzoekster verwijt de kamer van beroep de „wet van de toegelaten varianten” te hebben geschonden door ten onrechte te oordelen dat, ten eerste, wanneer een uitermate eenvoudig merk voorlag, zelfs een beperkte variatie kon leiden tot een aanzienlijke wijziging van de kenmerken van het merk zoals dat is ingeschreven; ten tweede, het gebruik van het betrokken merk in de vorm van een omgekeerde kleurencombinatie noodzakelijkerwijs het onderscheidend vermogen van dit merk wijzigde; ten derde, bepaalde bewijsstukken een teken vertoonden met twee strepen in plaats van drie, en, ten vierde, het gebruik van schuine strepen het onderscheidend vermogen van dit merk wijzigde.
- 65 Het EUIPO en interveniënte betwisten verzoeksters argumenten.
- 66 Vooraf moet worden opgemerkt dat verzoeksters argumentatie in wezen erop is gericht het deel van de bestreden beslissing te betwisten waarin de kamer van beroep heeft onderzocht of het betrokken merk al of niet voorkwam in het door verzoekster overgelegde bewijsmateriaal (punten 29-45 van de bestreden beslissing). Dit bewijsmateriaal bestaat voor het grootste deel uit afbeeldingen uit catalogi of ander reclamemateriaal van waren waarop verschillende tekens zijn aangebracht.
- 67 Na afloop van haar onderzoek heeft de kamer van beroep, net als vóór haar de nietigheidsafdeling, geoordeeld dat het grootste deel van de door verzoekster overgelegde stukken geen betrekking had op het betrokken merk zelf, maar op andere tekens die aanzienlijk verschilden van dit merk (zie met name de punten 33, 42 en 69 van de bestreden beslissing).

68 In het bijzonder heeft de kamer van beroep in de punten 39, 40 en 43 van de bestreden beslissing de volgende voorbeelden weergegeven van bewijsmateriaal dat volgens haar niet van dien aard was dat daarmee het gebruik van het betrokken merk kon worden bewezen:





69 Tegen die achtergrond moeten de vier verwijten worden onderzocht die verzoekster tegen de bestreden beslissing heeft ingebracht (punt 64 hierboven) om vervolgens vast te stellen of de kamer van beroep de door verzoekster overgelegde stukken op goede gronden buiten beschouwing kon laten.

1) Inaanmerkingneming van de uitermate eenvoudige aard van het betrokken merk

70 De kamer van beroep heeft het betrokken merk gekenschetst als „uitermate eenvoudig”, aangezien dit merk relatief weinig kenmerken had en bestond uit drie parallel lopende zwarte lijnen in een rechthoekige vorm op een witte achtergrond (punten 37, 38 en 69 van de bestreden beslissing). Zij heeft overwogen dat, gelet op de uitermate eenvoudige aard van het merk, zelfs een beperkte variatie een aanzienlijke wijziging kon meebrengen van de kenmerken van het merk zoals dat is ingeschreven (punt 69 van de bestreden beslissing).

71 In dit verband moet om te beginnen worden opgemerkt dat verzoekster de uitermate eenvoudige aard van het betrokken merk niet bestrijdt.

72 In tegenstelling tot wat verzoekster beweert, dient daarnaast te worden vastgesteld dat wanneer een uitermate eenvoudig merk voorligt, zelfs beperkte variaties die aan dit merk worden aangebracht niet verwaarloosbare variaties kunnen betreffen die tot gevolg hebben dat de gewijzigde vorm niet kan worden geacht globaal equivalent te zijn aan de ingeschreven vorm van dit merk. Hoe eenvoudiger een merk is, des te minder kan het immers een onderscheidend vermogen hebben en des te eerder kan een wijziging die aan dit merk wordt aangebracht van invloed zijn op een van de wezenlijke

kenmerken ervan en zodoende de perceptie van dit merk door het relevante publiek wijzigen (zie in die zin en naar analogie arrest van 13 september 2016, Afbeelding van een veelhoek, T-146/15, EU:T:2016:469, punten 33 en 52 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 73 Hieruit volgt dat de kamer van beroep geen blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting door de uitermate eenvoudige aard van het betrokken merk in aanmerking te nemen.

2) Gevolgen van de omkering van de kleurencombinatie

- 74 De kamer van beroep heeft verduidelijkt dat het betrokken merk weliswaar bestond uit drie zwarte strepen op een witte achtergrond, maar dat niettemin kon worden aanvaard dat dit merk in wezen overeenkwam met „drie gekleurde strepen op een helderder achtergrond” (punt 38 van de bestreden beslissing). Daarentegen moesten volgens de kamer van beroep met name de bewijzen buiten beschouwing worden gelaten met daarop een omgekeerde kleurencombinatie, dat wil zeggen de bewijzen waarop witte (of heldere) strepen op een zwarte (of donkere) achtergrond te zien waren (punten 38 en 42 van de bestreden beslissing).
- 75 Verzoekster, ondersteund door de interveniërende vereniging, is, anders dan de kamer van beroep heeft geoordeeld, van mening dat het onderscheidend vermogen van het betrokken merk niet verandert door het te gebruiken in vormen met een omgekeerde kleurencombinatie. Het betrokken merk is immers ingeschreven in zwart en wit zonder bijzondere aanspraak te maken op de kleuren ervan. Hieruit blijkt dat het merk, door het te gebruiken in verschillende kleurencombinaties die recht doen aan het aanvankelijke contrast tussen de drie strepen en de achtergrond, gebruikt wordt in de zin van artikel 7, lid 3, en van artikel 52, lid 2, van verordening nr. 207/2009.
- 76 In dit verband moet worden vastgesteld dat het betrokken merk een beeldmerk is dat geen woordelement bevat en weinig kenmerken vertoont (punt 36 hierboven). Een van deze kenmerken is het gebruik van drie zwarte strepen op een witte achtergrond. Dit kenmerk vormt het uitgangspunt voor een specifiek contrast tussen, enerzijds, de drie zwarte strepen en, anderzijds, de witte achtergrond en de witte ruimtes tussen deze strepen.
- 77 In deze omstandigheden kan, met name gelet op de uiterste eenvoud van het betrokken merk en het belang van het in punt 76 hierboven beschreven kenmerk, de omkering van de kleurencombinatie, zelfs met behoud van een groot contrast tussen de drie strepen en de achtergrond, in vergelijking tot de ingeschreven vorm van het betrokken merk niet worden aangemerkt als een verwaarloosbare variatie.
- 78 Hieruit volgt dat de kamer van beroep de bewijzen buiten beschouwing mocht laten waarop niet het betrokken merk te zien was, maar andere tekens bestaande uit drie witte (of heldere) strepen op een zwarte (of donkere) achtergrond.
- 79 Deze gevolgtrekking, die met name betrekking heeft op alle afbeeldingen die zijn weergegeven in punt 68 hierboven, met uitzondering van de twee afbeeldingen waarop drie parallel lopende zwarte strepen zijn te zien vlak bij een uit het woord „adidas” bestaand logo, komt niet op losse schroeven te staan door de andere argumenten van verzoekster en van de interveniërende vereniging.
- 80 Ten eerste voert verzoekster aan dat de benadering van de kamer van beroep in tegenspraak is met die van bepaalde nationale rechterlijke instanties, in het bijzonder twee Duitse rechterlijke instanties en een Franse rechterlijke instantie. Deze rechterlijke instanties hadden geen gevolgen verbonden aan de omkering van de kleurencombinatie.

- 81 In dit verband moet eraan worden herinnerd dat het Uniemerkenstelsel een autonoom systeem is, dat uit een samenstel van regels bestaat en eigen doelstellingen nastreeft, en waarvan de toepassing losstaat van enig nationaal systeem (arrest van 25 oktober 2007, *Develey/BHIM*, C-238/06 P, EU:C:2007:635, punt 65). Bijgevolg moet het betrokken merk enkel worden beoordeeld op grond van de relevante Unieregeling en kunnen door nationale rechterlijke instanties gewezen beslissingen in ieder geval niet afdoen aan de rechtmatigheid van de bestreden beslissing [beschikking van 22 oktober 2014, *Repsol YPF/BHIM*, C-466/13 P, niet gepubliceerd, EU:C:2014:2331, punt 90; zie ook in die zin arrest van 12 november 2008, *Lego Juris/BHIM – Mega Brands (Rood Legoblokje)*, T-270/06, EU:T:2008:483, punt 91].
- 82 Ten tweede meent verzoekster dat de benadering van de kamer van beroep ertoe leidt dat zij als gevolg van het oordeel dat de tweede kamer van beroep heeft gewezen in een beslissing van 28 november 2013 (*adidas/Shoe Branding Europe BVBA*, zaak R 1208/2012-2, punt 78) in een „onmogelijke situatie” komt te verkeren. In deze laatste beslissing heeft de tweede kamer van beroep geoordeeld dat een ander merk van verzoekster dat witte strepen op een zwarte achtergrond weergeeft, precies zo op de waar moet worden toegepast, namelijk in de vorm van een zwarte rechthoek met witte strepen. Volgens verzoekster volgt uit de combinatie van deze beslissing en de bestreden beslissing dat zij zich in de praktijk niet kan beroepen op vormen van gebruik bestaande in drie zwarte strepen op een witte achtergrond en evenmin op die bestaande in drie witte strepen op een zwarte achtergrond.
- 83 Dienaangaande moet erop worden gewezen dat omwille van de rechtszekerheid en met het oog op behoorlijk bestuur elke vordering tot nietigverklaring strikt en volledig moet worden onderzocht teneinde te voorkomen dat een merk onterecht ingeschreven blijft. Dit onderzoek moet in elk concreet geval apart worden uitgevoerd. Of een teken als merk wordt ingeschreven, hangt immers af van specifieke criteria die gelden naargelang van de feitelijke omstandigheden van elk afzonderlijk geval en aan de hand waarvan moet worden nagegaan of een weigeringsgrond op het betrokken teken van toepassing is (zie naar analogie arrest van 10 maart 2011, *Agencja Wydawnicza Technopol/BHIM*, C-51/10 P, EU:C:2011:139, punt 77). Hieruit volgt dat verzoekster zich in het onderhavige geding niet met succes kan beroepen op de gevolgen die een afzonderlijke beslissing van het EUIPO over een ander teken dan het betrokken merk voor haar kan hebben. Bovendien moet in herinnering worden gebracht dat de beslissing van 28 november 2013, gesteld al dat deze de strekking en gevolgen had die verzoekster daaraan toekent, nietig is verklaard door het arrest van 21 mei 2015, *adidas/BHIM – Shoe Branding Europe (Twee parallel lopende strepen op een schoen)* (T-145/14, niet gepubliceerd, EU:T:2015:303).
- 84 Ten derde beroept verzoekster zich op diverse arresten waarin het Gerecht heeft geoordeeld dat het gebruik van bepaalde merken in verschillende kleurensamenstellingen, waaronder een omgekeerde kleurencombinatie, het onderscheidend vermogen van deze merken niet wijzigde. Met betrekking tot de oplossingen in deze zaak en gelet op de in punt 83 hierboven genoemde rechtspraak, kan een dergelijk argument niet slagen in het kader van het onderhavige geding. Aangezien het daarbij om een andere vraag gaat, kan verzoekster zich a fortiori ook niet beroepen op andere arresten waarin het Gerecht heeft geoordeeld dat de omkering van de kleurencombinatie er in bepaalde situaties niet aan in de weg stond dat twee conflicterende merken als gelijkwaardig werden beschouwd voor de toepassing van artikel 8, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 [thans artikel 8, lid 1, onder b), van verordening 2017/1001].
- 85 Ten vierde stellen verzoekster en de interveniërende vereniging dat de kamer van beroep met haar benadering die erin bestaat rekening ermee te houden hoe eenvoudig of complex het merk is en in geval van een omgekeerde kleurencombinatie vast te stellen dat het gebruikte teken daar niet mee overeenkomt, in strijd handelt met het in artikel 4 van verordening nr. 207/2009 vastgelegde beginsel dat alle tekens die een grafische voorstelling kunnen weergeven in beginsel Uniemerken kunnen vormen. Volgens hen heeft deze benadering tot gevolg dat bepaalde tekens – zoals die welke uit een

patroon bestaan, of in zwart en wit ingeschreven tekens die vervolgens in verschillende vormen en kleuren worden gebruikt – automatisch worden uitgesloten van de bescherming waarop Uniemerken aanspraak kunnen maken.

- 86 In dit verband moet eraan worden herinnerd dat volgens de bewoordingen van artikel 4 van verordening nr. 207/2009 de in deze bepaling genoemde tekens slechts Uniemerken kunnen vormen indien zij zich ervoor lenen om de waren van een onderneming te onderscheiden van die van andere ondernemingen. Bovendien staat de benadering van de kamer van beroep waarbij zij, rekening houdend met de eigen kenmerken van het betrokken merk, nagaat of dit merk onderscheidend vermogen heeft verkregen door gebruik, in beginsel niet in de weg aan de inschrijving van bepaalde soorten tekens als Uniemerken. Hieruit volgt dat deze benadering niet in strijd is met artikel 4 van verordening nr. 207/2009.
- 87 Ten vijfde beroepen verzoekster en de interveniërende vereniging zich op de buitensporige gevolgen die de benadering van de kamer van beroep kan hebben voor de merkhouders. Zij zetten uiteen dat, indien deze benadering werd bevestigd, het voor de merkhouders moeilijk zou zijn om aan te tonen dat hun merken, in het bijzonder de op kledingstukken aangebrachte merken, onderscheidend vermogen door gebruik hadden verkregen, zodat zij in de praktijk gedwongen zouden zijn om al hun merken systematisch in omgekeerde kleurencombinaties en verschillende kleurensamenstellingen in te schrijven.
- 88 Daarbij zij evenwel benadrukt dat de kamers van beroep de bepalingen van verordening nr. 207/2009 moeten toepassen en, in het bijzonder, de inschrijving van merken zonder enig onderscheidend vermogen moeten weigeren of nietig moeten verklaren ongeacht de ongemakken die daar voor de merkhouders uit voortvloeien. Verder komt in artikel 7, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 een doel van algemeen belang tot uitdrukking dat kennelijk samenvalt met de wezenlijke functie van het merk, die daarin is gelegen dat aan de consument of de eindverbruiker met betrekking tot de door het merk aangeduide waren of diensten de identiteit van de oorsprong wordt gewaarborgd zodat hij deze zonder gevaar voor verwarring kan onderscheiden van waren of diensten van andere herkomst (arresten van 16 september 2004, SAT.1/BHIM, C-329/02 P, EU:C:2004:532, punt 27, en 8 mei 2008, Eurohypo/BHIM, C-304/06 P, EU:C:2008:261, punt 56). Gelet op dit doel van algemeen belang, kunnen de gevolgen voor de merkhouders van de toepassing van de in verordening nr. 207/2009 opgenomen bepalingen niet als buitensporig worden aangemerkt. Bijgevolg was de benadering van de kamer van beroep niet onverenigbaar met het evenredigheidsbeginsel.

3) Afbeeldingen met twee zwarte strepen op een witte achtergrond

- 89 De kamer van beroep heeft opgemerkt dat op bepaalde afbeeldingen van verzoekster tekens waren te zien met in werkelijkheid niet drie, maar slechts twee parallel lopende zwarte (of donkere) strepen die contrasteerden met een witte (of heldere) achtergrond (punten 39, 41 en 42 van de bestreden beslissing). Deze vaststelling heeft met name betrekking op de negen eerste afbeeldingen die in punt 68 hierboven zijn weergegeven.
- 90 Verzoekster bestrijdt deze bewering van de kamer van beroep. De kamer van beroep heeft zich om te beginnen immers tegengesproken door slechts voor een deel van de overgelegde afbeeldingen tot deze slotsom te komen. Voorts zijn op de betrokken afbeeldingen geen tekens te zien met twee zwarte (of donkere) strepen op een witte (of heldere) achtergrond, maar wel met drie witte (of heldere) strepen op een zwarte (of donkere) achtergrond.
- 91 In dit verband moet worden opgemerkt dat zelfs wanneer wordt erkend, zoals verzoekster beweert, dat de betrokken afbeeldingen in werkelijkheid tekens laten zien met drie witte (of heldere) strepen op een zwarte (of donkere) achtergrond, vastgesteld moet worden dat deze afbeeldingen een gebruik van het

betrokken merk laten zien in vormen met een omgekeerde kleurencombinatie. In deze omstandigheden moeten deze stukken om de in de punten 77 en 78 hierboven genoemde redenen in ieder geval buiten beschouwing blijven.

- 92 Bijgevolg heeft het feit dat de kamer van beroep ten onrechte heeft aangegeven dat op bepaalde afbeeldingen tekens waren te zien met twee zwarte (of donkere) strepen op een witte (of heldere) achtergrond, geen gevolgen voor de rechtmatigheid van de bestreden beslissing.

4) Afbeeldingen met schuine strepen

- 93 De kamer van beroep heeft met betrekking tot de tiende in punt 68 hierboven weergegeven afbeelding opgemerkt dat hierop weliswaar een atleet is te zien die kleding draagt voorzien van een merk met drie strepen, maar dat het daarbij om strepen ging die schuin stonden onder een hoek die afweek van de hoek waaraan het betrokken merk in de ingeschreven vorm te herkennen was (punt 41 van de bestreden beslissing). Zij was van mening dat het teken in deze situatie niet langer overeenstemde met de „afmetingen” van het betrokken merk.
- 94 Verzoekster betwist dat afbeeldingen buiten beschouwingen kunnen worden gelaten op de enkele grond dat de weergegeven strepen schuin staan. Zij stelt dat de strepen worden aangebracht op door atleten gedragen waren en dat de mate waarin deze strepen schuin staan en de richting ervan derhalve afhankelijk zijn van de beweging van deze atleten alsook van de wijze waarop de waren worden gevouwen en aangeboden. Om haar argumenten te verduidelijken, geeft zij in haar verzoekschrift vier afbeeldingen weer met daarop atleten in actie die kledingstukken dragen waarop een merk is aangebracht dat wordt gevormd door drie parallel lopende strepen die niet verticaal blijken te staan maar schuin.
- 95 In dit verband moet om te beginnen worden opgemerkt dat op de in punt 93 hierboven genoemde afbeelding die door de kamer van beroep buiten beschouwing is gelaten, een teken met een omgekeerde kleurencombinatie is te zien. Hetzelfde geldt voor de vier in punt 94 hierboven genoemde afbeeldingen waarop verzoekster zich beroept. In deze omstandigheden moeten deze vijf afbeeldingen om de in de punten 77 en 78 hierboven genoemde redenen in ieder geval buiten beschouwing blijven.
- 96 Voorts wijst verzoekster geen afbeelding aan waarop een merk met drie strepen te zien is dat wel aan de kleurencombinatie voldoet en dat desalniettemin door de kamer van beroep buiten beschouwing is gelaten of waaraan deze zou zijn voorbijgegaan op de enkele grond dat de weergegeven strepen schuin stonden.
- 97 Bijgevolg kan verzoekster de kamer van beroep niet met succes verwijten te hebben vastgesteld dat de strepen op bepaalde afbeeldingen schuin stonden.

5) Conclusie over de toepassing van de „wet van de toegelaten varianten”

- 98 Verzoekster formuleert geen andere bezwaren ten aanzien van de door de kamer van beroep verrichte toets van de verschillende door verzoekster overgelegde afbeeldingen, waaronder met name die welke zijn weergegeven in punt 68 hierboven.
- 99 Met name komt verzoekster niet op tegen de afwijzing door de kamer van beroep van de vier laatste in punt 68 hierboven weergegeven afbeeldingen. Op deze afbeeldingen zijn complexe tekens te zien die bestaan uit een logo gevormd uit de naam „adidas” en tevens een beeldelement met drie strepen in een driehoek, een dribladig klaverblad of een ronde vorm. Verzoekster heeft ter terechtzitting overigens uitdrukkelijk erkend dat deze afbeeldingen irrelevant zijn.

- 100 Verzoekster betwist evenmin dat bepaalde afbeeldingen foto's van schoenen betreffen waarop een teken is aangebracht dat wordt gevormd door drie parallel lopende strepen met heldere kleuren die duidelijk dikker en korter zijn dan de strepen waaruit het betrokken merk in de ingeschreven vorm bestond, en die schuin zijn afgesneden. Dit geldt onder meer voor de drie in punt 68 hierboven weergegeven afbeeldingen van schoenen die in de punten 41 en 42 van de bestreden beslissing buiten beschouwing zijn gelaten. Behalve dat hier geen gebruik is gemaakt van het ingeschreven kleurenpatroon, heeft de gelijktijdige wijziging van de dikte en de lengte van de strepen alsook de wijze waarop deze zijn afgesneden echter aanzienlijke gevolgen voor meerdere van de in punt 36 hierboven beschreven kenmerken van het betrokken merk.
- 101 Derhalve hebben de in de punten 99 en 100 hierboven genoemde afbeeldingen betrekking op vormen van gebruik die afwijken van de vorm waarin het betrokken merk is ingeschreven. De vastgestelde verschillen betreffen niet-verwaarloosbare variaties die tot gevolg hebben dat de betrokken vormen van gebruik niet kunnen worden geacht globaal equivalent te zijn aan de ingeschreven vorm van het betrokken merk.
- 102 Bovendien heeft verzoekster zich met name tijdens de terechtzitting weliswaar beroepen op de mogelijkheid om het betrokken merk te gebruiken in vormen die niet voldoen aan de in de punten 36 en 37 hierboven genoemde verhouding van ongeveer 5 tot 1, maar uit de motivering van de bestreden beslissing blijkt niet dat de kamer van beroep vormen van gebruik van het betrokken merk buiten beschouwing heeft gelaten op de enkele grond dat deze verhouding daarbij niet in acht werd genomen.
- 103 In die omstandigheden lijkt de gevolgtrekking van de kamer van beroep dat de tekens die op het overgrote deel van de overgelegde afbeeldingen zijn te zien, aanzienlijk verschillen van de ingeschreven vormen van het betrokken merk, niet onjuist. De kamer van beroep heeft deze afbeeldingen dan ook terecht buiten beschouwing gelaten omdat zij betrekking hadden op andere tekens dan het betrokken merk. Bijgevolg kan verzoekster niet stellen dat de „wet van de toegelaten varianten” is geschonden.
- 104 Derhalve moet de tweede grief worden afgewezen, en bijgevolg ook het eerste onderdeel van het enige middel in zijn geheel.

C. Tweede onderdeel: onjuiste beoordeling van de verkrijging van onderscheidend vermogen door gebruik

- 105 In het kader van het tweede onderdeel van het middel stelt verzoekster in wezen dat de kamer van beroep een beoordelingsfout heeft gemaakt door te oordelen dat zij niet had aangetoond dat het betrokken merk onderscheidend vermogen had gekregen als gevolg van het gebruik dat ervan was gemaakt in de Unie.
- 106 Verzoekster stelt zeer veel bewijzen te hebben overgelegd die als geheel moeten worden beoordeeld zonder te letten op hun kleur, de lengte van de weergegeven strepen en de mate waarin deze schuin staan. Uit deze bewijzen blijkt dat het „merk met drie op dezelfde afstand van elkaar geplaatste parallel lopende strepen” intensief wordt gebruikt, dat het relevante publiek dit merk herkent en dat het dit opvat als aanduiding van de waren van verzoekster. Dit bewijs heeft betrekking op het hele grondgebied van de Unie, zelfs indien uitsluitend wordt gelet op de stukken waarop het betrokken merk in de ingeschreven vorm te zien is.
- 107 Meteen al moet worden opgemerkt dat verzoekster zich, teneinde aan te tonen dat het betrokken merk onderscheidend vermogen heeft gekregen, niet kan beroepen op alle bewijzen waarop een merk met drie op dezelfde afstand van elkaar geplaatste parallel lopende strepen te zien is. Uit het antwoord op het eerste onderdeel van het middel volgt immers dat uitsluitend de bewijzen relevant zijn die het

betrokken merk in de ingeschreven vorm tonen, of, bij gebrek daaraan, in al met al gelijkwaardige vormen. Daardoor zijn de vormen van gebruik met een omgekeerde kleurencombinatie uitgesloten, alsook die waarbij andere wezenlijke kenmerken van het betrokken merk afwezig zijn.

- 108 In die omstandigheden moet allereerst worden vastgesteld of de kamer van beroep de relevantie van de verschillende bewijzen die verzoekster aan haar had overgelegd teneinde aan te tonen dat het betrokken merk was gebruikt en onderscheidend vermogen had verkregen, juist heeft beoordeeld. Vervolgens moet aan de hand van alle overgelegde gegevens worden onderzocht of de kamer van beroep op goede gronden heeft geoordeeld dat dit bewijs niet was geleverd voor het geografisch relevante grondgebied, namelijk dat van de Unie.

1. Relevantie van de overgelegde bewijzen

- 109 Het is 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 of de dienst identificeert als afkomstig van een bepaalde onderneming, alsmede de verklaringen van kamers van koophandel en industrie of van andere beroepsverenigingen (arresten van 4 mei 1999, Windsurfing Chiemsee, C-108/97 en C-109/97, EU:C:1999:230, punt 51, en 18 juni 2002, Philips, C-299/99, EU:C:2002:377, punt 60).
- 110 Het marktaandeel van het merk evenals het aandeel in de reclame voor de markt van de betrokken waren waarmee de voor de promotie van een merk gedane reclame-investeringen overeenstemmen, kunnen dus relevante factoren zijn bij de beoordeling of dat merk onderscheidend vermogen door het gebruik heeft verkregen (arrest van 22 juni 2006, Storck/BHIM, C-25/05 P, EU:C:2006:422, punten 76 en 77).
- 111 De hierboven in de punten 109 en 110 genoemde gegevens moeten als geheel worden beoordeeld (arresten van 4 mei 1999, Windsurfing Chiemsee, C-108/97 en C-109/97, EU:C:1999:230, punt 49, en 7 juli 2005, Nestlé, C-353/03, EU:C:2005:432, punt 31).
- 112 Indien op basis van dergelijke factoren kan worden vastgesteld dat de betrokken kringen, of althans een aanzienlijk deel ervan, de waar op basis van het merk als van een bepaalde onderneming afkomstig identificeren, dient daaruit te worden geconcludeerd dat de in artikel 7, lid 3, van verordening nr. 207/2009 voor de inschrijving van het merk gestelde voorwaarde is vervuld (zie naar analogie arrest van 4 mei 1999, Windsurfing Chiemsee, C-108/97 en C-109/97, EU:C:1999:230, punt 52).
- 113 In het onderhavige geval kunnen de door verzoekster overgelegde bewijzen in meerdere soorten worden onderverdeeld, namelijk ten eerste de afbeeldingen die al aan de orde waren bij het onderzoek van het eerste onderdeel van het middel, ten tweede de gegevens omtrent de omzet en de uitgaven voor marketing en reclame, ten derde marktonderzoeken en ten vierde de andere bewijzen.

a) Afbeeldingen

- 114 De analyse van de door verzoekster overgelegde afbeeldingen doet ernstige twijfels rijzen over de relevantie van deze stukken.

- 115 Ten eerste volgt immers uit het onderzoek van het eerste onderdeel van het middel dat de kamer van beroep het merendeel van de door verzoekster bij het EUIPO overgelegde afbeeldingen terecht niet in aanmerking heeft genomen omdat deze afbeeldingen, en in het bijzonder die welke in de bestreden beslissing zijn weergegeven, betrekking hadden op tekens die niet globaal equivalent waren aan de ingeschreven vorm van het betrokken merk.
- 116 Het is juist dat verzoekster, zoals in punt 106 hierboven reeds is aangegeven, aanvoert dat zij met name voor het Gerecht „zeer veel” bewijzen heeft overgelegd waarop het betrokken merk is te zien in „exact” of „vrijwel” dezelfde „afmetingen” als die van de ingeschreven vorm van dit merk.
- 117 Uit de als bijlage bij het verzoekschrift gevoegde stukken blijkt evenwel niet dat deze stukken een aanzienlijk aantal bewijzen bevatten waarin tekens zijn weergegeven die globaal equivalent zijn aan de ingeschreven vorm van het betrokken merk. In herinnering moet namelijk worden gebracht dat verzoekster enerzijds bij het EUIPO bijna 12 000 bladzijden met bewijzen heeft overgelegd en dat anderzijds zowel de nietigheidsafdeling als de kamer van beroep haar heeft verweten geen bewijzen te hebben overgelegd van het gebruik van het betrokken merk zelf. Vastgesteld moet echter worden dat verzoekster voor het Gerecht niet heeft aangegeven welke van de tijdens de procedure bij het EUIPO overgelegde afbeeldingen het bewijs zouden opleveren dat het aangevraagde merk in de ingeschreven vorm of in globaal equivalente vormen is gebruikt.
- 118 Ten tweede moet worden opgemerkt dat sommige van de door de kamer van beroep buiten beschouwing gelaten afbeeldingen – waaronder de eerste drie in punt 68 hierboven weergegeven afbeeldingen – een merk met drie strepen laten zien dat is aangebracht op sporttassen. Dergelijke tassen maken echter geen deel uit van de waren die aan de orde zijn. Gelet op de in punt 20 hierboven vermelde rechtspraak zijn die bewijzen bijgevolg in ieder geval irrelevant.
- 119 Ten derde is het weliswaar juist dat sommige van de door verzoekster overgelegde afbeeldingen overeenkomen met het betrokken merk en dat daaruit dan ook een bepaald gebruik van dit merk kan worden afgeleid, maar bij gebreke van enige andere gegevens leveren deze afbeeldingen evenwel geen aanwijzingen op over het belang en de duur van dit gebruik, en ook niet over de gevolgen ervan voor de perceptie van dit merk door het relevante publiek. Bijgevolg volstaan deze afbeeldingen niet als bewijs dat dit gebruik van een zodanige omvang was dat een aanzienlijk deel van het relevante publiek de waren op basis van het betrokken merk als van een bepaalde onderneming afkomstig kan identificeren.

b) Gegevens omtrent de omzet en de uitgaven voor marketing en reclame

- 120 Verzoekster heeft onder meer bij het EUIPO een beëdigde verklaring overgelegd waarin het „merk adidas” of het „driestrevenmerk” werd weergegeven en waarin voor alle 28 lidstaten van de Unie gegevens werden verstrekt over de omzet van de door verzoekster geleide onderneming en het bedrag dat zij had uitgegeven aan marketing en reclame. In deze beëdigde verklaring wordt verduidelijkt dat de door de onderneming verkochte waren bijna allemaal voorzien zijn van het „driestrevenmerk” en dat dit merk op het overgrote deel van het reclamemateriaal voorkomt. Deze verklaring bevat tevens aanwijzingen over het marktaandeel van het „merk adidas” in bepaalde lidstaten, namelijk Duitsland, Frankrijk, Polen en het Verenigd Koninkrijk. Bovendien wordt hierin nogmaals gewezen op verzoeksters sponsoring bij evenementen en sportwedstrijden.
- 121 In navolging van de nietigheidsafdeling heeft de kamer van beroep erkend dat de cijfers in deze beëdigde verklaring „indrukwekkend” zijn (punt 46 van de bestreden beslissing). In dit verband bestaat er geen enkele twijfel over dat verzoekster in de Unie intensief en duurzaam gebruik heeft gemaakt van sommige van haar merken en aanzienlijke investeringen heeft gedaan om deze merken te promoten.

- 122 De kamer van beroep heeft evenwel terecht opgemerkt dat geen verband kon worden gelegd tussen de door verzoekster verstrekte cijfers en het betrokken merk en evenmin tussen deze gegevens en de betrokken waren (punten 46 en 70 van de bestreden beslissing).
- 123 De door verzoekster verstrekte cijfers betreffen immers alle activiteiten van de onderneming, ongeacht op welke waren en merken die betrekking hebben. Zij omvatten dus de verkoop en de promotie van irrelevante waren zoals sporttassen (zie punt 118 hierboven) evenals de verkoop en promotie van waren die uitsluitend zijn voorzien van andere tekens dan het betrokken merk.
- 124 Bovendien zijn bij de meeste door verzoekster bij het EUIPO aangevoerde en in het verzoekschrift weergegeven of als bijlage daarbij opgenomen voorbeelden van sportmarketing en reclamemateriaal tekens met drie strepen te zien die in het bijzonder door het gebruik van een omgekeerde kleurencombinatie niet globaal equivalent zijn aan de ingeschreven vorm van het betrokken merk.
- 125 In deze omstandigheden kan aan de hand van de omzetcijfers en de uitgaven voor marketing en reclame niet worden aangetoond dat het betrokken merk is gebruikt en dat het door het gebruik ervan onderscheidend vermogen heeft verkregen.

c) Marktonderzoeken

- 126 Verzoekster heeft bij het EUIPO 23 marktonderzoeken overgelegd die tussen 1983 en 2011 zijn uitgevoerd in Duitsland, Estland, Spanje, Frankrijk, Italië, Nederland, Roemenië, Finland, Zweden en het Verenigd Koninkrijk.
- 127 In wezen waren volgens de kamer van beroep veel van de door verzoekster overgelegde marktonderzoeken, aangezien zij geen betrekking hadden op het betrokken merk zoals het was ingeschreven, niet relevant om aan te tonen dat het betrokken merk onderscheidend vermogen had verkregen door het gebruik ervan op het grondgebied van de betrokken lidstaten (punten 48-50 van de bestreden beslissing).
- 128 In dit verband moeten de door verzoekster bij het EUIPO overgelegde marktonderzoeken in twee categorieën worden onderverdeeld.
- 129 In de eerste plaats moet worden vastgesteld dat verzoekster voor het Gerecht uitdrukkelijk melding maakt van 5 marktonderzoeken die tussen 2009 en 2011 zijn uitgevoerd in Duitsland, Estland, Spanje, Frankrijk en Roemenië en zij deze onderzoeken opnieuw overlegt. Bij deze marktonderzoeken werd steeds dezelfde methodologie toegepast en ze werden uitgevoerd op basis van een grafische voorstelling die identiek was aan die in punt 2 hierboven. Dankzij deze onderzoeken kan in het bijzonder op basis van een vragenlijst de „onderscheidingskracht” van het betrokken merk worden vastgesteld. Deze wordt omschreven als het deel van de ondervraagde personen dat dit merk bij gebruik op sportkleding of sportartikelen opvat als afkomstig van één enkele onderneming. Uit deze marktonderzoeken bleek dat deze onderscheidingskracht voor het grote publiek in Duitsland 57 % bedroeg, in Estland 48,3 %, in Spanje 47,1 %, in Frankrijk 52,0 % en in Roemenië 30,6 %. Voor het gespecialiseerde publiek dat sportkleding of sportartikelen koopt of gebruikt, of mogelijk koopt of gebruikt, was de onderscheidingskracht hoger en bereikte die in Duitsland 63,5 %, in Estland 52,4 %, in Spanje 62,7 %, in Frankrijk 62,7 % en in Roemenië 43,2 %.
- 130 Uit de vijf in punt 129 hierboven genoemde marktonderzoeken blijkt dus dat deze betrekking hebben op het gebruik van het betrokken merk in de ingeschreven vorm ervan en dat daarmee de perceptie van dit merk door het relevante publiek concreet wordt onderzocht. Voorts heeft noch de kamer van beroep, noch het EUIPO, noch interveniënte de bij deze marktonderzoeken toegepaste methodologie

betwist. Hieruit volgt dat deze marktonderzoeken in beginsel relevante gegevens vormen ter vaststelling of het betrokken merk onderscheidend vermogen heeft verkregen door het gebruik dat ervan is gemaakt.

- 131 Niettemin moet worden opgemerkt dat tijdens de uitvoering van de in punt 129 hierboven genoemde marktonderzoeken vooraf aan de deelnemers was gevraagd of zij met betrekking tot sportkleding of sportartikelen al eerder met dit merk in aanraking waren gekomen. Gelet op de nadruk die verzoekster legt op het gebruik van het betrokken merk bij sportactiviteiten en sportwedstrijden, kan niet worden uitgesloten dat de formulering van deze voorafgaande vraag bij de ondervraagde personen de associatie van dit merk met een bepaalde onderneming heeft bevorderd. In deze omstandigheden moet de relevantie van de in punt 129 hierboven genoemde marktonderzoeken worden genuanceerd wat de betrokken waren betreft.
- 132 In de tweede plaats moet worden opgemerkt dat verzoekster in haar schriftelijke processtukken louter verwijst naar 18 andere marktonderzoeken die zij aan het EUIPO heeft overgelegd, met de vermelding dat de kamer van beroep deze kortweg heeft afgewezen.
- 133 Vastgesteld moet worden dat deze 18 marktonderzoeken zijn uitgevoerd met betrekking tot tekens die niet globaal equivalent zijn aan de ingeschreven vorm van het betrokken merk wegens met name de omkering van de kleurencombinatie of de wijziging van andere wezenlijke kenmerken van het betrokken merk, zoals het aantal strepen.
- 134 Sommige onderzoeken hebben namelijk betrekking op tekens die worden gevormd door twee, drie of vier parallel lopende strepen die zijn aangebracht op een schoen. Dat geldt voor onderzoeken die in 1983 zijn uitgevoerd in Duitsland, in 1986, 1991, 2008 en 2009 in Spanje, in 2011 in Frankrijk, in 2009 in Italië, in 2005 in Finland, in 2003 in Zweden en in 1995 het Verenigd Koninkrijk. Deze strepen van verschillende lengte, dikte en kleur worden altijd op een specifieke positie op de schoen aangebracht en schuin afgesneden (zie bijvoorbeeld de drie in punt 68 hierboven weergegeven afbeeldingen waarvan sprake is in punt 100 hierboven).
- 135 Andere marktonderzoeken die in 2001 en 2004 zijn uitgevoerd in Duitsland, in 1995 in Spanje, in 2004 en 2009 in Italië en in 2004 in Nederland, hebben betrekking op tekens die worden gevormd door twee of drie witte strepen die zijn aangebracht op zwarte kledingstukken. Het in 2004 in Nederland uitgevoerde onderzoek betrof tevens merken met twee zwarte strepen die waren aangebracht op witte kledingstukken. Bovendien hadden veel van deze onderzoeken betrekking op de vraag of het gebruik van de weergegeven tekens gevaar voor verwarring opleverde en niet op het verkrijgen van onderscheidend vermogen voor deze tekens door het gebruik ervan.
- 136 Ten slotte betroffen sommige in 1984 in Duitsland en in 1991 in Spanje uitgevoerde marktonderzoeken niet de grafische voorstelling van een beeldmerk, maar uitsluitend de woorden „drie strepen” in het Duits en het Spaans.
- 137 In deze omstandigheden heeft verzoekster geen grond voor haar klacht dat de kamer van beroep de achttien in de punten 132 tot en met 136 hierboven genoemde marktonderzoeken buiten beschouwing heeft gelaten.

d) Andere bewijzen

- 138 Verzoekster heeft tevens een groot aantal andere bewijzen aan het EUIPO en vervolgens aan het Gerecht overgelegd, waaronder beslissingen van nationale rechterlijke instanties of zelfs persknipsels waaruit de bekendheid van haar „driestrevenmerk” bleek.

- 139 In het kader van het tweede onderdeel van het middel verwijst verzoekster evenwel niet uitdrukkelijk en specifiek naar deze bewijzen. In het bijzonder geeft zij niet aan welke beslissingen van nationale rechterlijke instanties en welke persknipsels relevant zijn ter betwisting van de wijze waarop de kamer van beroep de verkrijging van onderscheidend vermogen door het betrokken merk heeft beoordeeld.
- 140 Het is juist dat verzoekster zich in het kader van het eerste onderdeel van het middel beroept op twee beslissingen van Duitse rechterlijke instanties en op een in hoger beroep bevestigde beslissing van een Franse rechterlijke instantie. In deze beslissingen, die al ter sprake zijn gekomen in punt 80 hierboven en die zijn opgenomen in bijlage A.8 bij het verzoekschrift, werd de bekendheid en bijgevolg het onderscheidend vermogen van verzoeksters merken erkend, evenals het normale gebruik ervan.
- 141 Daarbij zij om te beginnen echter aangetekend dat de beslissingen van de twee Duitse rechterlijke instanties in algemene zin verwijzen naar verzoeksters „driestrepenmerk” en dat de beslissing van de Franse rechterlijke instantie werd gewezen met betrekking tot een merk dat werd gevormd door drie witte op een schoen aangebrachte strepen tegen een zwarte achtergrond. Aangezien deze beslissingen dus geen betrekking hadden op vormen van gebruik die kunnen worden geacht overeen te komen met de ingeschreven vorm van het betrokken merk, zijn deze beslissingen dan ook irrelevant voor de bewijsvoering dat dit merk onderscheidend vermogen heeft verkregen door gebruik.

2. Bewijs van het gebruik van het betrokken merk en de verkrijging van onderscheidend vermogen ervan in de hele Unie

- 142 In herinnering moet worden gebracht dat het Uniemerkt krachtens artikel 1, lid 2, van verordening nr. 207/2009 (thans artikel 1, lid 2, van verordening 2017/1001) een eenheid vormt en in de gehele Unie dezelfde rechtsgevolgen heeft.
- 143 Uit het feit dat het Uniemerkt een eenheid vormt, vloeit voort dat een teken in de gehele Unie intrinsiek of door gebruik verkregen onderscheidend vermogen moet bezitten om te kunnen worden ingeschreven (arrest van 25 juli 2018, *Société des produits Nestlé e.a./Mondelez UK Holdings & Services*, C-84/17 P, C-85/17 P en C-95/17 P, EU:C:2018:596, punt 68).
- 144 Hieruit volgt dat een merk dat niet in alle lidstaten intrinsiek onderscheidend vermogen heeft, volgens deze bepaling slechts kan worden ingeschreven indien wordt bewezen dat het door gebruik onderscheidend vermogen heeft verkregen op het hele grondgebied van de Unie (zie arrest van 25 juli 2018, *Société des produits Nestlé e.a./Mondelez UK Holdings & Services*, C-84/17 P, C-85/17 P en C-95/17 P, EU:C:2018:596, punt 76 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 145 De verkrijging door een merk van onderscheidend vermogen door gebruik moet weliswaar worden bewezen voor het deel van de Unie waarin het intrinsiek onderscheidend vermogen mist, maar het zou te ver gaan te eisen dat het bewijs van deze verkrijging voor elke lidstaat afzonderlijk wordt geleverd (zie arrest van 25 juli 2018, *Société des produits Nestlé e.a./Mondelez UK Holdings & Services*, C-84/17 P, C-85/17 P en C-95/17 P, EU:C:2018:596, punt 77 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 146 Geen enkele bepaling van verordening nr. 207/2009 verplicht er namelijk toe met afzonderlijk bewijs aan te tonen dat in elke lidstaat apart onderscheidend vermogen door gebruik is verkregen. Het is bijgevolg niet uitgesloten dat bewijzen voor het onderscheidend vermogen door gebruik dat door een bepaald teken is verkregen, voor meerdere lidstaten of zelfs de hele Unie relevant zijn (arrest van 25 juli 2018, *Société des produits Nestlé e.a./Mondelez UK Holdings & Services*, C-84/17 P, C-85/17 P en C-95/17 P, EU:C:2018:596, punt 80).

- 147 Het is met name mogelijk dat marktdeelnemers voor bepaalde waren of diensten meerdere lidstaten in hetzelfde distributienetwerk hebben samengevoegd en in het bijzonder voor hun marketingstrategieën deze lidstaten hebben behandeld alsof zij één en dezelfde nationale markt vormden. In dit geval kunnen de bewijzen voor het gebruik van een teken op een dergelijke grensoverschrijdende markt relevant zijn voor alle betrokken lidstaten (arrest van 25 juli 2018, *Société des produits Nestlé e.a./Mondelez UK Holdings & Services*, C-84/17 P, C-85/17 P en C-95/17 P, EU:C:2018:596, punt 81).
- 148 Hetzelfde geldt wanneer twee lidstaten geografisch dicht bij elkaar liggen of cultureel dan wel taalkundig verwant zijn waardoor het relevante publiek van de eerste staat voldoende kennis heeft van de producten of diensten op de nationale markt van de tweede (arrest van 25 juli 2018, *Société des produits Nestlé e.a./Mondelez UK Holdings & Services*, C-84/17 P, C-85/17 P en C-95/17 P, EU:C:2018:596, punt 82).
- 149 Uit deze overwegingen volgt dat het voor de inschrijving krachtens artikel 7, lid 3, van verordening nr. 207/2009 van een merk dat niet in alle lidstaten van de Unie intrinsiek onderscheidend vermogen had, weliswaar niet noodzakelijk is dat voor elke lidstaat apart bewijs wordt geleverd dat dit merk onderscheidend vermogen door gebruik heeft verkregen, maar dat met de aangevoerde bewijzen desalniettemin een dergelijke verkrijging in alle lidstaten van de Unie aangetoond moet kunnen worden (arrest van 25 juli 2018, *Société des produits Nestlé e.a./Mondelez UK Holdings & Services*, C-84/17 P, C-85/17 P en C-95/17 P, EU:C:2018:596, punt 83). Hetzelfde geldt voor de handhaving van de inschrijving van een merk op grond van artikel 52, lid 2, van deze verordening.
- 150 In het onderhavige geval staat vast dat het betrokken merk niet in de hele Unie intrinsiek onderscheidend vermogen heeft. De kamer van beroep heeft dus op goede gronden onderzocht of dit merk voor het relevante publiek onderscheidend vermogen had verkregen op het hele grondgebied van de Unie (zie punt 22 van de bestreden beslissing).
- 151 Vastgesteld moet worden dat van alle bewijzen die verzoekster heeft overgelegd en die in de punten 114 tot en met 141 hierboven zijn onderzocht, alleen de vijf in de punten 129 tot en met 131 hierboven behandelde marktonderzoeken tot op zekere hoogte relevant zijn.
- 152 Deze onderzoeken zijn echter in slechts 5 lidstaten uitgevoerd en beslaan dus slechts een deel van het grondgebied van de Unie.
- 153 Verzoekster, ondersteund door de interveniërende vereniging, beroept zich evenwel op de rechtspraak volgens welke geenszins is vereist dat voor elke lidstaat dezelfde soorten bewijzen worden overgelegd [arresten van 28 oktober 2009, *BCS/BHIM – Deere (Combinatie van de kleuren groen en geel)*, T-137/08, EU:T:2009:417, punt 39, en 15 december 2016, *Mondelez UK Holdings & Services/EUIPO – Société des produits Nestlé (Vorm van een chocoladereep)*, T-112/13, niet gepubliceerd, EU:T:2016:735, punt 126]. Zij stelt dat zij voor elke lidstaat andere stukken heeft overgelegd die met name betrekking hadden op haar omzet en de omvang van de investeringen voor de promotie van het betrokken merk. Uit deze stukken zou blijken dat het betrokken merk in de verschillende lidstaten op soortgelijke wijze is gebruikt en dus dat de nationale markten van alle lidstaten vergelijkbaar zijn. In hun geheel beschouwd leveren de verschillende door haar overgelegde bewijzen volgens haar dan ook het bewijs op dat het betrokken merk onderscheidend vermogen door gebruik heeft verkregen op het hele grondgebied van de Unie.
- 154 Dit betoog kan niet worden aanvaard.
- 155 Afgezien van de vijf in de punten 129 en 151 hierboven genoemde marktonderzoeken, kan verzoekster om te beginnen immers geen relevante bewijselementen aanwijzen. Bijgevolg kan zij niet stellen relevante bewijzen te hebben overgelegd voor de 23 lidstaten waarop deze marktonderzoeken geen betrekking hadden.

- 156 Verder volstaat de loutere overlegging van per lidstaat verzamelde gegevens over verzoeksters omzet en haar uitgaven voor reclame en marketing niet als bewijs van het bestaan van één of meer uit verschillende lidstaten samengestelde transnationale markten. In het bijzonder toont verzoekster niet aan dat de nationale markten van de 23 lidstaten waarop de in de punten 129 en 151 hierboven genoemde marktonderzoeken geen betrekking hadden, ofwel op grond van de organisatie van de distributienetwerken en de marketingstrategieën van de marktdeelnemers ofwel op grond van de bij het relevante publiek beschikbare kennis, vergelijkbaar zijn met de nationale markten van de 5 lidstaten waar deze onderzoeken zijn uitgevoerd. Bovendien beroept verzoekster zich ten bewijze van het gebruik van het betrokken merk weliswaar op het feit dat zij sportwedstrijden van Europese en internationale omvang sponsort, maar zij beweert noch bewijst ter ondersteuning van dit met betrekking tot haar sponsoring aangevoerde argument dat de markten van de verschillende lidstaten vergelijkbaar zijn.
- 157 Bijgevolg kunnen de resultaten van de vijf in de punten 129 en 151 hierboven genoemde marktonderzoeken, zelfs al wordt erkend dat zij geheel en al relevant zijn, niet op alle lidstaten worden toegepast, noch kunnen ze in de lidstaten waarop deze studies geen betrekking hadden worden aangevuld en gestaafd met de andere bewijzen die verzoekster heeft overgelegd.
- 158 In deze omstandigheden tonen de verschillende door verzoekster overgelegde bewijzen, zelfs indien deze in hun geheel worden beoordeeld, niet aan dat het betrokken merk wordt gebruikt op het gehele grondgebied van de Unie. Ten tweede zijn deze bewijzen hoe dan ook ontoereikend om daaruit te kunnen afleiden dat het betrokken merk door dit gebruik geschikt is geworden om op dit gehele grondgebied de waren aan te duiden waarvoor het is ingeschreven en dus deze waren te onderscheiden van die van andere ondernemingen.
- 159 Hieruit volgt dat de kamer van beroep geen beoordelingsfout heeft gemaakt waar zij heeft vastgesteld dat verzoekster niet had bewezen dat het betrokken merk op het gehele grondgebied van de Unie onderscheidend vermogen had verkregen door het gebruik dat ervan was gemaakt.
- 160 Derhalve moet het tweede onderdeel van het middel, en bijgevolg het enige middel in zijn geheel, worden afgewezen.
- 161 Uit een en ander volgt dat het beroep moet worden verworpen.

IV. Kosten

- 162 Volgens artikel 134, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dat is gevorderd.
- 163 Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vorderingen van het EUIPO en van interveniënte te worden verwezen in haar eigen kosten, alsook in de kosten van deze laatsten.
- 164 Voorts kan het Gerecht overeenkomstig artikel 138, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering beslissen dat een interveniënt zijn eigen kosten zal dragen. In het onderhavige geval zal de interveniërende vereniging haar eigen kosten dragen.

HET GERECHT (Negende kamer – uitgebreid),

rechtdoende, verklaart:

- 1) **Het beroep wordt verworpen.**
- 2) **Adidas AG wordt verwezen in haar eigen kosten alsmede in de kosten van het Bureau voor intellectuele eigendom van de Europese Unie (EUIPO) en van Shoe Branding Europe BVBA.**
- 3) **Marques zal haar eigen kosten dragen.**

Gervasoni

Madise

da Silva Passos

Kowalik-Bańczyk

Mac Eochaidh

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 19 juni 2019.

ondertekeningen

Inhoud

I. Voorgeschiedenis van het geding	2
II. Conclusies van partijen	4
III. In rechte	4
A. Inleidende overwegingen	4
B. Eerste onderdeel: ongerechtvaardigd buiten beschouwing laten van bepaalde bewijzen	5
1. Eerste grief: onjuiste opvatting van het betrokken merk	6
2. Tweede grief: onjuiste toepassing van de „wet van de toegelaten varianten”	9
a) Het begrip gebruik van het merk in de zin van artikel 7, lid 3, en artikel 52, lid 2, van verordening nr. 207/2009	9
b) Toepassing van de „wet van de toegelaten varianten”	11
1) Inaanmerkingneming van de uitermate eenvoudige aard van het betrokken merk	13
2) Gevolgen van de omkering van de kleurencombinatie	14
3) Afbeeldingen met twee zwarte strepen op een witte achtergrond	16
4) Afbeeldingen met schuine strepen	17
5) Conclusie over de toepassing van de „wet van de toegelaten varianten”	17
C. Tweede onderdeel: onjuiste beoordeling van de verkrijging van onderscheidend vermogen door gebruik	18
1. Relevantie van de overgelegde bewijzen	19
a) Afbeeldingen	19
b) Gegevens omtrent de omzet en de uitgaven voor marketing en reclame	20
c) Marktonderzoeken	21
d) Andere bewijzen	22
2. Bewijs van het gebruik van het betrokken merk en de verkrijging van onderscheidend vermogen ervan in de hele Unie	23
IV. Kosten	25